

DANIELE MAFFEIS

16 settembre 2014

IL CONFLITTO DI INTERESSI NON È UN PRINCIPIO GENERALE DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO NE' IN AMBITO PRIVATISTICO NE' IN AMBITO PUBBLICISTICO E DUNQUE APPARE OPPORTUNO CHE IL LIVELLO DI INTERVENTO SIA LA LEGGE ORDINARIA E NON LA COSTITUZIONE

Le discipline del conflitto di interessi nel nostro ordinamento giuridico sono numerose ed assai eterogenee: sia la nozione sia le sanzioni sono diversissime. Sono diverse nella rappresentanza di diritto privato, a seconda che sia rappresentanza legale (modello della astensione ex ante) o volontaria (modello dell'impugnabilita' ex post). Sono diverse nella rappresentanza organica delle societa' di capitali (vi era prima della riforma il modello della astensione nella societa' per azioni, sostituito dal modello della trasparenza, ma non nella societa' a responsabilita' limitata in cui dopo la riforma il modello, diversissimo, e' quello della impugnabilita' ex post). Sono diverse, diversissime, nel diritto dei contratti della intermediazione finanziaria (si sono susseguiti e alternati modelli diversi nel 1991, la legge s.i.m., nel 1996, il decreto Eurosim, nel 2007, la disciplina Mifid: dalla prevenzione dei conflitti, come dovere organizzativo, al dovere di astensione, agli obblighi di trasparenza). Pertanto, ad una prospettiva di sistema, non c'e' dubbio che il conflitto di interessi non è un principio generale dell'ordinamento giuridico italiano, né lo è dell'ordinamento giuridico italo-comunitario.

Il conflitto di interessi non è una nozione univoca in ambito internazionale. Non lo è, al di là delle declamazioni, neanche sul piano etico, non lo è certamente sul piano giuridico. Anche in ambito pubblicistico, vi sono modelli discontinui.

Basta esaminare a fondo i modelli, ad es. Germania e Regno Unito, e si vede che l'affermazione corrente, secondo cui in tutti gli altri Paesi occidentali esiste una disciplina rigorosa del conflitto di interessi, non e' vera.

In conclusione, poiche' non e' un principio generale, appare opportuna una disciplina a livello primario di legge ordinaria e non a livello della fonte superprimaria della Costituzione.

CONFLITTO DI INTERESSI: DELIMITAZIONE DEI CONFINI

Una nozione giuridica è utile se il confine è chiaro.

Il conflitto di interessi non va confuso con due problemi diversi: l'eccesso, inteso come la quantità e la qualità, del potere (la quantità e la qualità di cariche) e la tutela della concorrenza.

Quanto all'eccesso di potere: se un soggetto che riveste cariche pubbliche ha un doppio ruolo, ad esempio ha un ruolo preminente al livello della elaborazione di norme, ed anche al livello della loro applicazione, si può giudicare opportuno – e sicuramente è opportuno – separare i ruoli, ma non perché questa sia una situazione di conflitto di interessi. Paradossalmente anzi, sul piano della qualità degli interessi, e in chiave di conflitto di interessi, che colui che fa le norme le applichi anche è l'ideale. È ovvio invece che non deve essere così, ma non è un problema di conflitto di interessi e farne un problema di conflitto di interessi rende poi difficilissimo, quando serve e per problemi diversissimi, elaborare una nozione corretta di conflitto di interessi.

