



Una prima illustrazione dei contenuti della legge 20 luglio 2004, n. 215 - Norme in materia di risoluzione dei conflitti di interessi (artt. 1-4)

di Giuseppe Busia

ASTRID - Articolo di prossima pubblicazione su Guida al Diritto de Il Sole 24 Ore

Se anche qualcuno vorrà proporglielo, gli autisti, le segretarie e tutti gli altri dipendenti della Fininvest non potranno ricoprire la carica di ministro o di presidente del Consiglio. Il Proprietario di tale Gruppo, invece, non sarà incompatibile con tali responsabilità, almeno finché si terrà lontano dagli incarichi formali in azienda o dalla sua gestione diretta.

Inutile girarci intorno: è questo il vero fulcro della legge sul conflitto di interessi e il nodo intorno a cui si è sviluppato l'acceso lungo dibattito che ne ha accompagnato l'iter parlamentare di approvazione. Ed è questa la principale debolezza di una normativa che vorrebbe risolvere il problema del conflitto di interessi e che invece ne salva il caso più macroscopico.

D'altra parte, sarebbe stato del tutto irrealistico anche solo immaginare che una qualunque legge avrebbe potuto portare alla decadenza di un Presidente del Consiglio nominato in seguito ad un'elezione nella quale i candidati a lui legati avevano ottenuto un'amplissima maggioranza e tutti gli elettori si erano pronunciati segnando la croce su un simbolo che recava in bella evidenza il suo nome. Forse, però, poteva essere meno irrealistico sperare in una *vera* rinuncia al controllo su un Gruppo tanto strategicamente rilevante da parte di chi ha legittimamente deciso da ormai un decennio –ottenendone anche grandi successi- di dedicarsi alla politica nonché da parte dei suoi familiari.

Richiamato da subito ed esplicitamente il contesto –peraltro ben noto a tutti- in cui nasce questa legge e dichiarata senza giri di parola la posizione critica di chi scrive, diventa forse più facile soffermarsi con un'analisi pacata sui contenuti specifici della normativa, ed in particolare sui suoi primi quattro articoli, nei quali sono racchiuse le norme “di sostanza” dell'intera legge.

Una problematica che viene da lontano

Prima di entrare nei singoli contenuti, però, alcune brevi notazioni di carattere generale. Se è innegabile che questa legge, come pure il dibattito sviluppatosi in materia nel nostro Paese, sono legati a doppio filo con la “discesa in campo” di Silvio Berlusconi, il problema del conflitto di interessi supera sicuramente la sua figura. Ciò, sia perché le ipotesi di conflitto di interessi sono estremamente diffusi al di fuori della sfera di governo e dell'amministrazione della cosa pubblica: si pensi al caso dell'avvocato che assiste clienti con posizioni contrastanti o al possibile conflitto fra l'interesse dell'amministratore e quello della società amministrata (ipotesi, questa, presa in considerazione anche dall'art. 2391 del codice civile).

Sia perché, anche fermandosi all'ambito governativo -che costituisce l'oggetto esclusivo della legge e sul quale è quindi necessario concentrare l'attenzione- il manifestarsi di tali problematiche

nel nostro sistema è legato alle modificazioni istituzionali e politiche prodottesi almeno a partire dagli anni Ottanta, le quali hanno messo in crisi molti istituti e prassi tradizionali e –per ciò che maggiormente interessa- hanno visto accedere alle più alte responsabilità politiche diverse persone il cui percorso di carriera non si era svolto all'interno dei partiti o comunque delle istituzioni rappresentative, ma in altre attività, specie di carattere imprenditoriale o professionale, esercitate fino al giorno prima dell'assunzione della carica pubblica.

Alcuni principi generalissimi

Le disposizioni in commento si aprono con un'affermazione di principio sul fatto che i titolari di cariche di governo, nell'esercizio delle loro funzioni, devono dedicarsi esclusivamente alla cura degli interessi pubblici ed invece astenersi dal porre in essere atti e dal partecipare a deliberazioni collegiali in situazione di conflitto d'interessi (art. 1, comma 1).

