

**SPUNTI PER UNA REVISIONE DELLA DISCIPLINA IN MATERIA DI
CONFLITTO DI INTERESSI ***
(17 settembre 2014)

SOMMARIO

1. Premessa. Le ragioni per una revisione della disciplina italiana vigente (legge 215/2004). 2. Il conflitto di interessi tra diritto privato e diritto pubblico. Riconduzione del tema al problema dello status del titolare di un munus publicum. 3. Cenni storici. I disegni di legge in materia di conflitto di interessi nelle passate legislature.. 4. I "rimedi" al conflitto di interessi nelle proposte di legge. I profili di continuità e di diversità nel trattamento normativo. 4.1. Incompatibilità, obblighi di segnalazione e di astensione, predisposizione del "piano di distacco delle attività economiche" nella proposta del Comitato di esperti e del primo Governo Berlusconi. 4.2 L'irrigidimento del trattamento normativo e dell'apparato sanzionatorio nell'analisi contestuale dei progetti licenziati dalla Camera dei deputati (aprile 1998) e dal Senato della Repubblica (febbraio 2001); il divieto di ottenere concessioni e stipulare negozi giuridici con le amministrazioni statali. 4.3. La rinuncia al (piano di) distacco dalle attività economiche e il ruolo dell'Autorità di garanzia nella legge 215/2004. 5. La riconduzione al circuito fiduciario delle modalità di rimozione del conflitto di interessi; il fondamento costituzionale del trattamento normativo del conflitto di interessi. 6. Conclusioni.

1. Premessa. Le ragioni per una revisione della disciplina italiana vigente (legge 215/2004).

In estrema sintesi, le ragioni che conducono a ritenere necessaria una revisione della legge 215/2004 sono due, ed attengono entrambe, evidentemente, alla valutazione circa la netta insufficienza della cd. legge Frattini:

- a) un'insufficienza per così dire "originaria": a1) la legge Frattini accoglie una nozione per così dire ex post di conflitto di interessi, e cioè conferisce rilievo solo agli atti o alle omissioni del titolare di cariche di governo che incidano in modo specifico e preferenziale sul patrimonio personale, e comportino un danno per l'interesse pubblico (art. 3), con una sostanziale sovrapposizione rispetto al reato di abuso di ufficio; è evidente che diritto

* Il presente elaborato è stato redatto in occasione dell'audizione tenutasi presso la Prima Commissione della Camera dei deputati (affari costituzionali) in data 17 settembre 2014. Il testo riprende in parte considerazioni già espresse in G. COLAVITTI, *Il trattamento normativo del conflitto di interessi tra ragionevolezza ed imparzialità*, in *Nomos, le attualità nel diritto*, anno VII, nuova serie – Rivista quadrimestrale, gennaio – aprile, n. 1/2002, 67 ss.

TESTO PROVVISORIO

penale e diritto costituzionale hanno finalità diverse e tecniche regolatorie che vanno tenute distinte; a2) un'insufficienza originaria perché, anche nei casi in cui viene integrata la fattispecie astratta del "conflitto di interessi", i rimedi apprestati sono sostanzialmente ricondotti al circuito fiduciario, e mirano a far valere la responsabilità politica del titolare di carica di governo: se però la questione è istituzionale, e non (solo o anche) politica (ché altrimenti basterebbe la volontà popolare manifestata nelle elezioni), è sul terreno tecnico giuridico che vanno ricercate le soluzioni;

- b) un'insufficienza "sopravvenuta", o "aggravata": ci si riferisce alle linee di tendenza in atto nell'ordinamento che, in un'ottica di maggiore attenzione verso l'etica pubblica, hanno prodotto le normative anticorruzione che, nel burocratizzare e procedimentalizzare le modalità di protezione degli interessi al buon andamento e all'imparzialità dell'azione amministrativa, hanno accentuato il carattere preventivo e irrigidito gli oneri gravanti sui funzionari pubblici: il sistema resterebbe pertanto sbilanciato e in qualche modo irragionevole se non si adeguasse la disciplina gravante sui titolari di cariche di governo¹.

2. Il conflitto di interessi tra diritto privato e diritto pubblico. Riconduzione del tema al problema dello status del titolare di un munus publicum.

Il tema del cd. conflitto di interessi si presenta come particolarmente insidioso all'analisi giuridica, e ciò non solo perché costituisce da tempo uno dei terreni di competizione e di confronto più aspri, ma anche per una ragione immanente ad un certo qual limite intrinseco alla stessa espressione verbale con la quale ci si riferisce al problema². Con l'espressione "conflitto di interessi", infatti, la dottrina giuridica è solita riferirsi ad ipotesi proprie del diritto privato. In termini generali, l'espressione può essere utilizzata per descrivere la situazione di contrasto reale o potenziale tra due interessi giuridici o di mero fatto, imputabili a diversi soggetti. In questo senso si parla di conflitto di interessi tra soggetti acquirenti di cose mobili, di conflitto tra creditori, tra più titolari di diritti personali di godimento, e,

¹ Cfr. l'ultima relazione semestrale dell'AGCM inviata alla Presidente della Camera dei deputati.

² Il tema del "conflitto di interessi" è stato nel nostro paese appannaggio di un dibattito giornalistico e politico raramente arricchito di strumenti scientifici di analisi. Per una impostazione giuridica del problema e per una sua riconduzione ad i suoi termini di riferimento costituzionali si veda P. COSTANZO, C. PINELLI (a cura di), *Il Forum. Media, poteri e diritti*, in *Rivista di diritto costituzionale* 1998, 297 ss., con interventi di P. MURIALDI, A. PACE, R. ZACCARIA, V. ZENCOVICH.

Tra i non numerosi contributi della dottrina costituzionalistica sul tema si segnala anche A. BARBERA, A. MANZELLA, S. BARTOLE, F. LANCHESTER, *La forma di governo in transizione*, in *Quaderni costituzionali* 1995, fasc. 2, 211-256.

TESTO PROVVISORIO

lato sensu, di conflitto tra soggetti che vantano diritti sulla medesima *res*³. Sempre in ambito privatistico, ma in una direzione di senso più vicina al tema della presente indagine, l'espressione "conflitto di interessi" indica una serie di situazioni accomunate dalla circostanza per cui ad un medesimo soggetto è riconosciuta la titolarità sia di poteri giuridici da esercitarsi a tutela di interessi propri, sia di poteri giuridici da spendersi nell'interesse di altri soggetti di diritto (persone fisiche o giuridiche che siano). Senza pretese di esaustività, si pensi al caso del conflitto di interessi nel mandato, tra rappresentante e rappresentato, a quello del tutore e del curatore rispetto all'interesse del soggetto affidato alla tutela o alla curatela, ma soprattutto, nel campo del diritto commerciale, alla posizione dell'amministratore rispetto all'interesse della società: il titolo V del libro V del codice civile conosce una norma espressamente rubricata con il titolo "conflitto di interessi" (art. 2391 c.c.)⁴.

Pur avvicinandosi meglio al tema oggetto della presenta analisi, il conflitto di interessi cui si è fatto cenno da ultimo resta fenomeno radicalmente diverso da quello cui si allude normalmente nelle recenti cronache politiche. La diversità attiene ad entrambi i termini dell'espressione. Attiene al termine "interesse", perché mentre nei casi di cui sopra, pur in presenza di significative diversità di misura e di gradazione della tutela e della protezione accordata dall'ordinamento, gli interessi coinvolti presentano carattere omogeneo, in quanto di natura privatistica (tutt'al più indirettamente collegati ad interessi pubblici, come nel caso della tutela dell'incapace), allorquando ci si riferisce al titolare di un incarico di governo il genere di interesse che viene in considerazione è evidentemente quello pubblico, il che cagiona una immediata e palese disomogeneità rispetto all'interesse privato del medesimo soggetto. La diversità attiene però anche al concetto di "conflitto". Se infatti questo termine nel diritto privato conserva una precisa capacità descrittiva di una situazione di netta contrapposizione tra un interesse (privato) ed un altro interesse (privato), tale da identificare una fattispecie astratta per cui la tutela di uno degli interessi rechi un danno o si mostri incompatibile con la tutela dell'altro (il conflitto non rileva giuridicamente se l'amministratore compie determinati atti nell'interesse sia della società che suoi personali), il termine "conflitto" non pare indicare con analoga precisione tutte le

³ In questa accezione lata, l'intero sistema del diritto privato può essere letto come un complesso di regole funzionalmente preposte alla disciplina e alla risoluzione di conflitti tra interessi e pretese giuridiche avanzate dai membri di una data collettività, in chiave allocativa dei beni e delle risorse (cfr. G. TARELLO, *Organizzazione giuridica e società moderna*, in G. AMATO, A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, IV ed., Bologna 1994, 21 ss.).

⁴ Anche per questa motivi tra i primi contributi al tema del conflitto di interessi si registrano interventi di studiosi di diritto commerciale; tra essi A. GUACCERO, *Brevi note su un recente disegno di legge in tema di conflitto di interessi tra attività di Governo ed impresa*, in *Giurisprudenza commerciale* 1995, 129-136, e L. SANTORO, *Il problema del conflitto d'interessi nell'esercizio delle cariche di governo. Prospettive di soluzione in chiave comparatistica con particolare riguardo ad una nuova concezione della fiducia*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* 1996, 1153-1176.

TESTO PROVVISORIO

molteplici fattispecie di interferenza o collegamento tra l'interesse pubblico e gli interessi privati del titolare di una carica di governo che la realtà può presentare⁵. Il disagio con il quale l'osservatore può guardare all'adozione di provvedimenti normativi od amministrativi assunti da un titolare di un incarico di governo che versi nella situazione in parola può profilarsi anche in casi dove di "conflitto", in termini giuridici, non è dato parlare⁶.

Appare pertanto condivisibile il richiamo al concetto di "interferenza" tra interessi pubblici e interesse privato del titolare della carica di governo che presentano alcuni dei ddl attualmente all'esame della Commissione affari costituzionali della Camera: "interesse privato idoneo ad interferire con l'imparzialità necessaria all'adempimento degli specifici compiti cui è preposto il titolare della carica di governo" (art. 3, ddl ac 1059").

