



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

Commissione di studio per la revisione della disciplina vigente in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza

### **Relazione finale sulla revisione della disciplina vigente in materia di inconferibilità e incompatibilità degli incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico (d.lgs. n. 39 del 2013)**

- Luglio 2015 -

La sottocommissione<sup>1</sup> costituita sui temi delle inconferibilità e incompatibilità ha concluso l'esame della complessa materia con una Relazione finale a carattere eminentemente operativo.

Si è preferito, infatti, dare seguito alle finalità perseguite dall'ANAC nella costituzione della Commissione, con particolare riguardo al contributo che l'Autorità intende dare al Parlamento e al Governo in sede di discussione del disegno di legge A.S. n. 1577 "Riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni", che prevede il conferimento di una nuova delega al Governo per l'adozione di decreti correttivi, nonché in sede di predisposizione dei decreti legislativi.

L'Autorità è oggi, con l'entrata in vigore dell'art. 19, comma 15, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito in legge con legge 11 agosto 2014, n. 114, titolare di tutte le funzioni in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza, ivi comprese quelle fino ad allora svolta dal Dipartimento della funzione pubblica.

---

<sup>1</sup> Componenti della sottocommissione: Consigliere Francesco Merloni (coordinatore), Gian Candido De Martin, Professore emerito dell'Università LUISS di Roma, Aldo Sandulli, Professore nell'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, Guido Sirianni, Professore nell'Università di Perugia, Maria Rosaria Di Cecca, in rappresentanza dell'ANCI, Gaetano Palombelli, in rappresentanza dell'UPI.

L'Autorità ha consolidato una puntuale esperienza di applicazione della normativa vigente, affrontando i ricorrenti problemi interpretativi e applicativi posti, anche ai fini delle sue determinazioni, dalle disposizioni del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 e dal decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39.

La Commissione, quindi, rimette al Presidente dell'Autorità la sua Relazione finale nella forma di una lista articolata di proposte motivate di segnalazioni al Governo e al Parlamento di approfondimento di tematiche generali, anche non comprese nell'attuale disciplina, ma soprattutto di puntuale modifica e integrazione della disciplina vigente.

Per ciascuna delle proposte, oltre ad una succinta ricostruzione dei problemi applicativi fin qui riscontrati e ad una breve motivazione delle proposte di modifica, si indica l'eventuale necessità di integrare la delega già conferita al Governo dalla legge n. 190 (in particolare, per le inconferibilità e le incompatibilità, i commi 49 e 50 dell'art. 1). Tale evenienza ricorre per 10 delle 25 proposte avanzate (punti 2,3,4,5,7,8,9,21,23,25).

La Commissione, infine, propone al futuro legislatore l'adozione di una diversa tecnica nella formulazione delle norme. La normativa vigente, al fine di contenere al massimo l'estensione della disciplina, consta di una prima parte contenente le definizioni generali da applicare poi in sede di definizione dei diversi regimi di inconferibilità e incompatibilità, seguita da una seconda parte, articolata in Capi, che seguono, per le inconferibilità, le tre cause principali previste dalla legge n. 190 (condanne penali, provenienza da enti privati regolati o finanziati, provenienza da cariche politiche).

Questa tecnica, accompagnata dalla fretta con la quale le norme sono state scritte, ha prodotto diverse incongruenze (sopra segnalate) e notevoli difficoltà di interpretazione e applicazione delle norme.

Si propone di seguire una tecnica diversa, che consiste:

- a) nella conferma della parte dedicata alle definizioni (da correggere in più punti, come segnalato);
- b) nella conferma del distinto capo relativo alle inconferibilità per condanna penale, anche non definitiva;
- c) nell'individuazione, articolata e dettagliata, delle tipologie di incarichi da conferire (o di cui considerare cause di incompatibilità) e di dedicare a ciascun complesso di incarichi, per tipologia di amministrazione, specifiche parti dell'articolato di legge che contenga le distinte cause di inconferibilità e incompatibilità.

Si può, ad esempio, ipotizzare una sezione (o un solo articolo) dedicata agli incarichi conferibili in una determinata tipologia di amministrazione (o ente, pubblico o privato), che provveda a stabilire, per ciascuna tipologia di incarico, se vi sia inconfiribilità e quale ne sia la durata e se vi sia incompatibilità (nell'esempio dato nell'allegato 1, almeno 19 articoli, uno per ciascuna delle tipologie di enti individuati).