Tale richiamo ad un obbligo di dedizione esclusiva agli interessi pubblici può essere letto come un'esplicitazione del principio costituzionale in base al quale “i cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore” (art. 54, co 2, Cost.). Proprio la possibilità di avvicinare questa disposizione al principio costituzionale ne evidenzia però tutta l'astrattezza (e quindi l'insufficienza a realizzare una vera garanzia), e porta ad attribuire a tale affermazione il significato di un generico rinvio agli articoli successivi della legge in commento.

A chi si applicano le nuove regole

Più significativamente, allo stesso art. 1, la legge si preoccupa poi di definire il proprio ambito di applicazione attraverso la nozione di “titolare di cariche di governo”, al quale si rivolgono le regole sulle incompatibilità nonché altre disposizioni sul conflitto di interessi. Oltre ai membri del Consiglio dei ministri (presidente del Consiglio e ministri) e ai sottosegretari, fanno parte di questo insieme anche i viceministri ed i commissari straordinari di Governo (art. 1, comma 2 della legge in commento).

Questi ultimi, come forse si ricorderà, sono le persone incaricate della realizzazione di obiettivi specifici, determinati in relazione a programmi o indirizzi deliberati dal Parlamento o dal Consiglio dei ministri, e vengono nominati con decreto del presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio, previa deliberazione del Consiglio dei ministri (art. 11 della l. 400/1988). I viceministri, invece, sono una figura di più recente istituzione (cfr. la legge 81/2001, che ha novellato l'art. 10 della l. 400/1988): in base alla nuova normativa, a non più di dieci sottosegretari può essere attribuito il titolo di vice ministro, se ad essi sono conferite (dal ministro competente, su proposta del Presidente del Consiglio e con successiva approvazione del Consiglio dei ministri) le deleghe relative ad aree o progetti di competenza di una o più strutture dipartimentali ovvero di più direzioni generali.

Ciascuna regione detterà le relative regole a casa propria

La prima notazione riguardo all'elencazione dei più diretti destinatari della normativa in commento attiene all'assenza, fra le cariche di governo, di quelle regionali. La legge, all'art. 1, comma 3, si premura però di precisare che le regioni e le province autonome dovranno adottare disposizioni idonee ad evitare situazioni di conflitto di interesse secondo il “principio” di cui a precedente comma 1.

La scelta di rinviare alla disciplina regionale trova fondamento in alcune riforme apportate negli ultimi anni al Titolo V della Costituzione. In base ad esso, infatti, i casi di ineleggibilità e di incompatibilità del Presidente e degli altri componenti della Giunta regionale sono disciplinati con legge della regione “nei limiti dei principi fondamentali stabiliti con legge della Repubblica” (art. 122 Cost., come modificato dalla l. cost. n. 1/1999 cui è stata data attuazione con la legge n. 165 del 2004, promulgata nello scorso mese di luglio).

In questo quadro, il rinvio al richiamato “principio” di cui all’art. 1, comma 1 della legge in commento va inteso come individuazione di un principio fondamentale ai sensi della disposizione costituzionale appena richiamata e costituisce la base per l’estensione delle disposizioni in esame anche a livello regionale. Tuttavia, la genericità di tale principio, da un lato, sembra costituire un vincolo piuttosto blando per la legislazione regionale. E, dall’altro, rende difficile un’applicazione diretta della normativa in commento 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’art. 1, comma 3 avesse rinviato alla legge nel suo complesso invece che al solo comma 1 del medesimo articolo).

Molti i soggetti fuori dall’ambito di applicazione della legge

Pur con questa estensione, si deve però notare che la legge sceglie di incidere su un insieme di soggetti molto limitato, per quanto probabilmente il più rilevante e significativo: sostanzialmente i vertici “politici” dell’amministrazione statale, oltre ai commissari straordinari. Restano invece fuori dal suo ambito di applicazione un gran numero di figure, pure dotate di rilevanti funzioni e poteri, e quindi passibili di trovarsi in situazioni di conflitto di interesse. Figure, sia legate al o inserite nel Esecutivo: si pensi ai più alti gradi della dirigenza pubblica, soprattutto in considerazione del fatto che le riforme degli ultimi anni ne consentono un ampio reclutamento fra persone estranee alla pubblica amministrazione. Sia esterne ed indipendenti da esso: basti ricordare le autorità indipendenti. Sia collocate ad un diverso livello istituzionale: qui il riferimento è agli enti locali, con riguardo ai quali lo Stato -a differenza di quanto si è visto per le Regioni- poteva vantare una potestà regolatoria (art. 117, comma secondo, lett. p), Cost.). Per tutti questi soggetti valgono pertanto le regole di settore, ove presenti.