L'espressione "conflitto di interessi" non appare dunque efficace nella descrizione del fenomeno che qui si analizza, e viene mantenuta nella presente trattazione solo per comodità di esposizione, essendo entrata nel linguaggio comune, ed essendosi ormai trasfusa in tutti i disegni di legge che si sono proposti o si propongono di disciplinare la materia. In realtà le similitudini con i casi che ricadono nel dominio del diritto privato si arrestano alla condizione di contitolarità in capo al medesimo soggetto di poteri giuridici da esercitarsi nell'interesse proprio e di poteri giuridici da esercitarsi nell'"interesse di altri", laddove "interesse di altri" sta, nel caso di specie, per interesse pubblico. Posto che la capacità d'agire non può certo essere in via generale limitata in ragione della mera assunzione di un incarico di governo, il problema, nel campo del diritto pubblico, si riconduce a ben vedere a quello della previsione di cause di incompatibilità e/o di ineleggibilità⁷ che

⁵ Parla più propriamente di "commistione" A. GUACCERO, *op. cit.*, 130.

⁶ Basti pensare all'esempio appena citato dell'amministratore che compie un atto nell'interesse proprio e della società, e tentare di sovrapporlo al caso del titolare di incarico di governo....Desta comunque disagio, al di là di ogni valutazione etica e politica, il compimento di un atto assunto nell'interesse pubblico che produce vantaggi anche in capo al titolare della carica di governo.

⁷ E' stato segnalato come la prassi cd. della "conversione" delle cause di ineleggibilità in incompatibilità sopravvenute, invalsa ad esempio nella giurisprudenza parlamentare e sostenuta dalla giurisprudenza costituzionale (Corte cost., 20 giugno 1984, n. 171, in *Giur. cost* 1984, 1117), abbia significativamente contribuito a ridimensionare le pur presenti distinzioni concettuali tra i due istituti, per l'approfondimento dei quali si rinvia a V. DI CIOLO, *Incompatibilità ed ineleggibilità parlamentari*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano 1971, relativamente alle ipotesi concernenti il mandato parlamentare, e a M. P. VIPIANA, *Ineleggibilità ed incompatibilità nel diritto amministrativo*, in *Digesto disc. pubbl.*, VIII, 288 ss., relativamente alle cariche elettive amministrative.

Illustre dottrina riconduce la questione del conflitto di interessi proprio alla tematica delle ineleggibilità parlamentari (cfr. A. PACE, *La proprietà di emittenti televisive determina ineleggibilità parlamentare, non solo incompatibilità nelle cariche di governo*, intervento

TESTO PROVVISORIO

contribuiscono a configurare lo *status* normativo del titolare di un *munus publicum*, *status* caratterizzato da prerogative e guarentigie poste a tutela della funzione pubblica esercitata, ma anche, evidentemente, segnato da garanzie di tutela dell'imparzialità nell'esercizio dei poteri affidatigli⁸. In questo senso il problema non è diverso da quello che si pone per altri soggetti investiti di *munera publica*, per i quali l'ordinamento configura "...alcune condizioni dirette ad assicurare che la persona chiamata ad esercitare la funzione...non solo sia, ma anche appaia imparziale"⁹. E' il caso del sistema delle astensioni e delle ricusazioni che il codice di procedura civile e il codice di procedura penale ipostatizzano a garanzia dell'imparzialità - e dell'immagine di imparzialità - della funzione giudiziaria, e che appunto disegnano intorno alla figura del giudice lo *status* normativo di un titolare di un *munus publicum* così importante. Questo spiega ad esempio il rigore delle norme dell'ordinamento giudiziario che stabiliscono le cd. incompatibilità di sede per parentela o affinità con professionisti (art. 18 ord. giud.)¹⁰. Il problema, insomma, resta quello di individuare condizioni di esercizio delle pubbliche funzioni proprie di un titolare di un incarico di governo, laddove si consideri che il bene giuridico da tutelare non è solo il corretto esercizio della funzione stessa, ma financo la immediata riconoscibilità, l'immagine, la parvenza esteriore di tale correttezza¹¹. Dal punto di vista normativo, quello di individuare, *a contrario*, le condizioni e le situazioni oggettive e soggettive che ostacolano il raggiungimento di tali condizioni di corretto esercizio (e di apparenza di corretto esercizio), qualificarle nei termini delle cause di incompatibilità, prevedere conseguenti obblighi di astensione¹². Il problema, in buona sostanza, è quello di prefigurare condizioni virtuose di

disponibile sul sito dell'associazione italiana costituzionalisti, www.associazionedeicostituzionalisti.it).

⁸ In questo senso anche L. SANTORO, *op. cit.*, 1154.

⁹ G. CONSO, V. GREVI (a cura di), *Profili del nuovo codice di procedura penale*, III ed., Padova 1993, 17.

¹⁰ L'art. 18 del R. D. 30 gennaio 1941, n. 12 dispone che i magistrati non possano prestare servizio nelle sedi dove parenti o affini esercitino la professione di avvocato.

¹¹ La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha evidenziato da tempo come, nell'esercizio della funzione giurisdizionale, bene giuridico primario sia non solo lo svolgimento di essa secondo i canoni del processo equo (art. 6, CEDU), ma anche la "...circostanza che la struttura dell'organo giurisdizionale e del procedimento, per come essa *appare* alle parti in causa ed ai cittadini, sia tale da renderli *fiduciosi* che nel processo quelle esigenze e quei valori siano pienamente soddisfatti (v. anche sentenze Piersack, 1.10.1992, e Borges, 30.11.1991)" (così S. P. PANUNZIO, *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno Stato democratico. Osservazioni sul caso italiano*, in *Politica del diritto*, a. XXXI, n. 1, marzo 2000, 3 ss., 16-17).

Coglie nell'obiettivo di assicurare "l'alta credibilità istituzionale della funzione" una delle finalità precipue della adozione di norme nella materia del conflitto di interessi anche V. CAIANIELLO, presidente emerito della Corte costituzionale, nel parere reso alla Commissione affari costituzionali della Camera dei deputati in data 16 gennaio 2002 (consultabile sul sito www.giust.it).

¹² La stessa logica è sottesa, come accennato, alle norme che disciplinano i casi di astensione e ricusazione del giudice (cfr. C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, VIII ed., I, Torino 1991, 238 ss.).

TESTO PROVVISORIO

esercizio dei pubblici poteri, in ossequio all'art. 97 Cost., e non quello di impedire che i titolari di incarichi di governo si servano dei propri poteri per ottenere dei vantaggi; a tale scopo è sufficiente la previsione del reato di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.).

La distinzione tra nozione privatistica e nozione costituzionale di conflitto di interessi è importante: la precisazione circa la disomogeneità degli interessi coinvolti giustifica la compressione dell'interesse privato a vantaggio della necessaria tutela dell'interesse pubblico, e diviene criterio di valutazione per il bilanciamento comunque necessario sul piano del trattamento dei diritti costituzionali coinvolti.

3. Cenni storici. I disegni di legge in materia di conflitto di interessi nelle passate legislature.

Il 28 febbraio 2001 la Camera dei deputati approvò il disegno di legge recante "Norme in materia di risoluzione dei conflitti di interesse"¹³. Il disegno di legge, più noto come disegno Frattini, dal nome del Ministro per la funzione pubblica, on. Frattini, che ne risultò essere tra i principali artefici, è poi diventato la legge 215/2004, ma rappresenta solo l'ultimo episodio di una vicenda relativamente lunga, anche se non lunghissima. La questione è infatti entrata nell'agenda del legislatore italiano solo nella XII legislatura, con particolare riguardo alla posizione dell'on. Berlusconi. Non è qui il caso di approfondire le ragioni del ritardo del legislatore italiano, ascrivibili probabilmente ad una serie invero ampia di fattori culturali e politici¹⁴; un elemento che tuttavia si vuole sottoporre al

¹³ Il disegno di legge, approvato dal Consiglio dei ministri nella seduta del 27 settembre 2001, venne presentato alla Camera dei deputati il 4 ottobre 2001, ed assunse la numerazione AC 1707. Trasmesso alla Presidenza del Senato, dopo l'approvazione dell'altro ramo del Parlamento, il 1° marzo 2002, assunse la numerazione AS 1206.

I lavori parlamentari registrarono momenti di fortissima tensione tra maggioranza e opposizione. Rispetto al testo originario del Governo, quello licenziato dalla Camera presenta, oltre a variazioni formali e di dislocazione delle norme all'interno dell'articolato, poche significative variazioni sostanziali; il restringimento dell'area soggettiva di applicazione della disciplina, l'irrigidimento del trattamento normativo delle incompatibilità per esercizio di professioni, e, soprattutto, la rinuncia all'istituzione di una autorità indipendente *ad hoc*, e la riconduzione delle funzioni di quella alla Autorità di garanzia per la concorrenza ed il mercato.

¹⁴ La relazione di accompagnamento al disegno di legge approvato dal Consiglio dei ministri in data 27 settembre 2001 afferma che "...in oltre cinquanta anni di vita democratica non si è sentito il bisogno di una soluzione legislativa del problema", ma non si pone il problema di fornire una spiegazione del perché "fino a qualche tempo fa, era comune opinione che il sistema dei controlli

TESTO PROVVISORIO

lettore, e che non sembra sia stato colto dalla pubblicistica sull'argomento¹⁵, sembra essere quello attinente al declino dei partiti come istituzioni di selezione della classe dirigente politica del Paese. In un *Parteienstaat*¹⁶ quale quello italiano fino almeno agli anni novanta inoltrati, il personale politico che accedeva alle più alte magistrature della Repubblica era quasi sempre selezionato dai partiti politici, ed era per lo più costituito da soggetti che si dedicavano "professionalmente" alla vita pubblica, per i quali raramente si poneva il problema della titolarità di importanti imprese commerciali¹⁷.