Le proposte qui avanzate sono comprese in tre ambiti di materia: A) Le inconfiribilità; B) Le incompatibilità; C) I poteri di vigilanza, ordine e sanzione dell'ANAC.

## A) Le inconferibilità

1. *Valutare l'eventuale estensione della disciplina delle inconferibilità e incompatibilità agli incarichi politici.*

Il d.lgs. 39 istituisce, in attuazione della delega conferita dall'art.1, commi 49 e 50, un nuovo regime di inconferibilità ed incompatibilità riguardante gli incarichi dirigenziali e gli incarichi amministrativi di vertice negli enti pubblici e negli enti in controllo pubblico, al fine di proteggerne la imparzialità, attraverso la creazione di un diaframma protettivo rispetto alle pressioni dal ceto politico, ed ai rischi di "cattura" da parte degli interessi regolati, che viene a contrastare le patologie proprie del fenomeno delle c.d. "*revolving doors*" (il passaggio senza soluzione di continuità da una carica e da un incarico all'altro) e del cumulo di cariche.

Se oggi il decreto n. 39 considera gli incarichi politici sotto il profilo della provenienza (provenire da un incarico in organi di indirizzo politico delle amministrazioni può compromettere l'aspettativa di imparzialità del funzionario amministrativo), una visione completa del regime delle inconferibilità e delle incompatibilità potrebbe richiedere la ricomprensione nella nuova disciplina anche di quella relativa alla destinazione, cioè al conferimento di incarichi negli organi di indirizzo politico, ai quali pure è richiesta l'imparzialità e la lontananza da specifici interessi che potrebbero condizionare le decisioni assunte dagli organi politici. Questi, infatti, sia pure con riferimento ad atti di indirizzo e non di gestione, possono, con tali atti, condizionare fortemente l'azione amministrativa volta alla loro attuazione. Anche gli atti di indirizzo devono essere formati e definiti ai fini di una loro attuazione imparziale.

I rischi degenerativi insiti nelle "*revolving doors*" e nel cumulo di cariche riguardano palesemente, quindi, non solo le cariche amministrative, ma anche le cariche politiche, e proprio l'attuazione del d.lgs. 39 fa emergere un divario tra la protezione allestita per le cariche amministrative e quella, lacunosa e risalente, relativa alle cariche politiche, tenute esse pure al rispetto dei principi di disciplina, onore ed imparzialità di cui agli articoli 54, 97 e 98 della Costituzione. Da ciò il quesito circa la possibilità di ridurre questo divario, nell'ambito di una eventuale revisione del decreto e della relativa delega, per istituire un regime generale concernente la possibilità di accedere alle cariche

politiche e di cumularle con altre cariche, simmetrico a quello riguardante le cariche amministrative.

La risposta non può che essere negativa, in ragione delle specifiche e irriducibili peculiarità proprie della rappresentanza politica, che devono essere affrontate in una sede propria. La salvaguardia della rappresentanza politica dai rischi degenerativi è affidata a regimi di ineleggibilità, incompatibilità, e (recentemente) incandidabilità, spesso risalenti nel tempo, sordinati ed ispirati a prospettive molto distanti da quelle fatte proprie dalla legge n.190 e dal d.lgs. n.39. Non resta che auspicare che, nell'ambito di una razionalizzazione della materia, peraltro da molto tempo attesa, si operi un opportuno raccordo rispetto agli importati del d.lgs. n.39, eliminando il paradosso per cui le medesime situazioni di conflitto di interessi vietano l'accesso alle cariche amministrative, ma non alle cariche politiche che dovrebbero indirizzarle.

