

Commenti al Programma dell'Unione *Come affrontare il conflitto di interessi.*

di Gianmario Demuro

Publicato in “ASTRID – Rassegna” n. 26 del 2006

La prossima legislatura dovrà affrontare, e risolvere, il problema della regolazione del “conflitto di interessi” in tutte le sue possibili articolazioni e manifestazioni della *governance* multilivello. Il tema in questione ha, ormai, svelato sia un livello pluridimensionale (gli interessi possono entrare in conflitto a prescindere dalle dimensioni territoriali ed economiche); sia una configurazione trasversale a tutti i livelli di governo riconosciuti dall’art. 114 della Costituzione (esiste un possibile conflitto a livello comunale, provinciale, regionale).

La capacità espansiva di ciò che è stato efficacemente definito da Guido Rossi “Il conflitto epidemico” necessita di un intervento di disciplina normativa, posto che la Costituzione in vigore non offre spazi di interpretazione tali da poterlo arginare.

A partire da tale consapevolezza il pluralismo istituzionale riconosciuto dalla Costituzione potrà favorire la predisposizione di soluzioni collegate ad alla dimensione territoriale del conflitto.

Stato della regolazione tra giurisprudenza e disciplina legislativa.

Lo stato della regolazione è conosciuto per la sua incompletezza e per la sostanziale elusione del problema. Appare infatti contraddittoria, in assenza di una disciplina costituzionale, la disciplina prevista con legge ordinaria n. 215 del 2004 che non si preoccupa di disciplinare forme di incompatibilità,

piuttosto si riferisce a singoli atti che, di volta in volta possano concretare il conflitto di interessi. Tutto ciò sposta radicalmente l'accento dalla valutazione della compatibilità della titolarità delle cariche al modo con cui si ricopre una carica pubblica.

La regolazione nazionale, in sintesi, più che un fallimento rappresenta una vera e propria rinuncia perché si limita a prevedere meri obblighi di astensione, alcune - assai blande - incompatibilità e, infine, ad affidare il controllo delle “operazioni in potenziale conflitto di interesse” a due Autorità indipendenti, l'Antitrust e quella per le Comunicazioni.

Il tema dovrebbe essere, invece, affrontato sotto il profilo di una radicale ri-valutazione e ri-progettazione normativa dei casi di ineleggibilità e di incompatibilità che possono essere introdotti nel rispetto dei principi costituzionali.

A chi spetta la regolazione: la riserva di legge nazionale

In via generale in un sistema multilivello occorre innanzitutto chiarire quale fonte è idonea a disciplinare la materia.

Dall'art. 65 della Costituzione si ricava, senza dubbio, una riserva di legge statale in relazione alla determinazione delle cause di ineleggibilità e incompatibilità così come ribadito, anche recentemente, dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 456 del 2005 che ha precisato che:

“l'art. 65 della Costituzione – stabilendo che «la legge determina i casi di ineleggibilità e di incompatibilità con l'ufficio di deputato o di senatore» – pone una precisa riserva di legge statale e che, quindi, è precluso al legislatore regionale, anche se fornito, come nel caso di specie, di potestà legislativa residuale in materia di ordinamento delle Comunità montane, di determinare le cause di incompatibilità (oltre che di ineleggibilità) con l'ufficio di deputato o di senatore ([sentenze n. 127 del 1987](#) e [n. 60 del 1966](#)).”

Se ciò appare pacifico, altrettanto costantemente la Corte ha ammesso che le Regioni possano disciplinare le cause di incompatibilità giacché, sin dalla [sentenza n. 13 del 1961](#), ebbe ad affermare il divieto del contemporaneo

esercizio di due funzioni che possano fra loro, in qualche modo, interferire con la conseguente lesione degli interessi pubblici a tutela dei quali l'incompatibilità viene sancita.

La legge regionale è dunque ammissibile in materia, a condizione che sia rispettato il principio di eguaglianza nella accezione di cui all'art. 51 della Costituzione.

La Corte nella sentenza n. 60 del 1966, infatti, ricorda che

“L'art. 51 della Costituzione, a garanzia di un fondamentale principio di democrazia, stabilisce che tutti i cittadini possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge. (...)Risulta evidente a questo punto che al fine della delimitazione della competenza dello Stato e della competenza della Regione la riserva di legge disposta dall'art. 51 deve essere valutata in relazione al precetto sostantivo contenuto nella norma costituzionale: si deve, cioè, necessariamente concludere - conformemente a quanto già risulta dalla sentenza n. 105 del 1957 - che la riserva è da riferirsi alla legge statale tutte le volte in cui il riconoscimento di una potestà legislativa alla Regione, consentendo un regime differenziato per situazioni eguali, metterebbe in pericolo l'eguaglianza di tutti i cittadini”.