Due possibili vie per regolare i conflitti

Chiariti in tal modo i limiti di applicazione della legge, è possibile analizzarne con più attenzione quello che ne costituisce il cuore pulsante: la disciplina delle incompatibilità e l’individuazione dei casi nei quali si realizza il conflitto di interessi.

In linea generale, il legislatore aveva davanti a sé due possibili vie per disciplinare la materia: quella di individuare *ex ante*, e quindi in linea astratta, i casi di conflitto di interessi, vietandone il verificarsi. E quella di valutare *ex post* i singoli atti effettivamente posti in essere dai titolari di cariche di governo, per verificare se *concretamente* avessero leso un interesse pubblico e/o favorito illegittimamente un interesse privato.

La prima via è quella perseguita attraverso un sistema di incompatibilità, in base alle quali è *a priori* vietato ricoprire contemporaneamente posizioni o cariche in potenziale conflitto; la seconda è invece quella del controllo successivo sugli atti. La prima incide in modo particolarmente penetrante sulla sfera di libertà dei soggetti, limitandola anche notevolmente (si pensi alla libertà di impresa ed al suo fondamento costituzionale), ma ha il vantaggio di eliminare *ab origine* il rischio del crearsi di conflitti. La seconda è invece molto più rispettosa delle libertà individuali in quanto (teoricamente) vieta e sanziona solamente gli atti concretamente lesivi, e tuttavia la sua attuazione pratica appare particolarmente ardua, essendo estremamente difficile valutare l’effettiva lesione dell’interesse pubblico o il trattamento preferenziale realizzato a favore del titolare della carica di governo.

Scompare l’ipotesi del Blind trust

Ad un primo esame, la nuova legge mostra di voler percorrere entrambe le strade: la prima essenzialmente attraverso l’art. 2, dedicato appunto alle incompatibilità. Mentre la seconda in particolare mediante l’art. 3, dove sono individuati i casi nei quali può realizzarsi un conflitto di interessi, nonché con le disposizioni successive, che regolano più dettagliatamente le procedure di

controllo. Tuttavia -come si è accennato e come si vedrà meglio fra breve- le lacune riscontrabili fra i casi di incompatibilità privano di molta della sua efficacia la relativa disciplina ed affidano così gran parte della tutela al controllo *ex post*. Quest'ultimo, però, si presenta molto più debole, oltre che per le ragioni indicate, per l'estrema vaghezza dei parametri che dovrebbero essere utilizzati dalle Autorità indipendenti chiamate ad esercitare i relativi controlli.

Viene invece abbandonata definitivamente l'idea di servirsi del cosiddetto *blind trust*, che pure, nel lunghissimo iter di elaborazione di questa legge, iniziato sostanzialmente nel 1994, era stata caldeggiata anche da parte dell'attuale maggioranza di governo. Tale soluzione, di ispirazione statunitense, mirava alla creazione di una sorta di gestione fiduciaria "cieca", obbligando il titolare di cariche di governo ad affidare le proprie imprese ad un gestore o ad un gruppo di gestori senza possibilità di influire sulle loro scelte gestionali e di esserne puntualmente informato. Ciò, al fine di impedirgli di conoscere i benefici che potrebbero derivare alle imprese medesime a causa dei propri atti di governo. In realtà, tale sistema, che forse può rivelarsi efficace per imprese di piccole dimensioni, finisce per non funzionare per i grandi gruppi, nonché per quelli più direttamente legati alla regolazione pubblica. In questi casi, infatti, da un lato, le vicende aziendali possono essere seguite facilmente nonostante la barriera della gestione "cieca"; e, dall'altro, il titolare di cariche di governo può influire in modo rilevante sulla vita della propria impresa anche con provvedimenti rivolti non direttamente ad essa ma al settore nel quale essa opera.