La storia recente del conflitto di interessi inizia nella XII legislatura (1994-1996) con il provvedimento con il quale il primo Consiglio dei ministri del Governo Berlusconi (11 maggio 1994) designa un comitato di tre autorevoli giuristi (Giorgio Crisci, Agostino Gambino, Antonio La Pergola) "...con il compito di studiare gli aggiornamenti e le integrazioni della legislazione vigente, allo scopo di evitare qualsiasi ipotesi di commistione di interesse pubblico e interesse privato in chi ricopre cariche di governo" (art. 1, DPCM 12 maggio 1994)¹⁸. Il Comitato riceveva contestualmente il termine del 29 settembre del medesimo anno per presentare una proposta al Governo.

Nelle more della proposta governativa venivano presentati al Senato due disegni di legge di iniziativa di esponenti dell'opposizione (il ddl AS 278, di iniziativa del sen. Pasquino ed altri, ed il ddl AS 758, di iniziativa del sen. Passigli).

Il Governo Berlusconi, ricevuto nei termini lo studio del Comitato di esperti, presentava il proprio disegno di legge il 2 novembre 1994 (AS 1082).

I tre disegni di legge venivano poi riuniti per la trattazione congiunta, insieme con un ulteriore disegno (il ddl AS 1330, di iniziativa del sen. Tabladini ed altri) e il Senato della Repubblica (dopo una lunga interruzione dovuta alla crisi del Governo Berlusconi I e all'insediamento del Governo Dini) approvava un testo unificato il 13 luglio 1995 (C 2900). Tra i caratteri salienti di questo provvedimento la previsione dell'alienazione obbligatoria entro un anno dei beni mobiliari posseduti in società operanti in settori di particolare rilievo (difesa, media, ecc.) Lo scioglimento anticipato della XII legislatura impediva il proseguimento dell'iter parlamentare. La allora opposizione di centro-destra non mancò di

di carattere politico e giudiziario bastasse ad assicurare il perseguimento degli interessi generali ad ogni livello".

¹⁵ Passigli ritiene in termini generali che la regolazione pubblicistica del fenomeno sia stata ritenuta non indispensabile nei paesi dove sarebbe diffusa una etica pubblica sufficiente ad evitare i casi più clamorosi, ma si affretta a precisare che la regola ammette eccezioni, e che questo è senz'altro il caso dell'Italia, dove non vi sarebbero né sufficiente etica pubblica, né ancora, allo stato, una regolazione normativa (S. PASSIGLI, *Democrazia e conflitto di interessi. Il caso italiano*, Milano 2001, 31).

¹⁶ G. LEIBHOLZ, *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, III ed., Karlsruhe 1967.

¹⁷ E' opinione relativamente condivisa che il passaggio dal sistema elettorale proporzionale a quello maggioritario abbia favorito l'affermazione di modelli "notabiliari" di selezione dei candidati.

¹⁸ Il DPCM 12 maggio 1994 è pubblicato in *G.U.* 19 maggio 1994, n. 115, 6.

TESTO PROVVISORIO

censurare le linee portanti del provvedimento, predicandone il carattere espropriatorio, volutamente *ad personam*, ed invocando financo dubbi di legittimità costituzionale (con particolare riferimento al diritto di proprietà e agli artt. 41 e 42 Cost.)

Nella XIII legislatura (1996-2001) l'on. Veltri riproponeva in larga misura, con il ddl AC 3612, i contenuti del testo approvato dal Senato nella precedente (XII) legislatura; tale provvedimento, insieme con l'altro proveniente dalla opposta area politica (il ddl AC 4410) animava il dibattito parlamentare e politico sul tema per tutta la legislatura. Si sottolinea che il ddl 4410 corrispondeva in larga misura al ddl AS 1082 della XII legislatura, e cioè al progetto elaborato dal Comitato dei tre esperti indicati dal primo Governo Berlusconi, imperniato sul cd. "*blind trust*" (vedi oltre, par. 3.1)

Per quanto significativamente diversi (vedi oltre, per l'analisi dei contenuti) i ddl AC 3612 e AC 4410 venivano trattati congiuntamente ed approvati in un testo unificato dalla Camera dei deputati il 22 aprile 1998, con voto quasi unanime (un solo astenuto). Il testo approvato dalla Camera era invero molto vicino alla proposta del centro-destra (vedi oltre, par. 3.2).

A questo punto il ddl veniva trasmesso al Senato dove rimaneva, tra alterne vicende (tra cui il cambio del relatore, prima Passigli nominato il 27 maggio 1998, poi Dentamaro, dal 27 luglio 2000) alla Commissione affari costituzionali per circa due anni¹⁹.

Dopo quindi parecchi mesi di stasi, l'esame del disegno di legge riceveva nuovo impulso ed improvvisa accelerazione con la nomina del nuovo relatore, a partire dall'estate 2000, per poi concludersi il 27 febbraio 2001 con un testo approvato a maggioranza dal Senato con la fortissima opposizione del centro-destra. Il testo era significativamente diverso da quello licenziato dalla Camera dei deputati nell'aprile del 1998.

Sono note le interpretazioni che spiegano l'insolito sviluppo della procedura parlamentare di cui in oggetto con il collegamento alle vicende della Commissione bicamerale per le riforme costituzionali. In particolare, la tesi più diffusa tra gli osservatori specializzati (non, probabilmente, nell'opinione pubblica) è che il testo approvato dalla Camera corrispondesse ad una trattazione normativa "debole" della questione, non in vista al centro-destra, che in cambio offriva collaborazione e disponibilità per la difficile opera di revisione della Costituzione che vedeva in prima linea il centro-sinistra ed i suoi leaders principali. Fallita la Bicamerale, la maggioranza di centro-sinistra non avrebbe più avuto interesse ad una regolazione "morbida" del conflitto di interessi, ma anzi avrebbe cercato di forzare verso

¹⁹ Così il relatore spiega la pausa del procedimento legislativo: "Poi è arrivata al Senato - la proposta di legge, ndr. - dove, come relatore, l'ho tenuta bloccata per due anni, non per mantenere un potere di ricatto nei confronti di Berlusconi in previsione della futura campagna elettorale, ma perché Forza Italia si è sempre rifiutata di modificare e, diciamo così, "correggere" quei difetti" (S. PASSIGLI, *op. cit.*, 98).

TESTO PROVVISORIO

soluzioni più radicali (da taluni ritenute meramente punitive²⁰, da altri più conformi ad un sistema autenticamente democratico)²¹.

3. I “rimedi” al conflitto di interessi nelle proposte di legge. I profili di continuità e di diversità nel trattamento normativo.

Lo studio delle proposte di legge presentate in materia segnala come il dibattito intorno ai rimedi prospettati per la rimozione delle ipotesi di conflitto di interessi si sia sviluppato in maniera assai discontinua, condizionato manifestamente dalle contingenze politiche. Diverse le soluzioni proposte, anche se si registra una certa qual continuità nell'articolazione dei regimi normativi prefigurati attorno ad alcuni filoni di intervento: tra essi la previsione di cause di incompatibilità, di obblighi di segnalazione e comunicazione in chiave di promozione dell'affermazione di un principio di trasparenza²², la peculiare rilevanza della condizione di titolarità di “grandi” imprese e/o di imprese operanti nel settore dei mezzi di comunicazione di massa. Rispetto a quest'ultimo profilo, la rilevanza accordata a tali fattispecie concrete si traduce in trattamenti normativi significativamente diversi, che vanno dalla necessità di una scissione tra la gestione delle attività commerciali al radicale divieto di ottenere concessioni o negoziare contratti con le pubbliche amministrazioni, come meglio sarà precisato in seguito. Il crinale, però, di maggiore disomogeneità si riscontra, come accennato, proprio con riguardo alla rilevanza stessa delle fattispecie di conflitto di interessi, nel disegno di legge presentato dal secondo Governo Berlusconi e poi fissato nella legge 215/2004, che rinuncia definitivamente ad “...un'ottica preventiva, finalizzata ad evitare che tale conflitto si possa produrre”, propria invece di tutte le altre proposte²³.

²⁰ A. CHIAPPETTI, *Sul conflitto di interessi finalmente c'è chiarezza*, intervento su *L'Avanti*, 12 gennaio 2002, ritiene le proposte di maggioranza e opposizione “...ambidue limitatrici della libertà individuale, inutilmente vessatorie e incostituzionali”.

²¹ *Contra*, S. Passigli, che ritiene che “...la vera ragione per cui non si sia mai forzato la mano sul conflitto di interessi, né nel 1996 subito dopo la vittoria nelle elezioni, né durante la Bicamerale, e nemmeno dopo il suo fallimento, sia un'altra e risieda piuttosto nella sconfitta subita nel 1995 nel referendum sugli spot televisivi. Quella sconfitta fu un vero e proprio trauma che convinse la leadership del centro-sinistra che uno scontro frontale con Berlusconi, permettendogli di atteggiarsi a vittima, anziché indebolirlo lo avrebbe reso più forte” (S. PASSIGLI, *op. cit.*, 104).

²² Il principio di trasparenza e di piena conoscibilità da parte dell'opinione pubblica delle posizioni economico-finanziarie dei funzionari pubblici è il criterio fondamentale che ispira la legislazione statunitense in materia di conflitto di interessi: la cd. *disclosure* (cfr. M. B. SALERNO, *Preventing conflict of interest. The regulation of public officials in the USA legislative process*, in L. VIGORITA (a cura di), *Il procedimento legislativo e la disciplina del conflitto di interessi negli Stati Uniti*, atti dei seminari di studio, 6-13-20 dicembre 1995, pubblicazioni CERADI, serie materiali e documentazione n. 19, Un. LUISS, Roma 1996, 47 ss.

²³ A. GUACCERO, *op. cit.*, 130.

TESTO PROVVISORIO

3.1. Incompatibilità, obblighi di segnalazione e di astensione, predisposizione del “piano di distacco delle attività economiche” nella proposta del Comitato di esperti e del primo Governo Berlusconi²⁴.

La proposta in oggetto mirava, come peraltro tutte le altre qui di seguito esaminate, ad assicurare che i titolari di cariche di Governo si dedichino esclusivamente alla cura degli interessi pubblici e non siano sviati dagli interessi privati loro propri, in relazione al patrimonio posseduto o alle attività economiche svolte quali privati cittadini. L'ambito soggettivo di applicazione si limitava al Presidente del Consiglio, ai Ministri e ai sottosegretari di Stato²⁵.

