

Il conflitto di interessi nella legge 215 del 2004

di Bruno Valensise

(terzo capitolo della tesi di dottorato)

1. Premessa.

Una disciplina che regoli il possibile contrasto tra gli interessi, le istanze, i desideri personali di chi è preposto a cariche pubbliche e gli interessi pubblici ai quali deve essere sempre assegnata la prevalenza è un'esigenza ineliminabile di ogni organizzazione statale moderna; essa costituisce il portato ideologico fondamentale del pensiero politico liberale.

Ricorda un'attenta dottrina che il *<<primo e più sentito obiettivo dei rivoluzionari liberali era un progetto di società>>* dal momento che *<<la contestazione fondamentale rivolta al sovrano era, in effetti, l'incontrollata associazione - cumulo tra potere istituzionale e potere proprietario: l'uno funzionale all'altro. Da qui la rivendicazione - tolleranza per uno stato minimo, che non riproducesse, seppure in altra forma, l'antica e odiata sovrapposizione di ruoli>>*³⁰⁵.

La questione del "conflitto di interessi", quindi, esemplifica una patologia: infatti la sua esistenza *<<ha sovvertito un principio o, meglio, un'esigenza immanente nella società liberale [...] quanti sono titolari di rilevanti posizioni economiche e competono nel mercato non devono assommare ad esse potere politico determinante, come è indubbiamente quello di governo>>*³⁰⁶.

In altri termini laddove si presenti l'esigenza di definire una disciplina normativa in grado di prevenire e risolvere situazioni di conflitto di interessi ci si accorge di essere di fronte ad una degenerazione del postulato fondamentale proprio delle società liberali: il tema, com'è intuibile, imporrebbe di analizzare diverse variabili dal momento che ad esso sono connesse anche riflessioni collegate al sistema elettorale ed alle forme della rappresentanza politica nei moderni ordinamenti giuridici. Del resto neppure si può trascurare la circostanza che nelle moderne democrazie preoccuparsi di porre delle regole sulla condotta etica dei propri

³⁰⁵ E. BETTINELLI, *Conflitti di interesse o conflitti di posizioni? L' "esercizio esclusivo" delle funzioni (di governo) nella società liberale*, Testo dattiloscritto, rivisto ed integrato della lezione svolta al Seminario di studi e ricerche parlamentari, Firenze, 25 marzo 2002, 3.

³⁰⁶ E. BETTINELLI, cit., 6; per il quale in effetti sembra quasi fisiologica la necessità di disciplinare il conflitto di interessi dal momento che inevitabilmente si arriva ad una sovrapposizione tra l'esercizio dei poteri pubblici e le ambizioni personali dei titolari degli organi di governo della collettività.

governanti è un segno di forza e di maturità <<perché significa che l'osmosi tra società civile e sfera politica funziona con pienezza e vivacità>>³⁰⁷; vero è, allora, che se una società autenticamente liberale richiederebbe una netta separazione tra appartenenti alla società civile e soggetti che operano nell'agone politico, è altrettanto vero che non si può non tener conto –anzi occorre agevolarla, per diverse ragioni - della partecipazione dei primi ai circuiti politici decisionali. Ecco, allora, che diventa imprescindibile definire un'adeguata disciplina giuridica che tenga conto dei possibili valori in conflitto. In fondo tale esigenza nasce quando <<i talenti espressi dal mondo della produzione e dalle altre dimensioni della vita civile affluiscono con il loro bagaglio di esperienza e di competenze nell'arena politica, per arricchire ed articolare l'espressione dell'interesse pubblico [...] riflesso di questo risveglio di passione civica da parte di coloro che per troppo tempo si erano chiamati fuori dalla responsabilità pubbliche>>³⁰⁸. Quindi, qualsiasi disciplina in materia dev'essere capace di contemperare le esigenze che rischiano di venire in conflitto: è necessario garantire la piena partecipazione di tutti i cittadini alla vita politica del paese prevenendo eventuali conflitti tra l'interesse pubblico generale e quello individuale, privato.

Già queste brevi riflessioni fanno chiaramente intendere che le tematiche appena accennate sono di ampio respiro ed obbligherebbero ad un'analisi troppo estesa; è necessario, allora, esaminare esclusivamente i dati normativi.

Il ragionamento sulla legge approvata dal Parlamento italiano lo scorso anno riparte, insomma, dal punto da cui è iniziato a svilupparsi il nostro lavoro: ci eravamo posti l'interrogativo di cosa fosse il conflitto di interessi e del perché nelle moderne democrazie esso costituisca oggetto di attente ed approfondite analisi, non solo a carattere giuridico.

Il Parlamento italiano ha approvato una disciplina con la quale sarebbe stata individuata la soluzione al conflitto di interessi: essa è stata introdotta con la legge 20 luglio 2004, n. 215 recante <<Norme in materia di risoluzione dei conflitti di interessi>> ed è entrata in vigore il 2 settembre 2004³⁰⁹. La legge cerca di dare risposta ai numerosi e cruciali profili che attengono al corretto funzionamento degli organi del governo nazionale, con particolare riferimento al tema del

³⁰⁷ S. MANNONI, *Nota sulla legislazione in materia di conflitto di interessi negli USA*, allegata al resoconto della audizione tenutasi in 1^a Commissione della Camera dei deputati, XIV legislatura, seduta del 29 gennaio 2002, 45 ss.

³⁰⁸ S. MANNONI, cit., 45.

³⁰⁹ La legge è pubblicata sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana - Serie generale del 18 agosto 2004, n. 193.

possibile contrasto tra l'interesse pubblico e gli interessi privati dei titolari di cariche di governo. Questa legge, come poche altre, ha avuto un percorso parlamentare fortemente condizionato da un dibattito politico intenso durato addirittura un decennio: fasi altalenanti certamente non legate alla complessità tecnica delle disposizioni di legge. Non a caso il conflitto di interessi è un argomento che ha iniziato a svilupparsi con la discesa in campo dell'attuale Presidente del Consiglio, On. Berlusconi, tanto che esso è più che altro sbrigativamente rappresentato ed identificato con la situazione giuridico - economica che lo riguarda³¹⁰. Del resto è facilmente comprensibile che un problema siffatto sia stato affrontato solo in occasione di un evento effettivamente di grande impatto: la rottura del monopolio in base al quale la politica del paese è stata per decenni privilegio esclusivo di un ceto che ne aveva fatto una professione: professionisti della politica come a volte, non senza ironia, vengono definiti. Insomma, il conflitto di interessi entra nell'agenda politica solo in occasione della decisione di partecipare alla vita politica nazionale manifestata nel lontano 1994 da Berlusconi, oggi autorevole rappresentante della vita politica nazionale. Più esattamente non è tanto "la discesa in campo" dell'on. Berlusconi ad animare da subito il dibattito quanto la sua vittoria alle elezioni politiche del 1994. Infatti l'ingresso di Berlusconi sulla scena politica venne accompagnata dalla presentazione del partito di Forza Italia: gli schieramenti politici che erano stati costituiti attorno al medesimo (il Polo del Buon Governo, nel centro-sud, e il Polo della libertà, nel centro-nord) ottennero la maggioranza parlamentare e

³¹⁰ Questa affermazione è in effetti un dato inconfutabile; del resto anche la legge 215 del 2004 ragiona, per ciò che riguarda l'ambito soggettivo di riferimento, esclusivamente, sui titolari di cariche di Governo. Nel corso del lavoro vedremo perché, a nostro giudizio, ciò costituisca senza alcun dubbio uno degli aspetti critici dell'impianto normativo definito dal Parlamento: E' sufficiente, per il momento, rilevare come proprio qualche tempo fa il nuovo Governatore della Banca d'Italia, Draghi, ha definito una soluzione al personale conflitto di interessi nel quale si trovava: si v., in tal senso, *Draghi risolve il suo conflitto di interessi*, in *La Repubblica*, 19 gennaio 2006, 7. Draghi non è titolare di una carica di governo e quindi non si può applicare alla carica che ricopre la legge 215 del 2004. Eppure egli, all'atto dell'insediamento, ha comunicato di aver posto in essere tutte le possibilità giuridiche che il nostro ordinamento consente per risolvere il suo conflitto di interessi. Alcuni elementi di fatto possono tornare utili per comprendere correttamente la vicenda del neo governatore della Banca d'Italia: come ha spiegato in suo editoriale L. ZINGALES, *Il codice ideale del Governatore*, in *Il Sole 24 ore*, 15 gennaio 2006, 1, <<la nomina di Draghi nasce con un potenziale conflitto di interessi>>, dal momento che il neo -governatore, quando era vice - presidente della società internazionale d'affari Goldman Sachs, <<ha organizzato l'offerta per Bnl di Bbva, la rivale di Unipol>>. Il giornalista del quotidiano economico ha poi indicato altri aspetti che avrebbero reso evidente il conflitto di interessi di Draghi; quest'ultimo, prendendo quasi alla lettera i suggerimenti espressi nel medesimo contesto dall'editorialista economico, ha deciso di porre in essere alcune scelte molto efficace per dare una soluzione preventiva al conflitto di interessi. Vedremo più avanti di cosa si tratta visto che alcune scelte poste in essere da Draghi rappresentano ai nostri occhi delle possibili correzioni che dovrebbero essere apportate al testo di legge oggi vigente.

costituirono così un Governo presieduto dallo stesso on. Berlusconi. Ciò suscitò le prime preoccupazioni per il possibile emergere di conflitti di interessi, di cui, in realtà, già in precedenza, vi erano state alcune manifestazioni, per quanto meno evidenti, sempre passate del tutto sotto silenzio³¹¹. Tuttavia, nonostante l'argomento sia tra quelli che in una moderna democrazia dovrebbe considerarsi cruciale per il suo corretto funzionamento un provvedimento di legge in materia è stato approvato solo lo scorso anno.

E' lecito supporre che anche per tale circostanza l'entrata in vigore della legge è stata salutata con soddisfazione da ampi settori della dottrina costituzionalistica e da alcuni esponenti politici di primo piano³¹²: un giudizio positivo che pare espresso più sul piano della opportunità politica per un intervento normativo sul tema divenuto ormai improcrastinabile, che per i contenuti giuridici che presenta l'articolato. Va detto, altresì, che in realtà la legge citata non ha esaurito la disciplina sul conflitto di interessi poiché qualche tempo dopo è stato emanato dal

³¹¹ E' lecito pensare che se l'on. Berlusconi e lo schieramento di forze politiche che lo sostenne non avessero vinto le elezioni politiche del 1994 il conflitto di interessi ancora una volta non sarebbe entrato nell'agenda politica di nessun governo. A tal proposito sottolinea **A. PERTICI**, *Il conflitto di interessi*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 317; vedi anche ora **ID.**, *Il conflitto di interessi. Dieci anni di proposte di legge e dibattiti parlamentari in attesa dell'approvazione di una legge di disciplina della fattispecie*, in *L'attuazione della Costituzione*, (a cura di S. Panizza – R. Romboli), Edizioni PLUS, Pisa, 2004, 244 ss. che << la questione del conflitto di interessi divenne oggetto di particolare attenzione a seguito del conferimento all'on. Berlusconi dell'incarico di formare il Governo >> al punto che l'allora Presidente della Repubblica Scalfaro pensò di porre sotto tutela l'esigenza che le funzioni pubbliche venissero esercitate in assenza di conflitti di interessi, attraverso l'individuazione di un soggetto garante. L'idea, che poi non ebbe realizzazione compiuta, venne espressamente criticata da autorevoli costituzionalisti; è sufficiente ricordare che sulle pagine de *La Repubblica* del 25 aprile 1994 il Prof. Paolo Barile definì l'idea del garante del Governo <<un'idea barocca, senza alcuna legittimazione costituzionale>>. Si optò, invece, per la nomina, da parte del Presidente del Consiglio, con l'assenso del Presidente della Repubblica, di un Comitato di studio cui venne conferito l'incarico "di individuare, in tema di commistione fra l'interesse pubblico proprio della funzione e l'interesse privato del titolare dell'attività di Governo, possibili integrazioni e aggiornamenti della legislazione vigente: e questo, sia in via generale, sia per quanto concerne in particolare le imprese esercenti mezzi di comunicazione di massa, per le quali, in attesa del riassetto di tale settore, si tratta di delineare un'adequata formula di garanzia rispetto ad eventuali abusi".

³¹² Si v. **N. ZANON**, *Autorità alla prova*, in *Il Sole 24 ore*, 14 luglio 2004, 1 e 6; **G. VASSALLI**, *Vassalli: una legge importante*, in *Il Giornale*, 14 luglio 2004; nello stesso quotidiano, nel corso di un'intervista, il giudizio positivo, con alcuni distinguo, di **M. CACCIARI**, 2; **M. LUCIANI**, *Istituzioni che funzionano*, in *La Stampa*, 14 luglio 2004, 1, il quale più che affrontare nel merito la disciplina approvata rileva un aspetto interessante che investe il funzionamento dell'apparato istituzionale: <<[...] la legge, invece, buona o cattiva che sia, è passata, e se è stata approvata lo si deve soprattutto all'autonomia delle regole istituzionali che governano il Parlamento e all'impegno nel farle seguire[...]>>; sempre in un'intervista è contenuta la valutazione favorevole ma non troppo di **D. FISICHELLA**, in *Il Corriere della Sera*, 14 luglio 2004, 3; ed ancora di **P. GUZZANTI**, *Il gioco è finito*, in *Il Giornale*, 14 luglio 2004, 1; molto critico, per contro, in un'intervista rilasciata al quotidiano *La Repubblica*, 14 luglio 2004, 9 è **G. SARTORI**; nello stesso quotidiano, qualche giorno prima – il 6 luglio 2004, **G. VALENTINI**, *Gli interessi privati del premier*, 17.

Presidente della Repubblica il decreto - legge 6 settembre 2004, n. 233, contenente <<Modificazioni alla legge 20 luglio 2004, n. 215, in materia di risoluzione dei conflitti di interessi>>³¹³. Le modifiche introdotte con lo strumento della decretazione d'urgenza hanno avuto il pregio di operare un ritocco formale alla disciplina già entrata in vigore: infatti, con esse viene correttamente richiamata non già la disciplina dettata dall'art. 2, comma 1, della legge 31 luglio 1997, n. 249 – già abrogata dall'art. 28, comma 1, lett. f) della legge 3 maggio 2004, n. 112, c.d. Legge Gasparri - bensì, correttamente, la nuova normativa recata dalla legge 112 del 2004³¹⁴. Infine, da ultimo, si è intervenuti con il decreto legge 31 marzo 2005, n. 44, convertito nella legge 31 maggio 2005, n. 88, con il quale, accanto alla già prevista deroga per i parlamentari in tema di

³¹³ Il decreto – legge sopra indicato è stato pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell'8 settembre 2004, n. 211 ed è entrato in vigore, per espressa previsione contenuta nell'art. 2, il giorno stesso della sua pubblicazione. Il decreto – legge è stato convertito nella legge 5 novembre 2004, n. 261, pubblicata nella Gazzetta ufficiale n. 261 del 6 novembre 2004 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 6 settembre 2004, n. 233, recante modificazioni alla legge 20 luglio 2004, n. 215, in materia di risoluzione dei conflitti di interesse).

³¹⁴ La relazione di accompagnamento al decreto - legge 233 del 2004 parla, in effetti, di <<mero errore di coordinamento formale del testo [...] di disposizioni definitorie innovative già vigenti al momento della emanazione della legge sulla risoluzione dei conflitti di interessi>>. Fa notare, al riguardo, **M. MELE**, *Tesaurus e Cheli vigileranno sulle sanzioni*, in *Il Sole 24 ore*, 14 luglio 2004, 5, che la situazione sarebbe apparsa completamente diversa qualora la legge sul conflitto di interessi fosse stata approvata prima della legge Gasparri: si ricorderà, infatti, che la legge Gasparri fu rinviata alle Camere dal Presidente della Repubblica (in data 15 dicembre 2003, il Presidente della Repubblica ha chiesto alle Camere, con messaggio motivato, a norma dell'articolo 74, primo comma della Costituzione, una nuova deliberazione in ordine alla predetta legge, a lui trasmessa in data 5 dicembre 2003), poiché alcune delle norme in essa contenute vennero considerate in contrasto con alcune disposizioni costituzionali, anche alla luce della giurisprudenza del giudice delle leggi. Ebbene, per evitare che la sentenza n. 466 del 20 novembre 2002 della Corte Costituzionale, producesse effetti giuridici alla data 31 dicembre del 2003, il Governo intervenne con un decreto – legge (Decreto – legge 24 dicembre 2003, n. 352, in G.U. n. 300 del 29 dicembre 2003 - Disposizioni urgenti concernenti modalità di definitiva cessazione del regime transitorio della legge 31 luglio 1997, n. 249), subito battezzato “salva Rete4”. Il giornalista ricorda come il rinvio dell'esame parlamentare del DDL governativo in materia di conflitto di interessi si giustificasse unicamente con il desiderio del Governo di approvare preventivamente il decreto -legge. E' noto, infatti, che il decreto - legge deve essere firmato dal Presidente del Consiglio dei Ministri, il quale, come evidenzia la ricostruzione dei fatti, è vero che si allontanò dall'aula, nel corso dell'illustrazione del provvedimento in Consiglio dei ministri ma, poi, appunto, non fece mancare la sua firma in calce all'atto. In questo caso, a ben vedere, si sarebbe potuto analizzare il comportamento dell'Autorità Antitrust chiamata a monitorare gli atti governativi per verificare l'eventuale vantaggio <<dell'impresa di cui è proprietario un membro del Governo, cioè la famiglia Berlusconi tramite Fininvest, maggiore azionista di Mediaset>>, con possibile irrogazione di sanzione che sarebbe potuta <<arrivare fino ad una somma pari a quella del vantaggio patrimoniale conseguito (Mediaset parlò di un danno pari a 350 milioni di euro)>>. Certo, si tratta di una tesi che rischia di provare troppo, poiché se la ricostruzione fatta dal giornalista in sé non è lontana dalla descrizione della vicenda sul piano politico e temporale, è ben vero che la stessa legge Gasparri ha delegato il Governo ad emanare un Testo unico della radiotelevisione, cosicché ciò che non è stato possibile verificare allora potrebbe essere valutato al momento dell'emanazione di quest'ultimo atto normativo: sul piano giuridico, in buona sostanza, ci sarebbe sempre la possibilità di misurare se un atto abbia favorito in modo preferenziale un soggetto economico collegato al titolare di una carica di Governo.

incompatibilità con la titolarità della carica di governo è stata aggiunta una nuova eccezione per gli amministratori di enti locali, come definiti dall'art. 77, comma 2 del testo unico di cui al d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267. Infine, occorre considerare che la legge 215 del 2004 ha espressamente demandato all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed all'Autorità garante del mercato e della concorrenza (titolari del potere di accertamento e del connesso potere di controllo) il compito di dettare con appositi distinti regolamenti <<le procedure istruttorie e i criteri di accertamento per le attività ad essa demandate dalla presente legge, [...]>>: una previsione che ha determinato l'estensione delle fonti normative che disciplinano l'argomento.

Da un primo, rapido esame delle disposizioni contenute nel testo di legge primaria emerge che: 1) la fonte legislativa primaria è stata considerata sufficiente per disciplinare in maniera esaustiva il conflitto di interessi, senza intervenire direttamente con una modifica costituzionale; 2) l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina è stato circoscritto ai titolari di cariche di Governo; 3) gli strumenti scelti per sanzionare il conflitto di interessi si collocano su due piani e sono strettamente ed intimamente connessi alla visione duale del fenomeno ed alla lettura che il legislatore ha scelto per l'identificazione della patologia: 3.1) da un lato, infatti, il conflitto di interessi è visto in termini statici – *id est* è dato dal contrasto (*rectius*: incompatibilità) tra la posizione di Governo ricoperta e la diversa carica/ufficio pubblico e privato di cui si è titolari - e, quindi, l'ottica sanzionatoria assume natura preventiva, attraverso la individuazione, appunto, di diverse ed incisive cause di incompatibilità; 3.2) dall'altro, il conflitto di interessi non è considerato quale fenomeno in sé di potenziale pericolo – al punto da giungere, per ciò che riguarda le scelte del legislatore, ad una sua preventiva soluzione-; piuttosto l'oggettiva coincidenza in capo al medesimo soggetto della titolarità di un interesse privato e dell'obbligo di perseguire l'interesse pubblico generale può costituire effettivamente un *vulnus* per il perseguimento di quest'ultimo solo se l'azione di governo venga indirizzata verso la tutela dell'interesse egoistico del soggetto. In altre parole, in questa seconda prospettiva, è solo il comportamento concreto del titolare della carica di governo che può originare conseguenze perniciose per il perseguimento dell'interesse generale (verifica che può essere svolta solo *ex post*) e per tale ragione ciò che viene richiesto al singolo è l'astensione dal compimento di determinati atti; 4) il compito di accertare tanto le incompatibilità, quanto gli effettivi vantaggi tratti da un atto posto in essere in presenza di un conflitto di interessi, costituisce

un'attività rimessa alla competenza dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato e dell'Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni.

Dalla esposizione appena svolta nei punti 3.1 e 3.2. può evincersi, sin da subito, una contraddizione logica e concettuale: è lecito domandarsi, infatti, come sia possibile che il conflitto di interessi da un lato riceva una soluzione a carattere preventivo – mediante la previsione dell'incompatibilità - dall'altro sia visto anche in una dimensione concreta – con riguardo, cioè, ad ogni singolo atto di governo – e per questa ipotesi viene prevista l'astensione obbligatoria quale mezzo per la sua soluzione. Delle due l'una: o l'incompatibilità è realmente posta a presidio dell'imparzialità e dell'oggettivo perseguimento del pubblico interesse ed allora dovrebbe considerarsi rimedio sufficiente e dirimente; oppure essa è destinata a colmare una lacuna esistente nel nostro ordinamento – *id est*: l'assenza di un regime di incompatibilità per i titolari di cariche di governo che non siano anche parlamentari – ma allora essa partecipa delle stesse “sole” caratteristiche delle classiche incompatibilità, non avendo nulla a che vedere con gli strumenti per la soluzione preventiva del conflitto di interessi. Infatti a nulla servirebbe la previsione dell'astensione obbligatoria se lo strumento dell'incompatibilità fosse realmente diretto a prevenire, risolvendolo, il conflitto di interessi. Il giudizio che abbiamo espresso può in effetti apparire troppo netto: così non è come avremo modo di dimostrare nel proseguio della trattazione.

Alcune precisazioni sulle modalità che verranno seguite nello svolgimento e nella prosecuzione del lavoro in questo capitolo. L'esame che verrà svolto della disciplina approvata con la legge 215 del 2004 cercherà di approfondirne e metterne in luce i principali contenuti: in particolare, si farà riferimento alle proposizioni normative "sostanziali" contenute nei primi quattro articoli. Posto che l'obiettivo dell'intero lavoro è l'indicazione di una proposta che sia in grado di risolvere, prevenendolo, il conflitto di interessi, la disamina verrà limitata, quindi, alle scelte compiute dal legislatore, senza approfondire le modalità procedurali attraverso le quali le autorità preposte al controllo svolgeranno l'attività istruttoria propedeutica all'irrogazione di eventuali sanzioni³¹⁵. Inoltre,

³¹⁵ Non che non sia interessante un'analisi delle modalità definite dal legislatore per lo svolgimento dell'attività istruttoria necessaria per la comminazione delle sanzioni: esse, tuttavia, al di là del fatto che involgono profili procedurali che vorremmo tenere distanti dalla nostra analisi, sono qualcosa che viene dopo la definizione delle fattispecie di conflitto di interessi. Siccome la valutazione di quest'ultime costituisce il cuore ed il baricentro della nostra disamina, un giudizio sulle prime risulterebbe inevitabilmente un appesantimento. Chi scrive, del resto, ha avuto contatti con la Direzione Conflitto di interessi dell'Autorità Garante del mercato e della concorrenza allo scopo di comprendere i limiti procedurali cui va incontro l'autorità nell'esercizio del potere di vigilanza che la legge gli attribuisce: ho ritenuto opportuno cercare il contatto con l'istituzione in relazione al fatto che nelle prime due relazioni presentate dall'autorità sono stati fatti emergere

anche l'esame critico delle disposizioni legislative e di quelle regolamentari che afferiscono alla fattispecie sostanziale del conflitto di interessi non si caratterizzerà con una indicazione diretta delle soluzioni che chi scrive ritiene praticabili per dare una reale soluzione al problema. Ciò in quanto alla proposta alternativa verrà dedicata l'intera ultima parte del lavoro.

2. La legge ordinaria è sufficiente ad assicurare la tutela degli interessi generali, tenendoli separati dagli interessi particolari del titolare della pubblica funzione? E dove si collocano nel sistema delle fonti i regolamenti emanati dalle Autorità amministrative indipendenti preposte all'esercizio dei compiti di vigilanza e di controllo? Due interrogativi sui quali è necessario fornire una risposta.

Il primo interrogativo che ci si è posti in ordine alla definizione di una disciplina sul conflitto di interessi è se fosse necessario intervenire con una modifica costituzionale o, all'opposto, sebbene tale ipotesi potesse essere caldeggiata sul piano dell'opportunità, se lo strumento legislativo ordinario potesse considerarsi sufficiente. Da un punto di vista generale si può correttamente affermare che l'esigenza di una riforma costituzionale sul tema del conflitto di interessi sussisterebbe solo se si ritenesse che: 1) l'attuale testo fondamentale non contenga alcuna disposizione in grado di offrire un parametro di riferimento al quale collegare una disciplina normativa dettata con la legge ordinaria; 2) sia opportuno fornire una copertura costituzionale ad una soluzione legislativa che, in caso contrario, rischierebbe di subire modifiche espresse o tacite in relazione a successivi interventi del legislatore.

Il dibattito parlamentare sull'argomento non ha offerto grandi contributi di riflessione: quindi l'aver disciplinato la materia mediante la legge 215 del 2004 nulla attesta in relazione ad un aspetto che certo avrebbe meritato una più attenta considerazione. In ogni caso è senz'altro utile tener conto delle diverse proposte presentate nelle ultime tre legislature: il dato che si ricava attesta che la gran parte di esse ha assunto la veste formale del progetto o del disegno di legge ordinaria. Non sono mancati, tuttavia, progetti di legge costituzionale: una particolare attenzione venne prestata dalla Commissione parlamentare per le riforme costituzionali istituita con legge cost. n. 1 del 1997 che aveva inserito nel testo costituzionale sottoposto all'approvazione delle Camere una disposizione in base

alcun fattori di criticità dell'impianto normativo vigente. In effetti l'incontro ha confermato le critiche già espresse nelle due relazioni; di più, ma di questo daremo conto più avanti nel corso della trattazione, sono emersi alcuni forti dubbi in ordine all'accertamento della sussistenza di una fattispecie di conflitto di interessi.

alla quale veniva stabilito che <<la legge approvata dalle due Camere determina la incompatibilità tra cariche di governo e uffici o attività pubbliche e private e detta le disposizioni idonee ad evitare conflitti tra gli interessi privati dei membri del Governo e gli interessi pubblici>> (art. 73, ultimo comma)³¹⁶. In definitiva l'esistenza di queste iniziative di legge costituzionale testimonia l'importanza attribuita al tema, anche se non comporta di per sé la valutazione in termini di necessità di una regolamentazione della materia da adottare con lo strumento della legge di riforma della Costituzione.

Anche perché, com'è facilmente intuibile, se così fosse, ci troveremmo nella situazione di considerare semplicemente opportuna ma non indispensabile ed obbligata una legge che assicuri la necessaria separazione tra gli interessi privati dei titolari di funzioni pubbliche e quelli generali verso i quali essi dovrebbero teleologicamente indirizzare la propria attività istituzionale. L'assenza di un riferimento nella nostra Costituzione al valore dell'imparzialità dell'azione amministrativa ed alla necessità di perseguire esclusivamente il pubblico interesse nell'esercizio della pubblica funzione, infatti, renderebbe l'intervento del legislatore ordinario non come una scelta obbligata dalla carta fondamentale, bensì come una decisione discrezionale di carattere politico. In definitiva, una legge costituzionale sarebbe imposta: 1) dalla stessa Costituzione, qualora rinviasse essa stessa ad un fonte di così elevato livello per la disciplina di una determinata materia; 2) esclusa l'ipotesi sub 1), dall'assenza nella stessa carta costituzionale di principi e di valori che richiamino ed affermino l'esigenza che sta alla base di una disciplina in materia di conflitto di interessi.

Nella Costituzione vigente, invece, non mancano certo riferimenti alla questione della distinzione tra potere politico istituzionale e potere economico: l'art. 67 Cost., ad esempio, mantiene intatta la sua valenza prescrittiva nel prevedere che i parlamentari debbono svolgere funzioni di rappresentanza generale, restando alieni da mandati specifici e vincolati. In dottrina è stato segnalato che nel concetto deve essere ricompreso senza alcun dubbio anche <<l'interesse personale (di natura non politica) a proteggere od aumentare posizioni di vantaggio nella società -mercato>>³¹⁷. Del resto pare a chi scrive che il concetto della rappresentanza nazionale previsto nella prima parte dell'art. 67 Cost. deve necessariamente portare a stabilire misure normative in grado di separare

³¹⁶ Per una utile indicazione degli altri progetti di legge di revisione della Costituzione già presentati ci venga consentito un rinvio ad **A. PERTICI**, cit., 334, nota 42, nonché ai richiami ed alle riflessioni di altra dottrina contenuti in **B. VALENSISE**, *Conflitto di interessi: il Parlamento alla ricerca di una soluzione normativa*, in *Studium iuris*, 2003, fasc. 3, 295 ss.

³¹⁷ **E. BETTINELLI**, cit., 3.

l'esercizio della funzione istituzionale dal perseguimento di proprie, personali finalità. Il parlamentare, infatti, *<<non deve agire solo come il rappresentante di un determinato collegio o circoscrizione elettorale, cioè di una parte sola del territorio; naturalmente non gli è vietato tenere nel debito conto le esigenze e gli interessi dei suoi elettori, ma il senso del principio è che egli dovrà agire, in primo luogo, in vista del soddisfacimento di quelli che egli stesso ritiene essere gli interessi generali, i quali dovranno o dovrebbero, in caso di contrasto, prevalere su quelli localistici e particolari>>*³¹⁸. Ma in quelli particolari vanno, ad rigor di logica, senz'altro ricondotti quelli che pertengono al singolo rappresentante.