Va, infine, approfondita la possibilità di istituire un regime generale di inconferibilità, incompatibilità, divieto post-carica, relativamente alle cariche politiche non elettive, ma di nomina (componenti degli organi di governo, a tutti i livelli), dal momento che per tali posizioni i limiti introdotti per gli eletti non hanno efficacia. Si tratta, cioè, di rivedere il regime dell'inconferibilità per chi provenga da attività regolate o finanziate; del divieto di cumulare cariche presso enti regolati e finanziati; del divieto di assumere, dopo la cessazione del mandato politico, cariche presso enti regolati o finanziati. Tali questioni, come noto, sono solo parzialmente affrontate dalla vigente legge in materia di conflitti di interesse dei titolari di cariche di Governo, la legge n.215 del 2004 (essa riguarda solo le cariche di Governo, e non anche le cariche di governo non elettive presso le regioni e gli enti locali; non prevede limitazioni alla conferibilità; interviene invece sia sul tema delle incompatibilità sia su quello delle preclusioni post – mandato). Relativamente alle cariche politiche di nomina diverse da quelle del governo nazionale limitazioni possono essere frammentariamente rinvenute negli ordinamenti regionali e locali. Il testo unificato dei progetti di riforma della c.d. legge Frattini, all'esame della Camera nella presente legislatura (AC 275-A, *Disposizioni in materia di conflitti di interesse dei titolari di cariche di Governo. Delega al Governo per l'adeguamento della disciplina dei titolari delle cariche di Governo locali*) opportunamente definisce una serie di indicazioni uniformi, relativamente agli aspetti concernenti conflitti di interesse e incompatibilità valevoli non solo per il governo nazionale, ma anche (con gli opportuni adattamenti) per le cariche di governo regionali e

locali. Il testo, tuttavia, per motivi che non è dato conoscere, ignora le problematiche relative ai regimi di inconfiribilità e ai divieti post-carica.

La Commissione, sul punto, conclusivamente propone un'integrazione del progetto unificato di riforma licenziato dalla Commissione Affari Costituzionali, anche in una prospettiva di coordinamento col d.lgs. 39, piuttosto che l'introduzione della disciplina della inconfiribilità, incompatibilità e divieti post-mandato dei componenti di nomina degli organi di governo nello stesso d.lgs. n. 39 (che presupporrebbe, tra l'altro una specifica delega, destinata a protrarre i tempi di approvazione del provvedimento governativo di riforma della pubblica amministrazione).

2. *Valutare l'estensione del regime delle inconfiribilità alla provenienza da cariche in partiti politici o in organizzazioni sindacali.*

L'art. 53, comma 1-bis, del d.lgs. n. 165 del 2001 vieta il conferimento di incarichi di direzione di strutture deputate alla gestione del personale a soggetti che rivestano o abbiano rivestito negli ultimi due anni cariche in partiti politici o in organizzazioni sindacali o abbiano avuto negli ultimi due anni rapporti continuativi di collaborazione o di consulenza con tali organizzazioni. La *ratio* della norma, come si rileva nella circolare esplicativa del Ministero della funzione pubblica (n.11/2010), si riconduce alla salvaguardia del principio di imparzialità dell'art. 97 Cost., sotto il profilo della prevenzione di distorsioni, di natura clientelare, che potrebbero verificarsi nella gestione del personale pubblico e nella corretta distribuzione delle responsabilità in materia. Va poi ricordato l'art. 35, comma 3, del medesimo d.lgs. 165, che esclude dalle commissioni di concorso coloro che rivestono la titolarità di cariche politiche, accogliendo indicazioni già in passato fornite in materia dalla giurisprudenza. Dunque, si può ritenere ormai acquisita, nell'impianto normativo del pubblico impiego, la consapevolezza del fatto che la titolarità di cariche politiche e sindacali, che pure si riconduce all'esercizio di diritti costituzionali, può dar luogo ad interferenze negative, di tipo clientelare, nella vita delle amministrazioni pubbliche, con pregiudizio del principio di imparzialità e buon andamento; interferenze che hanno assunto una diffusione e un peso tali da giustificare l'adozione di misure preventive che, in modo prudente, ed in base ad un accorto bilanciamento di interessi, mantengono una relativa distanza tra

cariche politiche e sindacali e cariche amministrative di particolare delicatezza.