Gli strumenti istituiti per raggiungere il sopraindicato fine erano essenzialmente:

- 1) incompatibilità tra le suddette cariche pubbliche e determinati uffici o attività pubbliche e private;
- 2) introduzione di un obbligo di segnalazione delle situazioni rilevanti ai fini della legge;
- 3) introduzione di un obbligo di astensione, in capo a tali soggetti, dal compimento di atti propri del *munus publicum* ed idonei ad influenzare i propri interessi privati (obbligo sanzionato assai gravemente in caso di violazione);
- 4) individuazione delle attività economiche per cui è necessario garantire certa separazione del soggetto che assuma l'incarico pubblico dalla gestione delle medesime.

E' prevista, inoltre, una specifica disciplina relativa alla titolarità o al controllo di aziende operanti nel settore dei mezzi di comunicazione di massa: si stabilisce il principio per cui non deve essere “...favorito l'interesse del titolare di cariche di Governo mediante forme di appoggio privilegiato e lesivo del pluralismo, dell'obiettività e dell'imparzialità dell'informazione” (art. 3, co. 2), e si dispone poi un regime speciale di controlli (art. 9) affidato ad un penetrante potere di indagine e sanzionatorio dell'Autorità di garanzia per le comunicazioni²⁶.

Mentre la determinazione delle situazioni di incompatibilità è in gran parte simile a quelle di cui alla altre proposte (altri impieghi pubblici o privati, attività professionali, cariche in enti pubblici, gestione di attività imprenditoriali private) assai diversi appaiono i rimedi previsti dal progetto al verificarsi di situazioni di incompatibilità. La proposta in esame si limitava a stabilire (al comma 2 dell'art. 2) che “L'accertamento delle situazioni di incompatibilità di cui al comma 1 spetta alla Camera cui appartiene il titolare di cariche di Governo. Qualora il titolare di cariche di Governo non appartenga al Parlamento è competente il Senato della Repubblica”.

²⁴ Trattasi, come accennato, del ddl AC 4410 (XIII legislatura).

²⁵ Non comprende i commissari straordinari del Governo, come invece il testo licenziato dal Senato nel febbraio del 2001, né le numerose altre categorie di soggetti, tra i quali spiccano i componenti le autorità di garanzia, di cui al testo licenziato dalla Camera nell'aprile del 1998.

²⁶ Il medesimo principio, con una formulazione testuale parzialmente diversa, si rinviene anche nel testo approvato dalla Camera dei deputati nell'aprile del 1998, all'art. 5, comma 2.

TESTO PROVVISORIO

Non vi è alcun rinvio alle fonti regolamentari, per cui si deve ritenere che il senso della disposizione sia quello di ricondurre la soluzione del conflitto alle dinamiche proprie del rapporto di fiducia, e dunque agli strumenti ordinari per far valere la responsabilità politica del componente il (o dell'intero) Governo. Come sarà meglio precisato in seguito, il collegamento tra i modi di rimozione del conflitto di interessi ed il rapporto fiduciario non costituisce pertanto una novità assoluta propria del disegno di legge licenziato dal Governo nel settembre del 2001, ma trova qui un significativo precedente, seppure secondo modalità procedurali diverse.

Quanto alle attività economiche per le quali è necessario assicurare il distacco gestionale dai titolari di cariche pubbliche, assume rilievo il profilo dell'individuazione dei casi rilevanti, di quelli cioè cui consegue l'applicazione della relativa disciplina: essi sono, per la proposta in oggetto, quelli relativi ad imprese dal valore patrimoniale pari ad almeno 50 miliardi, e tutti quelli relativi ad imprese esercenti mezzi di comunicazione di massa, a prescindere da parametri dimensionali. Non rileva, diversamente da quanto non accada, invece, in altre proposte²⁷, la proprietà di un ingente patrimonio mobiliare.

Quanto alla previsione dei rimedi, carattere peculiare di tale proposta la disciplina di un meccanismo di controllo e la previsione di un procedimento specifico per la rimozione del conflitto che non si rinvergono in altre proposte avanzate.

La sequenza procedimentale è la seguente:

- 1) comunicazione da parte dell'interessato all'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato: la comunicazione ha ad oggetto tutte le attività economiche di cui il membro del Governo abbia il controllo, di diritto o di fatto;
- 2) accertamento da parte dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato della rilevanza ai sensi della legge;
- 3) in caso di esito positivo dell'accertamento, fissazione di un termine entro il quale l'interessato presenti un piano che assicuri l'effettivo distacco della gestione dell'attività dall'influenza del membro del Governo;
- 4) valutazione del piano da parte dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, acquisito il parere della Autorità di garanzia per le comunicazioni (nei casi ovviamente di attività nel settore dei media);
- 5) in caso di valutazione di inidoneità da parte dell'Autorità, questa determina indirizzi e termine per la modifica del piano, o in caso di inerzia, provvede d'ufficio.

²⁷ Non pare in effetti a chi scrive che il possesso di un ingente patrimonio mobiliare possa essere considerato irrilevante ai fini della disciplina del conflitto di interessi, se si considera le ricadute enormi sul mercato dei valori mobiliari che le decisioni di governo spesso possono assumere. Attenzione specifica a tale fattispecie era prestata, nella XIII legislatura, dal ddl AC 3612, poi confluito nel ddl AC 1236 (erano considerati rilevanti, ai fini della legge, patrimoni in valori mobiliari e liquidi pari ad almeno dieci miliardi di lire); allorquando tali provvedimenti furono trattati congiuntamente ad altri ed approvati in un testo unificato dalla Camera nell'aprile del 1998, ogni riferimento al possesso di patrimoni mobiliari veniva meno, restando privilegiato il carattere imprenditoriale dei patrimoni posseduti.

TESTO PROVVISORIO

Ciò che più rileva è osservare che il piano deve basarsi sull'opzione tra la dismissione e l'affidamento fiduciario della titolarità o del godimento delle attività economiche a persone fisiche o ad un trust (è specificamente richiamata la convenzione dell'Aja in materia del 1° luglio 1985, ratificata con legge 364/1989), o profilare una combinazione delle due ipotesi (es. dismissione parziale, e trasferimento fiduciario per il resto dei rami di attività). Sebbene il fiduciario sia indicato dall'interessato nel piano, l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato ha un penetrante potere di controllo e di indirizzo nei suoi confronti, che può arrivare alla rimozione.

Si segnalano inoltre il potere generale di vigilanza sul rispetto della legge da parte delle imprese esercenti mezzi di comunicazione e il conseguente potere sanzionatorio affidati all'Autorità di garanzia per le comunicazioni, nonché il potere di vigilanza in capo alle Autorità garante per la concorrenza ed il mercato e di garanzia per le comunicazioni, sugli atti normativi o amministrativi che possano fornire trattamenti preferenziali a favore di attività riconducibili a membri del Governo: la segnalazione è indirizzata al Presidente della Repubblica, ai Presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio.

In conclusione, i caratteri essenziali della proposta del primo Governo Berlusconi possono essere considerati i seguenti:

- in via generale, riconduzione dell'accertamento e della rimozione delle ipotesi di incompatibilità al circuito fiduciario maggioranza parlamentare-Governo;
- nei casi di imprese particolarmente importanti, o operanti nel settore dei media, affidamento allo stesso interessato del compito di individuare una soluzione che contemperì i propri interessi con l'obbligo di assicurare piena separatezza gestionale a tali attività, con compiti di controllo ed approvazione (e solo eventualmente surrogatori) dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.
Seppur con alcune modifiche, l'idea guida del piano di dismissione delle proprie attività fornito dal soggetto che versò in situazione di conflitto di interessi verrà confermata dal testo approvato a larghissima maggioranza della Camera nell'aprile del 1998, e costituisce il nucleo essenziale dell'accordo tra maggioranza ed opposizione dell'epoca. Secondo alcuni osservatori, la prospettiva adottata dal Comitato dei tre saggi e fatta propria dal primo Governo Berlusconi avrebbe distorto il dibattito successivo spostando l'attenzione dal profilo della ineleggibilità parlamentare a quello delle incompatibilità, e avrebbe comportato una limitazione del dibattito stesso ai soli - insufficienti - parametri degli artt. 51, 42 e 41 Cost.²⁸

3.2 L'irrigidimento del trattamento normativo e dell'apparato sanzionatorio nell'analisi contestuale dei progetti licenziati dalla Camera dei deputati (aprile

²⁸ A. PACE, *op. ult. cit.*

TESTO PROVVISORIO

1998) e dal Senato della Repubblica (febbraio 2001); il divieto di ottenere concessioni e stipulare negozi giuridici con le amministrazioni statali²⁹.

Può innanzitutto affermarsi che il tenore delle due proposte era significativamente più rigoroso di quelle contenute nel disegno di legge da ultimo esaminato, sia in ordine ai casi rilevanti, e cioè alle fattispecie concrete qualificabili come meritevoli di intervento, sia, soprattutto, al trattamento normativo ed alla previsione dei rimedi previsti per il verificarsi di un conflitto di interessi.

Il predicato irrigidimento del testo nel passaggio dalla Camera al Senato non riguarda l'ambito soggettivo di applicazione della normativa. Se nel testo della Camera erano ricompresi anche i componenti delle autorità di garanzia, gli amministratori delle società di interesse nazionale o sottoposte all'influenza e al controllo pubblico, nel testo del Senato l'area soggettiva si riduceva sensibilmente, includendo oltre ai membri del Governo solo i commissari straordinari del Governo nominati ai sensi dell'art. 11, legge n. 400/1988.

Un significativo inasprimento (rispetto al progetto esaminato nel paragrafo precedente) del trattamento normativo delle ipotesi di conflitto di interesse accomuna entrambi i testi licenziati dai due rami del Parlamento in ordine alla previsione delle conseguenze giuridiche della sussistenza delle situazioni di conflitto, imperniate intorno all'immediato prodursi di misure di ripristino della legalità violata: i dipendenti pubblici e privati che assumono cariche di Governo sono *de iure* collocati in aspettativa; gli ordini e i collegi professionali competenti provvedono alla sospensione dall'albo dei professionisti che assumano cariche di governo, e che non cessino dall'esercitare la professione³⁰; cessazione immediata

²⁹ Viene qui di seguito condotta una sintetica analisi dei progetti di legge di cui in epigrafe, con particolare attenzione ai profili di novità del testo (ultimo) del Senato (AS 3236) rispetto a quello precedente della Camera (AC 1236-3612-4410-4488-B, da qui in poi, per brevità, AC 1236), e alla differenze tra queste ipotesi di disciplina del conflitto di interessi e quella, sopra esaminata, riconducibile al primo Governo Berlusconi.