Certo, si potrebbe obiettare che se la Costituzione disciplina le modalità attraverso le quali deve essere assicurata la rappresentanza nazionale, allora dovrebbe anche essere individuata la sanzione giuridica per l'ipotesi in cui l'attività del parlamentare non sia effettivamente ispirata alla cura degli interessi generali³¹⁹. In assenza verrebbe meno il carattere imperativo del dettato costituzionale e con esso il valore giuridicamente vincolante della prescrizione. Ma un'affermazione del genere rischierebbe di provare troppo poiché è noto che le disposizioni costituzionali spesso hanno un valore di indirizzo, seppur manchino di immediate e puntuali prescrizioni normative. Ed infatti, sebbene sia effettivamente difficile l'identificazione degli interessi generali ed ancor prima l'identificazione di chi decide quali effettivamente essi siano³²⁰ ciò non toglie che la disposizione costituzionale ha un valore esigente ed un *<<[...] significato deontologico e costrittivo [...]; ciò significa, in termini più semplici, che l'esercizio del mandato in forma libera da condizionamenti particolari dovrebbe essere un dovere valutabile giuridicamente>>*³²¹. In buona sostanza esiste alla luce del disposto costituzionale contenuto nell'art. 67 Cost. un dovere giuridicamente valutabile e questo porta con sé, com'è stato correttamente evidenziato, la riconducibilità

³¹⁸ **N. ZANON**, *Il divieto di mandato imperativo e la rappresentanza nazionale: autopsia di due concetti*, in *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica* (a cura di N. Zanon – F. Biondi), Atti del Convegno, Milano, 16 – 17 marzo 2000, Giuffrè, 2001, 131; sull'argomento molto interessante la ricostruzione delle diverse posizioni dottrinali fatta da **A. SCIORTINO**, cit., 11 ss.

³¹⁹ Com'è noto, invece, nel nostro ordinamento giuridico non è contemplato un istituto, quale il *recall* che consente in qualche misura di considerare il parlamentare eletto come legato al corpo elettorale che ha contribuito alla sua elezione: per una migliore descrizione dell'istituto si rinvia a **R. MORETTI**, *Commentario breve alla Costituzione*, sub art. 67(di V. CRISAFULLI e L. PALADIN), cit., 408.

³²⁰ **N. ZANON**, *Il divieto di mandato imperativo e la rappresentanza nazionale: autopsia di due concetti*, cit., 132; ma in precedenza si veda nel primo capitolo l'analisi svolta sull'argomento e ci venga, altresì, consentito un rinvio alle riflessioni che verranno condotte nei successivi paragrafi.

³²¹ **ID.**, per il quale, tuttavia, non è immaginabile che un parlamentare, per essersi interessato degli interessi particolari e localistici possa essere esposto, in conseguenza della violazione del principio della rappresentanza nazionale, a sanzioni anche di carattere penale.

<<sotto l'ombrello costituzionale di tutte quelle norme, fors'anche del diritto elettorale, che fanno gravare un pregiudizio negativo su ogni presa di contatto individuale tra candidato o eletto, da una parte, ed elettore, dall'altra [...]»³²² e, aggiungiamo noi, anche di tutte quelle fattispecie di esercizio del potere finalizzato al soddisfacimento di interessi personali e particolari. In effetti, sempre in totale armonia con la dottrina appena citata, non sembra una forzatura ritenere che l'art. 67 Cost. tuteli la garanzia di obiettività e di disinteresse nell'esercizio del mandato parlamentare. Il problema, tuttavia, è che l'art. 67 si applica solo ai parlamentari e non (o perlomeno non direttamente) ai membri del Governo.

Ma nella carta fondamentale esistono altre disposizioni capaci di costruire un presidio costituzionale a garanzia della distinzione tra potere politico e potere economico, ritenendo, quindi, *<<distorcente valutare questo insieme di norme come rivolto esclusivamente a tutela dell'autonomia della funzione parlamentare contro l'ingerenza di poteri sociali forti o di gruppi di pressione decisi a rappresentare e far prevalere interessi particolari senza alcun riguardo per l'interesse nazionale>>³²³*. V'è chi, ad esempio, risolvendo ed affrontando il conflitto di interessi con la sanzione dell'ineleggibilità delineata nell'art. 66 Cost. per i parlamentari ritiene che il testo fondamentale offra con l'art. 51 un rimedio in grado di impedire, in generale, che anche l'azione di governo (*id est*: dell'esecutivo) sia turbata dalla commistione di interessi pubblici e privati. In termini più semplici l'art. 51 Cost., già di per sé, costituirebbe la base costituzionale *<<per la disciplina di questa nuova particolare ineleggibilità distinta da quelle sancite, sulla base dell'art. 66, per i parlamentari>>³²⁴*; rinviando alle valutazioni che sono state espresse nel precedente capitolo a proposito della difficoltà a ragionare in termini di ineleggibilità /incandidabilità per chi versa in una situazione di conflitto di interessi, non si può non tener conto del fatto che l'autore appena citato rinviene in una disposizione costituzionale il parametro di riferimento che giustificerebbe l'adozione di una disciplina normativa in grado di impedire la commistione tra gli interessi generali e quelli particolari, economici, facenti capo al singolo parlamentare e finanche al titolare di una carica di governo. Ciò significa, per intenderci, in presenza tra l'altro di un ragionamento portato all'estremo –abbandonando, così ci sembra, l'ottica della gradualità e la politica del minimo mezzo nel bilanciamento tra diversi valori in gioco che la giurisprudenza costituzionale da noi pienamente condivisa ha sempre

³²² **ID.**, che richiama, al riguardo, il cosiddetto voto di scambio o le promesse di elargizione pre – elettorali.

³²³ *Ibidem.*

³²⁴ **A. MANZELLA**, *La forma di governo in transizione*, cit., 235.

ritenuto di dover seguire – che in dottrina non v'è dubbio sull'esistenza di norme costituzionali in grado di giustificare l'adozione di misure legislative sull'argomento del conflitto di interessi. Anzi, una disciplina in tal senso sarebbe imposta dalla Costituzione, risultando la stessa essere rimasta sino a qualche tempo fa inattuata. E ciò vale non solo per i parlamentari, ai quali, peraltro, come abbiamo già anticipato nella premessa, la legge 215 del 2004, non ha dedicato alcuna disposizione particolare; né vale solo per i componenti dell'esecutivo.

La Costituzione, infatti, si occupa, negli artt. 97, 98 e 111, anche di altri attori istituzionali: le disposizioni appena citate assumono un pregnante significato per ciò che concerne gli appartenenti alla pubblica amministrazione ed all'ordine giudiziario, posto che esplicitano e rafforzano l'idea liberale di tenere distinti dagli interessi che questi soggetti sono chiamati a tutelare, gli interessi estranei al contesto pubblico³²⁵. In buona sostanza nella carta costituzionale esiste un sicuro ancoraggio per una disciplina legislativa complessiva che abbia come obiettivo la separazione degli interessi pubblici da quelli privati³²⁶ e la scelta dello strumento della legge ordinaria appare, dunque, conforme al dettato della fonte costituzionale.

Fa una certa impressione, peraltro, constatare come la disciplina recata dalla legge 215 del 2004 venga considerata dall'Autorità garante del mercato e della concorrenza una normativa del tutto innovativa nel nostro ordinamento giuridico, <<in quanto introduce una sorta di statuto giuridico dei titolari di cariche del governo centrale dello Stato, che completa e si aggiunge alla generale disciplina delle ineleggibilità e incompatibilità per i membri del Parlamento, costituendo una novità di indubbio rilievo nell'assetto politico - costituzionale, in quanto fa assurgere a principi generali dell'ordinamento, i canoni della correttezza nell'esercizio del potere pubblico e dell'equa distribuzione delle risorse

³²⁵ Fa notare **E. BETTINELLI**, cit., 6, che <<il concetto d'imparzialità [...] ha, in questo senso un valore più ampio di come normalmente viene interpretato da molti commentatori, in quanto si lega logicamente e storicamente al principio di esclusività nell'esercizio delle funzioni pubbliche [...]>>.

³²⁶ In questo senso non convince assolutamente la tesi espressa a proposito della legge 215 del 2004 da **G. M. SALERNO**, *Resta aperta la questione dell'attività lobbistica*, in *Guida al diritto*, n. 34, 4 settembre 2004, 33 il quale ritiene che <<[...] in primo luogo, e tanto più non sussistendo un'apposita disposizione costituzionale che fornisca una qualche indicazione in tema di conflitto d'interessi, possono sollevarsi taluni dubbi in ordine alla ragionevolezza di alcune soluzioni adottate in ordine all'indicazione di coloro i quali sono tenuti al rispetto della disciplina in esame, così come in relazione al lungo elenco delle incompatibilità previste dalla legge>>, perché la carta costituzionale contiene sufficienti indicazioni, come si è detto sopra, a proposito della necessità di assicurare l'osservanza del postulato della società liberale. Semmai si può dire che una soluzione di tipo diverso (*id est*: una legge costituzionale o di revisione della Costituzione) avrebbe consentito di calibrare meglio l'equilibrio tra i diversi valori coinvolti nella problematica in esame: la proprietà, l'iniziativa economica privata, il diritto di elettorato passivo.

economiche, a corollario dei valori costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione>>³²⁷ (il sottolineato è nostro).

Va bene il completamento sul piano delle incompatibilità (prima assenti per i titolari di cariche di governo) della disciplina già vigente per i parlamentari, ma certo ritenere che la nuova disciplina consenta di far assurgere a principio generale dell'ordinamento il valore della correttezza nell'esercizio delle pubbliche funzioni appare un'affermazione francamente eccessiva e sbagliata. Tale canone, infatti, non appare essere stato introiettato nell'ordinamento giuridico dalle recenti novità legislative, dovendosi considerare al contrario espressione concreta della imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, canoni costituzionali indicati nell'art. 97.

Affrontato il primo interrogativo, occorre indagare sulle altre scelte poste in essere dal legislatore.

2.1. I regolamenti delle autorità preposte al controllo. Profili di incostituzionalità delle previsioni normative adottate. Le autorità amministrative indipendenti ed il principio di legalità.

E' al secondo interrogativo proposto nel titolo del presente paragrafo che occorre prestare maggiore attenzione poiché una lettura attenta delle disposizioni contenute nei regolamenti delle due autorità amministrative indipendenti offre più di un motivo di riflessione.

L'art. 6, comma 10, della legge 215/2004 recita espressamente che <<Entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato delibera le procedure istruttorie e i criteri di accertamento per le attività ad essa demandate dalla presente legge, nonché le opportune modifiche organizzative interne.>>. La stessa proposizione normativa è stata impiegata dal legislatore primario per attribuire analoga competenza all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni³²⁸. Ebbene, ambedue le autorità amministrative indipendenti hanno esercitato il potere normativo che è stato loro riconosciuto: la prima con la deliberazione del 16 novembre 2004 - pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana - Serie Generale - n. 282 del 1° Dicembre 2004 - con la quale è stato emanato un <<Regolamento

³²⁷ Relazione semestrale sul conflitto di interessi presentata nel giugno 2005 dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato.

³²⁸ L'art. 7, comma 5, dispone, infatti che <<Entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni delibera le procedure istruttorie e i criteri di accertamento per le attività ad essa demandate dalla presente legge, nonché le opportune modifiche organizzative interne.>>.

contenente disposizioni con le quali sono stati definiti i criteri di accertamento e procedure istruttorie relativi all'applicazione della legge 20 luglio 2004, n. 215 recante norme in materia di risoluzione dei conflitti di interessi>>; la seconda con la Delibera n.417/04/CONS - pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 300 del 23/12/04 - con la quale è stato emanato un <<Regolamento per la risoluzione dei conflitti di interessi>>. La lettura dei due atti normativi preoccupa non poco: è sufficiente citare due disposizioni regolamentari, che sono poi quelle che individuano l'ambito oggettivo di intervento dei due organismi, per comprendere i dubbi sulla portata estensiva degli atti in parola. Si legge nell'art. 1 del Regolamento AgCOM che <<ai fini dell'accertamento di cui al precedente comma, l'Autorità valuta ogni condotta, posta in essere dalle imprese di cui al comma 1, che, in violazione delle leggi 6 agosto 1990, n. 223, 31 luglio 1997, n. 249, 22 febbraio 2000, n. 28 e 3 maggio 2004, n. 112, specie avuto riguardo ai principi fondamentali del sistema radiotelevisivo, del pluralismo, dell'obiettività, della completezza, della lealtà e dell'imparzialità dell'informazione, fornisce un sostegno privilegiato, anche attraverso qualsiasi forma di vantaggio, diretto o indiretto, politico, economico, di immagine al titolare di cariche di governo>> (il sottolineato è nostro) mentre nell'art. 5 del regolamento dell'Autorità garante del mercato e della concorrenza è stabilito che <<In assenza di una situazione di incompatibilità ai sensi dell'articolo 2 della legge, ai fini dell'accertamento del conflitto di interessi l'Autorità verifica che l'atto o l'omissione abbiano un'incidenza specifica e preferenziale sul patrimonio dei soggetti di cui all'articolo 3 della legge e siano idonei ad arrecare danno all'interesse pubblico. Nell'accertamento dell'incidenza specifica e preferenziale l'Autorità prende in considerazione qualsiasi vantaggio che in modo particolare, ancorché non esclusivo, si può determinare nel patrimonio dei soggetti di cui all'articolo 3 della legge, anche se l'azione di governo è formalmente destinata alla generalità o ad intere categorie di soggetti. Il patrimonio su cui deve essere accertata l'incidenza specifica e preferenziale è costituito dal complesso dei rapporti giuridici attivi e passivi, suscettibili di valutazione economica, facenti capo ad una persona fisica o giuridica. Sussiste danno per l'interesse pubblico in tutti i casi in cui l'atto o l'omissione del titolare della carica di governo sono idonei ad alterare il corretto funzionamento del mercato. (il sottolineato è nostro). Il danno per l'interesse pubblico sussiste altresì quando l'incidenza specifica e preferenziale, ai sensi del comma 2 del presente articolo, è frutto di una scelta manifestamente ingiustificata

in relazione ai fini istituzionali cui è preordinata l'azione di governo (il sottolineato è nostro)>>. In entrambe le disposizioni di rango secondario³²⁹ pare di leggere proposizioni che vanno oltre la delega e lo spazio riconosciuto dalla norma primaria: da un lato, infatti, nel Regolamento dell'AGCom, si legge un'estensione dell'ambito entro il quale è corretto parlare di conflitto di interessi, come nel caso in cui - così letteralmente - un'impresa di proprietà del titolare della carica di governo fornisca un sostegno privilegiato che si traduce, ad esempio, in un rafforzamento dell'immagine di quest'ultimo; dall'altro, nell'atto normativo dell'AGMC, si precisa che sussiste danno per l'interesse pubblico - *ergo*: il conflitto di interessi - quando l'atto o l'omissione siano idonei ad alterare <<*il corretto funzionamento del mercato*>>, riducendo così sensibilmente la possibilità che venga accertato il conflitto ovvero - in questo caso rendendo praticamente impossibile lo svolgimento di un'attività istruttoria e riducendo allo stesso tempo l'efficacia della verifica - quando l'incidenza specifica e preferenziale è frutto di una scelta manifestamente ingiustificata in relazione ai fini istituzionali cui è preordinata l'azione di governo. Insomma, se è vero che la legge già di per sé, sotto il profilo dei contenuti, fornisce più di un elemento di perplessità e di incertezza apparendo incapace di dare risposte adeguate al problema del conflitto di interessi, le disposizioni appena citate vanno nella stessa direzione o perché riducono l'area dentro la quale dovrebbe situarsi il conflitto di interessi o perché rendono di fatto assolutamente impossibile lo svolgimento di una seria istruttoria. Ciò in contrasto, a parere di chi scrive, con il tenore delle disposizioni legislative deleganti che in ordine alla possibilità di dettare norme secondarie circoscrivevano il perimetro entro il quale quest'ultime potevano operare, limitandolo alla individuazione delle sole procedure istruttorie e dei criteri di accertamento della patologia del conflitto di interessi; quest'ultimo, non v'è dubbio, non poteva, invece essere lasciato alla libera determinazione delle due

³²⁹ Che si tratti di esercizio di un potere regolamentare non pare discutibile visto che le disposizioni contenute negli atti posti in essere dalle due autorità amministrative indipendenti possiedono, in effetti, i caratteri della generalità - intesa come capacità dell'atto normativo di rivolgersi a tutti i soggetti dell'ordinamento - e della funzione normativa - cioè di essere destinati alla introduzione di norme giuridiche. Per un'autorevole dottrina, **A. M. SANDULLI**, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, II, Padova, Cedam, 451 ss. quest'ultimo carattere, quello normativo, <<è essenziale soltanto alle fonti secondarie essendo esse destinate dall'atto (legislativo) fondante proprio a tale scopo (introdurre norme giuridiche: esecutive, attuative, integrative, ecc.)" costituendo, quindi, l'elemento di differenziazione tra gli atti regolamentari e gli atti amministrativi generali; sul fenomeno delle autorità amministrative indipendenti ed in modo particolare sul loro potere normativo si rinvia alla ricca analisi di **F. POLITI**, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enc.giur.Treccani*, 2001, 1 ss.

autorità amministrative indipendenti³³⁰. Ed anche in contrasto con quanto è evidentemente solo nella mente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato dal momento che quest'ultima nella prima relazione semestrale sul conflitto di interessi presentata nel giugno 2005 precisa, per ciò che concerne l'estensione del potere normativo delegatogli, *<<che la scelta del legislatore è stata, infatti, quella di rimettere alla discrezionalità dell'Autorità l'individuazione dei criteri sostanziali da applicare ai fini dell'accertamento delle situazioni di conflitto e delle regole procedurali volte a disciplinare le modalità di esercizio dei poteri a essa attribuiti>>*³³¹.

Del resto, anche tenendo conto della posizione degli atti normativi delle cc.dd. *authorithies* nel sistema delle fonti, il ragionamento appena fatto non può che uscirne rafforzato. Infatti a maggior ragione, in assenza di una norma primaria in grado di concedere uno spazio normativo agli atti appena menzionati, è assolutamente inconcepibile che i regolamenti di due autorità amministrative indipendenti possano incidere in maniera così netta su un fenomeno così complesso e delicato. La previa legittimazione ad opera di una fonte legislativa è imposta dal principio di legalità che postula, appunto, che ogni potere normativo secondario trovi il proprio fondamento nella legge; principio che a giudizio di attenta dottrina può essere distinto (come portata e significato sostanziale) a seconda del soggetto titolare della potestà normativa di grado secondario³³². Se si pensa al fatto che il principio di legalità nasce, nei sistemi giuridici contemporanei, come riflesso sul piano del sistema delle fonti della superiorità dell'organo parlamentare nei confronti dell'organo governativo, si comprende chiaramente come questo principio *<<non possa che atteggiarsi diversamente a seconda del soggetto titolare del potere normativo secondario sia perché la dialettica parlamento - governo non può venire riprodotta meccanicamente nei confronti di altri soggetti, sia perché l'avvento di una costituzione rigida, oltre a mutare la stessa essenza del principio di legalità, impone di tenere in*

³³⁰ In definitiva l'unica formulazione del conflitto di interessi vincolante per l'interprete è quella contenuta nella relativa disposizione legislativa. Essa prevede che *<<Sussiste situazione di conflitto di interessi ai sensi della presente legge quando il titolare di cariche di governo partecipa all'adozione di un atto, anche formulando la proposta, o omette un atto dovuto, trovandosi in situazione di incompatibilità ai sensi dell'articolo 2, comma 1, ovvero quando l'atto o l'omissione ha un'incidenza specifica e preferenziale sul patrimonio del titolare, del coniuge o dei parenti entro il secondo grado, ovvero delle imprese o società da essi controllate, secondo quanto previsto dall'articolo 7 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, con danno per l'interesse pubblico>>*.

³³¹ Così, appunto, si legge nella prima Relazione semestrale sul conflitto di interessi presentata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, 4, in www.agcm.it

³³² F. POLITI, cit., 4; sul tema delle fonti si rinvia anche a L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996, 345 ss..

considerazione gli ulteriori principi in essa contenuti>>³³³. Tra questi va senz'altro tenuta nel debito conto l'esistenza di limiti costituzionali nei confronti dello stesso potere legislativo: ne costituisce un esempio eloquente la riserva di legge rinforzata.

Ma assume rilievo, per l'argomento che ci interessa, anche la collocazione istituzionale dell'organo al quale è riconosciuto il potere normativo secondario: ciò non vuol dire che a seconda di tale posizione si possa infine giungere a riconoscere un potere normativo anche a prescindere dalla *interpositio legislatoris*³³⁴, tuttavia proprio in ragione dei limiti che la stessa legge incontra, l'intervento parlamentare muta di significato <<*perché la legge non viene più a configurarsi quale arbitro incontrastato delle diverse materie, dovendo essa lasciare al potere regolamentare dell'organo in questione lo spazio costituzionalmente spettante e conseguenzialmente il rapporto legge - regolamento viene ad atteggiarsi in maniera differente proprio in ragione del rapporto intercorrente fra Parlamento e soggetto dotato di potestà regolamentare*>>³³⁵. Ma il caso che noi analizziamo sembra dimostrare soprattutto l'inesistenza della fonte legislativa legittimante - se non per la parte che abbiamo esattamente riportato indicando la disposizione normativa - cosicché le disposizioni normative secondarie emanate sembrano soffrire di una patologia. In effetti ci si dovrebbe interrogare se nel caso di specie risulti violato il principio di legalità ovvero se non sia in discussione un profilo di legittimità dell'azione posta in essere dalle due autorità amministrative indipendenti. Il primo, perlomeno dalla dottrina in generale, identificherebbe le modalità di esercizio del potere amministrativo; la legittimità <<*coprirebbe un orizzonte più ampio ed in certo senso pregiudiziale rispetto a quello della legalità, poiché avrebbe riguardo al problema del "titolo" in base al quale il potere viene esercitato, e dunque concernerebbe la giustificazione, il fondamento ultimo dell'autorità amministrativa (ed in genere quello dell'autorità)*>>³³⁶. Insomma ciò che emerge è che le due autorità amministrative indipendenti hanno esercitato un potere esorbitando dai limiti che la norma primaria gli imponeva di rispettare. Profilo quest'ultimo che si aggiungerebbe, si badi bene, a quelli che investono

³³³ ID.

³³⁴ In tal senso si v. A. CERRI, *Regolamenti*, in *enciclopedia giuridica Treccani*, XXVI, 1991, 5.

³³⁵ F. POLITI, cit., 6, al quale ci venga consentito doverosamente un rinvio per comprendere il ruolo e la collocazione delle autorità indipendente nel nostro sistema istituzionale.

³³⁶ P. GIANCASPERO, *Il principio di legalità e il "seguito amministrativo" delle sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale*, Università degli Studi di Trieste, 2003, 179 – 180; ci venga consentito un rinvio all'approfondita analisi svolta dall'autore sul tema ed in particolare, per ciò che a noi interessa sul principio di legalità (v., in particolare, 179 ss.).

direttamente il contenuto dell'atto legislativo primario: si pensi, solo per un momento, al fatto che il trattamento normativo previsto per il titolare di un'impresa è diverso rispetto a quello che opera per chi, nella stessa impresa, ricopre situazioni di responsabilità gestionale. Solo per quest'ultimo, come vedremo, il legislatore ha statuito l'incompatibilità con una carica di governo! Ma per queste valutazioni ci venga consentito un rinvio.

2.2. La possibilità di investire il giudice costituzionale circa i dubbi riguardanti la disciplina normativa secondaria.

Quid iuris? A chi scrive questa situazione sembra la dimostrazione dell'incredibile collocazione che assume nel nostro ordinamento giuridico la recente disciplina sul conflitto di interessi: non è immaginabile la sollevazione di una questione di legittimità costituzionale poiché essa richiederebbe, com'è noto, che la disciplina in argomento debba essere applicata nel corso di un giudizio che difficilmente appare configurabile; ma è altresì difficile immaginare un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato posto che in questa diversa circostanza il giudizio davanti alla Corte costituzionale richiede la contesa di una "competenza" tra organi capaci di dichiarare in termini definitivi la volontà del potere a cui appartengono. Senza considerare, aldilà delle considerazioni appena svolte, che con la recente sentenza 15 luglio 2005, n. 284 la Corte Costituzionale, nel dichiarare l'inammissibilità di un ricorso proposto dal CSM ha ribadito che << [...] la possibilità che le disposizioni contestate siano scrutinate in via incidentale nel corso di simili giudizi, nei quali il Consiglio superiore può far valere le proprie ragioni, comporta, pertanto, la dichiarazione di inammissibilità del ricorso per conflitto di attribuzione >>. Il nodo del contendere nella fattispecie oggetto della decisione del giudice costituzionale era costituito, com'è noto, dalla contestazione da parte del CSM della scelta operata dal Parlamento con atto legislativo che consentiva al Dott. Corrado Carnevale di rientrare nei ranghi dell'ordine giudiziario, aspirando ad incarichi direttivi di assoluto rilievo. Per l'organo di autogoverno la norma definita dal legislatore doveva considerarsi incostituzionale in relazione alle attribuzioni che la carta fondamentale assegna allo stesso organo, in materia di assegnazione degli incarichi direttivi. Per il giudice delle leggi, tuttavia, lo strumento del conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato può essere utilizzato solo se tale mezzo sia l'unico in grado di prospettare i profili di incostituzionalità. Secondo la Corte << [...] l'ammissibilità del conflitto tra poteri dello Stato non può essere negata sulla sola base della natura legislativa degli atti ai quali venga ascritta, dal ricorrente, la lesione delle

attribuzioni costituzionali in gioco. Deve, peraltro, escludersi, nella normalità dei casi, l'esperibilità del conflitto tutte le volte che la legge, dalla quale, in ipotesi, deriva la lesione delle competenze, sia denunciabile dal soggetto interessato nel giudizio incidentale [...]>>³³⁷.

Ma forse, a ben vedere, l'esempio appena citato non appare neppure così utile per spiegare compiutamente la condizione giuridica nella quale versa la legge sul conflitto di interessi: anche perché la recente decisione della Corte costituzionale muove dal presupposto – per escludere l'esperibilità del conflitto di attribuzioni – che vi sia la possibilità in astratto di contestare la legittimità costituzionale sollevando una questione incidentale di costituzionalità.

Ma la legge sul conflitto di interessi e le fonti normative secondarie emanate per darne attuazione soffrono di un limite giuridico invalicabile: in definitiva esse appaiono come fonti realmente blindate, a prova di giudizio di costituzionalità, per l'impossibilità di attivarne il meccanismo di funzionamento. Certo non si può escludere aprioristicamente l'ipotesi del giudizio incidentale di costituzionalità, ma si provi ad immaginare una situazione in concreto: Tizio viene scelto per ricoprire la carica di Ministro per le infrastrutture pur essendo titolare di una carica amministrativa all'interno di una società che si occupa di studi ingegneristici di alta specializzazione nel settore delle strade. Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. c) della legge 215 /2004 sussisterebbe una causa di incompatibilità: l'Agm si trova con armi spuntate dal momento che non si comprende come possa obbligare un'impresa privata a revocare al titolare della carica di Governo la posizione societaria ricoperta. Di più: quest'ultimo metterebbe a dura prova l'autorità di vigilanza che non potrebbe far nulla – se non, ovviamente, le comunicazioni previste al Parlamento - nel caso in cui il soggetto in questione omettesse di astenersi in presenza di deliberazioni individuali o collegiali. L'atto stesso che fosse espressione di una decisione assunta con il voto concorrente del soggetto “titolare” del conflitto di interessi non conoscerebbe alcun vizio almeno

³³⁷ Ricorda il giudice costituzionale che i principi sopra esposti <<hanno trovato ulteriore conferma nell'ordinanza n. 343 del 2003, là dove si è riconosciuto che il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato è configurabile anche in relazione ad atti di rango legislativo «ove da essi possano derivare lesioni dirette all'ordine costituzionale delle competenze, ma solo nel caso in cui non esista un giudizio nel quale questi debbano trovare applicazione e quindi possa essere sollevata la questione di legittimità costituzionale in via incidentale.[...] Nel caso di specie, è determinante la circostanza che il CSM, nel corso di uno dei giudizi comuni che possono essere attivati dagli interessati a seguito dell'adozione, da parte dello stesso CSM, dei provvedimenti regolati dalle norme de quibus, o comunque a seguito dell'inerzia serbata su istanze tendenti alla emanazione di tali provvedimenti, dispone della possibilità di eccepire, in via incidentale, l'illegittimità costituzionale delle norme legislative presentate in questa sede come asseritamente lesive delle proprie attribuzioni.>>

in assenza di una disciplina *ad hoc* che commini una sanzione per il caso appena descritto³³⁸.

Inoltre rileva soprattutto l'assoluta mancanza in ogni fattispecie di un soggetto capace di vantare un interesse qualificato (ed opposto rispetto al soggetto agente o inerte) che dovrebbe tradursi in un'esigenza ed in un'aspirazione a conseguire un bene della vita a scapito del titolare della carica di governo: insomma risulta assente il soggetto che in astratto potrebbe attivare il giudizio di costituzionalità. Anche perché, sebbene la forma di governo parlamentare che caratterizza il nostro sistema politico – istituzionale richiederebbe che coloro che ricoprono cariche di governo facciano parte delle Camere legislative elette dal popolo, è anche vero che tanto l'esperienza, anche recente, quanto un'interpretazione data della nostra Costituzione, di certo non hanno mai precluso che la scelta dei componenti della compagine governativa potesse essere fatta guardando a soggetti non facenti parte del Parlamento (cc.dd. ministri tecnici). Siccome la scelta è puramente politica, libera da qualsivoglia condizionamento o dalla esistenza di parametri giuridici vincolanti, è altrettanto ovvio sottolineare l'assenza di una qualsiasi aspettativa giuridicamente tutelabile facente capo a soggetti esclusi dall'esecutivo. Ciò comporta, in buona sostanza, l'impossibilità di immaginare un soggetto che impugni il decreto presidenziale di nomina di un Ministro per affermare il proprio diritto ad essere scelto e che, nel contesto del giudizio in ipotesi così instaurato, possa sollevare una questione di legittimità costituzionale per violazione del precetto di uguaglianza contenuto nell'art. 3 Cost.