Posto che la *ratio* delle due norme del d.lgs. 165 corrisponde ad un criterio ispiratore comune a quello del d.lgs. 39, l'interrogativo che si pone è quello di verificare se, in sede di revisione del decreto 39, non possa essere operato un intervento volto ad allineare i contenuti dell'art. 53, comma 1 bis, del decreto sul pubblico impiego al decreto n.39 (per le sue parti relative alle inconferibilità ed incompatibilità riferite a cariche politiche), prevedendo che le cariche partitiche e sindacali (congiuntamente o no) comportino una preclusione temporanea della possibilità di accedere non solo agli incarichi deputati – in via esclusiva - alla gestione del personale, ma ad ogni incarico dirigenziale e ad ogni carica di vertice di enti pubblici o di enti in controllo pubblico. In effetti, la minore severità dell'art.53, comma 1-bis, rispetto al decreto 39 non pare giustificarsi, posto che le cariche partitiche e sindacali, non diversamente da quelle politico-istituzionali, possono procurare un ingiusto vantaggio nella competizione per l'ottenimento della carica amministrativa e possono far temere condotte disancorate rispetto al principio di imparzialità, pregiudicando anche l'aspettativa di imparzialità che deriva per il cittadino dal poter contare su un funzionario che è in carica per meriti solo professionali (si cura in tal modo l'apparire, oltre che l'essere, imparziali).

Negli eventuali principi di delega, **integrativi di quelli già contenuti nella delega della legge n. 190**, dovrebbe comunque chiarirsi che le limitazioni riguardano solo le cariche, quali statutariamente definite, e non già la semplice militanza, la iscrizione o la candidatura a competizioni elettorali; che le organizzazioni sindacali prese in considerazione sono quelle operanti nell'ambito del lavoro pubblico repertate dall'ARAN; che i partiti politici sono quelli registrati; che, coerentemente col criterio della proporzionalità, le limitazioni dovrebbero essere graduate, in ragione sia del bacino territoriale dell'attività politica o sindacale, sia della localizzazione dell'incarico amministrativo.

### 3. *Valutare l'opportunità di introdurre procedure derogatorie per casi specifici*

Un terzo nodo preliminare riguarda l'opportunità di introdurre, in meccanismi che di regola sono automatici e riservati alla legge, delle valvole

di flessibilità, che consentano, in modo trasparente e vigilato, di ritenere non applicabili, in casi specifici, le cause di inconfiribilità e incompatibilità. Si considerino, a questo fine, i casi di soggetti di sicura competenza professionale, adeguata all'incarico da ricoprire, esclusi anche per avere esercitato cariche politiche per un breve periodo; ovvero il caso in cui il periodo di permanenza nella carica che rende l'incarico inconfiribile sia molto più breve del periodo complessivo di raffreddamento e non sia immediatamente precedente il conferimento; ovvero il caso in cui il potenziale conflitto di interesse non sia facilmente accertabile o di sicura evidenza. In questi casi, ad esempio, l'autorità competente al conferimento (o alla rilevazione della situazione di incompatibilità) potrebbe, con atto motivato e trasparente, conferire l'incarico o dichiararlo compatibile con altro incarico, dopo aver acquisito il parere dell'ANAC.

Si tratta, si ripete, di una clausola da utilizzare con grande prudenza e per far fronte ad eventuali situazioni di evidente difetto di proporzionalità nell'applicazione delle norme. Essa dovrebbe essere introdotta nella nuova disciplina di legge in modo esplicito, con una specifica **integrazione dei principi e dei criteri direttivi di delega** e circondata da precise cautele, sia sul versante delle procedure che sul versante della trasparenza da assicurare alle decisioni.

4. *Estendere il regime delle inconfiribilità e incompatibilità nelle aziende sanitarie a incarichi diversi dai tre fin qui disciplinati*

Il d.lgs. n. 39, all'art. 8, limita il regime delle inconfiribilità (e incompatibilità) alle tre figure apicali delle aziende ospedaliere. Questa limitazione deve essere fatta risalire ad un lettura forse eccessivamente verticale del modello di governo interno alle aziende sanitarie, lettura che deriva dall'attribuzione in capo al Direttore generale (assistito dal Direttore sanitario e dal Direttore amministrativo) di tutti i compiti, di indirizzo e gestionali. Nella realtà dei fatti i modelli organizzativi divergono e quasi ovunque numerosi incarichi comportano, se non la diretta assunzione di decisioni amministrative, un determinante contributo alla decisione finale. In sostanza i profili di imparzialità e di prevenzione dei conflitti di interesse dovrebbero essere garantiti in modo sicuramente più ampio coinvolgendo anche figure e posizioni diverse dalle tre apicali.