³⁰ Un profilo non secondario del complesso problema del conflitto di interessi è quello relativo ai professionisti che assumono cariche di governo. Su tale punto l'ordinamento mostra allo stato una lacuna praticamente totale. E' una prassi relativamente seguita che gli avvocati che assumano l'incarico di ministro o sottosegretario alla giustizia si autosospendano prudentemente dalla professione, ma è opinione unanime (confermata dalla giurisprudenza) che non sussista alcuna causa legittima di incompatibilità: l'art. 3 della legge professionale (risale invero al 1933) che sancisce l'incompatibilità tra l'esercizio della professione e "(...) qualunque impiego od ufficio retribuito con stipendio sul bilancio dello Stato (...)" non può pertanto essere ritenuto riferibile anche alle indennità previste per chi assuma e svolga un mandato politico, a livello nazionale o locale. Tale interpretazione è assolutamente pacifica in giurisprudenza, tanto che la suprema magistratura amministrativa ha semmai ritenuto di dover precisare, per il caso di liberi professionisti che ricoprano la carica di amministratori di enti territoriali, che "Il raddoppio dell'indennità di carica è previsto dagli art. 3, 5, 6 e 7 legge 27 dicembre 1985 n. 816 a favore degli amministratori locali, che siano stati costretti a distogliere tempo ed energie alla propria attività lavorativa autonoma o, se pubblici dipendenti, siano stati collocati in aspettativa senza assegni, per la gravosità del mandato, dovuta alle dimensioni dell'ente amministrativo; pertanto, il detto raddoppio non può essere esteso a coloro che non esercitino attività lavorativa e che non subiscano perdite economiche per l'espletamento della carica, perché disoccupati, studenti o

TESTO PROVVISORIO

dalle cariche direttive assunte in enti pubblici o privati svolgenti attività anche solo parzialmente imprenditoriali, divieto di percepire alcun compenso o fruire di alcun vantaggio relativo alle predette cariche.

La significativa differenza tra le formulazioni della Camera e del Senato è che nella prima l'accertamento delle situazioni di incompatibilità è condotto dal Presidente del ramo del Parlamento interessato (da quello del Senato, se il membro del Governo non è parlamentare - cfr. art. 2, comma 4), mentre nella versione del Senato la competenza passa alla magistratura ordinaria, e più precisamente alla Corte d'appello competente (art. 3, comma 6), o all'ordine professionale (art. 3, comma 4). La stessa ratio, cioè l'intento di condurre fuori dalle istituzioni parlamentari la rilevazione dei casi di incompatibilità, è sottesa alle altre significative diversità in tema di obblighi di comunicazione e dichiarazione: mentre nella versione della Camera i destinatari di tali obblighi sono gli organi parlamentari (i due Presidenti), che poi dovrebbero provvedere a disporre le misure di ripristino, il provvedimento approvato dal Senato istituisce un meccanismo automatico che non necessita di comunicazione alcuna: infatti, se il membro del Governo è dipendente pubblico o privato, l'amministrazione o l'azienda dispongono immediatamente la messa in aspettativa; se esercita una professione, provvede l'Ordine; se ha incarichi direttivi in enti pubblici o privati, provvede la Corte d'appello. Non vi è insomma spazio alcuno per operazioni di favore che una maggioranza parlamentare compiacente potrebbe dispiegare a favore del Governo sostenuto.

Le comunicazioni obbligatorie sono invece mantenute nell'ambito del secondo filone di intervento, quello relativo alla conduzione di attività imprenditoriali. In questo caso non riscontriamo grandi differenze tra la versione della Camera e quella del Senato, se non che nella seconda unico destinatario è l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato (e non anche la Consob): vanno necessariamente comunicati tutti i dati relativi alle imprese delle quali direttamente o indirettamente si detiene la titolarità o il controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c., ovvero una partecipazione superiore al 2% del capitale (quest'ultima previsione è stata aggiunta al Senato). A questo punto l'Autorità garante procede alla valutazione della rilevanza, ai sensi della legge, delle fattispecie di cui è venuta a conoscenza tramite le suddette comunicazioni. La soglia di rilevanza è sensibilmente più bassa nel testo del Senato rispetto a quella del testo della Camera³¹. Sono poi del pari rilevanti le imprese esercenti mezzi di comunicazione

casalinghe" (Consiglio Stato sez. I, 9 gennaio 1987 n. 1965, in *Cons. Stato* 1989, I,1276). Del resto è principio generale che le cause di incompatibilità, traducendosi in limitazioni di libertà costituzionalmente garantite, possano ritenersi sussistere solo se espressamente e specificamente stabilite, senza spazio alcuno per interpretazioni analogiche: in questo senso giurisprudenza consolidata e costante (Cass. civ. sez. un., 9 dicembre 1992, n. 13005, in *Giust. civ. mass.* 1992, fasc. 12), nella quale si legge: "(...) A fronte del diritto costituzionalmente garantito di svolgere l'attività professionale (art. 4 Cost.), le ipotesi di incompatibilità previste dall'ordinamento dovrebbero esser considerate come eccezioni, e quindi interpretate restrittivamente (...)".

³¹ Quindici miliardi, invece che cinquanta.

TESTO PROVVISORIO

di massa, a prescindere dalle loro dimensioni. Entrambi i testi prevedono un autonomo potere di accertamento dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato su cespiti non dichiarati, ma il testo del Senato inserisce anche un potere delle minoranze parlamentari (1/10 dei componenti) di richiedere l'accertamento. Venendo all'analisi dei rimedi previsti dai due articolati per rimuovere conflitti di interessi cagionati dalla titolarità di imprese commerciali, il predicato inasprimento del regime normativo emerge in effetti con evidenza. Nel sistema di cui al testo licenziato dalla Camera, l'interessato può alienare totalmente o parzialmente le attività economiche, o trasferirle ad un trust. Il trustee è scelto in un albo pubblico istituito appositamente. Il tutto deve avvenire entro quarantacinque giorni dall'assunzione della carica di governo, altrimenti il trasferimento al trust avviene d'ufficio, ad opera dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, che sceglie anche il trustee, così come avviene anche qualora questa accerti che i negozi di trasferimento abbiano natura simulata (in questo caso il testo del Senato prevede anche l'irrogazione di una grave sanzione pecuniaria). La differenza fondamentale tra i due testi è che in quello della Camera la scelta del gestore è solo residualmente (a seguito dell'inerzia o dell'insufficienza delle misure operate dall'interessato) affidata all'Autorità di garanzia, mentre nel testo del febbraio 2001 provvedono di intesa il Presidente dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, quello della Consob e quello dell'Autorità di settore, "...sentito il titolare della carica di Governo": non è istituito alcun albo, ma il gestore è scelto tra soggetti di comprovata indipendenza che non abbiano (avuto anche in passato) alcun legame con il membro del Governo. In pratica siamo di fronte ad un caso di determinazione largamente eteronoma del contenuto del negozio di trasferimento tra membro del Governo e gestore. Il testo del Senato prevedeva anche il potere del gestore di sostituire i dirigenti e gli amministratori delle imprese, qualora ciò sia necessario per garantire l'effettiva separazione della gestione. In entrambi i testi, alla cessazione dell'incarico di governo, il titolare rientra nella disponibilità delle attività economiche, e il gestore rende il conto della gestione. Nel testo del Senato troviamo penetranti potere di controllo e di vigilanza dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato sull'opera del gestore, con facoltà di revoca e di sostituzione nel caso che non sia assicurata l'effettiva separazione della gestione (nel testo della Camera era il titolare della carica di Governo ad effettuare la nuova nomina). L'inasprimento del regime di cui al testo del Senato è poi particolarmente evidente negli artt. 11 e 12 del provvedimento, ai quali non corrisponde in effetti nulla di simile nel testo della Camera: tali articoli escludono che l'alienazione a familiari o ad enti di comodo possano soddisfare gli obiettivi della legge, e soprattutto dispongono che la violazione degli obblighi di legge comporti immediata revoca di ogni concessione della quale abbia a godere l'impresa di pertinenza del titolare della carica. Il comma 2 dell'art. 12 dispone poi in via generale che: *"Le imprese di pertinenza del titolare della carica di Governo.....non possono ottenere dalle amministrazioni statali concessioni o altri*

TESTO PROVVISORIO

atti di assenso comunque denominati cui sia subordinato l'esercizio della relativa attività. Non possono, inoltre, stipulare contratti con le amministrazioni statali, né instaurare con esse alcun altro rapporto giuridico inerente o connesso all'esercizio dell'attività propria o di società controllata, controllante o collegata". L'entrata in vigore di una norma del genere comporterebbe, se non la caducazione immediata, quantomeno l'impossibilità di rinnovare le concessioni televisive al gruppo riferibile all'on. Berlusconi.

4.3. La rinuncia al (piano di) distacco dalle attività economiche e il ruolo dell'Autorità di garanzia nella legge 215/2004; la limitazione della rilevanza giuridica del conflitto di interessi alle interferenze funzionali.