Ancora più difficile, a parere di chi scrive, appare la possibilità di delineare un conflitto di attribuzioni. Insomma una normativa primaria capace di resistere ai dubbi sulla sua conformità alla carta costituzionale non in virtù di un'analisi attenta dei suoi contenuti ma in considerazione della sua inapplicabilità sul piano pratico.

Gli unici strumenti a disposizione rimangono quelli di natura politica: o un intervento di modifica della disciplina appena approvata ovvero l'esercizio di uno strumento di democrazia diretta, quale il referendum abrogativo.

³³⁸ Sebbene sul punto in sede di audizione parlamentare dinanzi alla 1^a Commissione della Camera dei Deputati del 28 gennaio 2002 **G. FERRARA** rilevava che <<l'immissione di un titolare in un pubblico ufficio o in una carica elettiva, che non sia avvenuto in condizioni di eguaglianza, è viziata, e il vizio va sanato [...] la titolarità dell'ufficio e della carica, se viziata, inficia o può inficiare, a rigore, tutti gli atti compiuti dal titolare immesso nell'ufficio o nella carica, se è stato immesso in violazione della condizione che è posta prioritariamente come legittimante la titolarità stessa>>.

3. L'ambito soggettivo di applicazione della disciplina sul conflitto di interessi. La mancata ricomprensione dei parlamentari, dei dirigenti pubblici e dei componenti della autorità amministrative indipendenti tra i soggetti cui applicare la disciplina in materia di conflitto di interessi.

Altro aspetto significativo di una disciplina che si occupi di trovare una soluzione al conflitto di interessi è la scelta dei soggetti investiti di pubbliche funzioni ai quali riferire la relativa disciplina. Diversi sono i soggetti chiamati, nell'esercizio dei loro poteri, a soddisfare interessi pubblici; tuttavia, limitandoci al contesto nazionale, l'art. 1, commi 1 e 2 della legge 215/2004, ha scelto di limitare ai titolari di cariche di governo l'applicazione delle disposizioni contenute nell'articolo³³⁹. Essi vengono identificati nel *“Presidente del Consiglio dei Ministri, nei Ministri, nei Vice Ministri, nei Sottosegretari di Stato e nei Commissari straordinari del Governo di cui all'articolo 11 della legge 23 agosto 1988, n. 400”*. A noi sembra che l'intervento del Parlamento incida su un novero dei soggetti estremamente limitato in rapporto alla categoria di coloro che, esercitando pubbliche funzioni, se fossero in ipotesi anche titolari di interessi privati contrastanti, potrebbero risultare in grado di condizionare la proficua soddisfazione dell'interesse pubblico generale. Manca un riferimento ad alcune figure che possono essere più o meno legate all'Esecutivo: a ben vedere si poteva pensare, almeno per ciò che riguarda i parlamentari, di estendere anche ad essi la previsione dell'obbligo di astensione disciplinato nell'art. 3 della legge 215 del 2004; non altrettanto per le incompatibilità poiché esse, com'è noto, sono per questi soggetti già disciplinate dalla legge n. 60 del 1953. A tutt'oggi nessuna disposizione normativa prevede un obbligo di astensione nei confronti dei membri del Parlamento, per i quali vige soltanto l'astensione facoltativa, *«la quale, però, non rappresenta uno strumento per evitare i conflitti di interessi, ma esprime piuttosto una posizione di voto, per così dire, “neutrale»»*³⁴⁰. Basti pensare che sull'esercizio della facoltà di astensione spesso nel passato (identificato con la stagione della prima Repubblica) sono state costruite maggioranze in grado di accordare la fiducia ad un Governo in carica. Ciò in ragione della circostanza del

³³⁹ Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano sono invece chiamate ad adottare disposizioni idonee ad assicurare il rispetto del principio contenuto nell'art. 1, comma 1: il rinvio così operato dal legislatore statale non appare particolarmente pregnante e ciò, come fa notare **G. BUSIA**, *Incompatibilità a presidio del sistema*, in *Guida al diritto*, 4 settembre 2004, n.34, 38 da un lato *«sembra costituire un vincolo piuttosto blando per la legislazione regionale [...] dall'altro rende difficile un'applicazione diretta della normativa in esame alle regioni in attesa che queste provvedano ad adottare le rispettive leggi regionali (un discorso parzialmente diverso, invece, si sarebbe forse potuto fare nel caso in cui l'articolo 1, comma 3, avesse rinviato alla legge nel suo complesso invece che al solo comma 1 del medesimo articolo»*.

³⁴⁰ **A. PERTICI**, cit., 184.

diverso modo di identificare il *quorum* per le deliberazioni da parte della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica. Nella prima Camera gli astenuti non vengono considerati votanti (art. 48 Reg. Camera dei Deputati), al contrario di quanto avviene nel Senato (art. 107 Reg. Senato della Repubblica). Con la prima soluzione si favorisce la maggioranza dal momento che gli astenuti sono considerati come non presenti, cioè come se non partecipassero al voto. Insomma l'astensione è un istituto, a ben vedere, in grado di produrre effetti giuridici significativi nella dinamica di funzionamento della Camere parlamentari.

3.1. L'astensione dei parlamentari.

Sulla questione, in particolare, della mancata considerazione degli appartenenti al Parlamento tra i soggetti cui applicare la disciplina dell'obbligo di astensione previsto dalla legge sul conflitto di interessi va svolta una valutazione un po' più attenta.

E' lecito, innanzitutto, domandarsi se la legge ordinaria poteva intervenire su questo specifico argomento: al riguardo è opportuno sottolineare che la disciplina dell'astensione - o per meglio dire degli effetti sul *quorum* strutturale e/o deliberativo dell'esercizio di tale facoltà - è, come detto, diversamente disciplinata dai regolamenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, il che vuol dire che questi fonti operano *rationae materiae* avendo una competenza, appunto, esclusiva; ciò rende possibile affermare che è improbabile che possa essere dato ingresso a disposizioni afferenti il funzionamento degli organi parlamentari dettate da altre fonti normative, anche se eventualmente di rango primario. La riserva di regolamento, insomma, impedisce, a giudizio di chi scrive, di dettare nuove regole con altre fonti normative in materia di organizzazione e funzionamento delle camere parlamentari³⁴¹. E' vero: in dottrina, forse trascurando il profilo attinente alla fonte con la quale intervenire per la disciplina della materia, è stato rilevato, guardando alla sostanza del problema, che l'assenza sino ad oggi di disposizioni sull'astensione obbligatoria sarebbe giustificata dal fatto che i membri delle Camere sono molti, ragione per cui il voto del singolo parlamentare orientato alla salvaguardia di una propria posizione non potrebbe certamente nuocere al perseguimento dell'interesse generale, al quale concorrerebbe l'espressione del voto . Tuttavia, come è stato fatto notare da una

³⁴¹ A conferma di quanto si è detto sopra è sufficiente richiamare l'opinione della Corte Costituzionale che con una salomonica sentenza, la n. 78 del 1984, ha affermato che le due interpretazioni dell'art. 64, comma 3, Cost., sono perfettamente compatibili con il dettato costituzionale. In questo modo, in effetti, il giudice delle leggi ha confermato e rafforzato l'autonomia regolamentare delle Camere.

più attenta dottrina <<*tale posizione non pare considerare l'ipotesi, rara, ma certo non impossibile, che anche un solo voto risulti determinante, ma soprattutto non sembra tenere conto delle finalità per cui l'obbligo di astensione viene previsto [...] id est: la garanzia dell'esercizio delle funzioni pubbliche nell'interesse (esclusivo) del popolo*>>³⁴²; insomma sia la semplice partecipazione alla discussione da parte di un parlamentare - in grado di consentirgli di raccogliere altri voti per sostenere la proposta che gli interessa – sia la stesso esercizio del voto, costituiscono aspetti in grado di mettere in pericolo il perseguimento delle finalità che una compiuta disciplina in materia di conflitto di interessi dovrebbe tendere a soddisfare. In entrambi i casi, infatti, l'attività del parlamentare sarebbe orientata al perseguimento di finalità personali, in contrasto con l'esigenza di assicurare la soddisfazione dell'interesse generale. Anche perché non v'è chi non veda come vi sia una profonda differenza tra chi si astiene dopo aver preso parte attiva alla discussione, non convincendosi della validità degli argomenti contrari e di quelli a favore, rispetto a chi non è stato fisicamente presente al momento della votazione. Del resto forse mai come nell'attuale legislatura l'esperienza ha mostrato che la *vis attrattiva* esercitata da taluni parlamentari può essere senz'altro decisiva per raggiungere determinati obiettivi. Alcuni parlamentari, infatti, vuoi per la posizione ricoperta all'interno dei gruppi parlamentari (capigruppo, ad esempio) ovvero per le personali capacità di *leadership* od ancora per la forza trainante che spesso accompagna le scelte tecniche dei relatori prescelti (si pensi, ad esempio, al loro parere sugli emendamenti proposti ad un ddl o ad un progetto di legge) sono stati capaci di coagulare ed indirizzare la volontà della maggioranza parlamentare verso l'approvazione di provvedimenti legislativi che in più di una occasione sono stati stigmatizzati per essere stati espressione di un'attività normativa "di favore" destinata a salvaguardare o a tutelare gli interessi di singoli soggetti. Senza voler fare polemiche di carattere meramente politico è indubbio che molte scelte legislative compiute dal Parlamento nell'attuale legislatura si sono spesso caratterizzate in senso partigiano, per l'utilità e la convenienza di una cerchia ristretta di soggetti. Un esempio su tutti può senz'altro essere costituito dall'approvazione del c.d. "lodo Maccanico" (per altri c.d. "lodo Schifani"), cioè della legge 20 giugno 2003, n. 140, con la quale si intervenne nell'ordinamento giuridico italiano prevedendo una causa impeditiva all'apertura di un processo penale ovvero in grado di

³⁴² A. PERTICI, cit., 185, il quale rileva che <<*la tutela del prestigio dell'organo (e della funzione da esso svolta) risulterebbe inevitabilmente compromesso anche dal semplice sospetto di un'azione ispirata da interessi personali dei suoi componenti*>>.

determinarne la sospensione in presenza di una condizione soggettiva rappresentata dall'essere titolari di una carica particolare. Ebbene, è noto a tutti che la legge appena menzionata è stata dichiarata costituzionalmente illegittima con la sentenza n. 24 del 2004. Sebbene la decisione non abbia certo brillato per esaustività e completezza³⁴³ la Corte Costituzionale ha affermato con la propria decisione di ritenere assorbito ogni profilo di illegittimità costituzionale nella violazione dei soli artt. 3 e 24 Cost, rilevando che, *“in quanto generale, automatica e di durata non determinata, la sospensione menoma, ad un tempo il diritto di difesa dell'imputato e della parte civile, anche sotto il profilo della ragionevole durata del processo. Per il fatto di accomunare cariche diverse per fonti di investitura e natura delle funzioni, distinguendo in termini inediti i presidenti delle Camere, del Consiglio dei Ministri e della Corte costituzionale rispetto ai membri dei rispettivi organi collegiali, la disposizione impugnata contiene poi elementi di intrinseca ragionevolezza>>”. Vero è che in termini precisi, come è stato fatto notare, la sentenza della Corte costituzionale <<se letta in negativo, [...] suona, infatti, come un singolare monito rivolto al legislatore ordinario, libero di concepire regimi differenziati riguardo all'esercizio della giurisdizione, purchè sprovvisti delle caratteristiche di generalità ed indeterminazione che –questa volta – ne hanno determinato la caducazione>>³⁴⁴. Ma in fondo proprio quest'ultima notazione conferma il nostro postulato: non è così difficile, in considerazione dei criteri con i quali viene a formarsi la maggioranza necessaria per l'approvazione dei testi legislativi in Parlamento, che la stessa venga a coagularsi intorno alle posizioni di chi ha un interesse particolare a vedere concluso il procedimento legislativo afferente una determinata materia. Insomma, a proposito dei parlamentari, il problema esiste: resta aperta la questione delle misure atte a risolverlo. La via maestra, senza alcun dubbio, parrebbe quella di un'apposita disposizione costituzionale ma non è da escludere che la stessa efficacia potrebbe essere garantita da una modifica dei regolamenti parlamentari.*

³⁴³ La sentenza può essere letta nel sito della Corte Costituzionale, in www.cortecostituzionale.it; per un commento rapido ma incisivo sui contenuti della legge 140 del 2003, nonché sulla decisione della Consulta si rinvia, invece, ad **E. LIBONE**, *Le disposizioni in materia di sospensione dei processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato: l'art. 1 della legge 20 giugno 2003, n. 140 (c.d. Lodo Maccanico)*, in *L'attuazione della Costituzione, Recenti riforme ed ipotesi di revisione* (a cura di S. Panizza – R. Romboli), 2^a ed., Pisa, Edizioni Plus, 2004, 205 ss. L'autrice afferma che la Corte Costituzionale con la sentenza n. 24 del 2004 si è limitata ad alcune salomoniche considerazioni in diritto.

³⁴⁴ *Ibidem*.

3.2 Segue. L'assenza di riferimenti ai dirigenti – specie apicali – delle pubbliche amministrazioni ed ai componenti delle autorità amministrative indipendenti. Considerazioni critiche.

Comunque al di là dei parlamentari non si può non notare l'assenza di altri soggetti ai quali l'ordinamento giuridico italiano riconosce la funzione di definire e/o di soddisfare l'interesse pubblico: ci si riferisce, seguendo un ragionamento già portato avanti in precedenza, per esempio, alla dirigenza amministrativa ed ai componenti delle diverse autorità amministrative indipendenti.

L'individuazione dei soggetti rispetto ai quali una disciplina in materia di soluzione dei conflitti di interessi si appalesa come necessaria non rappresenta certo un'operazione semplice, poiché richiede un'attenta disamina delle disposizioni normative che, almeno sul piano teorico, definiscono compiti e funzioni degli svariati attori protagonisti. Contestualmente a questa analisi un secondo passaggio imporrebbe la definizione delle modalità di individuazione degli interessi pubblici. Si può notare, riguardo al primo aspetto, che l'individuazione delle funzioni della dirigenza amministrativa o dei componenti delle autorità amministrative indipendenti, diversamente da quanto accade per gli organi di natura politica, costituisca un'operazione di tipo per lo più ricognitiva, dovendosi guardare con molta attenzione alla disciplina normativa vigente. Più difficile appare, per converso, la definizione delle modalità e dei criteri che sovrintendono alla corretta individuazione dell'interesse pubblico verso il quale in modo esclusivo dovrebbe essere orientato l'esercizio dei poteri assegnati dall'ordinamento giuridico ai diversi soggetti titolari di pubbliche funzioni.

Senza ripetere quanto già detto nel primo capitolo dove si è cercato di illustrare le posizioni dottrinali su questo secondo aspetto si può in questa sede solo ricordare che una definizione in termini positivi e di immediata percezione dell'espressione "interesse pubblico" non è semplice; *<<anzi forse è impossibile. In effetti per natura e ampiezza non può essere compreso e compresso in una formula esaustiva che soddisfi le esigenze di chiarezza, univocità e rigore richiesti da un'impostazione dogmatica [...]. I pur virtuosi tentativi [...] non approderebbero ad apprezzabili risultati pratici>>³⁴⁵*. Diversi, a ben vedere, secondo questa autorevole dottrina sarebbero gli interrogativi su cui riflettere: *<<"pubblico" equivale a "generale"? Tale qualificazione implica il bene di tutti i consociati in modo da non comportare sacrifici per categorie o situazioni particolari? Oppure ad essa si può ricorrere anche se si tratta di soddisfare bisogni o aspettative di*

³⁴⁵ E. BETTINELLI, *cit.*, p. 1.

settori determinati e magari minoritari in circostanze date?>>³⁴⁶. Possiamo ricordare in questa parte del lavoro che alla fine della riflessione condotta sull'argomento si era giunti alla conclusione che: a) l'interesse può essere definito pubblico quando è l'ordinamento giuridico ad individuarlo, riferendolo ad una determinata collettività; b) quest'ultima, è da dire, non si identifica esclusivamente con l'insieme dei cittadini attualmente viventi, ricomprendendo anche le generazioni future³⁴⁷; c) è di palmare evidenza che la qualificazione di un determinato interesse da parte di un ordinamento "non possa assumere valore universale sia in ordine a fattori di tempo che di spazio [...] per quanto riguarda i primi, la sensibilità sociale che si traduce in principi e norme di diritto positivo [...] è soggetta ad un costante processo evolutivo; per quanto riguarda lo spazio, invece, nell'ambito del pluralismo degli ordinamenti giuridici, è chiaro che l'interesse delle diverse comunità locali non necessariamente coincide, ma in ciascuna comunità tende a conformarsi sulla base delle esigenze concrete espresse e condivise in quella sede"³⁴⁸.

Insomma, se è vero che per individuare l'ambito di estensione soggettiva della disciplina in materia di conflitto di interessi occorrerebbe tener conto da un lato dei soggetti titolari di funzioni pubbliche, dall'altro, ma in uno con la prima

³⁴⁶ *Ibidem*.

³⁴⁷ Si può riprendere, per comodità di lettura, la posizione espressa sul tema da autorevole dottrina. In particolare si può ricordare **P. GASPARRI**, *Gli interessi umani e il diritto*, cit., 23, per la quale il riconoscimento della validità della tesi sulla concezione c.d. organica del popolo porta con sé la possibilità di esprimere soddisfazione per l'individuazione dell'interesse pubblico come interesse di categoria, purché con esso si indichi l'interesse degli appartenenti attuali e futuri ad una collettività che si è data una organizzazione coincidente con quella statale. Di analogo tenore è la posizione di **A. PERTICI**, cit., 21, in nota 42, il quale propende per una nozione di popolo espressamente definita <<a base individualistica in prospettiva organica>>. Con essa, in effetti, l'autore supera il problematico nodo rappresentato dall'attribuzione in capo ad un soggetto determinato del potere di decifrare l'interesse pubblico, con il rischio che tale processo non si svolga sulla base di una effettiva e valida interpretazione dei bisogni di questa entità chiamata popolo, come concettualizzato dalla c.d. teoria organica. Perché ciò avvenga è necessario che la prospettiva futura porti al sacrificio <<sopportabile e condiviso sulla base dei valori dominanti, di esigenze immediate, per la realizzazione resa possibile dall'altruismo, del soddisfacimento di esigenze destinate ad emergere soprattutto nel lungo periodo (e quindi anche in momenti in cui il popolo avrà una composizione materiale parzialmente o interamente diversa da quella del tempo in cui avviene l'individuazione degli interessi)>>.

³⁴⁸ Da questa ricostruzione va escluso, come sostiene **L. MIGLIORINI**, cit., 287, quel complesso di interessi pubblici, <<non valutati come tali dall'ordinamento giuridico, rilevanti peraltro sotto un profilo socio – economico>>. La loro presenza fattuale (perché agiuridica) non vuol dire totale indifferenza da parte dell'ordinamento giuridico, anzi l'ordinamento giuridico si adegua <<alle mutevoli esigenze che esprime la realtà socio - economica, sia influenzando le scelte degli operatori giuridici i quali, se è vero che operando all'interno dell'ordinamento dovrebbero proporsi esclusivamente il perseguimento di quegli interessi pubblici che come tali sono valutati dal medesimo, nella realtà non possono più o meno consapevolmente sottrarsi alla considerazione di quegli interessi che per il loro rilievo sociale condizionano i comportamenti umani di un determinato ambiente>>.

determinazione, delle funzioni e dei poteri da questi esercitati, la disciplina approvata dal Parlamento non sembra aver svolto alcun approfondimento sul punto. Infatti tanto i dirigenti, quanto i componenti delle autorità amministrative indipendenti, per effetto delle riforme approvate nell'ultimo decennio, hanno visto crescere in misura esponenziale i poteri amministrativi di loro spettanza. Meriterebbero entrambe le categorie una maggiore attenzione ed in questo senso la legge 215 del 2004 sembra presentare una lacuna di un certo rilievo. Certo, occorre tener conto che per le menzionate categorie già una disciplina in materia di incompatibilità esiste: alla dirigenza pubblica, infatti, sono dedicate specifiche disposizioni normative che si pongono l'obiettivo di precludere al titolare della funzione pubblica di perseguire i propri personali interessi. Va richiamato, al riguardo, l'art. 53 d.lgs. 165 del 2001³⁴⁹ che stabilisce il regime giuridico delle incompatibilità nel rapporto di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Questa disposizione è espressione dell'idea del legislatore ordinario di assicurare il dovere di esclusività dei pubblici dipendenti, quale precetto a contenuto positivo, espressione del dovere di fedeltà fondato sull'art. 98 Cost., nonché sugli artt. 11 e 60 d.p.r. n. 3/1957. Il dipendente ha il dovere di dedicare interamente all'ufficio la propria attività lavorativa, senza distrazione delle proprie energie lavorative in attività estranee a quelle attinenti al rapporto di lavoro: per evitare il cumulo di impieghi in giurisprudenza si è ritenuto che l'attività lavorativa extra-istituzionale per assurgere ad elemento assolutamente contrastante con il rapporto di pubblico impiego, tale da determinare vera e propria incompatibilità, debba rivestire il carattere della intensità, continuità e professionalità, di un'attività cioè prevalente rispetto alle altre, nonché direttamente ed adeguatamente lucrativa³⁵⁰. In definitiva può sembrare in parte

³⁴⁹ L'art. 53, rubricato *Incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi* recita espressamente: <<1. Resta ferma per tutti i dipendenti pubblici la disciplina delle incompatibilità dettata dagli articoli 60 e seguenti del testo unico approvato con d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3[...]>>. L'art. 60 d.p.r. n. 3 del 1957, richiamato, stabilisce che <<L'impiegato non può esercitare il commercio, l'industria, nè alcuna professione o assumere impieghi alle dipendenze di privati o accettare cariche in società costituite a fine di lucro, tranne che si tratti di cariche in società o enti per le quali la nomina è riservata allo Stato e sia all'uopo intervenuta l'autorizzazione del Ministro competente. [...]>>. Il successivo art. 63, inoltre, prevede che <<l'impiegato che contravvenga ai divieti posti dagli artt. 60 e 62 viene diffidato dal Ministro o dal direttore generale competente, a cessare dalla situazione di incompatibilità. La circostanza che l'impiegato abbia obbedito alla diffida non preclude l'eventuale azione disciplinare. Decorso quindici giorni dalla diffida, senza che l'incompatibilità sia cessata, l'impiegato decade dall'impiego. La decadenza è dichiarata con decreto del Ministro competente, sentito il Consiglio di amministrazione.>>

³⁵⁰ Per ogni approfondimento sul tema dell'incompatibilità dei pubblici dipendenti ci venga consentito un rinvio alla attenta disamina svolta da **L. PAOLUCCI**, *Incompatibilità, cumulo di impieghi ed incarichi*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni* (a cura di F. Carinci e L. Zoppoli), UTET, Torino, 2004, 796 ss.

giustificata l'assenza della categoria dei pubblici dipendenti (tra essi, in maniera particolare, di coloro che esercitano un potere in ordine alla individuazione dell'interesse pubblico, cioè i dirigenti) dall'ambito di estensione soggettiva delle disposizioni contenute nella legge 215/2004: senonchè non può non rilevarsi come solo un'applicazione del regime delle incompatibilità sarebbe risultata ultronea e fuorviante, mentre di converso la previsione di un regime giuridico per l'astensione dal compimento di atti in presenza di un conflitto di interessi non risolvibile attraverso un'opzione tra cariche, avrebbe potuto completare la disciplina prevista per questi ultimi soggetti.

3.3. Segue. Il rapporto tra politica ed amministrazione in base agli ultimi interventi di riforma. Possibili ripercussioni sul tema del conflitto di interessi.

Del resto la posizione che abbiamo appena descritto tiene conto del fatto che nell'ultimo decennio molte novità sono intervenute a proposito dell'attribuzione degli incarichi dirigenziali: la norma alla quale occorre far riferimento è l'art. 19 d.lgs. 165 del 2001. Non interessa, in questo lavoro, approfondire il tema cruciale dei rapporti tra politica ed amministrazione di cui indubbiamente la fattispecie del conferimento degli incarichi dirigenziali rappresenta lo snodo principale. Tuttavia, anche solo sinteticamente, è necessario chiarire che anche questo argomento impegna la riflessione sul conflitto di interessi. La dirigenza amministrativa, alla luce del quadro giuridico vigente, si divide fondamentalmente in due gruppi: coloro che sono entrati nella carriera dirigenziale in base ad un concorso pubblico ed altri che vengono scelti, in presenza di determinati requisiti oggettivi e soggettivi, all'esterno della pubblica amministrazione³⁵¹. La quota di esterni,

³⁵¹ Così recita l'art. 19, rubricato Incarichi di funzioni dirigenziali: <<1. Per il conferimento di ciascun incarico di funzione dirigenziale si tiene conto, in relazione alla natura e alle caratteristiche degli obiettivi prefissati, delle attitudini e delle capacità professionali del singolo dirigente, valutate anche in considerazione dei risultati conseguiti con riferimento agli obiettivi fissati nella direttiva annuale e negli altri atti di indirizzo del Ministro. [...] 4. Gli incarichi di funzione dirigenziale di livello generale sono conferiti [...] a dirigenti della prima fascia dei ruoli di cui all'articolo 23 o, in misura non superiore al 50 per cento della relativa dotazione, agli altri dirigenti appartenenti ai medesimi ruoli ovvero, con contratto a tempo determinato, a persone in possesso delle specifiche qualità professionali richieste dal comma 6. [...] 5-bis. Gli incarichi di cui ai commi da 1 a 5 possono essere conferiti, da ciascuna amministrazione, entro il limite del 10 per cento della dotazione organica dei dirigenti appartenenti alla prima fascia dei ruoli di cui all'articolo 23 e del 5 per cento della dotazione organica di quelli appartenenti alla seconda fascia, anche a dirigenti non appartenenti ai ruoli di cui al medesimo articolo 23, purché dipendenti delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, ovvero di organi costituzionali, previo collocamento fuori ruolo, comando o analogo provvedimento secondo i rispettivi ordinamenti. [...] 6. Gli incarichi di cui ai commi da 1 a 5 possono essere conferiti, da ciascuna amministrazione, entro il limite del 10 per cento della dotazione organica dei dirigenti appartenenti alla prima fascia dei ruoli di cui all'articolo 23 e dell'8 per cento della dotazione organica di quelli appartenenti alla seconda fascia, a tempo determinato ai soggetti indicati dal

come si può evincere dalla lettura della norma, è cresciuta in modo considerevole; a ciò si aggiunga che: 1) gli incarichi di livello dirigenziale sono attribuiti mediante provvedimento unilaterale del soggetto titolare del potere di nomina (per i dirigenti chiamati a ricoprire posizioni di livello dirigenziale generale è il Ministro); 2) gli incarichi sono tutti a tempo determinato. Ne esce fuori un quadro caratterizzato da un'indubbia precarietà che, ad ogni buon conto, di per sé non può costituire un elemento di criticità. Certo, appare inevitabile che l'intera vicenda degli incarichi dirigenziali si caratterizzi per un forte tasso di politicità e di fiducia: se questo è un assunto difficilmente superabile le ricadute sul tema del conflitto di interessi sono facilmente immaginabili. E' sufficiente porre attenzione al fatto che spesso proprio grazie alle nomine dei vertici amministrativi si possono raggiungere obiettivi ed interessi personali altrimenti difficili da soddisfare. Senza poi trascurare il fatto che lo stesso soggetto esterno alla pubblica amministrazione può essere titolare di situazioni giuridiche patrimoniali che possono condizionare l'esercizio obiettivo della funzione. Quindi, l'aver trascurato una categoria come quella dei dirigenti pubblici appare preoccupante in considerazione del ruolo e dei poteri assai significativi che ad essi si possono ricollegare. In buona sostanza, tanto sul versante del soggetto titolare del potere di scelta del vertice amministrativo (cioè il Ministro), quanto per ciò che riguarda il destinatario della nomina (il dirigente) la vicenda impone una più attenta valutazione.