Quando scattano le incompatibilità

Con riferimento alle incompatibilità, il legislatore ha elencato una serie di attività il cui svolgimento comporta comunque un conflitto di interessi, e che sono pertanto vietate durante l'espletamento dell'incarico di governo (ed in alcuni casi anche successivamente alla cessazione dello stesso: art. 2, comma 4). In primo luogo, "nello svolgimento del proprio incarico" governativo (inciso tutt'altro che trascurabile e valido per tutti i casi di incompatibilità), il relativo titolare non può: a) ricoprire uffici pubblici diversi dal mandato parlamentare e dagli incarichi di governo sopra indicati e che non siano inerenti alle funzioni svolte dal soggetto in quanto titolare di cariche di governo medesime. L'incompatibilità non scatta inoltre per le "cariche in enti culturali, assistenziali, di culto e in enti-fiera, nonché [di] quelle conferite nelle Università degli studi o negli Istituti di istruzione superiore a seguito di designazione elettiva dei Corpi accademici", le quali risultano compatibili con il mandato parlamentare ai sensi dell'art. 1, secondo comma, della l. 60/1953. L'incompatibilità riguarda invece le cariche, gli uffici o le funzioni "comunque denominate" in enti di diritto pubblico, anche economici (lett. b).

L'ipotesi più rilevante e su cui si misura l'efficacia dell'intera legge è però quella relativa al divieto, per chi ricopre incarichi di governo, di assumere cariche, uffici o funzioni "comunque denominate", ovvero compiti di gestione *in società aventi fini di lucro o in attività di rilievo imprenditoriale*.

Il nodo della gestione delle imprese private e della "mera proprietà"

Al riguardo, occorre innanzi tutto notare che il legislatore riunisce in un unico insieme tutte le società aventi fini di lucro, non distinguendo le diverse attività imprenditoriali possibili, e mettendo quindi sullo stesso piano le imprese di piccolissime dimensioni con i grandi gruppi di rilevanza nazionale e internazionale (il solo elemento distintivo sta nella previsione espressa che l'imprenditore individuale nomini uno o più institori ai sensi degli articoli da 2203 a 2207 del codice civile). Analogamente, manca ogni differenziazione nei regimi applicabili a seconda del settore nel quale opera l'impresa: non si tiene infatti conto (se non per quanto attiene all'attribuzione di alcuni compiti all'Autorità indipendente di settore) della particolare delicatezza -proprio con riferimento all'attività politica ed alla formazione del consenso- di imprese quali quelle

legate alla gestione dei mezzi di comunicazione rispetto ad altre, quali quelle alimentari. Né si considera come fonte di differenziazione un elemento fondamentale quale il fatto che le imprese medesime siano o non siano titolari di concessioni o autorizzazioni statali. Tutto ciò, facendo sorgere evidenti interrogativi sull'effettivo rispetto del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione

Inoltre, come accennato all'inizio, il testo legislativo individua un'ipotesi di incompatibilità solo nel caso di assunzione -da parte del titolare di incarichi di governo- di cariche formali ovvero compiti di gestione diretta nell'impresa. Resta invece salva la posizione di chi sia proprietario delle azioni o quote della società, ma non sia impegnato formalmente o direttamente nella sua gestione.

A questo proposito, occorre ricordare che una vecchia formulazione del progetto di legge prevedeva che non costituisse motivo di incompatibilità la "mera proprietà" di un'impresa individuale ovvero di quote o azioni societarie. Tale riferimento, che aveva scatenato accese polemiche, è caduto durante l'*iter* di approvazione. Tuttavia -per quanto si è detto- la sostanza dello stesso è rimasta nella legge, non essendo stata riconosciuta alcuna incompatibilità per chi "si limiti" ad essere proprietario di azioni o quote sociali. Ed anche qui, la legge rinuncia ad ogni distinzione a seconda della percentuale di azioni posseduta o, sulla base della percentuale medesima, sull'esistenza di una posizione di controllo sull'impresa.