Il testo licenziato come proposta dal Governo nel settembre del 2001 e poi divenuto legge vigente (l. 215/2004) presenta un impianto radicalmente diverso da tutti i suoi "precedenti". Diverso già l'ambito soggettivo di applicazione, che continua ad escludere (anche dopo il passaggio parlamentare) i componenti delle autorità di garanzia³², mentre è stata rimossa l'inclusione dei presidenti delle regioni, delle provincie, e dei sindaci delle città metropolitane (art. 1). Tale inclusione suscitava invero notevoli perplessità, alla luce delle recenti modifiche del titolo V della parte II della Costituzione della Repubblica, che com'è noto hanno ridistribuito le potestà normative tra i vari livelli di governo, stabilendo un criterio di attribuzione delle competenze inverso rispetto a quello di cui al "vecchio" art. 117 Cost., devolvendo cioè alla legislazione regionale tutte le materie non espressamente indicate tra quelle sottoposte alla legislazione statale in via esclusiva o concorrente. Atteso che la tutela della concorrenza non sembra assorbire per intero la *ratio* delle disposizioni in esame, altri due riferimenti testuali presenti nell'elencazione delle materie soggette a potestà legislativa statale esclusiva ("organi dello Stato", "organi di governodi Comuni, Provincie e Città metropolitane") sembravano fornire copertura adeguata alla previsione di norme relative alle condizioni di accesso agli incarichi di governo centrali e degli enti locali³³, mentre assai più problematica appariva la riconduzione a tale elenco del potere statale (che il Parlamento avrebbe esercitato, ove avesse approvato tale proposta) di disciplinare le condizioni di accesso e le incompatibilità dei presidenti delle Regioni, che l'art. 122 Cost. affida alla legge regionale. La lettura parlamentare pare essersi mossa nella direzione problematica qui evidenziata approvando una formula normativa più rispettosa delle autonomie regionali³⁴.

³² L'esclusione dei componenti le autorità di garanzia appare invero del tutto irragionevole, se si considerano gli ampi poteri di governo di determinati settori dell'economia che tali organi esercitano.

³³ Invero per questi ultimi andrebbe forse anche tenuto in considerazione altro passaggio del "nuovo" art. 117 Cost, che assegna a tali enti locali "potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione...".

³⁴ Il comma 3 dell'art. 1 recita ora: "Le regioni e le provincie autonome di Trento e di Bolzano adottano disposizioni idonee ad assicurare il rispetto del principio di cui al comma 1".

TESTO PROVVISORIO

La previsione iniziale del divieto di svolgere attività professionali che riguardino solo le "...attività professionali in materie connesse con la funzione svolta..." è stata nel testo licenziato dalla Camera, irrigidita in una più radicale incompatibilità *tout court*, ma è poi ritornata alla versione originaria nel testo definitivo della legge³⁵.

Non sono comunque questi i caratteri più rilevanti. La legge in esame rappresenta una novità assoluta nel panorama delle proposte avanzate in materia proprio per la concezione del conflitto di interessi che presenta, considerato che l'altra innovazione significativa, cioè l'istituzione di un'autorità di garanzia *ad hoc* (peraltro venuta meno nella lettura parlamentare) non appariva del tutto nuova, giacché tutte le altre proposte riconoscevano pure un ruolo (anche se significativamente diverso) ad un'istanza decisoria caratterizzata da profili di indipendenza ed imparzialità.

Il nodo centrale della legge è ad avviso di chi scrive nell'art. 3, ed attiene al momento in cui si voglia fissare la soglia di antiigiuridicità³⁶. Non è più necessario, secondo la norma in esame, scindere la titolarità o la gestione delle attività economiche dalla persona che ricopre incarichi di governo. In via generale si può osservare che la presente proposta di legge introduce per la prima volta nel dibattito italiano - se si eccettuano le posizioni più estreme³⁷ - una visione del conflitto di interessi in termini concreti (o fattuali, che dir si voglia) che assegna rilievo giuridico solo agli atti in grado di incidere specificamente sull'assetto

³⁵ Tale limitazione dell'incompatibilità per esercizio di professioni suscita notevoli difficoltà interpretative. *Nulla quaestio* per ministri, viceministri e sottosegretari addetti al ministero della giustizia che svolgano la professione di avvocato, o per un medico alla sanità e un commercialista nell'amministrazione delle finanze. *Quid iuris* per un avvocato sottosegretario agli interni?

³⁶ In origine, la proposta governativa recitava all'art. 3, intitolato "Obbligo di astensione":

"1. I titolari di cariche di governo, nell'esercizio delle loro funzioni, si dedicano esclusivamente alla cura degli interessi pubblici.

2. Essi devono astenersi da ogni atto, anche adottato collegialmente, in cui sia ravvisabile un conflitto rilevante di interessi.

3. Il conflitto di interessi si considera tale quando l'atto abbia un'incidenza specifica sull'assetto patrimoniale del titolare, del coniuge e dei parenti entro il secondo grado, salvo che il provvedimento stesso riguardi la generalità ovvero intere categorie di cittadini".

Il nuovo art. 3, rubricato "Conflitto di interessi" nel testo approvato definitivamente dispone:

"1. Sussiste situazione di conflitto di interessi ai sensi della presente legge quando l'atto è adottato dal titolare di cariche di governo in situazione di incompatibilità ai sensi dell'articolo 2, comma 1, ovvero quando l'atto ha un'incidenza specifica sull'assetto patrimoniale del titolare, del coniuge o dei parenti entro il secondo grado, con danno per l'interesse pubblico e salvo che l'atto stesso riguardi la generalità o intere categorie di soggetti".

Com'è dato di vedere, le differenze tra le due versioni della norma non concernono il profilo della definizione della fattispecie astratta del conflitto di interessi, che resta la medesima.

³⁷ In una recente intervista ad un grande quotidiano nazionale, il Ministro Lunardi, interrogato sulla possibile situazione di conflitto di interessi nella quale si verrebbe a trovare in ragione dell'avvio di un imponente programma di lavori pubblici nel settore dei collegamenti viari e ferroviari, rispondeva che il problema non si sarebbe neanche posto giacché le azioni della importante società di progettazione ed esecuzione (azienda leader nel settore) da lui fondata erano ormai nella titolarità di altri membri della sua famiglia.

TESTO PROVVISORIO

patrimoniale del titolare di cariche di governo³⁸. Fino al 27 settembre 2001³⁹, era del tutto prevalente l'idea che dovesse essere considerata giuridicamente rilevante la mera situazione di commistione, anche astrattamente intesa, tra l'incarico di governo detenuto e gli interessi economici e finanziari posseduti. Dopo questa proposta il dibattito italiano in materia di conflitto di interessi ricorda in qualche modo i diversi possibili approcci giuspubblicistici al tema delle concentrazioni, laddove si pensi che i modelli tendenziali di trattamento del problema si orientano o nel qualificare come antigiuridico solo l'abuso di posizione dominante, o nel valutare già come elemento distorsivo del corretto dispiegarsi delle dinamiche della concorrenza la stessa esistenza di una posizione dominante, e dunque nel ritenere necessario rimuoverla⁴⁰. Il paragone proposto consente di fare menzione di un ulteriore argomento affiorato spesso nel dibattito italiano in materia di conflitto di interessi, e cioè della pretesa incostituzionalità di rimedi basati sulla dismissione delle attività imprenditoriali e/o finanziarie alla luce dell'assetto costituzionale del diritto di proprietà⁴¹. Prescindendo, secondo le premesse metodologiche della presente indagine, dall'esprimere valutazioni in ordine alla opportunità o meno di tale soluzione, ciò che qui conta sottolineare è che appare difficilmente sostenibile il predicato della radicale incostituzionalità di una soluzione del genere, laddove di pensi che l'ordinamento conosce già, allo stato

³⁸ Questo aspetto allontana la proposta normativa in esame dalle soluzioni proprie degli Stati Uniti d'America, pure improntate ad una "...valutazione in concreto, e quindi *ex post*, delle situazioni incompatibili via via che si verificano durante lo svolgimento della funzione pubblica", ma comunque orientate a considerare rilevante "la semplice esistenza di un pericolo grave ed attuale (*clear and present danger*)" (L. SANTORO, *op. cit.*, 1158).

³⁹ Le intenzioni del Governo in carica erano state invero anticipate nel dibattito parlamentare dell'11 luglio 2001, allorché il Senato della Repubblica respingeva la proposta avanzata dalla opposizione di centrosinistra di avvalersi, ai fini del proseguo dell'iter di esame del disegno di legge approvato dal Senato stesso alla fine della precedente legislatura, della procedura abbreviata di cui all'art. 81 del Regolamento. Il Ministro per la funzione pubblica, on. Frattini, esponente di spicco della maggioranza uscita dalle ultime elezioni politiche, così liquidava, in occasione del dibattito in aula, le istanze espresse a favore di una accelerazione delle procedure: "(...) *Il presidente Berlusconi ha apprezzato le dichiarazioni con le quali il leader dell'opposizione Rutelli si è dichiarato contrario al commissariamento delle aziende e favorevole invece ad un intervento sull'esercizio delle pubbliche funzioni. Si dichiara quindi contrario alla procedura di urgenza per il disegno di legge in esame, in quanto risente di un'impostazione di tipo espropriatorio, e ritiene più opportuno un esame contestuale di tutte le proposte, compreso il disegno di legge che il Governo si è impegnato a presentare sulla materia entro i primi cento giorni di attività*".

⁴⁰ La relazione di accompagnamento spiega la circostanza con la constatazione che "...anche il più rigoroso regime di segregazione o di commissariamento dell'impresa non potrebbe offuscarne la visibilità.....cosicché non sarebbe scongiurata l'astratta possibilità di favori o aiuti indebitamente riservati alla stessa". Ciò che colpisce è che uno degli argomenti principe di coloro che hanno sempre sostenuto l'insufficienza ad integrare una soluzione efficace del conflitto di interessi di qualsiasi ipotesi di "accecamiento" della gestione dell'impresa stessa sia stato utilizzato per motivare non la necessità della soluzione più radicale, l'alienazione dell'impresa, bensì la irrilevanza giuridica della situazione astratta (cfr. S. PASSIGLI, *op. cit.*, 123 ss., e G. SARTORI, *Il conflitto non risolto*, *Corriere della sera*, lunedì 10 dicembre 2001 - articolo di fondo).