3.4. Segue. I componenti delle autorità amministrative indipendenti.

Per i componenti delle autorità amministrative indipendenti il legislatore ha scelto alla stessa maniera di conservare il regime giuridico esistente. Non è certo questa la sede per svolgere *funditus* una disamina delle disposizioni normative che

presente comma. La durata di tali incarichi, comunque, “non può essere inferiore a tre anni né eccedere il termine di cinque anni”>>(in grassetto, nostro, la modifica introdotta con il decreto-legge 30 giugno 2005, n. 115, recante disposizioni urgenti per assicurare la funzionalità di settori della pubblica amministrazione [...], convertito nella legge 17 agosto 2005, n. 168, in G.U. n. 194 del 22 agosto 2005) - Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 giugno 2005, n. 115, recante disposizioni urgenti per assicurare la funzionalità di settori della pubblica amministrazione. Disposizioni in materia di organico del personale della carriera diplomatica, delega al Governo per l'attuazione della direttiva 2000/53/CE in materia di veicoli fuori uso e proroghe di termini per l'esercizio di deleghe legislative). <<Tali incarichi sono conferiti a persone di particolare e comprovata qualificazione professionale, che abbiano svolto attività in organismi ed enti pubblici o privati ovvero aziende pubbliche o private con esperienza acquisita per almeno un quinquennio in funzioni dirigenziali, o che abbiano conseguito una particolare specializzazione professionale, culturale e scientifica desumibile dalla formazione universitaria e postuniversitaria, da pubblicazioni scientifiche o da concrete esperienze di lavoro maturate, anche presso amministrazioni statali, in posizioni funzionali previste per l'accesso alla dirigenza, o che provengano dai settori della ricerca, della docenza universitaria, delle magistrature e dei ruoli degli avvocati e procuratori dello Stato [...]>>.

definiscono il regime giuridico delle incompatibilità per i componenti di ciascuna autorità amministrativa indipendente: al riguardo occorre solo richiamare la disciplina contenuta per ciascuna organizzazione negli atti istitutivi³⁵². A tal proposito occorre rilevare l'importanza di distinguere tra disposizioni che delineano un sistema di incompatibilità ed altre che stabiliscono un obbligo di astensione nell'esercizio di determinate competenze. Ebbene, per ciò che riguarda il primo ambito, le disposizioni previste nel nostro ordinamento non sono assolutamente trascurabili a proposito dei componenti della autorità amministrative indipendenti (si veda art.2, comma 9, legge 14 novembre 1995, n. 481, riportato nella nota 43). In base a quest'ultima disposizione, infatti, un autorevole studioso ha potuto sostenere l'incompatibilità del Dott. Meocci con la carica di direttore generale della RAI alla quale è stato, appunto, destinato. La dottrina richiamata rileva, infatti, che *<<una volta tanto la norma di legge non sembra particolarmente oscura [...] la ragione per la quale la legge ha stabilito la temporanea incompatibilità è evidente: eliminare la possibilità o anche solo il sospetto che il componente dell'Autorità, nell'esercizio dei poteri relativi, sia influenzato dall'intento o dalla prospettiva di potere, dopo la scadenza del mandato, occupare una posizione di rilievo in una delle imprese soggette al*

352 Senza pretese di esaustività si possono ricordare le disposizioni normative concernenti le autorità di maggior rilievo all'interno del nostro ordinamento giuridico. Per l'autorità garante per il mercato e la concorrenza l'art. 10, comma 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 statuisce che *<<[...] Essi non possono esercitare, a pena di decadenza, alcuna attività professionale o di consulenza, né possono essere amministratori o dipendenti di enti pubblici o privati, né ricoprire altri uffici pubblici di qualsiasi natura. I dipendenti statali sono collocati fuori ruolo per l'intera durata del mandato>>*. Per l'autorità per il gas e l'energia elettrica, nonché per quella delle comunicazioni vale la disposizione contenuta nell'art.2 della legge 14 novembre 1995, n. 481 che recita *<<1. Sono istituite le Autorità di regolazione di servizi di pubblica utilità, competenti, rispettivamente, per l'energia elettrica e il gas e per le telecomunicazioni. Tenuto conto del quadro complessivo del sistema delle comunicazioni, all'Autorità per le telecomunicazioni potranno essere attribuite competenze su altri aspetti di tale sistema. 2 Le disposizioni del presente articolo costituiscono principi generali cui si ispira la normativa relativa alle Autorità. [...] 8. I componenti di ciascuna Autorità sono scelti fra persone dotate di alta e riconosciuta professionalità e competenza nel settore; durano in carica sette anni e non possono essere confermati. A pena di decadenza essi non possono esercitare, direttamente o indirettamente, alcuna attività professionale o di consulenza, essere amministratori o dipendenti di soggetti pubblici o privati né ricoprire altri uffici pubblici di qualsiasi natura, ivi compresi gli incarichi elettivi o di rappresentanza nei partiti politici né avere interessi diretti o indiretti nelle imprese operanti nel settore di competenza della medesima Autorità. I dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono collocati fuori ruolo per l'intera durata dell'incarico. 9. Per almeno quattro anni dalla cessazione dell'incarico i componenti delle Autorità non possono intrattenere, direttamente o indirettamente, rapporti di collaborazione, di consulenza o di impiego con le imprese operanti nel settore di competenza; la violazione di tale divieto è punita, salvo che il fatto costituisca reato, con una sanzione pecuniaria pari, nel minimo, alla maggiore somma tra 50 milioni di lire e l'importo del corrispettivo percepito e, nel massimo, alla maggiore somma tra 500 milioni di lire e l'importo del corrispettivo percepito [...]>>*.

controllo dell'Autorità medesima>>³⁵³. Insomma, per i componenti delle autorità esiste anche una incompatibilità *ex post*: in un certo senso il sistema appare completo.

Diverso il discorso per ciò che riguarda l'astensione: in via generale si può solo rilevare l'assenza di disposizioni che impongano un obbligo di astensione a carico dei componenti stessi, essendo il sistema interamente incentrato sulle cause di incompatibilità.

E' interessante, inoltre, notare che l'unica disciplina che incide in modo netto sulla situazione patrimoniale del soggetto che aspiri a ricoprire un posto in un'autorità è quella prevista a proposito dei componenti della CONSOB: l'art. 1, comma 5 della legge 7 giugno 1974, n. 216 stabilisce, infatti, che: <<[...] 5. Il presidente ed i membri della Commissione non possono esercitare, a pena di decadenza dall'ufficio, alcuna attività professionale, neppure di consulenza, nè essere amministratori, ovvero soci a responsabilità illimitata, di società commerciali, sindaci, revisori o dipendenti di imprese commerciali o di enti pubblici o privati, nè ricoprire altri uffici pubblici di qualsiasi natura, nè essere imprenditori commerciali. Per tutta la durata del mandato i dipendenti statali sono collocati fuori ruolo e i dipendenti di enti pubblici sono collocati d'ufficio in aspettativa. Il rapporto di lavoro dei dipendenti privati è sospeso ed i dipendenti stessi hanno diritto alla conservazione del posto>>. Delle due l'una: o coloro che ambiscono ad un posto all'interno dell'organismo indipendente dismettono le loro quote od azioni rappresentative della titolarità di una società, anche commerciale, oppure vengono dichiarati decaduti dalla carica ricoperta. E' interessante notare che, sebbene limitatamente alla posizione di socio a responsabilità illimitata, la previsione del legislatore al riguardo è molto netta: v'è un intervento sulla situazione proprietaria di un soggetto per assicurare che lo stesso eserciti le sue funzioni in maniera tale da garantirne l'imparzialità e l'oggettiva direzione verso la tutela del pubblico interesse. Questa previsione normativa costituisce già *ex se* un'interessante ipotesi di scelta compiuta dal legislatore ordinario tra due interessi in gioco: da un lato l'imparzialità e l'oggettivo perseguimento del pubblico interesse, dall'altro la proprietà privata di titoli azionari o di quote di società.

Può dirsi, in ultima analisi, che anche a proposito di quest'ultima categoria di soggetti una riflessione più attenta avrebbe potuto condurre, in ogni caso, alla prospettazione di soluzioni di tipo diverso.

³⁵³ V. ONIDA, *La legge è chiara: Meocci è <<incompatibile>>*, in *Il Sole 24 ore*,

3.5. I titolari delle cariche di Governo degli organi esecutivi delle autonomie territoriali. Le ragioni della loro mancata inclusione tra i soggetti cui si applica la disciplina della legge 215 del 2004.

Per ciò che concerne, invece, la mancata ricomprensione tra i titolari di cariche di governo dei presidenti e/o i membri degli esecutivi regionali o locali essa risponde ad una precisa e doverosa scelta che tiene conto della riforma del titolo V della Costituzione entrata in vigore, com'è noto, alla fine del 2001, dopo il referendum indetto ex art. 138 Cost., tenutosi il 7 ottobre di quell'anno. Il d.d.l. governativo, poi sfociato nella legge 215 del 2004, infatti, inizialmente si riferiva tra gli altri anche ai presidenti delle regioni, delle province ed ai sindaci delle città metropolitane. Ciò molto opportunamente, posto che la legge costituzionale n. 1 del 1999, modificando alcune disposizioni dell'art. 122 Cost.³⁵⁴ di certo non aveva ancora costruito una "riserva" legislativa a favore delle regioni, tale da escludere in quella materia l'intervento di una qualunque altra fonte subordinata alla Costituzione. Al contrario, riprendendo quanto affermato da un' autorevole dottrina, si poteva essere affermare l'esistenza di *<<una mera preferenza, che non vieta(va) ad altre fonti la disciplina dei relativi settori dell'ordinamento, fino a quando (e nella misura in cui) quegli ambiti non siano stati presi in considerazione dagli atti normativi specificamente abilitati a regolarli>>*³⁵⁵. In seguito alla definitiva entrata in vigore della riforma completa del titolo V della Costituzione, come detto, è stata creata correttamente una vera e propria riserva legislativa a favore degli organi legislativi regionali e coerentemente l'originaria clausola legislativa contenuta nel testo proposto alle Camere dal governo è stata eliminata in primo luogo dalla Commissione affari costituzionali della Camera dei deputati e successivamente dalla Camera stessa³⁵⁶.

Si può constatare, tuttavia, che pur essendosi sviluppato nell'arco di un decennio il dibattito sulla tematica del conflitto di interessi la verifica del contenuto di precedenti proposte legislative non conduce a risultati significativamente diversi,

³⁵⁴ In particolare l'intervento di riforma si concretizzava, per l'argomento che ci interessa, nella previsione secondo cui la legge regionale avrebbe dovuto disciplinare "i casi di ineleggibilità e di incompatibilità del Presidente e degli altri componenti della Giunta regionale nonché dei consiglieri regionali", nei limiti dei principi fondamentali stabiliti con legge della Repubblica.

³⁵⁵ L. PALADIN, cit., 94 ss.

³⁵⁶ Si rinvia all'approfondimento svolto anche sul punto da A. PERTICI, cit., 333, nota 38, 39, il quale fa notare, fra l'altro, che mentre è apparsa assolutamente lineare e conforme al nuovo disegno costituzionale la eliminazione di una disciplina legislativa statale a proposito delle ineleggibilità ed incompatibilità regionali meritava un maggiore approfondimento la valutazione della possibilità di riconoscere un maggiore spazio alla fonte statale sullo stesso tema per ciò che concerne gli enti locali, posto che l'art.117 Cost. alla lettera p) affida allo Stato la competenza in materia di *<<legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane>>*.

sicchè attraverso questa analisi non si arriva a comprendere le ragioni che possono aver giustificato l'inclusione o meno di alcuni soggetti istituzionali dall'ambito di applicazione della disciplina contenuta nella legge 215/2004.

Ciò che emerge, attraverso l'esame delle diverse proposte approdate in Parlamento, è che in esse fosse presente quasi sempre una sorta di nucleo duro che sembra coincidere con l'indicazione dei soggetti oggi contenuta nella legge appena approvata. Il riferimento ai titolari di cariche di governo non è mai mancato³⁵⁷, mentre in nessun altro progetto di legge approvato perlomeno da un ramo del Parlamento è stata mai prevista l'applicazione della disciplina del conflitto di interessi ai parlamentari in genere, o ad alcuni di essi in ragione delle particolari funzioni esercitate.

4. La nozione di conflitto di interessi: l'ambito oggettivo di riferimento. Anzi le due definizioni: il conflitto di interessi per incompatibilità di status (con accertamento preventivo) ed il conflitto di interessi in concreto, in relazione al singolo atto da adottare. Prime considerazioni

Occorre ora esaminare quale sia la situazione giuridica ed economica che, in base alle scelte del legislatore, può assumere rilevanza per riscontrare la sussistenza del conflitto di interessi. Una rapida lettura della disposizione contenuta nell'art. 3 della legge consente di affermare che la nozione di conflitto di interessi assunta dal legislatore quale parametro normativo di riferimento sembra, *prima facie*, più ampia rispetto a quanto da noi indicato già nella prima parte di questo lavoro: il legislatore ordinario, infatti, non sembra guardare esclusivamente agli interessi economici privati, come avviene senz'altro nel caso in cui chiede di verificare <<se l'atto o l'omissione ha un'incidenza specifica e preferenziale sul patrimonio del titolare [...]>>, ma anche a quelle ipotesi in cui il soggetto è contestualmente titolare di due cariche o uffici pubblici e/o privati (incompatibilità in senso stretto, così potremmo definirla) ovvero quando partecipi o non partecipi (avendo l'obbligo giuridico di farlo) all'adozione di un atto <<trovandosi in situazione di incompatibilità>> (incompatibilità *sui generis*). Tre, dunque, le fattispecie ipotizzabili: solo nel primo caso rilevano gli interessi di natura patrimoniale del soggetto "pubblico"; nella seconda ipotesi descritta, il legislatore si pone l'obiettivo di garantire alla funzione pubblica il totale impegno da parte del soggetto che ne ha la titolarità; infine, nel terzo caso, il legislatore sembra tener conto del fatto che l'incompatibilità, seppur esistente, potrebbe non essere stata

³⁵⁷ Per ciò che riguarda l'indicazione puntuale dei diversi progetti normativi ci venga consentito un rinvio alla più volte citata opera di **A. PERTICI**, cit., 334 ss., nota 41, 42, 43, 44.

dichiarata (!) (con la conseguente decadenza da una delle due cariche e/o uffici) facendo scattare una presunzione assoluta di violazione della legge da parte del titolare della carica di governo che partecipa – o omette di partecipare, essendo obbligato a farlo – all’adozione di un atto di governo. Diversa, ancora, ma non per questo meno importante, è la previsione, particolarmente innovativa per l’ordinamento giuridico italiano dell’incompatibilità *post – employment*, su cui verrà svolta un’autonoma valutazione.

Qualche riflessione sulle scelte appena descritte va fatta. Ora, tenendo in considerazione quanto già affermato in precedenza sulla nozione di conflitto di interessi da assumere come riferimento per la nostra indagine e valorizzando in modo particolare quanto già si è detto nel precedente capitolo a proposito delle incompatibilità, è plausibile ritenere che con la seconda fattispecie il legislatore abbia avuto l’unico obiettivo di assicurare che il titolare della carica di governo si dedichi in modo esclusivo all’ufficio pubblico, garantendo, così la materiale disponibilità del singolo a svolgere la funzione. In questa dimensione interpretativa la scelta va pienamente condivisa, poiché viene colmata una lacuna normativa: in precedenza, infatti, un regime di incompatibilità era previsto solo per i parlamentari, escludendo così i titolari di cariche di governo che non riunivano a sé la carica di deputato o di senatore che potevano, quindi, continuare a ricoprire altre cariche. Se questa novità legislativa è di sicuro pregio certo non si può nascondere la circostanza che essa appariva da molto tempo assolutamente necessaria: essa, peraltro, se viene svolta una corretta interpretazione, soddisfa, comunque, solo le finalità tipiche a cui l’istituto dell’incompatibilità è stato sempre preordinato. Insomma, si è presenza certamente di una novità apprezzabile ma non della soluzione al conflitto di interessi. In effetti gli strumenti attraverso i quali intervenire per dare una soluzione al conflitto di interessi dovrebbero guardare, appunto, al contrasto, alla confliggenza (o, anche, alla mera apparenza che ciò esista) tra un interesse privato (a carattere economico, diciamo noi) e l’interesse pubblico: situazione, questa, che impone di individuare un mezzo che consenta la separazione tra gli interessi in contrasto, ovvero che realizzi una neutralizzazione della situazione medesima. Vero è che prevedere un’incompatibilità può servire all’obiettivo appena descritto ma è altrettanto certo che quest’istituto è in grado di risolvere solo i casi di contestuale titolarità di posizioni gestorie, non necessariamente sintomatica dell’esistenza di un conflitto di interessi. E’ escluso, difatti, che possa parlarsi in questi termini quando nel momento in cui si assume la carica di governo si ha la titolarità di altro ufficio pubblico: in ambedue i casi è sempre l’interesse pubblico la causa (o il fine

ultimo) giustificatrice del potere che viene esercitato in relazione ai ruoli ricoperti. Altra, evidentemente, è la ragione che giustifica nell'esempio appena fatto la previsione di un'incompatibilità: assicurare l'esercizio esclusivo dell'attività di governo vuol significare realizzare i precetti costituzionali in tema di efficacia ed efficienza dell'azione dell'esecutivo, cioè il buon andamento di cui all'art. 97 Cost.. In altri casi, invece, l'opzione per la carica di governo precludendo l'esercizio di un'attività gestoria connessa ad una carica privatistica, impedisce, in effetti, che la funzione pubblica possa essere piegata al soddisfacimento di interessi di natura privata. In buona sostanza se si è titolari di un ufficio privato è logico immaginare che l'attività gestoria ad esso connessa sia funzionalizzata al perseguimento di un fine egoistico (l'ovvia logica dell'utile economico); in questo caso la statuizione di una causa di incompatibilità soddisfa l'obiettivo di separare nettamente l'interesse pubblico dall'interesse privato. Ma, ritornando per un momento al dubbio cui si accennava poc'anzi, l'incompatibilità, come tradizionalmente intesa, non può impedire il sussistere del conflitto di interessi quando si deve ragionare non sui ruoli o sulle cariche ricoperte ma sugli interessi economici di cui si è titolari. In ogni caso, rinviando la critica generale al complessivo impianto normativo, non può non evidenziarsi l'esistenza di elementi di forte contraddizione nel testo approvato: le disposizioni contenute nella legge 215 del 2004 prevedono, infatti, che possa sussistere un conflitto di interessi anche in presenza di una situazione di incompatibilità. Sorge spontaneo, a ben vedere, l'interrogativo di come sia possibile che la situazione di incompatibilità non sia risolta e di come, quindi, ci si possa trovare comunque dinanzi al conflitto di interessi pur in presenza di una disposizione legislativa che prevede ed impone³⁵⁸ l'esercizio dell'opzione per soverchiare il conflitto di interessi derivante da una situazione di incompatibilità di ruoli e/o funzioni. L'aver previsto l'operatività di un istituto tipico del diritto parlamentare per assicurare che il titolare della carica di governo non svolga contestualmente altre attività che inevitabilmente comprometterebbero l'efficienza e l'efficacia della funzione a cui deve dedicarsi con totale energia dovrebbe senz'altro condurre alla soluzione del problema: il soggetto dovrebbe fare un'opzione scegliendo o la carica pubblica o di ricoprire quella privata. Non ha molto senso discutere in un caso del genere di conflitto di interessi a meno che, come sembra nel caso di specie (per come il

³⁵⁸ In realtà, come si vedrà più avanti, non è possibile da parte degli organi deputati al controllo circa l'esistenza di una causa di incompatibilità, pronunciare senz'altro la decadenza dalla carica di Governo del soggetto incompatibile. E' il soggetto coinvolto a dover scegliere; l'organo controllore, infatti, può esclusivamente comunicare all'ente o all'impresa che il soggetto di cui si parla versa in una situazione di incompatibilità.

legislatore ha dato soluzione al conflitto di interessi), non si voglia ritenere che l'incompatibilità possa non essere sanzionata: *id est*, nell'esempio appena fatto, potrebbe certo accadere che il soggetto che non ha esercitato alcuna opzione (ma, ancor più incredibile, che non è stato possibile dichiarare decaduto) continui a trovarsi in una situazione di conflitto di interessi, ma ciò dimostrerebbe l'inefficacia dell'impianto sanzionatorio costruito dal legislatore (vedi *infra*). In effetti, quanto appena detto attesta non che la nozione di conflitto di interessi adottata dal legislatore ordinario sia più estesa ed esauriente di quella da noi prospettata ma che vi sia esclusivamente molta confusione: non tutti i conflitti aventi carattere economico vengono considerati ma solo quelli che vengono colpiti da un indizio (certamente non risolutivo) rappresentato dall'essere titolare di cariche e/o compiti di natura gestoria.

Ma certo, ed è questo del resto il vero e proprio *punctum dolens* della nuova disciplina, possono esserci casi di soggetti non incompatibili che versano in una situazione di conflitto di interessi: problema rispetto al quale il legislatore è rimasto totalmente silenzioso. Circostanza, questa, che come già accennavamo in precedenza palesa per di più la profonda contraddittorietà che caratterizza la disciplina legislativa approvata dal Parlamento.

E' ben evidente che le difficoltà nascono in conseguenza dell'incertezza della definizione di conflitto accolta nel testo di legge. Chi scrive, all'inizio del presente lavoro, aveva prospettato – condividendo proprio la nozione elaborata da un'autorevole dottrina - la necessità di identificare il conflitto di interessi nella <<*situazione in cui il titolare di una carica elettiva o di un pubblico ufficio ha (o è preposto alla cura di) un interesse economico privato tale da poter influenzare l'esercizio dei suoi doveri pubblici, potendo preferire tale interesse all'interesse pubblico che dovrebbe perseguire in considerazione delle funzioni che è chiamato a svolgere*>>³⁵⁹: solo così, invero, parrebbe definirsi la posizione di chi, titolare di un pubblico ufficio o di una carica elettiva e della possibilità di esercitare importanti funzioni decisionali ed al contempo portatore di interessi privati può concretamente realizzare un conflitto di interessi reale o anche solo potenziale³⁶⁰.

³⁵⁹ A. PERTICI, cit., 45.

³⁶⁰ L'apparenza che esista un conflitto di interessi non può costituire un aspetto marginale nell'analisi dell'argomento sol che si pensi alla circostanza che in contesti ordinamentali all'interno dei quali la fattispecie del conflitto ha formato oggetto di più approfondite riflessioni e, conseguentemente, di interventi normativi mirati – è il caso dell'esperienza statunitense – viene fatto rilevare che di frequente sono proprio le apparenze a guidare la valutazione dei cittadini nei confronti di chi svolge pubbliche funzioni: in questo senso si v. su tutti D.F. THOMPSON, *Paradoxes of Governements etics*, in *Public administration Review*, 1992, vol. 52, n. 3, 254 ss., il quale correttamente rileva che più della presenza di un reale conflitto di interessi, spesso difficilmente percepibile dai cittadini, è decisiva la percezione che gli stessi hanno del modo di

Assumere un concetto chiaro ed inequivocabile di conflitto di interessi significa altrettanto nettamente poter individuare un'efficace soluzione al problema; se, invece, si confonde la fattispecie del conflitto di interessi con l'incompatibilità – che, lo si ripete, è un istituto diretto a perseguire altre finalità - pensando che ricorrere a quest'ultima significa senz'altro eliminare il conflitto allora si è senz'altro fuori strada. Chi scrive, del resto, è convinto del fatto che una efficace soluzione al conflitto di interessi possa giungere solo se si interviene su più fronti: occorre infatti incidere senza dubbio sulla normativa elettorale e su altri importanti momenti dell'attività politica (le regole della campagna elettorale, ad esempio).

Sinteticamente, perché si dirà in maniera più diffusa nella parte finale del nostro lavoro, una disciplina che regoli il conflitto di interessi (assumendolo nella sola consistenza economica, come si è già detto) può funzionare ed essere realmente efficace solo se accompagnata: 1) da una regolamentazione altrettanto rigorosa dei casi in cui v'è il rischio dell'alterazione della *par condicio* elettorale e della genuina formazione della volontà degli elettori; b) da una regolamentazione altrettanto rigorosa delle forme di finanziamento della politica; c) dalla presenza di regole chiare che impediscano a chi ricopre funzioni pubbliche di essere titolare di posti di responsabilità in altre organizzazioni pubbliche e private. *Ergo* è imprescindibile un intervento legislativo che disciplini in maniera diversa le ineleggibilità – ovviamente per gli uffici pubblici cui si ascende per effetto di meccanismi elettivi - e le incompatibilità, alla luce di un contesto politico e di una struttura economica del paese profondamente mutati rispetto alla fine degli anni cinquanta, periodo a cui occorre risalire per trovare norme che disciplinano questi contesti. E' senza dubbio un passo importante quello compiuto dal legislatore ordinario con la legge 215 del 2004 a proposito delle incompatibilità previste a carico dei titolari di cariche di Governo; esso, tuttavia, è insufficiente come vedremo. Ciò che ancora manca e di cui si avverte la necessità è una disciplina che si ponga concretamente l'obiettivo di prevenire, neutralizzare o sanzionare il conflitto di interessi tenendo realmente in considerazione gli interessi la cui presenza ed ascrivibilità a soggetti titolari di una pubblica funzione può nuocere al perseguimento dell'interesse pubblico.

Per entrare nel merito delle scelte sul conflitto di interessi compiute dal legislatore italiano è utile riprendere la distinzione che svolge in argomento l'Autorità

agire dei detentori del pubblico potere; molto interessante è l'analisi di **A. PERTICI**, cit., 42 - 52, il quale, appunto, svolge un'esemplificazione del tipo di interessi che fanno capo ad un soggetto che possono apparire in contrasto con l'interesse pubblico.

garante del mercato e della concorrenza. Nel regolamento emanato dall'Autorità in data 1 dicembre 2004 si distingue tra le incompatibilità, l'ipotesi del conflitto di interessi per incompatibilità e quella del conflitto di interessi per incidenza sul patrimonio³⁶¹, distinzione ripresa anche nella relazione annuale al Parlamento presentata nel giugno 2005. Vediamo allora in che cosa consistono le scelte compiute dal Parlamento, con la precisazione che impiegheremo la stessa terminologia impiegata dall'autorità indipendente.

4.1. Le incompatibilità

Il legislatore ha statuito, nell'ottica della prevenzione del conflitto di interessi, un sistema di incompatibilità che opera, com'è ovvio, *ex ante*, attraverso l'individuazione diretta e, quindi, in linea astratta, dei casi in cui il conflitto può dirsi sussistente. In questo modo è potuto procedere disegnando un sistema di incompatibilità di *status*, con il quale è a priori vietato di ricoprire contemporaneamente posizioni o cariche in potenziale conflitto. Questa previsione normativa genera una serie di interrogativi che assumono carattere dirimente rispetto all'argomento oggetto della nostra ricerca: è legittimo ed efficace prevedere un sistema di incompatibilità per risolvere ed affrontare il conflitto di interessi? Perché possa dirsi realmente efficace quali soggetti occorre considerare nella previsione di legge? La scelta compiuta dal legislatore è effettivamente in grado di risolvere preventivamente il conflitto di interessi? In realtà le questioni che vengono poste sarebbero coerenti ed omogenee solo se non vi fosse poi nella realtà una profonda eterogeneità dei fini verso i quali la disciplina legislativa è indirizzata. L'istituto delle incompatibilità, per come è stato impiegato dal legislatore ordinario nella disciplina del conflitto di interessi, risulta profondamente snaturato rispetto alle tradizionali finalità verso cui è stato sempre indirizzato. Vediamo perché.

Ai titolari di cariche di governo la legge 215 preclude durante il proprio incarico: 1) di ricoprire cariche o uffici pubblici (art. 2, lett. a) e lett. b); 2) di "ricoprire cariche o uffici o svolgere altre funzioni comunque denominate ovvero esercitare compiti di gestione in società aventi fini di lucro o in attività di rilievo imprenditoriale" (art. 2, lett. c); 3) di esercitare attività professionali o di lavoro autonomo in materie connesse con la carica di Governo, di qualunque natura, anche se gratuite, a favore di soggetti pubblici e privati (art. 2, lett. d); 4) di

³⁶¹ Il regolamento sul conflitto di interessi contenente "Criteri di accertamento e procedure istruttorie relativi all'applicazione della legge 20 luglio 2004, n. 215 recante norme in materia di risoluzione dei conflitti di interessi".

esercitare qualsiasi tipo di impiego o lavoro pubblico e/o privato (art.2, lett. e) e lett. f). Nella versione originaria la legge 215 del 2004, all'art. 2, comma 1, lettera a) prevedeva tre eccezioni ai divieti appena indicati: 1) l'espletamento del mandato parlamentare; 2) la titolarità di cariche o uffici inerenti alle funzioni svolte in qualità di titolare di carica di governo; c) la titolarità delle cariche previste dall'art. 1, secondo comma, della legge 13 febbraio 1953, n. 60, relativa alle incompatibilità parlamentari, restando perciò escluse dal divieto le cariche in enti culturali, assistenziali, di culto e in enti fieri, nonché quelle conferite nelle università degli studi o negli istituti di istruzione superiore a seguito di designazione elettiva dei corpi accademici. A queste esclusioni se n'è aggiunta, di recente, un'ulteriore: l'art. 3 – *ter* del decreto legge 31 marzo 2005, n. 44, convertito nella legge 31 maggio 2005, n. 88, ha inserito una ulteriore eccezione alla disposizione generale che contempla i casi di incompatibilità, prevedendo che il titolare di carica di governo possa ricoprire, anche l'incarico di *<<amministratore di enti locali come definito dall'articolo 77, comma 2, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267>>*³⁶². Nella seconda relazione semestrale al Parlamento l'AGMC afferma che la scelta compiuta dal legislatore in questo senso *<<risulta coerente con quella che originariamente condusse ad escludere dalle cause di incompatibilità l'espletamento del mandato parlamentare: laddove ci si trovi di fronte a cariche pubbliche di natura elettiva esse sono sostanzialmente cumulabili con le cariche di Governo della Repubblica, in quanto si tratta di cariche comunque finalizzate alla cura di quell'interesse pubblico che sta anche alla base del mandato governativo>>*³⁶³. Queste affermazioni, a nostro giudizio, rappresentano in modo netto la confusione che esiste sul tema: lasciando in disparte il fatto che, così come è detto dall'Autorità in questa parte della relazione, l'incompatibilità dovrebbe essere lo strumento di soluzione del conflitto di interessi (il che, per quanto ci riguarda, non è per forza di cose negativo anche se, come si vedrà, ciò dovrebbe avvenire solo in base ad una particolare declinazione dell'istituto) non può non rilevarsi la circostanza che quando si parla dell'incompatibilità non si riflette sul fatto che quest'istituto dovrebbe soddisfare esclusivamente l'esigenza di assicurare che il titolare di una carica di governo dedichi il proprio tempo e le proprie energie esclusivamente alle

³⁶² La disposizione indicata si riferisce espressamente alle seguenti cariche: *<<i> sindaci, anche metropolitani, i presidenti delle province, i consiglieri dei comuni anche metropolitani e delle province, i componenti delle giunte comunali metropolitane e provinciali, i presidenti dei consigli comunali, metropolitani e provinciali, i presidenti, i consiglieri e gli assessori delle comunità montane, i componenti degli organi delle unioni dei comuni e dei consorzi fra enti locali, nonché i componenti degli organi di decentramento>>*.