Il tema è stato al centro di un sofferta “giurisprudenza” della stessa ANAC. Con la delibera n. 58/2013, l’allora CIVIT/ANAC aveva affrontato il problema dell’interpretazione e dell’applicazione del d.lgs. 39 del 2013 al settore sanitario, facendo rientrare nel campo di applicazione della nuova disciplina i dirigenti di distretto, i direttori di dipartimento e di presidio e, in generale, i direttori di strutture complesse. La disciplina si riteneva non applicabile, invece, ai dirigenti di struttura semplice non inseriti in struttura complessa tranne il caso in cui, tenuto conto delle norme regolamentari e degli atti aziendali (art. 3, co. 1-*bis*, e art. 15, decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 (*Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell’articolo 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421*)), al dirigente di struttura semplice sia riconosciuta, anche se in misura minore, significativa autonomia gestionale e amministrativa.

Successivamente, anche al fine di evitare ulteriori dubbi interpretativi e applicativi, l’Autorità ha adottato la delibera n. 149/2014, interamente sostitutiva della delibera n. 58/2013. Con tale provvedimento, l’Autorità ha ritenuto applicabile il d.lgs. 39/2013 a tutte le strutture del servizio sanitario che erogano attività assistenziali volte a garantire la tutela della salute come diritto fondamentale dell’individuo, ribadendo che nell’espressione “Aziende Sanitarie Locali”, si intendono ricomprese tutte le strutture preposte all’organizzazione e all’erogazione di servizi sanitari, incluse anche le aziende ospedaliere, le aziende ospedaliere universitarie e gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico. Ma, per quel che qui rileva, l’Autorità ha stabilito, altresì, che le ipotesi di inconfiribilità e di incompatibilità di incarichi presso le ASL, devono intendersi applicate solo con riferimento agli incarichi di direttore generale, direttore amministrativo e direttore sanitario, attesa la disciplina speciale dettata dal legislatore delegante all’art. 1, co. 49 e 50, della l. 190/2012, e dagli artt. 5, 8, 10 e 14, del d.lgs. 39/2013 (in tal senso si è espresso, peraltro, il Consiglio di Stato con la sentenza n. 5583/2014).

L’occasione di una revisione del d.lgs. n. 39 è, quindi, utile per superare l’attuale limitazione legislativa, con una piena riconsiderazione di tutte le figure e posizioni professionali diverse da quelle apicali, che, seppur oggetto di potenziali ed effettivi conflitti d’interesse, non sono state individuate dal legislatore, né nella legge delega (legge 190), né nei decreti attuativi (decreti 39 e 33).

La Commissione, conclusivamente sul punto, ritiene che debbano essere considerate ai fini dell’applicazione del regime delle inconfiribilità, salva la

possibilità di graduare i periodi di raffreddamento in rapporto ai potenziali rischi di conflitto di interessi, almeno le seguenti posizioni (salve ulteriori precisazioni): Direttore di dipartimento, Direttore di distretto, Dirigente medico di presidio, Dirigente di struttura complessa. Da valutare anche la posizione del medico convenzionato (oggetto di attenzione da parte dell'ANAC in un suo orientamento, sia pure nel senso di escludere, a legislazione vigente, la sussistenza di ipotesi di inconferibilità

Per introdurre la modifica proposta alla legislazione vigente, sulla quale l'Autorità ha avuto modo di registrare in via informale la conforme opinione del Ministero della salute, **la delega della legge n. 190 deve essere espressamente integrata.**

5. *Disciplinare le inconferibilità per provenienza da cariche politiche a livello nazionale.*