⁴¹ In questo senso, da ultimo, anche V. CAIANIELLO, *op. cit.*

TESTO PROVVISORIO

attuale della legislazione vigente, meccanismi di protezione di determinati interessi pubblici (quali quello alla tutela della concorrenza) basati sulla nullità di atti negoziali adottati in violazione di legge, e soprattutto sulla doverosa alienazione di beni giuridici in costanza di situazioni di concentrazione che superino le soglie consentite. Anche se usati raramente, la normativa sulla concorrenza prevede i meccanismi di cd. deconcentrazione (art. 18, comma 2, legge 287/2000) che l'AGCM può attivare, e che includono certamente anche l'obbligo di dismissione⁴². Non pare inoltre che alla declaratoria di incostituzionalità possa efficacemente condurre anche uno scrutinio condotto alla luce del principio di ragionevolezza, laddove si consideri che gli interessi pubblici la cui protezione sembra da ricercarsi come finalità di una disciplina normativa del conflitto di interessi non appaiono certamente meno meritevoli di tutela di quelli sottesi alla disciplina della concorrenza, anzi paiono assurgere, specie sul terreno della protezione del pluralismo e delle pari opportunità tra i competitori politici, al terreno dei principi costituzionali fondamentali. Autorevole dottrina ha già da tempo segnalato come "...l'incompatibilità prospettata - *tra titolarità di cariche di governo e controllo di imprese oltre certe dimensioni*, ndr - non prevede affatto un *obbligo di dismissione*, ma solo un *onere*: chi si trova nelle condizioni previste dalla legge non può, se nominato ministro, mantenere la carica e *anche* quelle proprietà. Deve optare per la politica o per il privato (corsivi dell'autore)"⁴³.

Tornando alla legge 215/2004, se riteniamo, alla luce di una lettura sistematica della disciplina, che l'art.3, che fornisce la definizione normativa di conflitto di interessi rilevante, fornisca piuttosto un criterio ermeneutico generale per l'interpretazione dell'intera legge⁴⁴, appare evidente che la riconduzione di una fattispecie concreta sotto la fattispecie astratta "conflitto di interessi" come definita nell'art. 3 della proposta in esame sembra un'ipotesi assai difficilmente integrabile senza sfociare in un'altra fattispecie giuridicamente rilevante, il reato di abuso di ufficio di cui all'art. 323 c.p.. Infatti, a ben vedere, posto che il conflitto di interessi sarebbe giuridicamente rilevante solo ove l'atto espresso (e non anche eventuali omissioni o comportamenti)⁴⁵ non riguardi "la generalità

⁴² Cfr. V. MANGINI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, 4^a ed., Giappichelli, Torino, 2012, 125.

⁴³ P. BARILE, *Conclusioni*, in L. VIGORITA (a cura di), *Il procedimento legislativo e la disciplina del conflitto di interessi negli Stati Uniti*, atti dei seminari di studio, 6-13-20 dicembre 1995, pubblicazioni CERADI, serie materiali e documentazione n. 19, Un. LUISS, Roma 1996, 85 ss., 86.

⁴⁴ Tale lettura è rafforzata dalla previsione, già dell'art. 7, comma 1, del testo governativo ("L'Autorità individua e segnala le situazioni di *rilevante* (corsivo nostro) conflitto di interesse..."), ora dell'art. 6, comma 2 ("...Al fine di accertare la sussistenza di situazioni di conflitto di interessi ai sensi dell'art. 3, l'Autorità garante...") del potere dell'Autorità di valutare la sussunzione dell'ipotesi materiale di volta in volta considerata sotto la fattispecie astratta ipostatizzata appunto dall'art. 3.

⁴⁵ E' stato sottolineato come il conflitto di interessi possa verificarsi anche con riferimento a semplici omissioni, con riguardo alla mancata privatizzazione del polo televisivo pubblico, in chiave di superamento del duopolio televisivo. E' evidente che altri competitori privati sul mercato pubblicitario, quali sarebbero le reti già pubbliche una volta privatizzate e perciò private della

TESTO PROVVISORIO

ovvero intere categorie di soggetti”, e considerato che la generalità e l’astrattezza sono caratteri immanenti la produzione normativa, gli unici atti rilevanti potrebbero essere provvedimenti amministrativi, atti *iure privatorum*, o tutt’al più delle leggi-provvedimento. Alla stessa conclusione porta l’analisi della norma (già art. 6, comma 1, ora art. 6, comma 2), in forza del quale l’Autorità accerta se gli atti non siano volti a favorire l’interesse proprio in contrasto con l’interesse pubblico⁴⁶. Appare invero difficile immaginare un atto amministrativo assunto per favorire l’interesse proprio in contrasto con l’interesse pubblico che non integri anche il citato delitto contro la pubblica amministrazione⁴⁷. E’ appena il caso di aggiungere che non contribuirebbe certo a fare chiarezza l’astratta sovrapposibilità di fattispecie materiali rilevanti sia ai sensi della presente normativa, sia ai sensi della disciplina penale, con conseguente rischio di qualificazioni divergenti tra le autorità competenti nei diversi settori; pare anzi a chi scrive che il sistema istituzionale italiano non abbia bisogno di ulteriori punti di contatto e di frizione tra l’esercizio del potere giudiziario e il compimento di atti di natura politica e amministrativa.

5. La riconduzione al circuito fiduciario delle modalità di rimozione del conflitto di interessi; il fondamento costituzionale del trattamento normativo del conflitto di interesse.

Come accennato, nel passaggio parlamentare la maggioranza ha rinunciato alla originaria proposta di istituzione di un’autorità di settore *ad hoc*⁴⁸, preferendo

risorsa del canone, aumenterebbero sensibilmente l’offerta di spazi pubblicitari incidendo profondamente sugli assetti di mercato del settore (cfr. S. PASSIGLI, *op. cit.*, 127).

⁴⁶ La previsione della necessità del danno all’interesse pubblico come elemento costitutivo della fattispecie del conflitto di interessi pare invero problematica, sia perché di difficile dimostrazione, sia perché pare a chi scrive che il problema assuma rilievo giuridico “ben prima” della prova del danno all’interesse pubblico. Non è un caso che tale riferimento manchi del tutto in altri modelli di trattamento normativo del conflitto di interessi quali quello statunitense e quello californiano (cfr. M. B. SALERNO, *op. cit.*, e da ultimo, dello stesso autore, *La regolamentazione degli interessi finanziari di pubblici ufficiali negli USA e in California*, intervento disponibile sul sito dell’associazione italiana costituzionalisti, www.associazionedeicostituzionalisti.it).

⁴⁷ L’area materiale delle due fattispecie resta diversa, atteso che, mentre la normativa in oggetto richiede che l’atto di favore sia compiuto in danno dell’interesse pubblico, il danno effettivo non è considerato indispensabile per l’integrazione dell’elemento oggettivo del reato (cfr. Cass. 23 dicembre 1988, in *Giust. pen.* 1989, II, 533).

⁴⁸ Prevedeva invece l’istituzione di una “Autorità garante dell’etica pubblica e della prevenzione del conflitto di interessi” (art. 5) il disegno di legge presentato alla Camera dall’opposizione (il cd. ddl Rutelli, AC 2214). La proposta era basata su di una ampia presunzione iuris et de iure di conflitto di interessi; “...Il possesso, anche per interposta persona, di partecipazioni rilevanti in imprese operanti nei settori della difesa, energia, servizi erogati in concessione o autorizzazione, nonché concessionarie di pubblicità ed imprese dell’informazione giornalistica e radio-televisiva editrici di testate a diffusione nazionale, è in ogni caso suscettibile di determinare conflitti di

20

TESTO PROVVISORIO

attribuire le funzioni in parola all'Autorità di garanzia per la concorrenza ed il mercato⁴⁹. Il meccanismo di fondo, però, rimane il medesimo. L'Autorità di garanzia riferisce al Parlamento dei casi dei conflitto di interesse rilevanti riscontrati e formula un parere circa le misure idonee a porre rimedio al conflitto⁵⁰. Se è pur vero, come accennato in precedenza, che funzioni di verifica e di controllo erano affidati anche da altre proposte di legge ad autorità di garanzia, è significativo che a tale organo la proposta governativa non affidi poteri diretti di intervento, ma, più limitatamente, solo quelli di sollecitare le Camere ad intervenire. In questo caso, diversamente da quanto non accada in molti altri settori dell'ordinamento, all'attribuzione di compiti di vigilanza alle competenti autorità di garanzia non fa seguito il conferimento di effettivi poteri di regolazione dei casi concreti, poteri che prescindano dalla formazione dell'indirizzo politico, ma piuttosto siano da considerarsi come una diretta attuazione dei principi costituzionali in materia⁵¹. Anzi, la scelta di fondo è quella di spostare il problema della rimozione dei casi di conflitto di interesse nell'area delle dinamiche proprie del rapporto di fiducia e qualificare l'eventuale rilevazione di un conflitto di interessi come fatto rilevante politicamente, nell'ambito del rapporto di indirizzo politico che lega Governo a maggioranza parlamentare. Ciò sembra invero contraddire anche le dichiarate premesse politiche della legge in commento, basata sull'assunto in forza del quale il problema politico del conflitto di interessi

interessi" a meno che "...l'Autorità di cui all'articolo 5, sentite l'Autorità garante della concorrenza e del mercato nonché le Autorità di settore eventualmente competenti, motivatamente attesti la posizione marginale dell'impresa nel relativo settore di attività o la sua non rilevanza in relazione alle specifiche funzioni e poteri inerenti all'incarico di Governo esercitato" (art. 3, comma 4). Mancava poi ogni ipotesi di riconduzione della definizione dei rimedi al circuito parlamentare giacché era la stessa Autorità che adotta le disposizioni conseguenti alla sussistenza di una situazione di conflitto, anche su proposta dell'interessato (cfr. art. 7).

⁴⁹ Si segnala in questa sede che con parere inviato in data 27 febbraio 1995 (e pubblicato nel bollettino n. 8 del 1995), l'Autorità di garanzia per la concorrenza ed il mercato, per il tramite del suo Presidente Giuliano Amato, aveva già espresso alle Camere la propria preoccupazione in relazione ad un'estensione dei poteri di indagine e di segnalazione dell'Autorità antitrust sul terreno del conflitto di interessi, lamentando che in tal caso si sarebbe rischiato uno spostamento inopportuno del ruolo e della posizione ordinamentale dell'autorità stessa: "...il che trasforma la stessa Autorità in organo di investigazione amministrativa, con ambiti e finalità di accertamento che la portano del tutto al di fuori del suo ruolo istituzionale e delle attività per le quali è attrezzata".