³⁶³ II Relazione semestrale dell'AGMC, luglio – dicembre 2005, 3.

funzioni connesse a quest'ultima carica. Traspare, invece, dalla posizione espressa dall'autorità l'idea che l'incompatibilità serva a garantire che non si verifichi un conflitto di interessi: siccome le cariche ricoperte sono ambedue pubbliche, ontologicamente non può sussistere un conflitto tra interessi di natura pubblicistica. Ma allora ancora una volta non si capisce a che cosa dovrebbe servire l'incompatibilità: forse più di ogni altra affermazione valgono a testimoniare l'incertezza che governa l'applicazione dell'istituto le parole usate dall'autorità nella stessa relazione quando afferma che *<<la novella ha introdotto eccezioni talora eccessivamente ampie. Infatti, è assolutamente evidente che l'esercizio di una carica elettiva locale può risultare di fatto incompatibile in quanto totalmente assorbente in termini di tempo e di energie>>³⁶⁴*: tornano, in altri termini, le ragioni che sole giustificano la previsione di una causa di incompatibilità!

Tornando all'esame della disposizione normativa soccorre sul piano dell'interpretazione quanto già affermato dall'Autorità Antitrust nella già richiamata relazione semestrale: è utile rifarci ad essa non fosse altro perché l'intera materia, come si è già detto, soffre di un "limite" costituito dalla ingiustiziabilità delle posizioni giuridiche soggettive che potrebbero venire in rilievo³⁶⁵. Ciò, in altre parole, impedisce che si formi una giurisprudenza, creando una sorta di monopolio interpretativo a favore dei due organismi indipendenti chiamati, appunto, a dare applicazione alla legge. Nel dare l'interpretazione della nozione di "cariche e uffici", l'Autorità, tenendo conto dell'ampiezza della stessa, per come utilizzata dalla legge 215 del 2004, vi ha ricompreso *<<qualunque incarico o funzione ricoperta, anche a titolo onorifico, a prescindere dall'effettiva qualificazione e dalla circostanza che conferisca o meno poteri di rappresentanza (articolo 3, lettera a) del regolamento)>>*. Nella medesima prospettiva interpretativa, l'Autorità ha ritenuto che *<<la definizione di "compiti di gestione" interessi sia le funzioni di amministrazione (in società o in attività di rilievo imprenditoriale) sia quelle di controllo, quali ad esempio quella di componente del collegio sindacale, dando rilievo al dato sostanziale della possibilità di influenzare in qualunque modo le attività di conduzione degli affari sociali o di rilievo imprenditoriale (articolo 3, lettera b) del regolamento)>>*. Inoltre, anche per ciò che riguarda la nozione di "materie o settori connessi", l'Autorità ha

³⁶⁴ *Ibidem*.

³⁶⁵ Evitando di ripeterci si può solo richiamare quanto già detto in ordine ai dubbi di legittimità costituzionale che investono la normativa esaminata per ciò che riguarda la legittimità dell'attività di integrazione normativa posta in essere dalle autorità amministrative indipendenti coinvolte nell'attività di controllo prevista dalla legge.

ritenuto che *<<ciò che rileva è la sostanziale inerenza, diretta o indiretta, dell'attività agli interessi pubblici tutelati nell'esercizio della carica di governo (articolo 3, lettera c) del regolamento)>>*. Infine, l'Autorità ha ritenuto opportuno adottare la nozione di impresa elaborata dalla giurisprudenza in materia antitrust che, come è noto, *<<considera tale qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo stato giuridico o dalle modalità di finanziamento (articolo 3, lettera d) del regolamento)>>*.

C'è poco da osservare sulla scelta compiuta dal legislatore: essa va sicuramente nella direzione auspicata da tempo in dottrina che aveva in più occasioni segnalato l'esistenza di un vuoto normativo derivante dal fatto che una disciplina in tema di incompatibilità esisteva solo a proposito dei parlamentari, escludendo, così, chi faceva parte del Governo ma non apparteneva anche all'organo legislativo (sul punto, tuttavia, si veda la posizione di Pace e di Barile, già richiamati nel presente lavoro). Due ipotesi che rientrano nel divieto di cumulo delle posizioni - cui è connesso il meccanismo dell'incompatibilità - appare opportuno evidenziare: in ambedue i casi la critica che possiamo formulare investe il ridotto campo di applicazione delle disposizioni normative.

Da un lato il legislatore ha tenuto conto, a proposito delle posizioni giuridiche vantate nel contesto di soggetti economici privati, della sola titolarità di compiti di gestione: l'incompatibilità, come si evince dalla lettura delle disposizioni normative, sussiste, infatti, solo nel caso di assunzione - da parte del titolare della carica di governo - di cariche formali ovvero compiti di gestione diretta nell'impresa. Resta salva, invece, la posizione di chi sia proprietario delle azioni o delle quote della società, ma non sia impegnato formalmente o direttamente nella sua gestione.

Una seconda ipotesi che fa scattare l'incompatibilità si ha in presenza dell'esercizio non solo di qualsiasi tipo di impiego pubblico o privato ma anche nel caso di esercizio di attività professionale o di lavoro autonomo. In quest'ultimo caso, tuttavia, l'incompatibilità, com'è statuito nella disposizione normativa, opera solo se l'attività professionale è connessa con la carica di governo (sarebbe più corretto dire con le attribuzioni proprie della carica di governo ricoperta): così, come ha ricordato in un primo commento uno studioso *<<[...] per rifarsi a casi recenti un sottosegretario alla giustizia non avrebbe potuto continuare a svolgere la professione di avvocato, mentre avrebbe potuto probabilmente farlo un suo collega incardinato ad esempio presso il ministero della Salute, purchè trattando cause non connesse con le proprie funzioni di*

governo>>³⁶⁶ Il limite indicato dalla norma per far scattare l'incompatibilità non è di poco momento – e, quindi, a nostro giudizio andrebbe senz'altro superato – anche perché un professionista che sceglie di dedicarsi ad un'attività di governo non è detto che condizioni quest'ultima scelta ad una simmetrica corrispondenza tra le proprie conoscenze ed abilità professionali e le attribuzioni connesse alla carica pubblica da ricoprire; riterrà senz'altro conveniente assumere una carica di governo in un ambito diverso da quello entro il quale si colloca la propria attività professionale, proprio per continuare a svolgere quest'ultima. Insomma è assurdo che un avvocato possa ricoprire la carica di Ministro o di Sottosegretario al Ministero della Salute poichè, per come prevede la disposizione sulle incompatibilità, è senza dubbio da escludere un collegamento funzionale tra le attribuzioni proprie della carica di governo e l'attività libero – professionale svolta. La domanda che occorre porci – ma che in fondo rappresenta un po' una delle questioni di fondo che abbiamo già rappresentato - è questa: la disposizione legislativa sull'incompatibilità è teleologicamente diretta a soddisfare l'esigenza che il membro del Governo dedichi interamente le proprie energie alla pubblica funzione o è indirizzata a prevenire il conflitto di interessi? Se la *ratio* fosse rinvenibile nella prima finalità allora la disposizione è comunque irragionevole, incapace com'è di assicurare il perseguimento dello scopo avuto di mira; se, di converso, la previsione legislativa è diretta a risolvere il conflitto di interessi essa ci appare inadeguata posto che non tiene conto del fatto che la partecipazione all'atto che interessa può avvenire in diverse forme e con svariate modalità. Detto in altri termini: la partecipazione alla formazione di un atto avviene anche in sede di predisposizione e di discussione generale sul suo contenuto, non solo esprimendo un voto (si v., anche, a proposito del Presidente del Consiglio dei Ministri, par. 4.4.). Così si prenda ad esempio un disegno di legge che rafforza la posizione di un avvocato nella fase delle indagini preliminari (di cui, qualora fosse approvato beneficerebbe il Ministro della Salute, avvocato, nell'esempio che stiamo seguendo): l'atto proposto dal Ministro della Giustizia prima di ricevere la necessaria approvazione da parte del Consiglio dei Ministri viene analizzato ed approfondito in alcune riunioni tecniche (cui partecipano generalmente i capi di gabinetto e degli uffici legislativi dei diversi Ministri, organi di diretta collaborazione di questi ultimi) nelle quali il diretto interessato potrà far valere, indirettamente, impiegando i suoi più stretti collaboratori, il proprio interesse. Ma

³⁶⁶ G. BUSIA, cit., 40, il quale apprezza la disposizione nella sua logica interna, pur evidenziando i possibili aspetti paradossali (<<*potendo scegliere, un professionista potrebbe essere indotto ad accettare l'incarico di governo nel quale è meno esperto, al fine di poter continuare nella propria professione*>>).

anche nella fase della discussione all'interno del Consiglio dei Ministri egli potrà usare gli argomenti che riterrà validi per far licenziare un testo gradito; né vale obiettare che il soggetto interessato potrebbe astenersi dalla votazione sul testo³⁶⁷. Ebbene, questi esempi dimostrano come la disposizione legislativa non sia in grado di assicurare che l'esercizio della funzione pubblica possa avvenire in maniera disinteressata.

A parte ciò la scelta compiuta dal legislatore merita un ulteriore approfondimento: non va dimenticato, infatti, che l'incompatibilità è stata al centro delle riflessioni e del dibattito parlamentare che ha caratterizzato l'esame del disegno di legge governativo poiché in diversi momenti è sembrato che la scelta di questo istituto potesse facilitare un'approvazione c.d. *bipartisan*. Ovviamente esula dal presente lavoro dar conto in maniera dettagliata delle posizioni espresse in sede parlamentare dai diversi gruppi ivi presenti ma appare interessante, di converso, illustrare brevemente il contenuto di alcune audizioni parlamentari. Ancor prima, tuttavia, è utile riprendere alcune osservazioni contenute già nel documento conclusivo elaborato dal comitato di tre saggi nominati dal Presidente del Consiglio dei Ministri nel 1994: in quel lavoro, infatti, come nelle audizioni tenute da autorevolissimi studiosi di diritto costituzionale c'è una sorta di *fil rouge* che consente di riannodare intorno all'istituto dell'incompatibilità le diverse opinioni espresse. Già in quel documento del 1994 la soluzione che veniva prospettata per impedire il conflitto di interessi ruotava, infatti, intorno all'istituto dell'incompatibilità. La scelta dei saggi veniva giustificata in ragione del fatto che propendere per l'ineleggibilità avrebbe significato porsi in contrasto con l'ordito costituzionale. La norma di riferimento, al riguardo, poteva considerarsi senza dubbio l'art. 51 Cost.: ebbene tale disposizione stabilisce il diritto di accesso di tutti i cittadini agli uffici pubblici ed alle cariche elettive, in condizioni di uguaglianza, precisando che l'accesso avviene <<*secondo i requisiti stabiliti dalla legge*>>. I requisiti richiesti, riteneva il Comitato dei saggi, non potevano che essere quelli soggettivi, attitudinali (fisici, intellettuali, culturali, ecc.), non potendo avere alcun rilievo, invece, valutazioni concernenti l'attività economica degli aspiranti. Ciò perché <<*questa non sarebbe configurabile come un requisito, ma semmai come uno svolgimento della personalità, che è esplicazione di un*

³⁶⁷ Sul punto, comunque, ci venga consentito un rinvio posto che a tal proposito, tenendo conto della posizione che assume in particolare il Presidente del Consiglio nel nostro sistema costituzionale, è necessario ragionare su cosa debba intendersi per partecipazione all'atto.

*diritto di libertà (art. 42 Cost.)>>³⁶⁸; inoltre sarebbe proprio l'esistenza di precisi limiti costituzionali in ordine a possibili limitazioni del diritto di proprietà e di quello di iniziativa economica a rendere assolutamente impossibile la sottrazione o la compressione di uno dei due diritti di cui fosse titolare il singolo. Conclusivamente, secondo l'orientamento dei saggi, <<non apparirebbe costituzionalmente legittimo che una legge ordinaria stabilisse l'impossibilità di determinate imprese di accedere alle cariche di Governo>>³⁶⁹ e ciò avverrebbe tanto in presenza di un'ineleggibilità o di un'incapacità, quanto nel caso di un'incompatibilità, cioè nel caso in cui colui il quale assume la carica di Governo fosse tenuto in un momento successivo a dismettere singole proprietà, a pena di decadenza dalla carica pubblica ricoperta. In quest'ultimo caso, <<l'effetto dissuasivo dell'incompatibilità sarebbe tale da costituire nei fatti una pressoché assoluta ed ingiustificata preclusione all'accesso alla carica >>³⁷⁰. Conclude il Comitato di studio sottolineando come <<d'altra parte appare sufficiente, facendo salva la mera titolarità (e non la gestione) di interessi ritenuti significativi ai fini della prevenzione di un eventuale conflitto con la corretta gestione della cosa pubblica, sottoporre ad opportuno controllo lo svolgimento dell'attività da parte di terzi affidatari in relazione al comportamento del titolare della carica di Governo>>³⁷¹. Trascorrono circa dieci anni prima che la legge sul conflitto di interessi veda la luce ma dal punto di vista delle soluzioni proposte per il problema nulla è cambiato. Oggi come allora, infatti, la risposta viene data guardando in modo essenziale ad un meccanismo di incompatibilità. In questa direzione, del resto, si erano espressi già nel corso dell'esame parlamentare autorevoli studiosi. Va ricordato, in particolare, il parere *pro – veritate* reso dal Professor Vincenzo Caianello sul conflitto di interessi³⁷² i cui punti essenziali dal punto di vista delle soluzioni sono stati dall'illustre studioso così riassunti: <<[...] a) divieto per l'interessato di ingerirsi nella gestione diretta dell'impresa. L'interessato deve restare mero proprietario dell'impresa (individuale o*

³⁶⁸ Il documento conclusivo del Comitato di studio sulla questione del conflitto di interessi può essere letto in *Democrazia e cariche pubbliche*, cit., 131 ss. Il passaggio sopra riportato è contenuto a p. 135.

³⁶⁹ Per il Comitato, infatti, 135 -136, una previsione di tal fatta <<avrebbe infatti in tal caso l'affermazione di una vera e propria incapacità per determinate categorie di persone e ciò in contrasto con lo spirito dell'art. 51 Cost. Una previsione del tipo di quella indicata verrebbe in sostanza a concretizzare quello svuotamento dello *ius ad officium* [...] >>.

³⁷⁰ Documento conclusivo, cit., 136.

³⁷¹ *Ibidem*.

³⁷² Il parere è contenuto nell'allegato 3 degli atti parlamentari che riportano i lavori della 1^a Commissione della Camera dei Deputati, svolti nel corso dell'indagine conoscitiva condotta sul tema del conflitto di interessi, 75 ss.

societaria che sia) senza assumere personalmente compiti di amministrazione [...]; b) la previsione di un sistema di adeguata pubblicità sulla proprietà, sulla titolarità dei beni, aziende ed, in definitiva, sugli interessi economici di chi assume cariche di Governo, mediante l'obbligo di rendere una dichiarazione ad hoc; c) la previsione di un controllo speciale e qualificato, rimesso all'Autorità garante della concorrenza e del mercato che appare sufficiente a garantire massima trasparenza ed imparzialità sugli effetti dell'azione di Governo. Si tratta di un controllo che registra effetti e conseguenze delle scelte governative, ed è volto ad impedire qualsivoglia interferenza tra interesse pubblico ed interesse privato; d) la previsione di un controllo speciale e qualificato, rimesso all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, tale da assicurare correttezza, completezza ed imparzialità dell'informazione, controllo da esplicitarsi dal basso verso l'alto per evitare forme ingiustificate di sostegno privilegiato per il governo; e) l'eventuale rafforzamento dei poteri sanzionatori verso le imprese) e di segnalazione ed informativa al Parlamento>>.

Da parte nostra, tuttavia, le critiche alla posizione espressa dall'illustre studioso non possono che essere nette: esse emergeranno nel corso del lavoro ma pare opportuno sintetizzarle qui brevemente, anche in ragione del fatto che il pensiero di Caianello è stato effettivamente recepito nel testo di legge oggi in vigore. Per ciò che riguarda il punto a) non convince l'idea che il conflitto di interessi possa sussistere solo per coloro che ricoprono cariche di gestione all'interno di imprese private: questo assunto è valido e trova una soluzione adeguata con l'incompatibilità solo se l'obiettivo avuto di mira è quello di avere un soggetto pubblico che si dedichi interamente alla funzione pubblica. E' evidente, infatti, che assumere l'esistenza del conflitto di interessi solo in questa possibile declinazione significa non tener conto proprio dei casi in cui, anche per effetto della profonde modifiche intervenute sulle modalità di *governance* delle imprese, lo stesso è in grado di manifestarsi più chiaramente. Siamo d'accordo, invece, sul fatto che un adeguato sistema di pubblicità patrimoniale costituisca una premessa importante per qualsivoglia soluzione normativa il legislatore voglia definire mentre le critiche che formuliamo nel nostro lavoro alla legge 215 del 2004 riguardano anche l'organo e le sanzioni previste per risolvere il conflitto di interessi. Le autorità amministrative indipendenti non sono preparate – in primo luogo perché hanno sempre svolto compiti profondamente diversi da quelli cui sono chiamati ad attendere in virtù della nuova legge – a porre in essere le attività che la legge demanda loro: è sufficiente riflettere sull'immane lavoro che dovrebbe essere svolto monitorando l'intera attività di Governo. Le sanzioni, poi,

appaiono blande: rimettere al Parlamento le valutazioni in ordine all'accertata sussistenza di un conflitto di interessi significa immaginare di trattare questo argomento come un genitore che fa la ramanzina al proprio figlio perché va male a scuola. Cos'altro, infatti, si può immaginare se non una discussione generale sulla fattispecie portata all'esame dell'aula, senza alcuna possibilità di comminare sanzioni? In ogni caso vedremo perché siamo convinti che il sistema così come concepito dal legislatore ordinario – anche sulla scia dei suggerimenti offerti dal Prof. Caianello, è lecito pensare – sia totalmente insufficiente.

I tre interrogativi che ci siamo posti all'inizio del paragrafo non trovano certo una risposta positiva: è indubbio che fosse necessario adeguare il contesto normativo prevedendo un sistema di incompatibilità per i titolari di cariche di Governo ma esso è insufficiente a risolvere i casi di possibile conflitto di interessi. A riprova di ciò è sufficiente notare come sia proprio il legislatore a farsi carico dell'eventualità che l'incompatibilità non soddisfi gli scopi verso cui l'avrebbe orientata, come si vedrà nel paragrafo successivo. Inoltre non appare così peregrino domandarsi le ragioni che hanno spinto il legislatore ad optare per un istituto che storicamente ha sempre soddisfatto altre finalità, trascurando, ad esempio, di innovare anche le cause di ineleggibilità. Si può confermare anche qui, come anticipato nel precedente capitolo e come diremo più avanti in sede conclusiva, che in quest'ultima materia si impone al legislatore un ripensamento della disciplina oggi vigente: un punto, tuttavia, è certo e cioè che essa non può essere utilizzata per risolvere il conflitto di interessi, pena la deviazione dell'istituto verso scopi e finalità non propri.

Un altro aspetto che non condividiamo, ché appare poco chiaro, è il motivo che ha spinto il Parlamento ad assegnare il compito di dichiarare l'incompatibilità non agli organi tradizionalmente competenti ad accertarne l'esistenza – le giunte per le elezioni di ciascuna camera, cui si sarebbe potuta rimettere tale valutazione – bensì ad un'autorità abitualmente chiamata a svolgere altre funzioni. In effetti a quest'ultima si poteva assegnare unicamente il compito di fare denuncia al Parlamento di ciò che era emerso nel corso dell'istruttoria.

Infine, un'ultima critica dev'essere formulata con riguardo alle modalità attraverso cui deve essere fatta valere la causa di incompatibilità: essa, normalmente, avrebbe dovuto comportare la dichiarazione di decadenza dalla seconda carica – quella di governo che a noi interessa – e non di quella precedente. Invece la scelta del legislatore è stata quella, come si legge nell'art.6 della legge 215 del 2004 di rimettere ad un'iniziativa dell'organo di controllo l'attivazione della procedura per far dichiarare la decadenza del titolare della

carica di Governo dalla carica già ricoperta. Infatti, la previsione normativa recita che <<1.L'Autorità garante della concorrenza e del mercato accerta la sussistenza delle situazioni di incompatibilità di cui all'articolo 2, comma 1, vigila sul rispetto dei divieti conseguenti e promuove nei casi di inosservanza: a) la rimozione o la decadenza dalla carica o dall'ufficio ad opera dell'Amministrazione competente o di quella vigilante l'ente o l'impresa; b) la sospensione del rapporto di impiego o di lavoro pubblico o privato; c) la sospensione dall'iscrizione in albi e registri professionali, che deve essere richiesta agli ordini professionali per gli atti di loro competenza. 2. Gli organismi e le autorità competenti provvedono all'adozione degli atti di cui al comma 1, tenendo conto della richiesta dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.>>.

In buona sostanza l'intero sistema appare irrazionale ed incongruente, incapace com'è di risolvere effettivamente i casi di conflitto di interessi; comunque un giudizio definitivo sulla legge 215 del 2004 lo esprimeremo solo all'esito della disamina delle disposizioni ivi contenute.

4.2 Il conflitto di interessi per incompatibilità.

Diverso è il caso del conflitto di interessi per incompatibilità. Questa ipotesi denota una confusione tra la questione da affrontare (il conflitto di interessi, appunto) e la possibile soluzione (l'incompatibilità): confusione che, ovviamente, attesta come il meccanismo sanzionatorio basato sull'incompatibilità può non funzionare.

E' interessante notare che nella relazione presentata al Parlamento l'Autorità garante per il mercato e la concorrenza chiarisce in modo incontrovertibile che <<la fattispecie del "conflitto di interessi per incompatibilità" è prevista dall'articolo 3, prima parte, della legge 215/04 e ricorre ogniqualvolta il titolare di una carica di governo che si trova già in una situazione di incompatibilità – nella quale peraltro non dovrebbe trovarsi sin dalla data del giuramento o dell'assunzione della carica (ex articolo 2, comma 3 della legge) – adotta o partecipa all'adozione di un atto ovvero omette un atto dovuto, nell'esercizio della funzione di governo. Il regolamento adottato dall'Autorità chiarisce che questa situazione prescinde dalla incidenza specifica e preferenziale e dal danno all'interesse pubblico, che invece sono elementi costitutivi della situazione di conflitto per incidenza sul patrimonio. Il conflitto di interessi per incompatibilità è quindi una fattispecie che si fonda su una presunzione assoluta di violazione della legge (derivante dal dovere di astensione sancito dall'articolo 1, comma 1

della legge), che consiste nel compimento dell'attività di governo da parte di colui che si trova in situazione di incompatibilità, anche se in concreto l'atto o l'omissione non avvantaggiano il titolare o i suoi parenti, né danneggiano il pubblico interesse>>³⁷³.

Questa ipotesi di conflitto di interessi definita dal legislatore ordinario, tenendo anche conto di quanto affermato dall'autorità chiamata a svolgere il più delicato compito di controllo, lascia adito a più di un dubbio che si cercherà di illustrare. Innanzitutto appare senz'altro curioso quanto abbiamo riportato della relazione dell'organismo indipendente nella parte in cui viene fatto rilevare che: a) può esserci il caso in cui un soggetto continui a versare in una incompatibilità anche successivamente al giuramento o all'assunzione della carica di governo; b) l'astensione dovrebbe comunque operare anche in assenza di un danno per l'interesse pubblico o di un vantaggio a favore dei soggetti vicini al titolare della carica di governo. Insomma, sembra chiaramente, come avevamo poc'anzi accennato, che l'autorità sia perfettamente consapevole della totale insufficienza del meccanismo sanzionatorio: può esistere una situazione di incompatibilità ma siccome l'autorità di controllo – a cui la legge sul punto riconosce un potere di denuncia, non anche un potere di decisione - potrebbe non riuscire a conseguire il risultato finale - assicurare l'impiego esclusivo delle energie del titolare della carica di governo in favore della carica pubblica! – ecco che in forma residuale potrebbe ammettersi la sussistenza del conflitto di interessi. Non si può escludere, infatti, che la sanzione rimanga solo sulla carta cosicché in questo caso deve soccorrere lo strumento dell'astensione obbligatoria pensato, in realtà, per funzionare proprio quando pur mancando una situazione di incompatibilità in senso stretto un soggetto, titolare di interessi economici, sia in grado di avvantaggiare sé o i propri familiari nell'esercizio dell'attività di governo. Ciò conferma quanto detto in precedenza e cioè che l'istituto dell'incompatibilità nella fattispecie del conflitto di interessi non funziona in maniera tipica: anche Angiolini, in sede di audizione parlamentare, propendendo per l'incompatibilità, riteneva che l'attività istruttoria necessaria per accertarne la sussistenza potesse anche essere attribuita all'autorità garante, nell'ambito di una procedura di incompatibilità in senso proprio, costituendo, peraltro, *<<il prodromo di un procedimento la cui perfezione dovrebbe essere affidata alla stessa autorità che ha il compito di concludere il procedimento di nomina alle cariche di Governo, vale a dire al Presidente della Repubblica: ciò darebbe alla constatazione*

³⁷³ Il testo integrale della relazione è pubblicato sul sito dell'autorità. Il Brano riportato è contenuto a p. 8.

dell'eventuale decadenza dalla carica di Governo il massimo della trasparenza e della autorevolezza>>³⁷⁴. Nella scelta compiuta dal legislatore manca, invece: a) la sanzione della decadenza dalla carica di Governo; b) conseguentemente l'attribuzione all'unica figura costituzionalmente prevista del potere di dichiararla, cioè al Presidente della Repubblica.

Ma allora se così è l'istituto dell'incompatibilità non viene impiegato per la sua tipica finalità poiché può anche servire a far scattare l'obbligo di astensione a carico dei titolari di una carica di governo: insomma, si potrebbe dire che se non può funzionare per impedire ad un soggetto di ricoprire contemporaneamente due cariche tra di loro incompatibili può almeno essere utilizzato per far sorgere a loro carico l'obbligo di astensione.

Certo è che in ogni caso l'astensione serve ad impedire che l'esistenza di un conflitto di interessi possa effettivamente produrre conseguenze negative per chi senz'altro non rientra tra coloro cui si applica il regime delle incompatibilità: ma ciò, tuttavia, alle condizioni previste nell'art. 3 della legge 215 del 2004. Rileva in questo senso l'assenza di un riferimento al proprietario di azioni o di quote di società ed in ogni caso la totale esclusione di chi vanta assetti proprietari, eventualmente anche di tipo immobiliare: il testo legislativo, infatti, individua un'ipotesi di incompatibilità solo nel caso di assunzione – da parte del titolare di incarichi di governo – di cariche formali ovvero di compiti di gestione diretta nell'impresa. Quindi l'obbligo di astensione sussiste nei confronti del titolare di un'impresa solo in presenza delle altre condizioni (*rectius*: elementi costitutivi) previste nell'art.3 della legge 215 del 2004. Insomma: 1) chi ricopre un ufficio o una carica pubblica e/o privata versa in una situazione di incompatibilità; 2) qualora l'incompatibilità accertata non porti il soggetto ad esercitare l'opzione prevista dalla specifica norma allora quest'ultimo è comunque tenuto ad astenersi dal compimento dell'atto; 3) l'astensione prescinde dall'esistenza di un'incidenza specifica e preferenziale dell'atto sul proprio patrimonio; 4) nel caso del "mero" proprietario, invece, non opera alcuna causa di incompatibilità essendo quest'ultimo obbligato ad astenersi in presenza di un atto che produce effetti favorevoli al proprio interesse quando essi siano incidenti su quest'ultimo in maniera specifica e preferenziale.

³⁷⁴ 1^a Commissione affari costituzionali, della Presidenza del consiglio e Interni, Indagine conoscitiva, Seduta di lunedì 28 gennaio 2002, Audizione del professor Vittorio Angiolini, ordinario di diritto costituzionale presso la facoltà di giurisprudenza dell'università Statale di Milano.

Emerge, quindi, molto chiaramente che è stata fatta una scelta nel senso di non definire una causa di incompatibilità per chi è "semplicemente" titolare di un'impresa. Questa opzione, se viene letta alla luce dell'esigenza di garantire una piena ed esclusiva partecipazione alle attività proprie della carica di Governo ricoperta, è senz'altro coerente e lineare: si può essere titolari di un'impresa, ma se non vengono svolte attività di amministrazione e di gestione la dedizione all'attività pubblica ed istituzionale può essere considerata assoluta. E difatti in Parlamento sul punto si è giunti ad un facile accordo anche in considerazione di due aspetti importanti: le incompatibilità individuate dal legislatore *<<determinano un sacrificio assai limitato, prevedendo, generalmente, anche meccanismi idonei alla riacquisizione delle posizioni lasciate per assumere la carica pubblica, una volta che quest'ultima viene meno [...]>>; <<esse non richiamano immediatamente nessun particolare caso diverso da (e più grave di) tutti gli altri>>*³⁷⁵ Ma non v'è chi non veda come in questi termini si giunga ad un risultato paradossale: *<<l'assunzione di cariche di governo è considerata incompatibile anche per l'ultimo dei dipendenti di un'azienda, ma non per il suo proprietario che, anche quando non assuma incarichi formali e si tenga lontano dalla gestione quotidiana, ha evidentemente un'influenza ben superiore a quella dei suoi autisti o delle sue segretarie>>*³⁷⁶. Questo aspetto ci sembra di natura dirimente ed attesta più di altri la debolezza complessiva del sistema definito dal legislatore³⁷⁷. Anche perché, come diremo, il sistema dell'astensione, scelto dal legislatore per attuare una verifica "concreta e controllata", fra le altre cose, non può funzionare se il suo impiego divenisse frequente o, addirittura, sistematico. Inoltre, non si può trascurare che si è persa *<<un'occasione per ripensare in modo organico la disciplina delle incompatibilità già previste dalla legge per i parlamentari (legge n. 60 del 1953), disciplina che tante critiche solleva sia per la distinzione non sempre razionale tra cause di ineleggibilità e cause di*

³⁷⁵ **A. PERTICI**, cit., p. 346, il quale evidenzia come lo scontro di posizioni tra le diverse forze parlamentari si è avuto, influenzati dalla situazione del Presidente del Consiglio On. Berlusconi, sull'individuazione dello strumento adatto a separare gli interessi economici dei titolari di cariche di governo dall'esercizio di quest'ultime.