Non solo: il venir meno del riferimento alla *mera proprietà*, lungi dal rappresentare un modo per ampliare l'ambito delle incompatibilità, potrebbe rivelarsi un passo indietro, nella direzione di una (certamente non giustificata) parificazione in senso favorevole fra il "mero proprietario" (colui che percepisce frutti ma non partecipa in alcun modo alle scelte dell'azienda) ed il proprietario che invece esercita tutti i diritti connessi alla proprietà (partecipazione alle assemblee, elezione degli organi sociali, approvazione dei bilanci, ecc.).

Incompatibili i professionisti, solo se operano in materie connesse

L'incompatibilità scatta inoltre, non solo per l'esercizio di qualsiasi tipo di impiego o lavoro, pubblico o privato (nel caso di lavoro dipendente, l'interessato viene collocato in aspettativa per la durata del mandato), ma anche per l'esercizio di attività professionali o di lavoro autonomo. Ciò, però, solo se questo avviene in materie connesse con la carica di governo. Pertanto -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, purché trattando cause non connesse con le proprie funzioni di governo. Al di là di 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), la disposizione è sicuramente condivisibile nella sua logica interna. L'esistenza di tale tipo di incompatibilità costituisce causa di impedimento temporaneo all'esercizio della professione e come tale è soggetta alla disciplina dettata dall'ordinamento professionale di appartenenza.

Con riferimento al momento da cui decorre l'incompatibilità, si deve segnalare che l'art. 2, comma 3 sembrerebbe far pensare ad una cessazione *automatica* -certamente preferibile dal punto di vista delle garanzie- dalla carica incompatibile all'atto del giuramento o comunque dell'effettiva assunzione dell'incarico governativo. Tuttavia, il successivo art. 6, comma 1, pare invece richiedere un atto positivo dell'Autorità indipendente per addivenire alla rimozione o alla decadenza dalla carica ad opera dell'Amministrazione competente o di quella vigilante sull'ente o sull'impresa.

Da ultimo, occorre ricordare che le incompatibilità sopra descritte troveranno applicazione solo decorsi trenta giorni dall'adozione, da parte delle Autorità Antitrust e delle Comunicazioni, delle delibere riguardanti le procedure, i criteri di accertamento e le modifiche organizzative interne necessarie all'applicazione della legge. Delibere, queste, per le quali le due autorità hanno a

disposizione tre mesi dall'entrata in vigore della legge in commento (cfr. art. 10, comma 1). Anche sotto il profilo dei tempi, dunque, pur dopo un iter tanto lungo, la legge ha voluto essere generosa con i titolari di cariche di governo...

Quando si può parlare di conflitto

Finora ci si è soffermati sulle situazioni di conflitto potenziale, risolte attraverso le incompatibilità sopra descritte ovvero -per i casi in cui la decadenza dalla carica incompatibile non sia ancora scattata o non sia prevista (anche a questo riguardo sarebbe stato certamente auspicabile un miglior coordinamento fra le diverse disposizioni degli articoli 2 e 3)- mediante l'*astensione* del soggetto che si trova in una situazione di conflitto di interessi.

Come accennato, però, oltre a queste ipotesi, la legge individua anche i casi in cui può concretamente verificarsi una situazione di conflitto di interessi, delineando insieme i confini di questa nozione. Dal punto di vista del tipo di atti potenzialmente idonei a realizzare una situazione di conflitto, il legislatore sembra aver voluto opportunamente estenderne l'ambito. Dall'art. 3, comma 1 della legge si desume infatti che il conflitto può realizzarsi nell'adozione di atti sia individuali che collegiali (e ciò trova conferma espressa nell'art. 1, comma 1). Inoltre, è sufficiente la partecipazione al procedimento che conduce all'adozione dell'atto, anche attraverso una semplice attività di proposta. Infine, può concretare una situazione di conflitto non solo un atto positivo, ma anche l'omissione di un atto dovuto.