⁵⁰ Tale previsione richiama analoga disposizione dell'articolato proposto dai "tre saggi" incaricati dal primo Governo Berlusconi (art. 10), anch'essa volta a far valere la "...responsabilità politica dei membri del Governo che abbiano adottato un comportamento indebito" (A. GUACCERO, *op. cit.*, 136).

⁵¹ Un esempio significativo di progressivo affidamento di funzioni di regolazione del settore, oltre che di vigilanza e segnalazione, ad una autorità di garanzia, è quello della Commissione di garanzia per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali. Per un'analisi di tale processo mi sia consentito rinviare a G. COLAVITTI, *La libertà sindacale e il diritto di sciopero*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino 2001, vol. II, 707 ss, spec. 740 ss.

TESTO PROVVISORIO

sarebbe stato superato dal voto popolare⁵². Se è vero che il problema del conflitto di interessi non è di natura politica, perché il voto degli elettori così avrebbe sancito, ma di natura istituzionale, non sembra coerente con tale premessa la previsione che il meccanismo normativo di rilevazione e di rimozione del conflitto si realizzi praticamente per intero nel circuito politico per eccellenza, quello parlamentare. Considera criticamente la introduzione di una sorta di “intruso istituzionale” che si frappone “nelle maglie del rapporto fiduciario” anche chi è autorevolmente intervenuto nel dibattito fornendo un parere alla Commissione affari costituzionali della Camera, impegnata nell’attività istruttoria della proposta governativa, correttamente rilevando come i poteri di vigilanza e controllo delle Camere sull’operato del governo costituiscano già una prerogativa delle Camere, e integrino nell’ambito del sindacato ispettivo un carattere imprescindibile della forma di governo parlamentare. Alla luce di tali considerazioni tale contributo suggeriva di ricondurre le attività di controllo e segnalazione non già ad una istituenda autorità di garanzia, bensì alle autorità di garanzia per la concorrenza ed il mercato ed alla autorità di garanzia per le comunicazioni (come nelle proposte dei tre saggi del primo Governo Berlusconi ed in quelle della XIII^a legislatura - vedi paragrafi 3.1 e 3.2), non incidendo peraltro sull’elemento centrale della proposta normativa del Governo, e cioè sulla riconduzione del problema del conflitto di interessi al circuito fiduciario⁵³.

Può essere a questo punto opportuno domandarsi se nella Costituzione della Repubblica non si rinvergono elementi in grado di orientare le scelte discrezionali del legislatore, se non verso l’una o l’altra delle opzioni di regolazione della problematica, quantomeno verso l’accoglimento di una certa visione del concetto stesso di “conflitto di interessi”. In altre parole, precisato come non sia ovviamente compito di chi si accosta a tali temi per motivi di esclusivo interesse scientifico, quello di suggerire concrete soluzioni normative, il problema resta pur quello di valutare se l’impianto dei principi costituzionali ritenuti conferenti al tema possa essere considerato neutrale rispetto financo alla concezione del conflitto di interessi che si vada affermando nella legislazione ordinaria. Non pare in effetti a chi scrive che l’assetto costituzionale vigente, quantomeno con

⁵² Nel dibattito parlamentare del luglio 2001, il Ministro Frattini ebbe modo di affermare: “Il conflitto di interessi presenta una duplice problematica, politica e istituzionale. La questione politica è stata risolta dalla netta maggioranza con cui gli elettori hanno affidato il Governo del Paese all’onorevole Berlusconi, mentre la questione istituzionale, cioè la necessità di colmare un vuoto attraverso una legge equilibrata, è una priorità per il Paese ed è anche l’impegno del Governo (...)”.

⁵³ “Sulla base delle notizie fornitegli dalle due Autorità di garanzia, competerà esclusivamente al Parlamento, nel quadro del suo istituzionale rapporto fiduciario con il Governo, di assumere ogni iniziativa nell’esercizio della sua sovranità”; questa la conclusione del parere di V. CAIANIELLO, *op. cit.*, che propone sì un irrigidimento dell’apparato sanzionatorio a disposizione delle autorità di garanzia, ma solo eventualmente nei confronti delle imprese che beneficino degli atti di favore del potere esecutivo, restando di esclusiva spettanza parlamentare l’adozione di misure nei confronti dei responsabili di tali atti.

TESTO PROVVISORIO

riferimento ai principi di imparzialità e buon andamento, più che con riguardo all'art. 51 Cost.⁵⁴, possa risultare indifferente all'accoglimento di una concezione normativa del conflitto di interessi in termini "astratti", o viceversa, in termini "concreti". Lo status costituzionale del titolare del *munus publicum* - ci si ricollega qui ai termini della questione così come impostati in premessa - non pare orientato a favorire una visione del conflitto di interessi dove assuma rilievo giuridico solo l'interferenza funzionale, e cioè l'effettivo sfruttamento della posizione di pubblico funzionario per ottenere dei vantaggi privati. La fedeltà esclusiva alla Nazione che, ai sensi dell'art. 98 Cost., impegna tutti i pubblici impiegati, assume, per i titolari di incarichi di governo le forme di un giuramento solenne nelle mani del Capo dello Stato, ai sensi dell'art. 93 Cost. Il dovere di ufficio di perseguire esclusivamente l'interesse pubblico primario affidato alla cura dell'amministrazione dovrebbe informare il dovere di imparzialità (art. 97 Cost.) nei termini di una posizione soggettiva di prudente equidistanza dagli interessi privati, collettivi e/o individuali, eventualmente coinvolti nel procedimento, con conseguente obbligo di astensione ogni qualvolta "...l'amministratore non si trovi in una posizione di assoluta serenità rispetto alla deliberazione da adottare"⁵⁵. Non pare poi che, rispetto al dovere di fedeltà esclusiva agli interessi della Nazione (art. 98 Cost.), la funzione di indirizzo politico di cui all'art. 95 Cost. possa giustificare una qualche differenziazione tra lo status costituzionale del titolare di un incarico di governo e la posizione di un qualsiasi altro pubblico funzionario; che anzi si direbbe che la caduta in desuetudine della formula di giuramento prevista per tutti i pubblici impiegati sia sorte che difficilmente possa colpire anche il solenne giuramento del Presidente del Consiglio e dei ministri⁵⁶. La soglia di rilevanza giuridica del conflitto di interessi "consigliata" al legislatore ordinario dalla Costituzione pare a chi scrive

⁵⁴ Invece che nel combinato disposto degli artt. 93, 97 e 98 Cost. rinviengono nell'art. 51 Cost. ("Tutti i cittadini ...possono accedere alle cariche elettive in condizioni di uguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge") il fondamento costituzionale di una legislazione ordinaria regolativa del conflitto di interessi sia A. MANZELLA, *op. cit.* 234, con ampie prospettazioni, e più fugacemente A. BARBERA, *op. cit.*, 219, e S. BARTOLE, *op. cit.* 248. Il riferimento all'art. 51 Cost., pur cogliendo nella titolarità di rilevanti attività economiche e finanziarie la astratta capacità di influenzare l'opinione pubblica in una direzione distorsiva delle corrette dinamiche della concorrenzialità elettorale, non pare a chi scrive del tutto condivisibile, giacché la direzione di senso della disposizione pari in effetti essere volta più ad assicurare eguaglianza delle *chances*, che a vietare commistioni tra interesse pubblico e interessi privati nell'esercizio di poteri di governo, pare cioè concernere più il problema dell'accesso alle cariche pubbliche, che quello del corretto esercizio delle funzioni.

⁵⁵ P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della p.a.*, in *Scritti in onore di P. Calamandrei*, IV, Padova 1958, 25 ss.

⁵⁶ Il comma 3 dell'art. 1 della legge n. 400/1988 recita: "Il Presidente del Consiglio dei ministri e i ministri, prima di assumere le funzioni, prestano giuramento nelle mani del Presidente della Repubblica con la seguente formula: "Giuro di essere fedele alla Repubblica, di osservarne lealmente la Costituzione e le leggi e di esercitare le mie funzioni nell'interesse esclusivo della Nazione".

TESTO PROVVISORIO

precedere di molto il caso dell'atto che "...abbia un'incidenza specifica sull'assetto patrimoniale" dell'interessato. Così di rischia di restituire il principio di imparzialità all'evanescente area dei concetti politici ed etici, piuttosto che a quella delle nozioni giuridiche⁵⁷.

6. Conclusioni.

- 1) Le norme costituzionali possono giustificare soluzioni normative "forti" quali l'obbligo di separazione tra gestione e proprietà, l'obbligo di alienazione, ed anche la decadenza dal *munus publicum* in casi particolarmente gravi. Oltre all'art. 97 Cost., si pensi all'art. 54, comma 2, Cost., in base al quale "I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche debbono adempierle con disciplina e onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge": i ministri, com'è noto, giurano all'atto di assumere le funzioni; o all'art. 98 Cost. per cui i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione.
- 2) È insufficiente la soluzione del problema sul terreno del circuito fiduciario: occorrono rimedi propriamente giuridici.
- 3) La gamma dei rimedi giuridici alle situazioni di conflitto di interessi può in astratto comprendere anche l'obbligo di alienazione: la legge antitrust già conosce ipotesi del genere (la cd. deconcentrazione), e gli interessi di tono costituzionale che la normativa in esame dovrebbe proteggere non sono certo di rango inferiore all'interesse pubblico alla protezione della concorrenza. È chiaro che misure del genere debbono rimanere soggette ad uno stretto scrutinio di proporzionalità, per non essere considerate lesive dell'art. 42 Cost.; sarebbe poi indispensabile che la decisione in questo senso fosse "giustiziabile".
- 4) Per le ragioni di cui sopra potrebbero ritenersi ammissibili, sotto il profilo costituzionale, anche misure molto gravi come la decadenza dalla carica pubblica, da intendersi quale *extrema ratio*, e da pronunciarsi secondo forme giurisdizionali (e non attraverso un decreto del Presidente della Repubblica, come proposto da alcuni), il che consentirebbe di attivare il controllo di costituzionalità, ove ne ricorressero i presupposti (trib. Ministri? Corte d'appello; magari su impulso dell'AGCM).

⁵⁷ U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della p.a.*, in *Dig. it./Disc. pubbl.*, VIII, Torino 1992, 132 ss.