³⁷⁶ **G. BUSIA**, cit., 40.

³⁷⁷ In questo senso rimangono inalterati gli interrogativi che avevo formulato nel precedente contributo in **B. VALENSISE**, cit., 300: una disciplina di tal fatta è conforme al principio costituzionale di uguaglianza? Può essere considerata legittima, in quanto razionale, una previsione normativa che impedisce ad un soggetto (l'amministratore delegato di una società per azioni) di poter ricoprire una carica di governo prevedendo, per contro che questa possibilità esista per il soggetto che ne ha la proprietà?

incompatibilità, sia per l'arretratezza e talora la genericità delle formulazioni adottate>>³⁷⁸.

Infine, anche la stessa divaricazione che esiste tra la disciplina prevista per i parlamentari in materia di incompatibilità e le disposizioni appena approvate, solo per i titolari di cariche di governo, in tema di obblighi di dichiarazioni per ciò che riguarda le proprie condizioni patrimoniali, nonché in tema di obblighi di astensione in caso di conflitto di interessi, appaiono difficilmente giustificabili alla luce del criterio della ragionevolezza.

In questo contesto è opportuno sottolineare come la scelta di adottare un sistema di incompatibilità nei termini delineati, pur non soddisfacendo appieno, non ci porta a concludere senz'altro nel senso che il legislatore avrebbe dovuto approfondire maggiormente la questione relativa alla delineazione di una eventuale causa di ineleggibilità per chi si trova in una situazione di conflitto di interessi. Anzi, vedremo nel prossimo capitolo che a tal proposito chi scrive ritiene non sia assolutamente possibile introdurre una nuova causa di ineleggibilità allo scopo di prevenire situazioni di conflitto di interessi.

E' bene, quindi, proseguire nella disamina delle disposizioni di legge che regolano attualmente la materia.

4.3. Il conflitto di interessi in concreto: il rimedio dell'astensione obbligatoria. Uno strumento insufficiente, inidoneo ad affrontare l'insorgenza del conflitto di interessi.

Per capire il meccanismo di funzionamento della legge sul conflitto di interessi pare utile far riferimento ad comunicato stampa pubblicato sul sito internet della Presidenza del Consiglio con il quale si dà conto dell'attività posta in essere dal Consiglio dei Ministri in occasione della riunione n. 32 del 24 novembre 2005. L'organo del Governo era chiamato a deliberare, tra gli altri, un provvedimento (un decreto legislativo) proposto dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, On. Maroni, contenente misure legislative di riordino della disciplina delle forme di previdenza complementare, dando attuazione alla delega contenuta nell'art. 1

³⁷⁸ **G. M. SALERNO**, cit., 34; anche la Corte Costituzionale sottolineò la necessità, nella sentenza n. 344 del 1993, <<che una legislazione, come quella vigente, ricca di incongruenze logiche e divenuta ormai anacronistica di fronte ai profondi mutamenti che lo sviluppo tecnologico e sociale ha prodotto nella comunicazione politica, sia presto riformata dal legislatore al fine di realizzare nel modo più pieno e significativo il valore costituzionale della libertà e della genuinità della competizione elettorale e del diritto inviolabile di ciascun cittadino di concorrere all'elezione dei propri rappresentanti politici e di partecipare in condizioni di eguaglianza all'accesso a cariche pubbliche elettive>>. Una speranza, come si intuisce, che non investiva esclusivamente un problema di *drafting* normativo, ma anche il merito delle scelte compite dal legislatore ordinario.

della legge n. 243 del 2004. Il Consiglio dei Ministri ha approvato il testo: prima del voto il Presidente del Consiglio dei Ministri, valutato il contenuto (così dovrebbe essere ogni qualvolta si esercita una scelta), <<si è *doverosamente allontanato dalla sala del Consiglio*>>³⁷⁹. Ebbene, questo è il modello scelto dal legislatore per risolvere il conflitto di interessi.

Il cuore ed il baricentro dell'intera disciplina approvata è indubbiamente costituito dalla previsione contenuta nell'art. 3: esso provvede, infatti, da un lato a definire quando sussiste il conflitto d'interessi (v. *supra*), dall'altro ad identificare lo strumento principe per prevenirlo, cioè l'astensione obbligatoria. Si è già detto delle perplessità che sussistono per ciò che riguarda la scelta compiuta a monte del problema dal legislatore di non estendere l'incompatibilità anche ai soggetti titolari di patrimoni: in ragione di ciò la legge approvata ha previsto che in casi del genere il conflitto di interessi dovesse trovare una soluzione impiegando lo strumento dell'astensione obbligatoria; ma in questo caso la capacità effettiva di sanzionare il conflitto da parte dei soggetti chiamati a verificare l'esistenza dei presupposti stabiliti dalla disposizione richiamata appare estremamente contenuta. Senza dimenticare che potendo la situazione di conflitto non essere contingente ma statica e duratura l'aver escluso l'impiego dell'incompatibilità in taluni casi appare una scelta irrazionale ed irragionevole. E' sufficiente pensare al Presidente del Consiglio dei Ministri che non può, per espresso dettato costituzionale, astenersi dal compiere un numero elevato di atti, per i quali è richiesta la sua diretta partecipazione. In effetti non ha senso ed è profondamente irrazionale, a meno di non confondere la natura giuridica e le finalità proprie di ciascun istituto, utilizzare l'astensione obbligatoria anche in presenza di situazioni di incompatibilità *lato sensu* intese. Pare, in buona sostanza, che sia revocata in

³⁷⁹ Il testo del comunicato, che si può trovare in www.governo.it, finestra "Consiglio dei ministri" è il seguente <<La Presidenza del Consiglio dei Ministri comunica: Il Consiglio dei Ministri si è riunito oggi, alle ore 9,50 a Palazzo Chigi, sotto la presidenza del Presidente, Silvio Berlusconi. Segretario, il Sottosegretario di Stato alla Presidenza, Gianni Letta. Il Consiglio ha approvato i seguenti provvedimenti: su proposta del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, Maroni: - un decreto legislativo che riordina la disciplina delle forme di previdenza complementare e dà attuazione alla delega contenuta nell'art.1 della legge n.243 del 2004 al fine di assicurare più elevati livelli di copertura previdenziale. Il testo reca disposizioni tese ad incrementare l'entità di flussi di finanziamento alle forme pensionistiche complementari, a garantire l'omogeneità del sistema di vigilanza sul settore, a ridefinirne la disciplina fiscale, a monitorare la gestione delle risorse finanziarie derivanti dalle contribuzioni degli iscritti. Le nuove norme diventeranno operative contestualmente all'entrata in vigore della riforma della previdenza obbligatoria, cioè dal 1° gennaio 2008. Il Presidente Berlusconi, durante l'esame del provvedimento, si è *doverosamente allontanato dalla sala del Consiglio*>>.

Non è questo l'unico caso in cui il Presidente del Consiglio si è trovato costretto ad astenersi dalle deliberazioni che avrebbe dovuto assumere il Consiglio dei Ministri: un caso all'attenzione dell'Autorità garante del mercato e della concorrenza è quello dei decoder. Si v., sul punto, **A. STATERA**, *Il decoder del cavaliere*, in *La Repubblica*, 15 febbraio 2006, 1 e 20.

dubbio la netta distinzione tra i due istituti, efficacemente tracciata da autorevole dottrina: apparentemente l'astensione obbligatoria, identificando la situazione di inidoneità di un determinato soggetto ad adottare una decisione con riferimento ad una determinata questione, parrebbe indicare un'incompatibilità; in realtà <<l'incompatibilità propriamente intesa comporta l'impossibilità a ricoprire una certa carica o un certo ufficio contemporaneamente allo svolgimento di un'altra attività o funzione, l'astensione obbligatoria impone, invece, a chi si trovi in una determinata situazione [...] di astenersi dall'esercitare i propri poteri soltanto in relazione a quella stessa specifica decisione>>³⁸⁰. Con l'incompatibilità, lo si ripete, si tende ad assicurare che un determinato soggetto, titolare di un ufficio od una carica che impediscono di assolvere contestualmente e proficuamente i compiti connessi ad altra carica pubblica, eserciti una scelta. In maniera più estesa la stessa incompatibilità potrebbe essere utilizzata per costringere ad effettuare una scelta chi è titolare di interessi economici privati strutturalmente in contrasto con gli interessi generali che la funzione pubblica ricoperta impone di soddisfare. In ogni caso, come si può ben capire, è un istituto che tende a dirimere un contrasto netto ed insuperabile, allo scopo di assicurare che l'esercizio del potere pubblico sia diretto alla soddisfazione degli interessi generali, evitando distrazioni e deviazioni a favore della propria dimensione privata.

L'astensione può ben essere impiegata ma solo per impedire, in casi sporadici ed eccezionali, che un soggetto titolare di un ufficio o una carica pubblica possa perseguire interessi privati. Laddove il conflitto di interessi possa preventivamente definirsi ampio, per l'importanza e l'estensione degli interessi privati del singolo, l'astensione rischierebbe di divenire non più un momento eccezionale, ma un obbligo da adempiere sistematicamente, con la conseguenza <<che il soggetto preposto all'esercizio di una determinata funzione finirebbe in pratica per essere impossibilitato ad occuparsene, risultando così anche inadempiente rispetto alle proprie responsabilità pubbliche>>³⁸¹. La scelta compiuta dal legislatore appare, alla luce di quanto appena detto, totalmente incoerente.

Nell'art. 3 si afferma che sussiste il conflitto di interessi quando il titolare di cariche di governo a) *“partecipa all'adozione di un atto, anche formulando la proposta, o omette un atto dovuto, trovandosi in situazione di incompatibilità ai sensi dell'art.2, comma 1”*, ovvero, ed è la parte che a noi interessa, b) *“quando*

³⁸⁰ A. PERTICI, cit., 159.

³⁸¹ A. PERTICI, cit., 160; R. FINOCCHI, *Le proposte di legge in materia di conflitto di interessi*, in S. Cassese - B.G. Mattarella (a cura di), *Democrazia e cariche pubbliche, Ineleggibilità, incompatibilità, conflitto di interessi: un problema di etica pubblica*, Il Mulino, Bologna, 1996, 83.

l'atto ha un'incidenza specifica e preferenziale sul patrimonio del titolare, del coniuge o dei parenti entro il secondo grado, ovvero delle imprese o società da essi controllate, secondo quanto previsto dall'articolo 7 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, con danno per l'interesse pubblico". Gli atti di cui parla la norma possono essere sia quelli individuali che quelli collegiali e ciò costituisce, senza ombra di dubbio, un'estensione dei confini dentro i quali collocare il conflitto di interessi; negli stessi termini è condivisibile che il legislatore abbia scelto di sanzionare tanto l'atto positivo, quanto l'omissione di un atto dovuto.

Ciò che fa pensare, tuttavia, ad una disposizione complessa e di difficile applicazione è la necessità che ricorrano diverse condizioni costitutive, imprescindibili perché possa riconoscersi un conflitto di interessi. Senza considerare del resto che possono sorgere delle perplessità che investono la stessa idea di partecipazione o mancata partecipazione ad un atto.

4.4. La partecipazione (o meno) all'atto: il valore da attribuire alla controfirma del Presidente del Consiglio o del Ministro. Il Presidente del Consiglio quale organo che presiede il Consiglio dei Ministri definendo l'ordine del giorno delle riunioni. Il Presidente del Consiglio ed i Ministri controfirmando un atto partecipano alla sua adozione.

Abbiamo iniziato il precedente paragrafo riportando la scelta compiuta dal Presidente del Consiglio di astenersi in occasione di una deliberazione del Consiglio dei Ministri su un provvedimento ritenuto dallo stesso *Premier* capace di incidere (evidentemente in maniera positiva) sul proprio patrimonio. Per la legge 215 del 2004 il conflitto di interessi sarebbe così risolto! Trascura il legislatore di considerare che sono diversi i momenti in cui il Presidente del Consiglio svolge un ruolo attivo nei confronti di un atto esaminato dal Consiglio dei Ministri. In primo luogo sarebbe sufficiente notare che, com'è ovvio, un testo portato all'esame dell'organo collegiale viene preliminarmente definito in una serie di riunioni di carattere tecnico alle quali partecipano i ministeri competenti per la materia che dev'essere esaminata. Quindi la versione che viene portata all'esame del Consiglio dei Ministri costituisce il risultato di un approfondimento svolto in sedi particolarmente qualificate: già in queste riunioni, vale la pena di sottolinearlo, v'è la possibilità di incidere sui contenuti del provvedimento che verrà successivamente portato all'esame dell'organo di governo. Inoltre non va dimenticato il ruolo che il capo del governo assume rispetto al funzionamento del Consiglio dei Ministri. Il Presidente del Consiglio, nel definire l'ordine del giorno, viene naturalmente a conoscenza dell'argomento che verrà trattato nella riunione

del Consiglio e ciò a nostro giudizio, lasciando in disparte ogni possibile valutazione di natura istituzionale sul ruolo e la posizione del Presidente del Consiglio nel nostro sistema costituzionale, rappresenta in ogni caso un'esemplificazione della scarsa capacità dello strumento dell'astensione di intervenire, risolvendolo, sul conflitto di interessi. Non tiene, infatti, l'affermazione secondo cui se il Presidente del Consiglio si astiene comunque ha dimostrato di avere di mira l'obiettivo dell'esclusivo perseguimento del pubblico interesse; da un punto di vista oggettivo rileva la circostanza che il provvedimento, del quale egli ha avuto conoscenza anticipatamente, soddisfa e tutela i propri particolari interessi. Ma è su un altro momento che vorremmo concentrare l'attenzione: la controfirma che il Presidente del Consiglio deve apporre per tutti gli atti aventi valore legislativo. Il cuore dell'analisi sta in ciò: nell'apporre la propria controfirma il Presidente del Consiglio partecipa all'atto? E' possibile ravvisare in questa attività giuridica la *suitas*, la riconducibilità al capo dell'esecutivo dell'atto? L'art. 89, comma 2, Cost. stabilisce che <<*gli atti che hanno valore legislativo e gli altri atti indicati dalla legge sono controfirmati anche dal Presidente del Consiglio dei Ministri*>>. Non è questa la sede per svolgere una disamina *funditus* dell'istituto della controfirma del Presidente del Consiglio dei Ministri. In dottrina, anche di recente, riprendendo una vecchia distinzione tra atti sostanzialmente governativi (trifasici) ed atti sostanzialmente presidenziali (bifasici) è stato sottolineato che per i primi <<*emerge una responsabilità propria del Governo, sia di natura politica, in relazione al contenuto dell'iniziativa esercitata, sia di natura giuridica, in relazione all'ipotesi in cui sia posto in essere un fatto che integri un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale o una fattispecie delittuosa [...]. La controfirma è lo strumento con cui si ribadisce la titolarità del potere, determinando un'assunzione di responsabilità in capo al soggetto stesso che ha esercitato il potere di propria prerogativa*>>³⁸². In definitiva la controfirma degli atti sostanzialmente governativi <<*ha una sua funzione costituzionale, ribadendo la titolarità del potere di Governo, che ne assume la responsabilità politica dell'esercizio, nonché la responsabilità giuridica (per "fatto proprio")*>>³⁸³. Se così è allora è evidente che anche la controfirma del Presidente del Consiglio dei Ministri attesta la partecipazione all'atto del capo dell'esecutivo. Ciò vorrebbe dire, contrariamente

³⁸² N. PIGNATELLI, *La responsabilità politica del Presidente della Repubblica tra valore storico e "inattualità" costituzionale della controfirma ministeriale*, in *I paper del forum di Quaderni costituzionali*, 2005, 5.

³⁸³ *Ibidem*.

a quanto afferma l'autorità garante per il mercato e la concorrenza³⁸⁴, che qualora il titolare della carica di Governo si fosse astenuto in sede di deliberazione in Consiglio dei Ministri, l'eventuale successiva partecipazione all'atto, con l'apposizione della propria firma (anzi, controfirma), andrebbe pur sempre considerata per affermare la *suitas* al soggetto dell'atto medesimo, con tutte le conseguenze relative. Ciò che si vuol dire è che in ogni caso non può essere dissimulata la circostanza che il Presidente del Consiglio, che in sede di deliberazione collegiale magari si è astenuto dall'esprimere il proprio voto, si trova in ogni caso al momento della controfirma nella condizione di conoscere il contenuto dell'atto ed i vantaggi che lo stesso potrebbe produrre nel suo patrimonio personale. Del resto vale prima ancora che il diritto il buon senso: se anche il Presidente del Consiglio si accorgesse che un atto già firmato dal Presidente della Repubblica è in grado di avvantaggiare la propria situazione economica egli potrebbe non controfirmarlo, obbligando il Presidente della Repubblica a rinviarlo al soggetto che lo ha posto in essere. Ma forse ciò ancora una volta conferma le rilevanti difficoltà che esistono in presenza di un conflitto di interessi che potrebbe essere accertato assai di frequente: basti pensare che se l'atto fosse una legge del Parlamento sarebbe impensabile immaginarne un percorso all'indietro. Non potendo, come già si è detto, approfondire il tema della controfirma e di tutte le questioni che ad essa sono connesse, che pure rivestono un rilevante interesse scientifico, dobbiamo fermarci, ancora una volta dinanzi alla constatazione che la formula dell'astensione scelta dal legislatore ordinario appare insufficiente per rispondere in maniera adeguata al conflitto di interessi.

4.5. Segue. La necessità che l'atto sia anche posto in essere direttamente dal soggetto che se ne avvantaggia.

Anche alla luce di quanto si appena detto appare ancora contraddittorio ed irragionevole constatare come ai fini dell'accertamento della fattispecie sia necessario che esista un collegamento formale e funzionale tra l'atto, il titolare che lo ha adottato e il suo patrimonio. La legge, infatti, impedisce all'autorità di controllo di intervenire in tutti quei casi in cui il titolare di una carica di governo adotti un atto idoneo a determinare un vantaggio specifico e preferenziale nel patrimonio di un altro titolare: <<*ciò significa che situazioni che apparentemente generano un conflitto di interessi, perché producono specifici vantaggi economici*

³⁸⁴ Chi scrive ha contattato alcuni funzionari dell'*authority*, anche per capire quale fosse stato l'orientamento sul punto da parte dell'organismo di controllo. Ebbene, per l'autorità la controfirma del Presidente del Consiglio non sarebbe sufficiente, contrariamente a quanto abbiamo noi affermato, ad attestare la partecipazione all'atto.

nella sfera giuridica di un titolare di carica di governo, non sono perseguibili dall'Autorità, in quanto gli atti di governo non sono attribuibili formalmente all'esercizio del potere del titolare avvantaggiato>>³⁸⁵: Così il fatto che un accordo posto in essere dal MIUR (Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della ricerca scientifica) con le Poste s.p.a. avente ad oggetto un servizio di distribuzione alle famiglie presso il proprio domicilio dei libri scolastici forniti (aldilà delle diverse case editrici) da una società riconducibile al patrimonio del Presidente del Consiglio non ha impedito all'Autorità di constatare che nel caso di specie <<era assente il presupposto necessario per l'applicazione della legge n. 215/04, ovvero la riconducibilità dell'atto al titolare di carica nel cui patrimonio si produce il vantaggio>>³⁸⁶. Insomma, superando il fatto che effettivamente la società che ha beneficiato dell'accordo è la Mondolibri BOL, posseduta al 50% da Arnoldo Mondadori Editore s.p.a. di proprietà del Presidente del Consiglio, siccome l'atto in questione è stato adottato non dal Presidente del Consiglio bensì dal Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca Scientifica (ovviamente non legato alla società Mondolibri) non sussiste un'ipotesi di conflitto di interessi.

Un'ipotesi dello stesso tipo pareva sussistere per la vicenda dell'acquisto dei decoder da parte di cittadini sardi e valdostani, incentivato dalla presenza di un importante contributo dello Stato. Siccome una delle società che distribuisce sul mercato i decoder è di proprietà del fratello del Presidente del Consiglio, un gruppo di senatori del centrosinistra capeggiati da Luigi Zanda, oltre a presentare un'interrogazione al Ministro delle Comunicazioni, <<segnalano la cosa all'Authority di Catricalà, il quale se la cava con una letterina a Zanda firmata dal Segretario generale Fabio Cintioli, nella quale si sostiene che essendo stato presentato il maxiemendamento alla finanziaria contenente il finanziamento per i decoder dal Ministro dell'Economia e delle Finanze sen. Giulio Tremonti, senza alcuna valutazione del Consiglio dei Ministri, cioè in assenza di Berlusconi, l'Autorità non può intervenire>>³⁸⁷; l'authority, insomma, in maniera un po' piratesca, avrebbe così archiviato la pratica. Ma è emerso un particolare non trascurabile: il maxiemendamento è stato votato dai due rami del Parlamento con un voto di fiducia chiesto dal Governo. Siccome il voto di fiducia può essere chiesto al Parlamento solo se vi è stata una preliminare decisione del Consiglio dei Ministri la prima valutazione fatta dall'organo di controllo è risultata viziata

³⁸⁵ II Relazione semestrale, luglio – dicembre 2005, 16.

³⁸⁶ II Relazione semestrale, luglio – dicembre 2005, 17.

³⁸⁷ A. STATERA, cit., 20.

da un errore di fatto; per tale ragione l'autorità è stata costretta a riaprire una formale istruttoria.

In ogni caso resta dalle prime valutazioni svolte dall'organismo di controllo un dato inequivocabile: la veste formale dell'atto, incluso il profilo soggettivo, tralasciando ogni valutazione sulle relazioni esistenti tra i diversi soggetti che compongono un organo (com'è nel caso del Consiglio dei Ministri) è in grado di soverchiare una qualsivoglia ipotetica valutazione in termini sostanziali sugli effetti che dallo stesso discendono.

4.6. Gli elementi costitutivi della fattispecie del conflitto di interessi in concreto: l'incidenza specifica e preferenziale; il danno per l'interesse pubblico.

Proseguiamo la nostra analisi del dato normativo guardando agli altri elementi costitutivi richiesti dalla norma per affermare la sussistenza del conflitto di interessi. Condizioni, quelle appena indicate nel titolo del paragrafo, che appaiono di difficile accertamento e verifica da parte degli organi ai quali è rimesso il controllo. L'atto o l'omissione debbono avere un'incidenza "*specifica*" sul patrimonio di uno dei soggetti contemplati dall'art. 3, cioè deve favorire il titolare della carica di governo, il coniuge, i suoi parenti entro il secondo grado; inoltre, al contempo, deve arrecare "*un danno all'interesse pubblico*". Il primo aggettivo sta ad indicare che qualora gli atti posti in essere o l'omissione concretata incidano anche sul patrimonio di terzi potrebbe risultare mancante un requisito strutturale necessario perché possa sorgere il conflitto. Oltre a ciò la disposizione richiede che l'atto o l'omissione incidano in maniera "*preferenziale*" sul patrimonio dei medesimi soggetti: quindi, non sussiste conflitto di interessi, quando l'atto o l'omissione incriminati abbiano prodotto effetti favorevoli maggiori o uguali nel patrimonio di soggetti terzi. Il secondo elemento costitutivo della fattispecie il "*danno per l'interesse pubblico*", poi, appare di così difficile accertamento da rendere sostanzialmente inconfigurabile la fattispecie del conflitto di interessi.

Anche nella relazione dell'autorità v'è traccia di uno scrutinio interpretativo dei requisiti appena elencati. La lettura di alcuni passaggi della relazione assume un carattere rilevante dal momento che è ovvio che l'interpretazione che ne fa l'autorità preposta al controllo può condizionare il giudizio sull'impianto normativo definito dal nostro legislatore.

Richiamando quanto già previsto nel proprio regolamento l'Autorità, nella sua relazione, qualifica <<l'incidenza "*specifica e preferenziale*" come qualsiasi vantaggio economicamente apprezzabile nel patrimonio del titolare o dei suoi

congiunti (articolo 5, comma 2 del regolamento), a sua volta definito in maniera ampia come il complesso dei rapporti giuridici attivi e passivi, suscettibili di valutazione economica, facenti capo a una persona fisica o giuridica (articolo 5, comma 3 del regolamento)>>. È interessante sottolineare che l'autorità di controllo ritiene che l'incidenza specifica e preferenziale non debba necessariamente realizzarsi, essendo <<sufficiente che tale incidenza sia anche solo potenziale, assumendo rilievo la mera idoneità dell'atto o dell'omissione a generare un beneficio sul patrimonio dei soggetti individuati dalla legge, come appare indicare la formulazione letterale dell'articolo 6, comma 3 della legge che fa esplicito riferimento all'eventualità dell'incidenza>>. Ciò significa, evidentemente, che l'organo deputato al controllo potrebbe sanzionare anche la sola formulazione della proposta di un atto da parte del titolare della carica di governo: la presentazione di un disegno di legge in Consiglio dei Ministri potrebbe attivare gli strumenti di verifica e controllo da parte dell'autorità, ad esempio. Questa posizione interpretativa, sebbene capace di anticipare la tutela identificando tempestivamente il possibile insorgere del conflitto di interessi, sembra cozzare con il dettato normativo che richiede, in ogni caso, che si abbia contestualmente un danno per l'interesse pubblico. Ebbene, quale danno potrebbe individuarsi in presenza di un atto ancora improduttivo di effetti? Può preventivamente essere individuato un probabile danno per l'interesse pubblico? Può aver valore, ai fini della corretta applicazione della disciplina sul conflitto di interessi una valutazione non certa ma solo probabilistica del danno che conseguirebbe all'effettiva approvazione di un atto? Del resto il legislatore ha affidato all'autorità proprio il compito di *“controllare e verificare gli effetti dell'azione del titolare della carica di Governo [...]”* (art. 6, comma 3, legge 215/2004), il che vuol dire – a noi sembra senza alcun dubbio – che l'atto posto in essere o l'omissione di un atto dovuto deve aver prodotto risultati giuridici integranti gli elementi costitutivi della fattispecie del conflitto di interessi. Propendere per la posizione interpretativa espressa dall'Autorità vorrebbe dire essere convinti che il legislatore con le proprie scelte abbia assicurato un'efficace e preventiva soluzione del conflitto di interessi; la lettura corretta delle disposizioni sin qui analizzate, invece, porta a ben altri esiti. D'altro canto di ciò v'è un'ulteriore conferma nell'inefficacia sanzionatoria dei mezzi a disposizione dell'organo di controllo: immaginiamo il caso di un disegno di legge presentato dal Presidente del Consiglio ed approvato dal Consiglio dei Ministri. L'autorità svolge la propria istruttoria accertando che l'atto contiene previsioni le quali se approvate realizzerebbero un'incidenza specifica e preferenziale nel patrimonio

dello stesso capo del Governo e che potrebbero, altresì, cagionare un danno all'interesse pubblico: successivamente, in ossequio a quanto la legge prevede, l'autorità comunica ai presidenti dei due rami del Parlamento l'esito dell'accertamento. Ma a questo punto? Quali possibilità esistono? Evidentemente nessuna e, quindi, il disegno di legge potrebbe senz'altro seguire il suo iter parlamentare ordinario. Non è pensabile riconoscere ai Presidenti dei due rami del Parlamento poteri che impediscano lo svolgimento della ordinaria istruttoria parlamentare sull'atto proposto. In buona sostanza l'interpretazione della disposizione che svolge l'organismo di controllo non ci sembra corretta per due motivi essenziali: a) la lettera della disposizione ed una sua interpretazione sistematica impongono di ragionare sull'esistenza di un atto produttivo di effetti, condizione essenziale perché si accerti *“l'incidenza specifica e preferenziale”*, nonché il *“danno per l'interesse pubblico”*; b) se anche l'autorità esercitasse il proprio potere di vigilanza e controllo con le modalità ed i tempi descritti nel regolamento da essa adottato e nella relazione presentata al Parlamento in ogni caso l'attività svolta non condurrebbe a nessun risultato apprezzabile per ciò che riguarda la tutela degli interessi pubblici che giustifica la legge approvata in materia.

Sul concordante requisito richiesto dalla disposizione legislativa – *id est* sulla necessità che il vantaggio abbia natura *“preferenziale”* - ci sembra molto interessante l'apertura che fa l'autorità di controllo. Nella relazione, infatti, viene precisato che *«con l'aggettivo “non esclusivo” si è inteso fornire un'interpretazione di “incidenza specifica e preferenziale” tale da non limitare il possibile intervento alle sole ipotesi di atti che avvantaggiano esclusivamente i soggetti di cui all'articolo 3 della legge. Si è quindi sottolineato che è sufficiente la sussistenza di un vantaggio particolare, ovvero di un esito di favore nella sfera patrimoniale del titolare, anche se di tale vantaggio beneficiano al contempo soggetti diversi dal titolare della carica di governo e dai suoi più stretti congiunti. In tal senso, l'atto di governo assume rilievo anche quando diretto “alla generalità o ad intere categorie di soggetti”. In altri termini, anche un atto con efficacia giuridica erga omnes può di fatto tradursi in un esito di favore particolare a vantaggio del titolare della carica di governo o dei suoi congiunti»*. In sostanza, accordandoci con quanto sopra detto, l'unica circostanza in grado di escludere la sussistenza del conflitto di interessi si avrebbe quando l'atto o la sua omissione avvantaggiano terzi in modo maggiore o uguale rispetto al titolare della carica di governo o ai suoi più stretti congiunti.

4.7. Segue. In particolare come si potrà accertare il danno per l'interesse pubblico. I suggerimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. La sanzione politica.