Quanto alla concorrenza: la misura in cui l'interesse pubblico deve essere calibrato sulla tutela della concorrenza è un problema di raffigurazione dell'interesse pubblico, che può essere inciso da un interesse in conflitto. Pertanto, la disciplina del conflitto di interessi è ancillare alla cura dell'interesse pubblico, e questo – l'interesse pubblico – può declinarsi nelle diverse circostanze in diversi modi, uno dei quali è la tutela della concorrenza. Dunque, il conflitto di interessi non coincide con la tutela della concorrenza. Può influire sulla tutela della concorrenza, ma non è detto che vi influisca, e può essere grave e rilevante anche del tutto indipendentemente dall'esigenza di tutela della concorrenza. Quando l'autorità garante, in applicazione della disciplina vigente (l. 215 del 2004), afferma che l'atto o l'omissione del titolare della carica di governo, per essere rilevanti sotto il profilo dell'interesse pubblico, devono essere idonei ad alterare il corretto funzionamento del mercato, fa un'affermazione che potrebbe essere valutata come parziale: può essere così, ma non è necessariamente solo così. Invece, è pertinente la formula per cui la scelta è manifestamente ingiustificata in relazione a fini cui è preordinata l'azione di Governo.

In conclusione, la nozione di conflitto di interessi, sebbene al livello della fonte primaria, dovrebbe avere una ratio legis chiara perché di per sé la nozione è vaga.

CURA DELL'INTERESSE E CONFLITTO DI INTERESSI

Il conflitto di interessi, quando è disciplinato, è una disciplina ancillare.

Se si vuole disciplinarlo, deve restare una disciplina ancillare.

Sicuramente il funzionario esercita una funzione. Un ufficio di diritto pubblico e, se la cura dell'interesse pur in ambito privatistico ha una rilevanza pubblicistica, un ufficio di diritto privato (tipico l'intermediario finanziario, le banche).

Ma se e' pacifico il dovere di curare l'interesse, non e' configurabile in via di principio generale dell'ordinamento giuridico un dovere di astenersi da situazioni di conflitto di interessi, se non nella misura in cui sia previsto con uno specifico divieto di agire.

La cura dell'interesse pubblico, in via esclusiva, non dovrebbe essere ribadita o, se lo è, deve esserlo senza mutare il significato della cura dell'interesse pubblico, che è, questo sì, nei fondamenti della Costituzione.

Potrebbe creare dubbi interpretativi, da evitare, la disposizione secondo cui il soggetto deve curare in via esclusiva l'interesse pubblico. È certo così ma il significato è altrove, e interferisce con i doveri dell'art. 97 Cost. (buon andamento, imparzialità, e cfr. artt. 51, 67, 98, 101).

Il soggetto deve sempre essere imparziale (art. 97 Cost.) ed essere imparziale significa, anche ed innanzitutto, essere neutrale rispetto ai *propri* interessi.

Rispetto ad altri ambiti dell'ordinamento, il conflitto di interessi, nell'esercizio delle cariche pubbliche, assume un carattere peculiare, perche' attivita' ed atti hanno carattere generale, sicche' e' non solo normale, ma e' ovvio, che uno o piu' interessi privati siano incisi dalle decisioni che il soggetto prende nell'esercizio delle sue funzioni.

In conclusione, la disciplina del conflitto di interessi, a livello della fonte primaria, e' ancillare al dovere di imparzialita' che, invece, e' nella Costituzione.

L'INTERESSE IN CONFLITTO

L'interesse può essere patrimoniale, ma anche non patrimoniale. Passato, presente, futuro. Diretto o indiretto.

Decisivo appare chiarire in via preliminare se la disciplina debba essere una disciplina degli 'interessi in conflitto' o una disciplina degli 'interessi' del soggetto. Nel primo caso la prognosi e' se gli interessi del soggetto possano incidere sulla cura dell'interesse pubblico, e se sia probabile che incidano negativamente sulla cura dell'intesse pubblico; nel secondo caso la prognosi e' se siano comunque della stessa natura dell'interesse pubblico della cui cura si tratta, anche se sia non probabile che incidano negativamente sulla cura dell'interesse pubblico. Se il modello che si accoglie e' questo secondo, come sembra,

diventa essenziale la gestione dinamica del conflitto, perché un divieto secco di agire in presenza di un interesse anche non in conflitto è una misura eccessiva, non soltanto per le cariche pubbliche, ma anche per un qualsiasi amministratore di società o mandatario o titolare di un ufficio di diritto privato.