Troppi pre-requisiti limitano l'efficacia delle disposizioni

Questa ampiezza di presupposti -che sembrerebbe allargare l'ambito di applicazione delle disposizioni in commento- viene però fortemente ridimensionata non appena si ponga attenzione alle ulteriori condizioni necessarie perché possa riconoscersi un conflitto. Innanzi tutto, è necessario che l'atto o l'omissione abbiano un'incidenza "specificata" sul patrimonio del titolare, del coniuge o dei parenti entro il secondo grado, ovvero delle imprese o società da essi controllate. Ciò significa che restano esclusi da tali ipotesi i casi in cui gli atti posti in essere dai titolari di cariche di governo o le relative omissioni abbiano incidenza non solo sui patrimoni ora indicati, ma anche su quello di altri.

In secondo luogo, tale incidenza deve essere "preferenziale", deve cioè avere effetti più favorevoli sui patrimoni legati al titolare di cariche di governo rispetto a quanto accade per il patrimonio di terzi. Restano quindi esclusi i casi in cui tale incidenza favorevole è uguale o peggiore rispetto a quella prodotta nei confronti di terzi estranei.

In terzo luogo, tale incidenza deve avere effetti sul patrimonio, non assumendo invece rilievo gli interessi non patrimoniali. Infine -ed è probabilmente l'elemento che le autorità indipendenti incaricate di vigilare sul rispetto delle disposizioni potranno provare con maggiore difficoltà- l'atto o l'omissione devono aver prodotto un danno per l'interesse pubblico.

Insomma, perché un comportamento possa essere riconosciuto (e poi sanzionato) come compiuto in situazione di conflitto di interessi è necessario che coesistano contemporaneamente una serie ampia di condizioni che difficilmente potranno essere dimostrate e provate, data anche la vaghezza con cui sono formulati i parametri sui quali dovrebbe essere effettuata la relativa misurazione.

Da ultimo, un cenno ai contenuti dell'art. 4. Questo è volto quasi unicamente a sancire la non incidenza della legge in commento sulla disciplina generale della concorrenza (in particolare per quanto concerne l'abuso di posizione dominante di cui all'articolo 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287) e sulle disposizioni specifiche che riguardano le comunicazioni (art. 2, legge 31 luglio 1997, n. 249), nonché l'applicabilità delle relative sanzioni. Esso inoltre fa salva l'applicabilità delle norme civili, penali, amministrative e disciplinari vigenti, quando ne sussistano i presupposti.

Cosa non può fare il titolare di cariche di governo

| Il titolare di cariche di governo non può: | Note |
|--|---|
| Ricoprire cariche o uffici pubblici | È comunque consentito l'esercizio del mandato parlamentare. L'incompatibilità non scatta inoltre per le "cariche in enti culturali, assistenziali, di culto e in enti-fiera, nonché [di] quelle conferite nelle Università degli studi o negli Istituti di istruzione superiore a seguito di designazione elettiva dei Corpi accademici |
| Ricoprire cariche o uffici o svolgere altre funzioni in enti di diritto pubblico, anche economici | |
| Ricoprire cariche o uffici o svolgere altre funzioni ovvero esercitare compiti di gestione in società aventi fini di lucro o in attività di rilievo imprenditoriale | L'incompatibilità non scatta per chi è "solamente" proprietario di quote o pacchetti azionari, ma non esercita compiti di gestione. · L'imprenditore individuale deve nominare uno o più institori. |
| Esercitare attività professionali o di lavoro autonomo, di qualunque natura, anche se gratuite, a favore di soggetti pubblici o privati. Il titolare di cariche di governo può percepire unicamente i proventi per le prestazioni svolte prima dell'assunzione della carica. | L'incompatibilità scatta solo se si opera in materie connesse con la carica di governo. In tali casi, inoltre, non può ricoprire cariche o uffici o svolgere altre funzioni, né compiere atti di gestione in associazioni o società tra professionisti. |
| Esercitare qualsiasi tipo di impiego o lavoro pubblico o privato | I dipendenti pubblici e privati sono collocati in aspettativa o fuori ruolo dal giorno del giuramento o dall'effettiva assunzione della carica. I periodi trascorsi nello svolgimento dell'incarico governativo non recano pregiudizio alla posizione professionale e alla progressione di carriera |