Infine, non meno interessante è l'interpretazione che fornisce l'autorità di controllo a proposito della verifica della sussistenza del danno per l'interesse pubblico, il secondo presupposto richiesto perché si possa parlare di conflitto di interessi per incidenza sul patrimonio. Ritene l'organo di controllo che *<<la scelta del legislatore di attribuire all'Autorità la competenza nella materia del conflitto di interessi è stata ispirata non solo dalla natura dell'istituzione quale autorità amministrativa indipendente, ma anche dal tipo di funzioni esercitate in quanto organo competente a dare applicazione alla normativa antitrust>>*. In realtà ciò che giustifica maggiormente la scelta del legislatore di assegnare ad una autorità amministrativa indipendente già esistente compiti di verifica ed accertamento della esistenza di fattispecie di conflitto di interessi non è tanto legato al tipo di funzioni esercitate da quest'ultima. Essa, al contrario, appare legata in primo luogo alla difficoltà ed anche alla diffidenza ad istituire una nuova autorità amministrativa indipendente che, ma ciò conferma un altro difetto della disciplina in tema di conflitto di interessi, opererebbe *<<una frizione con le norme della Costituzione [...] sarebbe una singolare scelta quella di interporre tra Governo e Parlamento un nuovo soggetto che, esercitando una peculiare vigilanza sugli atti del primo allo scopo di riferire al secondo, non si capisce bene se sia una longa manus del Parlamento ovvero un usurpatore delle sue indefettibili prerogative>>³⁸⁸*. Insomma, come sosteneva autorevolmente nel suo parere il prof. Caianello, una nuova autorità con compiti in materia rischierebbe di fraporsi nel rapporto regolato dalla Costituzione tra Parlamento e Governo; ciò, peraltro, a giudizio di chi scrive, vale in ogni caso, anche se il controllo previsto venga svolto, come effettivamente scelto dal legislatore, da un'autorità già esistente. Ma la convinzione della bontà sotto il profilo tecnico – professionale della scelta compiuta ha spinto l'Autorità antitrust ad affermare che *<< [...] il regolamento dell'Autorità dà, all'articolo 5, comma 4, una interpretazione in chiave innanzitutto concorrenziale di tale pregiudizio all'interesse pubblico, rinvenendolo in tutti i casi in cui l'atto o l'omissione del titolare della carica di governo siano idonei ad alterare il corretto funzionamento del mercato. Il comma successivo prevede un criterio "residuale" che dovrebbe comprendere tutti i casi di conflitto di interessi che non danno luogo direttamente a problemi di*

³⁸⁸ Parere pro-veritate del Professor Vincenzo Caianello sul conflitto di interessi, cit., 96.

concorrenza o che non riguardano affatto il mercato. In tal caso, il danno per l'interesse pubblico sussiste quando l'incidenza sul patrimonio sia frutto di una scelta manifestamente ingiustificata in relazione ai fini istituzionali cui l'azione di governo è preordinata (articolo 5, comma 5 del regolamento). Tale definizione configura un controllo da parte dell'Autorità consistente nell'apprezzare se il vantaggio conseguito dal titolare, dal suo coniuge o dai suoi parenti entro il secondo grado, sia palesemente estraneo e non giustificato dal fine istituzionale cui l'azione del titolare dovrebbe essere preordinata.>> Insomma il danno per l'interesse pubblico, già di per sé di difficile accertamento, dovrebbe sostanziarsi in un danno alla libera concorrenza, al perfetto funzionamento del mercato! Solo nel caso in cui l'accertamento condotto al fine di verificare siffatta lesione portasse ad un esito negativo, allora l'autorità, "residualmente" sarebbe costretta ad accertare se vi fosse o meno una deviazione rispetto ai fini istituzionali cui l'azione di governo è preordinata. Si tratterebbe, in questo caso, <<di una patologia dell'azione di governo che richiama la figura dello sviamento di potere. In questa prospettiva si può escludere la sussistenza della fattispecie qualora il vantaggio sia la conseguenza meramente occasionale di un atto adottato nell'ottica dell'esclusivo perseguimento del fine istituzionale e della tutela dell'interesse pubblico>>.

Basterebbe, forse, la sola lettura di quanto affermato in questi passaggi della relazione per formulare chiare perplessità sull'efficacia dell'apparato normativo definito dal legislatore ordinario. Diverse, infatti, sono le obiezioni al contenuto normativo della disposizione esaminata. Viene richiesto un danno per l'interesse pubblico: volendo trovare nell'ordinamento giuridico una fattispecie che aiuti l'accertamento istruttorio dell'autorità ci si potrebbe rifare al modello della responsabilità civile per illecito aquiliano. Com'è noto la relativa disciplina è contenuta nell'art. 2043 c.c.: esso, perché possa dirsi costitutivamente esistente una fattispecie d'illecito richiede l'atto umano sorretto dall'elemento psicologico della colpa, un danno tendenzialmente di natura patrimoniale, un nesso di causalità fra il comportamento umano ed il danno prodottosi. Lasciamo stare, per non addentrarci troppo precisamente in questioni che richiamano altre discipline giuridiche, il primo requisito e soffermiamoci unicamente sul nesso di causalità e sull'evento dannoso. Per ciò che concerne il primo l'organo di controllo sarebbe tenuto ad accertare se il danno per l'interesse pubblico sia conseguenza immediata e diretta dell'atto posto in essere; in ordine al secondo dovrebbe misurare la lesione di un interesse giuridicamente rilevante. In buona sostanza, per riprendere schemi già noti al diritto amministrativo, dovrebbe essere accertata una

responsabilità per illecito aquiliano a carico della pubblica amministrazione in conseguenza dell'attività (normativa, ad esempio) posta in essere dai titolari di cariche di governo e ad essa direttamente riconducibile per effetto della nota teoria dell'organo³⁸⁹.

Che sia questo lo schema di ragionamento che deve essere seguito pare chiaro anche nella posizione interpretativa assunta dall'autorità di controllo che, come si è letto sopra, parla espressamente di uno sviamento di potere, di un vizio rientrante nell'eccesso di potere, cioè di una ipotesi patologica tipica degli atti amministrativi, oggi codificata nell'art.21 - *octies* della legge 241 del 1990³⁹⁰. Come possa essere accertata la fattispecie del conflitto di interessi appena delineata costituisce il vero *punctum dolens* di una disciplina di per sé insufficiente ma che appare gravemente irrazionale e molto probabilmente incapace di produrre il benché minimo risultato.

In che modo le autorità preposte all'accertamento della lesione e/o danno all'interesse pubblico possono verificare l'effetto conseguente dall'attività o dall'inazione del titolare della carica di governo? Qual'è l'interesse pubblico che dovrebbe costituire il parametro di riferimento per accertare se l'attività posta in essere è stata realmente diretta al suo perseguimento? L'autorità di controllo dovrebbe seguire lo stesso percorso logico –giuridico normalmente impiegato dal giudice amministrativo per sindacare l'atto posto in essere dalla pubblica amministrazione?

Non convince l'affermazione, che a noi pare tautologica, secondo la quale <<sembra ragionevole sostenere che dall'attività o dall'inazione del titolare della carica debba essere direttamente derivata una lesione dell'interesse pubblico consistente nella evidente riduzione dell'idoneità – o addirittura nell'idoneità – dell'azione pubblica al perseguimento degli obiettivi giuridicamente prefissati>>³⁹¹: ciò per due ragioni essenziali. In *primis*, risulta difficilmente immaginabile con quali strumenti l'Autorità garante della concorrenza e del mercato possa misurare questa lesione: essa è destinata a muoversi, <<nell'esaminare, controllare e verificare gli effetti dell'azione o dell'inazione>>, in un ambito caratterizzato dalla valenza assolutamente generale dell'attività posta in essere, riconducibile all'attività di indirizzo politico o di

³⁸⁹ Per un approfondimento in ordine al profilo della responsabilità della pubblica amministrazione e sulle questioni attinenti all'accertamento dell'illecito aquiliano e del danno si rinvia a **F. CARINGELLA**, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003, 691 ss.

³⁹⁰ La nuova disposizione è stata introdotta con l'art. 14 della legge 11 febbraio 2005, n. 15, pubblicata in Gazzetta ufficiale, Serie Generale n. 42 del 21 febbraio 2005.

³⁹¹ **G. M. SALERNO**, cit., 32; ci venga consentito, altresì, un rinvio a **B. VALENSISE**, cit., 302.

attuazione di impegni politici che nulla ha a che vedere con la presenza di obblighi giuridicamente impegnativi. In altri termini, un atto posto in essere dal Presidente del Consiglio dei Ministri, dal Consiglio dei Ministri o dai singoli Ministri, almeno tendenzialmente, non è un atto con cui viene esercitata una discrezionalità amministrativa, bensì un atto normativo o espressione della funzione di indirizzo politico -amministrativo. Rispetto alla categoria degli atti normativi, in particolar modo per ciò che riguarda gli atti legislativi, esiste una discrezionalità elevata, sebbene temperata dal criterio della ragionevolezza spesso impiegato dalla Corte Costituzionale, che lascia intravedere molte difficoltà in ordine all'attività degli organismi di controllo. L'unico parametro di riferimento che comporta l'esistenza di limiti all'azione del legislatore ordinario è la Costituzione con le sue disposizioni normative. Ma, beninteso, nessuna competenza valutativa può essere stata riconosciuta all'autorità in ordine al rispetto (o meno) del dettato costituzionale. L'autorità amministrativa indipendente, infatti, non si aggiunge alla Corte costituzionale né al Presidente della Repubblica, i soli organi, con poteri ed intensità diversi, abilitati dalla Costituzione italiana a svolgere valutazioni sulla conformità costituzionale delle leggi e gli atti aventi forza di legge.

Ma le autorità di controllo, a noi sembra, non possono neppure usare la ragionevolezza per sindacare il modo attraverso cui si intende soddisfare l'interesse pubblico; quest'ultimo, per di più, individuabile, tra l'altro, nell'esercizio della funzione di indirizzo politico di spettanza del Governo, con il concorso, cioè, degli atti tipici dell'azione di Governo. In buona sostanza una lesione dell'interesse pubblico può aversi a valle, nel momento in cui viene esercitata la discrezionalità amministrativa, poiché è in questa fase che può aversi un esercizio distorto della funzione pubblica. Di converso, tanto nella fase dell'individuazione dell'interesse pubblico, tanto nella predisposizione dell'atto normativo è assente la possibilità di comprendere come possa esserci un danno per l'interesse pubblico. Come si è detto in precedenza, le riforme amministrative dell'ultimo decennio hanno accentuato la distinzione tra l'attività di indirizzo politico – amministrativo, di spettanza dell'autorità politica e l'attività amministrativa – gestionale, attribuita alla dirigenza amministrativa: è su questo secondo versante che si annidano i maggiori rischi di deviazione dell'azione amministrativa rispetto al perseguimento dell'interesse pubblico³⁹². Se, allora, gli

³⁹² In effetti, è difficile immaginare come l'autorità preposta al controllo possa misurare la lesione dell'interesse pubblico. In questo caso entra in gioco il c.d. "fattore B" - così come viene indicato il caso attinente all'attuale Presidente del Consiglio dei Ministri da **N. ZANON**, *cit.*, 6: in altre parole la necessaria esistenza di tutti questi elementi costitutivi della fattispecie del conflitto di

atti che possono porre in essere i titolari di cariche di governo, tanto individualmente, quanto collegialmente, difficilmente potranno presentare le caratteristiche richieste per determinare l'insorgenza del conflitto di interessi, non si comprende come la disciplina in esame possa soddisfare l'esigenza di una sicura tutela dell'interesse pubblico. Non va trascurato, a ben vedere, che una disciplina in materia deve essere in grado di assicurare che i soggetti titolari di funzioni pubbliche neanche in apparenza possano esercitare i loro poteri per perseguire interessi privati: ebbene la disciplina legislativa appena entrata in vigore, predisponendo lo strumento dell'astensione non rappresenta una soluzione adeguata, se non per limitati e sporadici casi. Anche perché non è chiaro quale possa essere il regime giuridico degli atti compiuti in presenza di un conflitto di interessi. Solo per i titolari della carica di Governo è configurabile, in linea puramente astratta, la sanzione politica che potrebbe essere irrogata in seguito alla trasmissione ai due rami del Parlamento, a cura delle Autorità di garanzia, delle comunicazioni in ordine alle concretizzazioni di fattispecie di conflitto di interessi o nell'ipotesi di imprese operanti nel settore delle comunicazioni, circa la presenza di comportamenti che realizzano sostegni privilegiati in favore dei titolari di cariche di governo. Se a questa comunicazione seguisse un dibattito parlamentare serio ed attento a preservare il valore dell'imparzialità della pubblica funzione e la necessità di tutelare l'interesse pubblico generale allora, com'è stato autorevolmente sostenuto, *<<a dispetto di ogni scetticismo, forse sta soprattutto in questo possibile passaggio parlamentare l'aspetto positivo [...] è la sanzione politica in Parlamento quella che potrebbe acquistare il carattere più fastidioso e bruciante per l'uomo politico che sfrutta la carica pubblica per i suoi interessi privati>>*³⁹³. Ma le perplessità restano. Non va neppure dimenticato che la legge 215 del 2004 non ha innovato il ruolo e le attribuzioni (impoverendole, come pure per altri fini si è cercato di fare con i disegni di legge finanziaria 2004 e 2005)

interessi, unitamente al fatto che in presenza di atti normativi è estremamente difficile ipotizzare un vantaggio per il singolo titolare della carica di governo lascia intendere che la disciplina in materia di conflitto di interessi possa restare lettera morta. In effetti, anche riprendendo il caso prospettato in nota 201, si può constatare che la valutazione da parte dell'Autorità di garanzia non si sarebbe potuta concludere che in modo negativo: il "salvataggio" di una rete di proprietà di Mediaset era giustificata, tra l'altro, dall'esigenza di assicurare i livelli occupazionali esistenti, un obiettivo che trascende senz'altro l'interesse del singolo proprietario a conservare una frequenza terrestre per la trasmissione di programmi televisivi. Ciò non toglie, tuttavia, che l'intervento sanzionatorio avrebbe potuto colpire direttamente l'impresa, in applicazione dell'art. 6, comma 8, legge 215 del 2004: anche in tale ipotesi, peraltro, non si può trascurare l'estrema difficoltà ad accertare il comportamento dell'impresa diretto a trarre vantaggio da un atto adottato in conflitto di interessi, posto che se ricorrono i presupposti perché si abbia il conflitto di interessi nei termini prospettati dall'art. 3, è l'atto in se a determinare il conseguimento di un effetto favorevole.

³⁹³ N. ZANON, cit., 6.

della Corte dei conti: ciò significa che nel contesto del controllo preventivo di legittimità sugli atti adottati dai titolari di cariche di governo ben potrebbe essere ricusato il visto di legittimità posto che l'esame dell'organo di controllo deve svolgersi alla luce di un qualsivoglia parametro di legittimità, ivi incluso il riferimento al rispetto del dovere di astensione dal compimento degli atti previsto dalla legge sul conflitto di interessi. Insomma dal momento che le autorità garanti debbono verificare *“gli effetti dell'azione del titolare di cariche di governo”*, resta salva la potestà della Corte dei conti, laddove prevista, di valutare la legittimità dell'atto. Ambedue le soluzioni appaiono, peraltro, assolutamente insufficienti per affrontare il conflitto di interessi.

5. Ma il conflitto di interessi è in grado di integrare una fattispecie di illecito penale? Brevi osservazioni sulla tutela penale del bene giuridico dell'imparzialità dell'azione amministrativa.

Il titolo del paragrafo può risultare strano nel contesto di un lavoro sul conflitto di interessi ma dopo aver svolto alcune brevi valutazioni la circostanza di indagare anche sui profili di natura penale sembrerà meno singolare di quanto appaia di primo acchito. Nel corso della nostra analisi mai si è giunti ad immaginare che la soluzione al conflitto di interessi potesse collocarsi nell'area del diritto penale: ciò non perché il bene giuridico alla cui tutela una qualsivoglia disciplina dovrebbe orientarsi non debba meritare di essere salvaguardato finanche con una siffatta sanzione, ma semplicemente per il fatto che, a nostro giudizio, la vera soluzione deve avere carattere preventivo. Il conflitto di interessi va risolto anticipatamente ed una volta per tutte, cosicché i soggetti che prima dell'assunzione di una carica o di un ufficio - le cui funzioni possono oggettivamente agevolare la soddisfazione di interessi economici personali - hanno posto in essere tutte le misure necessarie ad assicurare la separazione tra l'interesse privato e l'interesse pubblico sarebbero di fatto impediti a svolgere una qualsiasi attività diretta al proprio tornaconto personale.

In ogni caso, anche alla luce dell'analisi del dato normativo si qui condotta, facendo presente che il legislatore espressamente ha fatto salvo, a carico dell'Autorità garante del mercato e della concorrenza, *“<<l'obbligo di denuncia alla competente autorità giudiziaria quando i fatti abbiano rilievo penale>>”* occorre riflettere sulla possibilità che il conflitto di interessi integri di per sé una fattispecie penalmente rilevante. Si ricorderà che il capitolo dei delitti contro la pubblica amministrazione ha subito nel corso degli anni '90 numerose modifiche orientate all'obiettivo di contemperare da un lato la garanzia di una maggiore

libertà di azione degli operatori pubblici, sgravandoli da un eccesso di ingiustificato rischio penale, dall'altro rafforzando il controllo penale in modo da rendere più severa la repressione dell'affarismo e della disonestà dei pubblici funzionari³⁹⁴. In particolare, anche alla fine degli anni '90, ha subito una modifica legislativa la fattispecie penale dell'abuso d'ufficio. Occorre preliminarmente affermare che non sussiste alcun dubbio in ordine all'applicabilità ai titolari di cariche di Governo della fattispecie *de qua*; ciò in quanto: a) la Costituzione stabilisce all'art. 95, comma 2, per ciò che riguarda i Ministri, che questi sono *<<responsabili collegialmente degli atti del Consiglio dei Ministri ed individualmente degli atti dei loro dicasteri>>*; b) l'art. 357 del codice penale stabilisce che *<<agli effetti della legge penale sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa>>*. Va ricordato, peraltro, che in seguito alla riforma introdotta con la legge costituzionale n. 1 del 1989 ed attuata con la legge n. 219 del 1989, i Ministri sono sottoposti al giudizio dei giudici ordinari anche per i "reati ministeriali" e tuttavia l'esercizio dell'azione penale è condizionato da due garanzie: *<<1) deve esser preceduto da una fase pre – istruttoria nella quale alcuni necessari elementi di valutazione sono raccolti da tre giudici di Tribunale [...] estratti a sorte [...] che abbiano un'anzianità di almeno cinque anni nella carica; 2) deve essere preceduto da un'autorizzazione a procedere della camera di appartenenza [...] che eluda il ricorrere di ragioni di tutela della Costituzione o di un preminente interesse pubblico nel fatto commesso (si tratta di una causa di giustificazione extra ordinem)>>*³⁹⁵. Per ciò che riguarda il profilo oggettivo la lettura della disposizione penalistica ricalca pressochè in maniera fedele quella della norma che delinea la fattispecie del conflitto di interessi. Innanzitutto il bene giuridico preso di mira dalle due disposizioni è identico: l'oggetto della protezione giuridica, infatti, in ambedue i casi è il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione. La condotta incriminata penalmente è quella che procura un vantaggio patrimoniale al soggetto agente o ad altri (quindi, coerente anche con la nozione di conflitto di interesse che andrebbe a nostro giudizio sempre impiegata) o che arreca un pregiudizio a terzi (in questo caso non rileva la patrimonialità o meno dello svantaggio cagionato). Il legislatore penale, tuttavia, non si è limitato a strutturare il reato di abuso secondo

³⁹⁴ Per un maggior approfondimento sul tema si rinvia, anche per le ricche citazioni bibliografiche a **G. FINDACA – E. MUSCO**, *Diritto penale, Parte Generale*, Zanichelli editore, Bologna – Roma, 2004, 156 ss.

³⁹⁵ **A. CERRI**, *Istituzioni di diritto pubblico, Casi e materiali*, seconda edizione, Giuffrè, 2002, 223 – 224.

il modello più corposo del reato di evento: <<per dare alla fattispecie contorni il più possibile definiti, il legislatore della riforma ha anche descritto le forme o modalità tipiche attraverso le quali la condotta incriminata deve produrre l'evento di vantaggio o di danno>>. Queste ultime consistono nella violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero nella omessa osservanza di un obbligo di astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto. Insomma, siccome il conflitto di interessi che rileva per la nostra ricerca trova la sua soluzione nell'astensione obbligatoria che il legislatore della 215 del 2004 ha prescritto nei confronti dei titolari di cariche di governo che si trovino a deliberare su argomenti che possono incidere in modo specifico e preferenziale sul proprio patrimonio o su quello dei prossimi congiunti, la mancata astensione (cioè la violazione di una norma di legge, così come richiesta dalla norma penale) pare poter configurare, in presenza degli altri elementi costitutivi della fattispecie penale, la figura di reato dell'abuso d'ufficio. Il vero *punctum dolens* diventa allora di comprendere quando sussista effettivamente l'obbligo di astensione o, di converso, quando possa dirsi che il soggetto ha partecipato all'atto, con tutte le conseguenze che ne derivano, anche sotto il profilo della rilevanza penale. Per centrare il problema vogliamo chiudere questo paragrafo con un interrogativo che, a nostro giudizio, dovrebbe porsi l'Autorità garante che sta valutando alcune ipotesi di possibile sussistenza del conflitto di interessi: il Presidente del Consiglio dei Ministri che si è astenuto sulla deliberazione che il Consiglio dei Ministri ha adottato su un provvedimento a lui favorevole partecipa o meno all'atto controfirmandolo? E' o meno obbligato ad astenersi anche dall'apposizione della sua firma in calce al provvedimento già firmato dal Presidente della Repubblica?

6. Il conflitto di interessi atipico o in senso ascendente. Dall'impresa al titolare della carica di Governo.

Vale la pena, invece, di osservare che nei settori della comunicazione la legge interviene per colpire anche il <<conflitto atipico o in senso ascendente>>: ciò che il legislatore intende punire è il comportamento collusivo che proviene direttamente dall'impresa³⁹⁶, quando questa fornisca un sostegno privilegiato al titolare della carica di governo.

L'articolo 6, comma 8 della legge n. 215/04, vieta alle imprese che fanno capo al titolare di cariche di governo o ai suoi congiunti, di porre in essere comportamenti diretti a trarre vantaggio da atti adottati in conflitto di interessi. L'articolo 6 del

³⁹⁶ Impresa che, ai sensi dell'art. 7, comma 1, deve <<far capo al titolare di cariche di governo, al coniuge ed ai parenti entro il secondo grado [...]>>.

regolamento adottato dall'Autorità espressamente precisa <<che tale fattispecie sussiste anche quando tale condotta sia posta in essere nell'esercizio di una facoltà prevista nell'atto medesimo, evitando così che le imprese possano eludere la legge invocando una copertura normativa al fine di giustificare il proprio comportamento. Inoltre, poiché l'articolo 6, comma 8 della legge n. 215/04, richiede la prova che chi ha agito era a conoscenza della situazione di conflitto di interessi, si è ritenuto di precisare nel regolamento che, ai fini della imputabilità della condotta, non rileva il ruolo o la qualifica formale delle persone che hanno posto in essere il comportamento. Infine, nella complessa valutazione di tale consapevolezza prevista dalla legge, il richiamo alla legge n. 689/81 consente all'Autorità di potersi avvalere dei consolidati orientamenti giurisprudenziali che si sono formati in materia di imputabilità delle condotte ai fini delle irrogazioni di sanzioni amministrative>>.

Questa previsione andrebbe apprezzata posto che guarda in maniera particolare ad un segmento economico – produttivo, quello della comunicazione, che impone di tener conto di profili peculiari attinenti al contesto di riferimento. Tuttavia, anche in questa ipotesi ci sembra che questo intervento normativo venga usato come uno specchietto per le allodole: nel senso che se si guarda alle vere questioni che afferiscono al settore della comunicazione il rimedio proposto potrebbe apparire insufficiente³⁹⁷: per chi opera in questo ambito, infatti, va valutata la capacità di condizionamento e di incidenza negativa nella formazione del convincimento elettorale, in grado di favorire tanto l'elezione in Parlamento quanto la possibilità di avere un sostegno particolare nell'esercizio dei poteri di governo. In quest'ottica gli strumenti appropriati andrebbero, probabilmente, individuati nell'ineleggibilità e <<nell'incandidabilità a gestire>>³⁹⁸.

³⁹⁷ Così recita l'art. 7, commi 3 e 4 <<3. In caso di accertamento di comportamenti posti in essere in violazione delle disposizioni di cui al comma 1, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni diffida l'impresa a desistere dal comportamento contestato e ad adottare, ove possibile, le necessarie misure correttive. In caso di inottemperanza entro il termine assegnato, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni infligge all'impresa che ha sostenuto in modo privilegiato il titolare di cariche di governo le sanzioni previste dalle disposizioni legislative richiamate al comma 1. Le sanzioni pecuniarie ivi previste sono aumentate sino a un terzo, in relazione alla gravità della violazione. 4. A seguito degli accertamenti di cui al comma 1 o della eventuale irrogazione delle sanzioni di cui al comma 3, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni riferisce al Parlamento con comunicazione motivata diretta ai Presidenti del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati, quando l'impresa che agisce nel settore delle comunicazioni ha posto in essere i comportamenti di cui al comma 1. Nella segnalazione sono indicati i contenuti e le modalità di realizzazione del sostegno privilegiato al titolare di cariche di governo nell'esercizio delle sue funzioni, le misure correttive che si è intimato di porre in essere, le conseguenze della situazione di privilegio e le eventuali sanzioni inflitte>>.

³⁹⁸ L'espressione è di **A. MANZELLA**, *La forma di governo in transizione: interventi di A. Barbera, A. Manzella, S. Bartole, F. Lanchester*, in *Quaderni costituzionali*, agosto 1995, 235, il quale svolge un'attenta riflessione sui problemi che impone all'interprete il nuovo sistema

In definitiva, il legislatore sembra aver adottato un approccio privatistico, simile a quello presente nel codice civile: <<il conflitto di interessi è un problema solo se l'interessato ne approfitta e l'interesse generale ne riceve un danno>>³⁹⁹; ma come viene fatto notare molto correttamente <<il governo di uno stato è alquanto più complesso dell'amministrazione di una società commerciale>>⁴⁰⁰, sicchè <<la prova del danno all'interesse pubblico sembra veramente diabolica>>⁴⁰¹

Resta da fare una breve, rapida osservazione sulla mancata scelta da parte del legislatore di altri strumenti normativi che ad un certo punto del dibattito politico – parlamentare sembravano costituire delle possibili soluzioni. Il riferimento concerne le forme di amministrazione fiduciaria e l'ipotesi della vendita obbligatoria, rimedi utilizzati da lungo tempo negli Stati Uniti d'America e che erano stati prospettati all'interno di alcune proposte di legge⁴⁰². Questi modelli operano preventivamente e rappresentano, quindi, una possibile efficace soluzione al conflitto di interessi. L'idea era di immaginare la vendita obbligatoria, come <<la necessaria "valvola di chiusura" del sistema, perché vi potranno essere casi in cui nessuno strumento, compreso il solitamente efficace blind trust, può rivelarsi idoneo ad impedire, entro un termine ragionevolmente breve, al titolare della carica pubblica di conoscere i propri interessi che, quindi, dovranno essere alienati>>⁴⁰³: ciò avrebbe dovuto favorire, nella considerazione che l'obbligo di alienazione dovrebbe costituire la soluzione estrema, il ricorso a forme di amministrazione fiduciaria, prendendo spunto dall'ordinamento statunitense che disciplina alcuni tipi di trusts, quali il *qualified blind trust* ed il *qualified diversified trust*. Le scelte legislative, invece, sono state di altro tipo; nel prossimo capitolo, nel formulare una proposta alternativa per la disciplina del conflitto di interessi cercheremo di fornire qualche ulteriore approfondimento.

elettorale, al punto da immaginare di distinguere le cause di ineleggibilità e di incompatibilità tra il mandato a rappresentare e quello a gestire.

³⁹⁹ B. G. MATTARELLA, cit., 1289.

⁴⁰⁰ B. G. MATTARELLA, cit., 1289, il quale rileva che l'interesse pubblico al quale fa riferimento l'articolo 2 della legge è praticamente impossibile da accertare, posto che è noto che <<gli interessi pubblici non vivono in forma isolata, configgono volentieri tra loro e spesso non hanno natura patrimoniale. Qualunque decisione che favorisca un interesse privato può essere facilmente giustificata facendo riferimento a un interesse pubblico convergente

⁴⁰¹ *Ibidem*.

⁴⁰² Il tema particolarmente interessante è affrontato *funditus* da A. PERTICI, cit., 229 – 313 e 360 ss.

⁴⁰³ ID. L'autore, nel solco di una consolidata dottrina (si v. le indicazioni contenute in B. VALENSISE, cit., 301, nota 27) parla correttamente non di espropriazione, perché la vendita sarebbe sì imposta, ma la controprestazione non sarebbe rappresentata da un mero indennizzo, bensì da un prezzo di mercato. Si può anche convenire sul fatto che chi è nella condizione giuridica di dover vendere ha una forza contrattuale minore rispetto ad ipotesi normali ma a questa obiezione si può rispondere sottolineando che possono essere individuate forme procedurali e temporali adeguate ad assicurare il vantaggio economico di una normale contrattazione di mercato.

7. Considerazioni critiche finali

Giunti, infine, alla conclusione della nostra disamina vale la pena, riassuntivamente, di riprendere e mettere in luce gli aspetti salienti della disciplina approvata dal legislatore ordinario.

Per ciò che riguarda la fonte abilitata a dettare la disciplina in materia *nulla quaestio* sull'intervento operato con la legge ordinaria, dal momento che, come autorevolmente sostenuto, la Costituzione italiana contiene già i principi ai quali dovrebbe ispirarsi l'esercizio del potere da parte di chi è titolare di una funzione pubblica. Qualche dubbio è sorto in relazione al fatto che l'intera materia risulta, altresì, conformata dalla disciplina dettata con i Regolamenti emanati dalle due autorità amministrative indipendenti chiamate a svolgere compiti di accertamento e di controllo: più precisamente abbiamo messo in luce il fatto che i regolamenti sembrano essersi collocati in uno spazio che va ben oltre le possibilità attribuite dal principio di legalità alle autorità amministrative. Si è detto, peraltro, come difficilmente questa circostanza potrà emergere in un contesto giuridico adatto a sollevare eventuali profili di incostituzionalità; il che ovviamente rende apprezzabile sotto il profilo meramente teorico la condivisione di tale assunto, ma certo conferma molte perplessità che vanno ad aggiungersi a quelle rilevabili nel merito delle disposizioni legislative.