Da quanto sopra evidenziato laddove non sia compromesso il principio fondamentale di eguaglianza può giustificarsi una articolazione territoriale della disciplina in materia di incompatibilità ed ineleggibilità. La riserva di legge statale preclude al legislatore regionale, anche se fornito di potestà legislativa primaria in materia elettorale, di determinare le cause di incompatibilità, oltre che di ineleggibilità solamente con l'ufficio di deputato o di senatore. In tale prospettiva si spiega come all'articolo 15 dello Statuto speciale della Regione Autonoma della Sardegna si affida alla “legge statutaria” la determinazione “della forma di governo della Regione e, specificamente, le modalità di elezione...del Consiglio regionale, del Presidente della Regione e dei componenti della Giunta regionale...i casi di ineleggibilità e di incompatibilità con le predette cariche”.

Casi di ineleggibilità e di incompatibilità.

Una volta chiarito il livello di regolazione primaria occorre evidenziare il quadro di principi costituzionali che determinano la cornice entro la quale può essere fatta la scelta tra cause di ineleggibilità e cause di incompatibilità. Appare evidente che una eventuale scelta delle prime sia maggiormente idonea a “risolvere” il conflitto di interessi, mentre la seconda contiene maggiori elementi di criticità.

In proposito, l’analisi non può che partire, anche in questo caso, dal diritto di elettorato passivo tutelato dall’art. 51 Cost. che, come detto, garantisce l’accesso “agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge”. In materia la Corte costituzionale è intervenuta più volte dichiarando illegittime le disposizioni che prevedevano casi d’ineleggibilità in luogo di ipotesi d’incompatibilità.

Così è stata dichiarata costituzionalmente illegittima la normativa sulla composizione degli organi comunali, nella parte in cui stabiliva che chi ha ascendenti, discendenti ovvero parenti o affini fino al secondo grado, che rivestono la qualità di appaltatore di lavori o di servizi comunali “non può essere nominato sindaco”, anziché stabilire che chi si trova in detta situazione non può ricoprire la carica di sindaco (Corte Cost. 450 del 2000); ancora, è stata dichiarata l’illegittimità della legge regionale siciliana 9 marzo 1959 n. 3 nella parte in cui prevedeva una situazione di ineleggibilità anziché di incompatibilità per coloro che hanno liti pendenti con il Comune ovvero che, avendo un debito liquido ed esigibile verso il Comune sono stati legalmente messi in mora, ed inoltre per amministratori del Comune e delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza dichiarati responsabili in via amministrativa o giudiziaria (Corte Cost. 162 del 1985).

In questo quadro giurisprudenziale appare complesso ipotizzare la previsione di casi di radicale ineleggibilità a meno di non pensare ad altrettanto radicali modifiche della Costituzione. Ciò è previsto, ad esempio, nel ddl. di revisione costituzionale n. 4541 del 2003 Franceschini ed altri, che prevede la modifica dell’art. 21 della Costituzione e limita il conflitto di interessi al tema dell’informazione.

“L’influenza rilevante nella proprietà o nella gestione di una o più reti radiotelevisive o telematiche nonché di uno o più quotidiani o periodici a diffusione nazionale o interregionale è causa di ineleggibilità alla carica di deputato e di senatore della Repubblica, nonché di incompatibilità con la carica di Presidente della Repubblica, Presidente del Consiglio dei ministri, Ministro, Vice Ministro, Sottosegretario di Stato, Vice Presidente del Consiglio superiore della magistratura e Presidente della Giunta regionale. Altri casi di conflitto di interessi possono essere regolamentati con legge “.

Per quanto, specificamente, attiene al regime delle incompatibilità il *framework* è stato disegnato dalla giurisprudenza amministrativa. I giudici amministrativi si sono, infatti, diffusamente occupati delle ipotesi in cui, al di là di quanto già definito in materia di incompatibilità, sussista un dovere di astensione in quanto venga in rilievo un interesse personale o di un congiunto che fa venire meno la legittimazione all’esercizio della funzione con riguardo soltanto a determinati attività. Fattispecie questa richiamata genericamente dall’art. 1 della legge 215 del 2004 che, nel prevedere un principio generale in materia di conflitto di interessi, prescrive che “ i titolari di cariche di governo, nell’esercizio delle loro funzioni, si dedicano esclusivamente alla cura degli interessi pubblici e si astengono dal porre in essere atti e dal partecipare a deliberazioni collegiali in situazione di conflitto d’interessi”.