INCOMPATIBILITÀ

Il conflitto di interessi può essere *ratio* di un divieto – donde le incompatibilità (qui, il problema è la estensione: un elenco molto esteso di incompatibilità elimina intere categorie di soggetti. Il tema della interferenza tra economia e politica è delicato perché considerare incompatibile l'economista è una *ratio* diversa dal conflitto di interessi. Al limite dettare una incompatibilità è una discriminazione: significa escludere un soggetto per una sua qualità personale considerata, non incompatibile, ma non desiderabile (la titolarità di interessi privati potrebbe essere vista come garanzia di competenza nei settori di riferimento, e far prevalere aprioristicamente la prospettiva del conflitto di interessi e' una scelta da valutare anche sotto il profilo del rischio di privarsi di quella competenza, e da questo punto di vista si potrebbero nutrire dubbi sull'opportunità di dettare severe incompatibilità per gli amministratori di piccoli enti locali).

CONFLITTO DI INTERESSI COME SITUAZIONE

Il conflitto di interessi, da accertare di volta in volta, può essere una *situazione* (di pericolo concreto; di pericolo presunto)

Estendere molto il conflitto di interessi come situazione di pericolo presunto genera il problema dell'estensione segnalato sopra per la incompatibilità.

La soglia (ad es. 10 milioni di euro) di conflitto presunto è delicata. Se un soggetto ha un immobile o un patrimonio in strumenti finanziari che vale 10 milioni di euro, può agire per favorire se stesso allo stesso modo di un soggetto che ha un patrimonio di 100 mila euro. Se ha una piccola impresa, perché non dovrebbe compiere atti di indirizzo che la avvantaggiano e contrari all'interesse pubblico? Qui, di nuovo, si registra una interferenza tra conflitto di interessi e regole di concorrenza.

Quanto alla tutela preventiva, i modelli sono plurimi: disciplina dell'atto contrario all'interesse compiuto in violazione del divieto, anche se non inciso, in alternativa, impedimento al compimento dell'atto [problema del grado di incidenza sulla agibilità politica: l'autorità indipendente, controllando l'incidenza dell'interesse in conflitto sulla cura

dell'interesse pubblico, esercita una delicata attività che, a sua volta, può incidere sull'attività e sulla stessa raffigurazione e cura di quale sia l'interesse pubblico].

La dichiarazione sulla propria condizione patrimoniale è condivisibile ed utile.

Ma è poi problematico, e delicato, disciplinare l'attività del soggetto, successivamente alla dichiarazione sulla propria condizione patrimoniale.

È problematico individuare gli atti che il soggetto dovrebbe astenersi dal compiere.

La stessa astensione, se estesa, priva di significato la carica. Non è nell'interesse pubblico che il soggetto, pur non incompatibile, debba tuttavia spesso astenersi.

Occorre distinguere tra controllo preventivo e procedimentalizzazione – assistita dall'autorità indipendente - del conflitto.

La procedimentalizzazione è sempre pericolosa. L'atto finale che segue alla procedimentalizzazione sarà considerato per definizione non inciso da un interesse in conflitto, ma può darsi che lo sia, per un'incidenza non prevedibile o non prevenibile.

CONFLITTO DI INTERESSI COME RISULTATO DELL'AZIONE

Disciplina giuridica dell'atto contrario all'interesse (la nullità non è una sanzione corretta, trattandosi di atti di organizzazione di natura pubblicistica, ed appare rimedio abnorme, soprattutto se l'atto inciso dall'interesse in conflitto non è contrario all'interesse pubblico).

Conflitto di interessi come *risultato dell'azione* (atto commissivo o omissivo contrario all'interesse per l'incidenza di un interesse in conflitto)

L'atto inciso da un interesse in conflitto non è necessariamente dannoso, perché può essere, non dannoso, eppure diverso da quello che sarebbe stato senza l'incidenza dell'interesse.