Proseguendo nell'analisi, sotto il profilo soggettivo abbiamo posto in rilievo la mancata ricomprensione - fra i soggetti a cui destinare la disciplina sul conflitto di interessi - dei dirigenti, specie quelli apicali, delle pubbliche amministrazioni, nonché dei componenti delle autorità amministrative indipendenti. A chi scrive sembra una lacuna di non poco momento: per entrambe le categorie l'individuazione delle rispettive attribuzioni, svolta alla luce della disciplina ordinamentale di settore, mostra l'esistenza di incisivi poteri loro attribuiti in materie anche particolarmente delicate. Anche per essi, quindi, esiste l'esigenza di assicurare l'esercizio imparziale delle funzioni loro assegnate ed in questa direzione sarebbe necessario orientare un intervento di modifica della disciplina oggi vigente. Come si vedrà nella parte finale di questo lavoro l'estensione della disciplina attuale costituirà un punto importante della nostra proposta.

Proseguendo in questa rapida sintesi la nozione di conflitto di interessi ci è apparsa confusa ed incerta: l'art. 3 in primo luogo identifica l'esistenza di una patologia in presenza di una proposta o di un'omissione proveniente da un titolare di una carica di governo che si trovi in una condizione di incompatibilità, come per dire che può esserci una causa di incompatibilità ma essa può anche rilevare

sotto il profilo della sussistenza di un conflitto di interessi. Ma se è prevista un'incompatibilità per risolvere il conflitto di interessi come può quest'ultimo rimanere in piedi? La confusione che fa il legislatore non è solo formale e concettuale: essa rivela, più di ogni altra considerazione, la sua incapacità ad individuare un'efficace soluzione preventiva del conflitto di interessi. Inoltre, il vero conflitto di interessi risulta un'ipotesi il cui accertamento potrebbe confinarsi ad un caso di scuola: troppo incerta, labile e di difficile se non impossibile realizzazione appare, infatti, la fattispecie costitutiva disciplinata dal legislatore. Il conflitto di interessi appare di impossibile realizzazione e l'intero impianto normativo è destinato, così com'è, a crollare.

Ma alcuni aspetti meritano un maggior approfondimento: il legislatore sembra aver preso le mosse da una visione statica del conflitto di interessi. In questo senso assume un significato la previsione dell'incompatibilità poiché essa, appunto, si giustifica solo ed esclusivamente in un'ottica preventiva. Tuttavia, il legislatore, ben conscio di non poter assolutamente risolvere con questa previsione normativa il conflitto di interessi, lo ha dovuto assumere anche in una prospettiva dinamica. Concretamente, infatti, come si è visto, l'incompatibilità è sì in grado di risolvere diversi casi di conflitto di interessi, ma non in modo esaustivo poiché essa non ricomprende, ad esempio, i soggetti non titolari di cariche gestorie ma "semplicemente" titolari della proprietà di imprese o aziende. In buona sostanza vive in conflitto di interessi l'amministratore delegato di una società commerciale ma non il titolare del pacchetto azionario o delle quote rappresentative della proprietà della stessa. Il primo ha, quindi, l'obbligo di scegliere tra la carica privata e quella di Governo, il secondo le può tranquillamente cumulare. Balza agli occhi la stridente disuguaglianza, la profonda irrazionalità delle scelte compiute, una tutela forse eccessiva di una situazione giuridica soggettiva rispetto ad un interesse pubblico. Ma qual è la ragione profonda che le governa? Può l'istituto della proprietà essere considerato così meritevole di protezione, perché garantito dalla Costituzione, da prevalere sull'interesse pubblico ad un esercizio imparziale e disinteressato della funzione pubblica, valori anch'essi costituzionalmente protetti? Giova, al riguardo, ricordare che sulla scelta compiuta dal legislatore ha pesato l'orientamento espresso dal Prof. Caianello⁴⁰⁴, la cui posizione, in effetti, è stata sostenuta da altri nel dibattito parlamentare che ha caratterizzato l'esame del disegno di legge

⁴⁰⁴ Questo, perlomeno, è il pensiero di chi scrive, maturato anche alla luce del dibattito sviluppatosi in Parlamento.

presentato dal Governo⁴⁰⁵. L'illustre studioso, infatti, aveva chiaramente affermato che la *<<la proposta della cessione vincolata o imposta, che dir si voglia, non è conforme e non trova base nella Costituzione, a meno che la cessione dei beni non sia fondata sulla libera e spontanea decisione dell'interessato. [...] Quella che perciò viene indicata come "cessione" integra, piuttosto, una misura di tipo ablativo non compatibile con il sistema costituzionale. [...] Ma ciò che preclude alla radice questa strada è la assoluta incompatibilità della espropriazione con il modello costituzionale che risulta dagli artt. 42 e 43 Cost. [...] L'espropriazione, invero, accompagna necessariamente l'effetto privativo della proprietà all'attuazione dei fini di interesse generale che non sono astratti, ma direttamente coincidenti con l'utilità pubblica dell'opera da realizzare. [...] Al legislatore che scegliesse questo sistema non interesserebbe perciò che il bene sia funzionalizzato al perseguimento di un fine pubblico, ma che non appartenga più ad un determinato soggetto, per sgomberare il campo dal conflitto di interessi, e questo è completamente al di fuori dello schema dell'espropriazione per pubblica utilità cui fa riferimento l'art. 42 Cost.*"⁴⁰⁶.

Inoltre, per l'illustre dottrina, l'eventuale scelta della cessione imposta o, in alternativa, della espropriazione offrirebbe un rimedio eccessivo rispetto allo scopo: *<<[...] è indubbio che l'interesse individuale del proprietario abbia tendenzialmente carattere recessivo rispetto all'interesse generale alla garanzia di un equilibrato assetto istituzionale e di una corretta e trasparente informazione. Ma tale interesse individuale è comunque costituzionalmente garantito, sicchè esso può restare sacrificato solo se non esistono altri rimedi idonei a dirimere il contrasto tra le opposte esigenze in campo>>*⁴⁰⁷.

Le obiezioni alle scelte del legislatore provengono da diversi settori ed appaiono piuttosto nette. Si può, innanzitutto, ricordare che autorevoli studiosi hanno chiaramente affermato che il diritto elettorale passivo verrebbe salvaguardato proprio prevedendo, a carico di determinati soggetti proprietari di imprese, non già un'ineleggibilità, bensì un'incompatibilità, che *<<scatta, cioè, sotto forma di opzione, fra la politica e l'interesse privato, dopo l'acquisizione della*

⁴⁰⁵ Per le diverse posizioni si rinvia all'esame degli atti parlamentari, nonché ai resoconti delle diverse audizioni che si sono svolte nel corso dell'indagine conoscitiva svolta dalla 1^a Commissione della Camera dei deputati.

⁴⁰⁶ V. CAIANELLO, cit., *passim*.

⁴⁰⁷ *Ibidem*.

carica>>⁴⁰⁸. Ma è significativo che molte critiche alle soluzioni scelte dal legislatore siano state formulate anche in atti di autorità istituzionali.

In primo luogo già nella stessa relazione semestrale dell'autorità garante per il mercato e la concorrenza si può leggere che il legislatore ha accolto <<[...] una concezione per certi versi restrittiva del conflitto di interessi, considerato non quale fenomeno in sé di potenziale pericolo, ma piuttosto nelle sue concrete manifestazioni e conseguenze negative. Così come prevale un approccio privatistico, legato al verificarsi di un "evento di danno", che non sempre si adegua alla variegata realtà dell'amministrazione. Il concetto di danno all'interesse privato nel diritto societario è infatti diverso da quello ben più complesso di danno all'interesse pubblico, la cui definizione necessita di una valutazione che prescinde spesso da qualsivoglia quantificazione in termini economico-patrimoniali. Resta infatti irrisolto il problema di stabilire a chi spetti la configurazione dell'interesse pubblico la cui lesione fa scattare i poteri sanzionatori. La legge sembra delegare questa competenza all'Autorità, ma ci siamo chiesti se si tratti di area tradizionalmente riservata al potere politico. Interpretando la legge in coerenza con la propria missione, l'Autorità ha ritenuto nel proprio regolamento che il pubblico interesse sia leso in tutti i casi in cui i comportamenti dei titolari di cariche di governo siano idonei ad alterare il corretto funzionamento del mercato e comunque ogni qualvolta l'incidenza specifica e preferenziale sul patrimonio dei titolari e dei loro congiunti sia frutto di una scelta manifestamente ingiustificata in relazione ai fini istituzionali cui è preordinata l'azione di governo. Sul punto un chiarimento legislativo sarebbe peraltro opportuno. Ancora, suscettibile di miglioramento è il sistema delle dichiarazioni patrimoniali dei parenti fino al secondo grado tenuti a dichiarare il proprio stato patrimoniale, dato che i relativi adempimenti possono entrare in rotta di collisione con sentimenti di naturale rispetto per l'altrui sfera personale. Sul punto deve del resto rivelarsi che l'Autorità è sprovvista di poteri sanzionatori nei confronti dei parenti dei titolari che rifiutino di collaborare. Le norme devono essere interpretate in senso conforme alla Costituzione, e ciò comporta che neanche possa sanzionarsi il titolare per le omissioni dei parenti, potendosi a lui

⁴⁰⁸ **P. BARILE**, *Il conflitto di interessi*, in *La Repubblica*, 11 novembre 1994; più nettamente **A. PACE**, *la proprietà di emittenti televisive determina ineleggibilità parlamentare, non solo incompatibilità nelle cariche di governo*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; **G. AMATO**, *Saggi a volontà*, in *La Voce*, 25 ottobre 1994; in ogni caso ci venga consentito un rinvio a **B. VALENSISE**, *Conflitto di interessi: il Parlamento alla ricerca di una soluzione normativa*, in *Studium iuris*, 2003, 295 ss.

imporre solo la prova di aver adempiuto ad un obbligo di richiesta, un obbligo di diligenza insomma, e non di risultato. [...]>>⁴⁰⁹.

Il ruolo meno incisivo dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha portato, comunque quest'ultima ad esprimere perplessità sull'efficacia complessiva del sistema delineato dal legislatore del 2004; rileva il Presidente dell'organismo indipendente nella relazione semestrale presentata in Parlamento il 21 luglio 2004: <<[...] Il nuovo illecito (cd. sostegno privilegiato) è stato costruito dal legislatore come fattispecie "aperta", della quale si è limitato ad indicare solo alcuni elementi costitutivi (la violazione di norme preesistenti e la condotta che integri un indebito vantaggio). In assenza di una compiuta definizione del sostegno privilegiato, l'Autorità ne ha adottato una nozione ricomprendente qualsiasi forma di vantaggio, diretto o indiretto, politico, economico, d'immagine, al titolare di cariche di Governo. Si rileva una certa sfasatura tra l'ambito soggettivo di applicazione della legge (tutte le imprese che operano nel sistema integrato delle comunicazioni) e la delimitazione delle violazioni rilevanti, che riguardano praticamente solo le imprese televisive. Oltre al sostegno privilegiato, altro nodo problematico è quello dell'impianto sanzionatorio. La legge non detta al riguardo sanzioni specifiche, ma rimanda a quelle poste a presidio delle quattro leggi-parametro (con aumento fino ad un terzo). Alla generale debolezza sanzionatoria delle norme che regolano il sistema informativo si aggiunge, nel caso dei procedimenti in materia di conflitto di interessi, l'indeterminatezza di alcune prescrizioni. Si pensi, ad esempio, all'assenza di misure sanzionatorie nella legge n. 28/2000, animata, com'è noto, da una logica eminentemente ripristinatoria della parità d'accesso ai media>>⁴¹⁰. Ancora più ferma è la critica espressa in sede europea dalla Commissione Europea per la democrazia attraverso il diritto (Commissione di Venezia) nelle conclusioni sul parere sulla compatibilità delle leggi italiane "Gasparri" e "Frattini" con gli standard del Consiglio d'Europa in materia di libertà di espressione e pluralismo dei media⁴¹¹.

⁴⁰⁹ Relazione semestrale sul conflitto di interessi dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, giugno 2005, 29. Si può anche ricordare che lo stesso Presidente dell'Autorità ha affermato che <<la legge Frattini è perfettibile, in senso tecnico [...]. E' necessario definire in modo chiaro e preciso quando si realizza la lesione del pubblico interesse: affidare questo compito alla valutazione dell'Autorità in sede regolamentare, è un modo un po' piratesco di affrontare la questione [...]>>, in *La Repubblica*, 11 luglio 2005, 41.

⁴¹⁰ Il brano riportato è contenuto nella Relazione semestrale presentata in Parlamento il 21 luglio 2004, 18 -19, nella parte dedicata al conflitto di interessi.

⁴¹¹ Il parere è stato adottato dalla Commissione di Venezia nel corso della 63^a Sessione Plenaria (Venezia, 10 – 11 Giugno 2005) sulla base dei commenti di Christoph GRABENWARTER

Quest'organo ha, infatti, rilevato: <<[...]in materia di conflitto di interessi, la Commissione nota che la legge Frattini non si riferisce in termini generali alla situazione di persone titolari di una carica di governo i cui interessi personali o finanziari renderebbero loro difficile adempiere ai loro doveri avendo unicamente a cuore l'interesse generale. La legge tace inoltre sul conflitto di interessi che può sorgere in relazione a misure legislative che interessano una particolare categoria di persone a cui appartiene un membro del governo, oppure una categoria di attività commerciali in cui un membro del governo possiede dei capitali. La soluzione fornita dalla Legge Frattini alla questione del conflitto di interessi consiste in una commistione di incompatibilità a priori (in primo luogo di natura amministrativa) e di esami a posteriori di singoli atti di governo. Non contiene misure "preventive" sufficienti per risolvere un potenziale conflitto di interessi. Al contrario, l'autorità antitrust e l'autorità per le comunicazioni sono obbligate ad investigare gli abusi caso per caso, per accertare se un atto del governo costituisca un caso di violazione della legge. Ciò potrebbe implicare la necessità di indagare su un numero importante di singoli atti, il che comporterebbe per l'autorità competente un enorme carico di lavoro e ne indebolirebbe l'azione. 20. I membri del governo che si trovano in una posizione di conflitto di interessi devono informarne le Autorità competenti, ma non viene imposto loro alcun obbligo di eliminare tale conflitto di interessi. La legge Frattini non contiene nessuna delle soluzioni previste, mutatis mutandis, per i funzionari pubblici. La Commissione non è persuasa che non si possa trovare una soluzione – non foss'altro una soluzione di compromesso. La legge Frattini prevede unicamente l'esistenza di un'incompatibilità generale tra l'amministrazione di un'azienda e il fatto di ricoprire una carica di governo, ma non tra la semplice proprietà di un'azienda e l'incarico politico. Eppure, questo sembra essere in Italia l'aspetto più importante del conflitto di interessi, quello cioè che ha in realtà resa necessaria l'adozione di una legge. Quindi, la legge Frattini dovrebbe fornire una soluzione adeguata a questo problema. La legge Frattini fornisce una soluzione per quanto riguarda quegli atti od omissioni di un membro del governo che hanno "un'incidenza specifica e preferenziale sul patrimonio della persona titolare di una carica governativa, o del suo coniuge o di un parente fino al secondo grado, o di società, o su altre imprese controllate da loro, e determinano un danno per l'interesse pubblico". Tuttavia, l'esigenza che

(Membro supplente, Austria) Jan HELGESEN (Membro, Norvegia) Peter PACZOLAY (Membro supplente, Ungheria) Kaarlo TUORI (Membro, Finlandia).

tale incidenza sia “specifica” e “danneggi l’interesse pubblico” rende molto laborioso l’onere della prova, e la Commissione ritiene che tale esigenza ostacoli l’applicazione di tale disposizione nella pratica. Le sanzioni previste nella legge Frattini non sembrano completamente adeguate. In modo particolare, l’impatto di una sanzione politica può, in linea di massima, dimostrarsi efficace, ma rischia di avere scarso impatto in una situazione di predominanza in seno al Parlamento del partito politico del membro di governo oggetto dell’investigazione. La Commissione ritiene che il fatto di dedicarsi alla politica sia una libera scelta di ciascun individuo. Comporta certe prerogative e certi doveri. Una carica governativa determina un certo numero di incompatibilità e di limiti. Purché siano ragionevoli, chiari, prevedibili e non compromettano la possibilità stessa di accesso ad una carica pubblica, ogni individuo è libero di decidere se accettarli o meno. La semplice possibilità di subire una perdita finanziaria non dovrebbe, di per sé, essere una ragione per escludere un’attività dall’elenco delle cariche incompatibili con una funzione di governo. 25. La Commissione è del parere che la legge Frattini abbia poche probabilità di esercitare un impatto significativo sull’attuale situazione italiana. Incoraggia quindi le autorità italiane a continuare a studiare la questione, al fine di trovare una soluzione appropriata>>.

E’ interessante notare che la Commissione ha giudicato lacunosa la disciplina normativa recata dalla legge 215 del 2004 oltre che per i numerosi aspetti legati alla difficoltà che si possa realizzare la fattispecie costitutiva del conflitto di interessi anche in ragione del fatto che manca l’estensione di essa ai proprietari, nonché per lo scarso significato che può avere la sanzione della comunicazione ai Presidenti dei due rami del Parlamento .

Chi scrive è convinto della bontà delle critiche espresse a così alti livelli istituzionali. Non convince la posizione di chi ritiene che la proprietà privata debba essere assolutamente garantita al punto da non poter subire alcuna menomazione o compressione in ragione della superiore esigenza di tutela di interessi generali e pubblici.

E’ sufficiente per provare a riflettere sulla erroneità di una tale impostazione concettuale riprendere il tenore degli argomenti usati a sostegno della piena validità ed efficacia della disciplina di cui si parla da una studiosa per conto dell’Italia in merito alla *draft opinion* della Commissione di Venezia⁴¹²: l’autrice sostiene, in primo luogo che il primo rilievo del *report* della Commissione sia

⁴¹² Ci riferiamo, evidentemente alle opinioni elaborate dalla Dott.ssa Sabrina Bono (Presidenza del Consiglio dei Ministri) in merito alla draft opinion (n. 309/2004) della Commissione di Venezia relativamente alla legge 215/04 in materia di conflitti di interessi, in www.coe.it, 13 giugno 2005.

infondato. La definizione di conflitto di interessi adottata con la legge 215 del 2004 sarebbe pienamente conforme alla definizione generale di “conflitto di interessi” di cui all’articolo 13 della Raccomandazione (2000)¹⁰ del Comitato dei Ministri del Consiglio (recante il “Codice di condotta dei pubblici ufficiali”). Secondo tale definizione *“il conflitto di interessi nasce da una situazione nella quale il pubblico ufficiale ha un interesse privato che possa influenzare o che sembri possa influenzare l’imparzialità e l’oggettività della propria condotta”*. In particolare afferma che nella nozione di conflitto di interessi adottata dalla legge si riscontrano tutti gli elementi di questa definizione: intanto a chi scrive non sembra che il legislatore nazionale abbia voluto effettivamente impedire che anche solo in apparenza si possa sospettare che una posizione giuridica patrimoniale precedente all’assunzione della carica di governo sia in grado di influenzare l’esercizio in modo imparziale della pubblica funzione. Per far questo, com’è evidente, si sarebbe dovuti intervenire anche in presenza di situazioni di mera proprietà aziendale (**inserire PERTICI**).

Come può, infatti, ritenersi superato il rischio che il proprietario di un’azienda particolarmente nota a livello nazionale eserciti le proprie funzioni per garantire una posizione di assoluto rilievo alla propria realtà produttiva, senza attuare una separazione, eventualmente temporanea, della proprietà rispetto al soggetto che ne è titolare? In ogni caso l’obiettivo reale di una disciplina in materia è proprio quello di impedire che possa anche solo sospettarsi un’ipotesi di questo tipo. O si vuol forse dire che un amministratore delegato di un’azienda – dipendente della stessa – possa avere un interesse superiore al suo proprietario in ordine alla crescita del valore della realtà produttiva e, quindi, dei titoli che ne attestano la proprietà?

La seconda, più netta obiezione investe il secondo rilievo contenuto nel *report*, cioè la mancata inclusione nella legge 215 del 2004 della “mera proprietà” di un’impresa né tra le ipotesi di incompatibilità né tra le ipotesi di conflitto di interessi. Ritiene l’autrice che *“<tale affermazione è in parte inesatta in quanto la legge nel suo impianto prende in considerazione “la proprietà” di un’impresa sotto vari profili. [...] Pertanto, sulla base delle considerazioni appena illustrate, la critica formulata nello schema di draft opinion relativamente alla mancata previsione della “proprietà” tra le ipotesi di conflitto di interessi appare infondata, in quanto anzi la proprietà costituisce un elemento autonomamente rilevante della nozione di conflitto di interessi ed è oggetto di provvedimenti*

sanzionatori che la colpiscono direttamente>>⁴¹³. Questa affermazione è fuori fuoco: è ben vero che il patrimonio del titolare della carica di governo è considerato nella fattispecie del conflitto di interessi ma ciò non toglie che esso è assunto come parametro solo per misurare il vantaggio conseguito “in modo specifico e preferenziale”; la massa dei rapporti giuridici attivi e passivi, di converso, non viene considerata per accertare, preventivamente, se “possa influenzare o che sembri possa influenzare l'imparzialità e l'oggettività della propria condotta”. Anche il riferimento al concetto di mera proprietà non appare così puntuale: nelle riflessioni si legge che <<è ben vero che manca la previsione della “mera proprietà” di un'impresa tra le ipotesi di incompatibilità di cui all'articolo 2 (relativo alla individuazione delle incompatibilità con l'assunzione di cariche di governo); ma, come già si è avuto modo di segnalare, essa non poteva essere individuata, perché tale previsione sarebbe stata in contrasto con gli articoli 42 e 51 della Costituzione italiana che tutelano come diritti fondamentali della persona il diritto di proprietà e il libero accesso alle cariche elettive>>⁴¹⁴.

⁴¹³ Ripercorrendo il contenuto sostanziale della disposizione viene fatto rilevare che sussiste <<“conflitto di interessi” ai sensi dell'articolo 3 della legge anche quando “l'atto o l'omissione ha un'incidenza specifica e preferenziale sul patrimonio del titolare, del coniuge o dei parenti entro il secondo grado, ovvero delle imprese o società da essi controllate”. Tale situazione è dunque del tutto indipendente dalle situazioni di incompatibilità di cui all'articolo 2, posto che le conseguenze dell'atto compiuto rilevano, ai fini della constatazione di un conflitto di interessi, nella loro oggettività e dal punto di vista del vantaggio patrimoniale (per il titolare della carica di governo o per il suo congiunto) che ne deriva; inoltre, l'articolo 5 impone al titolare della carica di governo, al coniuge e persino ai parenti entro il secondo grado di dichiarare le proprie attività patrimoniali e partecipazioni azionarie, comprese quelle detenute fino a tre mesi prima dell'assunzione della carica (la cd. “disclosure”); ai sensi dell'articolo 6, comma 3, l'Autorità garante della concorrenza (competente per le ipotesi di conflitto per ogni tipo di attività imprenditoriali) conduce un monitoring dell'attività imprenditoriale del titolare di cariche di governo (dichiarata ai sensi dell'articolo 5) e, qualora riscontri il compimento di un atto che, ai sensi dell'articolo 3, può costituire manifestazione concreta del conflitto (cioè un atto avente un'incidenza specifica e preferenziale sul patrimonio del titolare e dei congiunti), compie le necessarie verifiche, all'esito delle quali infligge una sanzione pecuniaria alla impresa medesima e propone denuncia al Parlamento per il titolare della carica di governo (censura politica)>>.

⁴¹⁴ Il ragionamento prosegue sviluppando argomentazioni già espresse anche nel parere del prof. Caianello: <<la previsione della “mera proprietà” tra le situazioni di incompatibilità comporterebbe come conseguenza la necessaria preventiva “vendita forzata” della impresa o della partecipazione azionaria, effetto questo che determinerebbe una situazione di diritto definitiva ed irreversibile, non recuperabile alla scadenza della carica di Governo: anche in questo caso con palese violazione degli articoli della Costituzione già citati. Ciò, tra l'altro, a differenza delle altre previsioni di incompatibilità (come l'esercizio di attività professionali), che prevedono situazioni di diritto poste in uno stato di quiescenza e che torneranno a “rivivere” giuridicamente alla scadenza del “munus publicum”. Proprio tale raffronto evidenzia che una rigida ed apodittica differenziazione di trattamento tra le ipotesi di incompatibilità legate alla proprietà di un'azienda e le altre potrebbe, se ingiustificata, portare alla violazione dell'articolo 3 della Costituzione italiana oltre che degli altri precetti sopra citati>>.

Innanzitutto deve essere contestato lo stesso concetto di “mera proprietà”: il proprietario è colui che, in base alle disposizioni di legge, può scegliere i soggetti che gestiranno la propria impresa ed è evidente che questi ultimi in tanto conserveranno la titolarità delle cariche ricoperte in quanto conserveranno la fiducia della proprietà. Allora che vuol dire essere meri proprietari: esattamente governare l’impresa affidandosi a collaboratori di fiducia. Né può essere dirimente l’affermazione in base alla quale <<*il proprietario che si priva forzatamente dei beni ne perde definitivamente la disponibilità; viceversa altre situazioni di temporanea incompatibilità (legate a professioni, rapporto d’impiego, ecc.), comportano la cessazione solo temporanea del motivo di conflitto, poi recuperabile*>>⁴¹⁵. L’argomento usato prova troppo: in primo luogo il proprietario che vende sostituisce un bene presente nel suo patrimonio con un altro; se prima erano presenti titoli azionari, dopo sarà presente il denaro, corrispettivo della vendita. Ma l’aspetto senz’altro prevalente non può che essere legato alla circostanza che in una vicenda come quella che si commenta vengono in contrasto due interessi: quello privato alla conservazione del diritto di proprietà e quello pubblico attinente alla garanzia di un esercizio imparziale e disinteressato della pubblica funzione. In questo bilanciamento di valori è presente la soluzione al problema: la proprietà può subire una compressione qualora l’interesse da salvaguardare sia prevalente. Il riferimento al fatto che vi sarebbe una scelta differente ed ingiustificata nel caso di specie rispetto all’ipotesi dell’attività libero – professionale non è assolutamente conferente. Nell’ipotesi di esercizio della libera professione non può non notarsi che il contrasto tra gli opposti interessi

⁴¹⁵ In conclusione vi sarebbe il pieno rispetto delle norme costituzionali: <<*innanzitutto, come si è detto, dell’articolo 3 della Costituzione, in quanto il “mero proprietario” costretto a vendere dovrebbe ricostituire ex novo la proprietà una volta cessata la funzione di governo, contrariamente a quanto accade per quasi tutte le altre situazioni di incompatibilità. Inoltre, vengono salvaguardati i diritti costituzionali relativi alla libertà di iniziativa economica privata - che come tale non può essere considerata una sorta di marchio infamante, condizione da rimuovere per accedere ad una funzione pubblica - ed alla tutela della proprietà privata - che può essere espropriata solo per motivi di interesse generale. La cessione imposta per legge rappresenta una soluzione che contrasta con i principi costituzionali: non si tratta di una vendita effettuata in condizioni di libero mercato, bensì di una cessione che pone l’alienante in una posizione di assoluta debolezza rispetto all’acquirente, alterando così la parità di condizioni garantita dalla Costituzione e dal libero mercato.[...].Il danno gravissimo procurato al proprietario costituirebbe un elemento distorsivo del mercato per il quasi totale annientamento del potere negoziale del venditore, costretto ad accettare un risultato economico inferiore al valore effettivo delle sostanze. Tutto ciò, per giunta, sanzionerebbe non già il conflitto, non l’atto in cui il conflitto si esprime, ma il sospetto o l’eventualità di conflitto. Ecco le ragioni per le quali, la legge 215 si è orientata verso l’unica ipotesi corretta sotto il profilo della normazione, in ossequio ai principi stabiliti dalla Costituzione italiana: una regolazione e non una sottrazione dell’uso>>.*

trova un'equilibrata ed efficace soluzione nell'aver previsto una causa di incompatibilità.

Conclusivamente la disciplina sul conflitto di interessi impone un giudizio complessivo negativo: è necessario individuare una proposta che migliori e adegui l'ordito legislativo, anche per non incappare in giudizi frettolosamente positivi o, ancor più, in dichiarate affermazioni di aver correttamente osservato le prescrizioni imposte dalla normativa vigente⁴¹⁶.

⁴¹⁶ Al riguardo è sufficiente ricordare lo scambio di opinioni tra il direttore de "La Repubblica" Ezio Mauro e l'attuale Presidente del Consiglio dei Ministri, On. Silvio Berlusconi. In un suo editoriale del 3 agosto 2005, in *La Repubblica*, 1 Mauro evidenziava la mancata risoluzione del conflitto di interessi da parte del Presidente del Consiglio. Quest'ultimo rispondeva alle accuse, in *La Repubblica*, 7 agosto 2005, 1 e 17, affermando che <<si tratta di una legge severa, che affida il controllo ad autorità indipendenti e che è stata approvata definitivamente, dai due rami del Parlamento, soltanto grazie alla determinazione dell'attuale maggioranza. Rispetto a questa legge non c'è stato atto governativo che sia stato ritenuto illegittimo e dunque volto a favorire i miei interessi, economici o di qualunque altro genere. In assenza di atti ufficiali, fossero pure di semplice natura istruttoria nessuno è titolato a sostenere la tesi che il governo sia condizionato dal conflitto di interessi Farlo equivale a emettere condanna nei confronti di qualcuno prima ancora che si istruisca un processo. Un atteggiamento totalmente illiberale, questo sì, discorsivo dello Stato di diritto [...]>>.