Gli obblighi di astensione trovano immediato fondamento nella stessa Costituzione e, in particolare, si ricavano dal principio di imparzialità di cui all’art. 97, I comma.

Come è noto l’ordinamento prevede un obbligo, specifico, di astensione per gli amministratori degli enti locali (art. 78 D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 – nel quale è confluito l’art. 19 Legge 3 agosto 1999, n. 26; oltre che, come detto, per color che ricoprono cariche nel governo nazionale (Legge 20 luglio 2004, n. 215).

In particolare, il menzionato art. 78 del D.Lgs. n. 267/2000 stabilisce che gli amministratori locali debbano astenersi “dal prendere parte alla discussione ed alla votazione di delibere riguardanti interessi propri o di loro parenti o affini sino al quarto grado”, ma che tale obbligo di astensione non si

applichi ai provvedimenti regolamentari o di carattere generale, quali i piani urbanistici, “se non nei casi in cui sussista una correlazione immediata e diretta fra il contenuto della deliberazione e specifici interessi dell’amministratore o di parenti o affini fino al quarto grado”.

Accanto alla menzionata disciplina legislativa, i giudici amministrativi hanno riconosciuto l’esistenza di fattispecie regolate in altri settori dell’ordinamento, che costituirebbero attuazione del medesimo principio d’imparzialità e che, di conseguenza, sarebbero applicabili anche nell’ambito dell’attività della Pubblica Amministrazione.

Si tratta del primo comma dell’articolo 51 del codice di procedura civile laddove sancisce l’obbligo di astensione per il giudice:

“1) se ha interesse nella causa o in altra vertente su identica questione di diritto; 2) se egli stesso o la moglie è parente fino al quarto grado o legato da vincoli di affiliazione, o è convivente o commensale abituale di una delle parti o di alcuno dei difensori; 3) se egli stesso o la moglie ha causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito con una delle parti o alcuno dei suoi difensori; 4) se ha dato consiglio o prestato patrocinio nella causa o ha deposto in essa come testimone, oppure ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo o come arbitro o vi ha prestato assistenza come consulente tecnico; 5) se è tutore, curatore, procuratore, amministratore di sostegno, agente o datore di lavoro di una delle parti; se, inoltre, è amministratore o gerente di un ente, di un’associazione anche non riconosciuta, di un comitato, di una società o stabilimento che ha interesse nella causa”.

L’applicabilità di tale disposizione in materia di formazione delle commissioni giudicatrici è costante in giurisprudenza (v. per tutti Cons. di Stato, Sez. VI, 11 gennaio 1999, n. 8).

Come è stato efficacemente detto le disposizioni in vigore non rappresentano “niente più che un aspetto applicativo del principio generale enunciato dall’art. 97 Cost” e “la disciplina positiva, in qualunque modo articolata, è espressione ed applicazione del principio costituzionale di imparzialità, con la conseguenza ch’esso in definitiva copre tutte le situazioni

in cui l'amministratore, per qualunque palese ed obiettiva ragione, non si trovi in posizione di assoluta serenità rispetto alla decisione da adottare"¹.

L'obbligo di astensione rappresenta quindi "una regola di carattere generale, che non ammette deroghe ed eccezioni e ricorre, quindi, ogni qualvolta sussista una correlazione diretta ed immediata fra la posizione dell'amministratore e l'oggetto della deliberazione", essendo a tal fine irrilevante l'effetto concreto dell'atto adottato (Cons. Stato, Sez. IV, 26 maggio 2003, n. 2826; per il quale l'obbligo in questione sussiste "per il solo fatto che essi siano portatori di un interesse personale, anche solo potenziale, che possa trovarsi in posizione di conflittualità con quello generale affidato alle cure dell'organo medesimo").

Vale comunque osservare che la giurisprudenza limita l'applicabilità del principio di imparzialità solamente laddove esista una disciplina attuativa confacente al caso di specie o emergano i casi di astensione obbligatoria di cui al primo comma dell'art. 51 c.p.c. applicazione questa che la giurisprudenza considera tassativa e non estendibile a casi analoghi.

Il Consiglio di Stato, Sez. VI, 16 marzo 1995, n. 269, scrive:

"le norme in materia di astensione e ricusazione ... sono norme eccezionali, sia perché per mezzo di esse il legislatore ha tipizzato le ipotesi in cui il rischio reale di un giudizio parziale quindi difforme dalla norma si manifesta con un rilevante grado di attualità, sia perché incidono, limitandola, sulla legittimazione, in via ordinaria riconosciuta dalla legge a determinate categorie di soggetti, allo svolgimento di una certa attività. Il carattere eccezionale di tali disposizioni le rende in suscettibili di interpretazione estensiva o analogica; di qui il principio della tipicità delle situazioni di incompatibilità".