Sanzione a carico del soggetto (contenuto e misura sono una scelta di politica del diritto): la sanzione è un deterrente appropriato, non lo è la sanzione dell'atto, dato che l'azione della pubblica amministrazione deve essere bensì imparziale ma, prima e più che imparziale, deve essere continua.

CONFLITTO DI INTERESSI NEL DIRITTO PRIVATO

Il diritto privato ci restituisce uno spaccato estremamente istruttivo.

Molte fattispecie di conflitto di interessi sono apparentemente rigorose e preventive, così nel diritto di famiglia e delle persone (genitore, tutore), ma il giudice non annulla gli atti

compiuti in conflitto di interessi, e in violazione della disciplina preventiva, che non sono contrari all'interesse dell'incapace.

CONFLITTO DI INTERESSI NEL DIRITTO SOCIETARIO (SOCIETA' PER AZIONI)

L'art. 2391 cod. civ. detta una disciplina apparentemente ispirata alla procedimentalizzazione, ma la delibera del consiglio di amministrazione o l'atto dell'amministratore sono impugnabili solo se dannosi per la società.

Non esiste una disciplina del conflitto di interessi degli amministratori di società di persone. Nelle stesse società di capitali, non esiste una disciplina del conflitto di interessi dei sindaci.

CONFLITTO DI INTERESSI NELL'INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA

Si susseguono modelli diversi e ispirati a politiche opposte.

Eliminare in radice le situazioni di conflitto di interessi è considerato pressoché da tutti incompatibile con il funzionamento dell'industria finanziaria.

Il legislatore, che è quello europeo, come massimo sforzo detta discipline che procedimentalizzano il conflitto di interessi.

Ma i giudici edulcorano anche queste ultime: sono solidamente ancorati alla politica giudiziaria che caratterizza il diritto privato e, come precisato sopra, non annullano gli atti compiuti in conflitto di interessi, e in violazione della disciplina preventiva, che non sono contrari all'interesse dell'investitori.

Il controllo della Consob sui conflitti di interessi degli intermediari finanziari, soprattutto banche, non è ad oggi consistente e concreto.

L'industria finanziaria e bancaria manifesta una idiosincrasia dichiarata verso le discipline del conflitto di interessi, che è considerato, dagli operatori, consustanziale alla finanza.

La conclamata etica anglosassone del conflitto di interessi è quindi di dubbia genuinità.

Una particolare tensione esiste tra il dovere della banca, ribadito nei regolamenti e nelle direttive, di comportarsi correttamente coi clienti in funzione della superiore esigenza di ordine pubblico di tutela della integrità dei mercati, e la completa svalutazione di questa rilevanza pubblicistica in ambiente anglosassone.

Questo esito - un legislatore che sbandiera discipline rigorose del conflitto, e i destinatari delle discipline che profondono o sforzo per osteggiarle - e' altamente indesiderabile.

SINTESI

Il conflitto di interessi non e' un principio generale.

E', comunque, se previsto una disciplina ancillare, al livello di fonte primaria: la cura dell'interesse privato come pubblico e' il dovere principale, contemplato al livello della Costituzione.

Il conflitto di interessi e' una disciplina semplice ed efficace quando si limita ad essere la ratio di un divieto, e cosi' di una incompatibilita'. La ampiezza delle incompatibilita' e' una scelta di politica del diritto sulla carta chiara e, possibilmente, facilmente controllabile.

Invece, la disciplina preventiva incentrata su situazioni di conflitto di interessi, da accertare di volta in volta, dovrebbe essere leggera, ispirata ad un light touch. Perche' e' molto alto il rischio che il controllo parallelo sul conflitto di interessi comporti dei costi rilevantissimi, dei rischi di accertamento e, al postutto, una forma indiretta di controllo sulla attivita', dal punto di vista della raffigurazione dell'interesse pubblico, e quindi sulla stessa individuazione, volta per volta, dell'interesse pubblico della cui cura si tratta.