Emerge, infine, dalla giurisprudenza una sorta di parallelismo equivalente tra il principio di trasparenza e di imparzialità, come valori costituzionali unitari. Spesso si legge, infatti, che non è tanto da considerare "la sfiducia sulla capacità del singolo amministratore di saper decidere anche contro il proprio personale interesse, *quanto* piuttosto l'esigenza di assicurare che gli stessi possano operare senza condizionamenti di sorta, e che sia garantita agli utenti la trasparenza dell'azione amministrativa; ne consegue

¹ U. POTOTSCHNIG, in Commentario alla Costituzione, fondato da BRANCA G. e continuato da PISSORUSSO A., Bologna-Roma, 1994, sub art. 97, p. 368 ss.

che il dovere di astensione si impone, *ex ante*, ogni qualvolta, incidendo l'atto da adottare su un interesse dell'amministratore, in senso vantaggioso o svantaggioso, vi sia il pericolo che la volontà dello stesso non sia immune da condizionamenti, e che si ha invalidità della delibera adottata con il concorso di chi avrebbe dovuto astenersi, a prescindere dai vantaggi o svantaggi in concreto conseguiti" (tra le tante v. Cons. Stato, sez. IV, 17 luglio 1996, n. 860).

Dallo stato dell'arte giurisprudenziale ricaviamo una attenzione evidente al tema della responsabilità trasparente nelle decisioni pubbliche ma, evidentemente, non possiamo aspettarci soluzioni generali ed astratte.

In particolare, non è con gli obblighi di astensione che si può aggredire il nucleo duro del conflitto di interessi. Occorre, invece, affrontare il tema dell'incompatibilità tra le cariche siano esse governative o parlamentari in modo più efficace.

In conclusione: un parametro possibile per costruire le cause di incompatibilità e di ineleggibilità la legge 164 del 2004

Per quanto riguarda le incompatibilità tra la carica di Presidente del Consiglio o di Ministro, finalizzata a sterilizzare l'insorgere di un conflitto tra il perseguimento del pubblico interesse ed un qualsiasi interesse privato possono essere affrontati a partire dai casi di ineleggibilità e di incompatibilità che sono definiti, in via generale, dalla legge 165 del 2004 che detta i principi fondamentali cui le Regioni ordinarie dovranno attenersi nel disciplinare le ipotesi concrete. Nulla vieta che tali principi possano essere considerati come valida base di partenza per la discussione anche della dimensione nazionale del conflitto.

Come si ricava dall'art. 2 della legge in questione le cause d'incompatibilità e di ineleggibilità possano essere differenziate per ogni singolo ruolo e la legge riguarda tutti gli attori che partecipano alla costruzione della forma di governo regionale.

L'art. 3 della legge 165 del 2004 stabilisce che vi è incompatibilità quando vi è "conflitto tra le funzioni svolte dal Presidente o da altri

componenti della Giunta regionale o dai consiglieri regionali e altre situazioni o cariche...suscettibile di compromettere il buon andamento o l'imparzialità dell'amministrazione ovvero l'espletamento della carica elettiva". La legge prevede poi la possibilità di introdurre l'incompatibilità tra Consigliere e Assessore od anche in caso di lite pendente del singolo titolare della carica e la Regione. L'incompatibilità dovrà essere accertata ed entro trenta giorni dovrà essere esercitata la relativa opzione pena la decadenza dalla carica.

Allo stato attuale solamente la legislazione di principio vigente al fine di orientare la legislazione regionale attribuisce strumenti di soluzione del conflitto di interessi. La regolazione ordinaria e costituzionale sono invece assai carenti.

In questo contesto le proposte del programma di Governo 2006-2011 appaiono congruenti ed efficaci. In particolare laddove si propone di istituire un' Autorità indipendente *ad hoc* che possa garantire i poteri pubblici da attività svolte in conflitto di interessi, dovrà in particolare essere garantita un'Autorità indipendente alla quale viene affidato il compito di analizzare, vigilare e stabilire, sia d'ufficio che su sollecitazione, in quali casi sussista un eventuale conflitto di interessi. L'Autorità potrà essere costituita come organo collegiale composto da tre membri scelti tra persone di notoria indipendenza.

L'Autorità dovrà esercitare poteri di accertamento delle situazioni di conflitto di interessi, vigilanza sull'adempimento degli obblighi dei destinatari, *warning* preventivo, proposta di annullamento di decisioni amministrative prese in situazione di conflitto di interessi. L'Autorità dovrà, infine, essere dotata di funzioni consultive in materia di risoluzione del conflitto di interessi.