Una delle più vistose carenze del d.lgs.39 viene pacificamente riconosciuta nel fatto che il decreto, all'art. 6, mentre annuncia nel titolo l'intento di disciplinare un oggetto di particolare rilievo e delicatezza, e cioè le "inconferibilità di incarichi a componenti di organo politico di livello nazionale", i membri del Governo e del Parlamento, nei suoi due commi: a) ignora completamente gli ex parlamentari; b) rinvia, per quanto concerne gli ex titolari di cariche di governo, ai divieti, molto blandi (per ambito, durata e presupposti), contenuti nella legge Frattini, n. 215/2004 (art.2 c. 4: "L'incompatibilità prevista dalle disposizioni di cui alle lettere b), c) e d) del comma 1 perdura per dodici mesi dal termine della carica di governo nei confronti di enti pubblici, anche economici, nonché di società aventi fini di lucro che operino prevalentemente in settori connessi con la carica ricoperta"). La limitazione post-carica vale dunque per i titolari di cariche di governo solo per 12 mesi anziché per 24, non riguarda gli incarichi amministrativi di vertice e quelli dirigenziali, ma solo le cariche negli enti pubblici, opera solo nel caso in cui l'ex titolare della carica di governo abbia agito in un settore connesso a quello in cui la nuova carica inferisce.

Nella sostanza, il legislatore delegato ha rinunciato, sul punto, ad esercitare la delega, scegliendo di lasciare del tutto immutato lo status quo ante. Ciò ha però determinato uno squilibrio palese e ingiusto tra la severità riservata al personale politico locale e regionale e una condiscendenza nei confronti del personale politico più potente e più in grado di condizionare in termini discorsivi la vita delle amministrazioni. Conseguentemente, la protezione

giustamente riservata agli incarichi amministrativi di vertice delle regioni, delle province e dei comuni, ai dirigenti regionali e locali, agli amministratori degli enti pubblici regionali e locali, agli enti in controllo pubblico regionali e locali, non trova riscontro nel caso delle cariche di vertice e dirigenziali dello Stato, ed in quello degli enti nazionali e degli enti privati in controllo pubblico. In pratica, il regime di distanza tra politica ed amministrazione istituito decreto 39, in ragione della deroga disposta nell'art.6, vale solo per i rami bassi del sistema politico-amministrativo, e non per quelli alti (Parlamento, Governo, Stato, Enti nazionali, etc.) nei quali esso sarebbe egualmente, se non ancor più necessario.

La Commissione rileva, poi, l'evidente contraddizione tra il regime delle inconferibilità di cui all'art. 6 del decreto e il regime delle incompatibilità tra cariche politiche e incarichi amministrativi che, invece, le prevede anche a livello nazionale (art. 11, comma 1).

Per correggere questo stato di cose è sufficiente la conferma della delega già conferita al Governo dalla legge n. 190 del 2012, con principi direttivi invariati. L'esigenza di tale riapertura diviene ancor più cogente alla luce dei contenuti del progetto di riforma della legge 215 del 2004 all'esame del Parlamento (AC 275-A), che non riproducono o modificano i divieti post-mandato sopra ricordati, contenuti nell'art.2, comma 4, della vigente legge, ma li sopprimono tout court. Se l'art.6 del decreto 39 non fosse corretto, precisando le inconferibilità e i divieti post-mandato previsti a carico dei titolari politici di livello nazionale, il rinvio ai divieti della legge 215 si risolverebbe in un rinvio a divieti inesistenti.

Una disciplina organica delle inconferibilità e dei divieti post-mandato in caso di provenienza da cariche politiche di livello nazionale potrebbe consigliare di unificare le competenze di vigilanza e sanzione in capo all'ANAC (oggi le incompatibilità e inconferibilità della legge Frattini, con riferimento ai titolari delle cariche di governo, sono affidate all'Autorità antitrust). L'Autorità, infatti, già si occupa delle inconferibilità per la provenienza da cariche politiche regionali e locali e delle incompatibilità stabilite dal decreto n. 39 a tutti i livelli di governo, compreso quello nazionale.

Ai soli fini dell'attribuzione organica di queste funzioni all'ANAC, vista la necessità di un loro trasferimento dall'AGCM all'ANAC, **va integrata la delega** già conferita dalla legge n. 190 (vedi anche il punto 25).

6. *Eliminare, tra le cause di inconferibilità per provenienza da cariche politiche, la provenienza da enti pubblici e da enti di diritto privato in controllo pubblico.*

Nel disciplinare l'inconferibilità di incarichi a componenti di organo politico di livello regionale e locale l'art. 7, commi 1 e 2, individua i soggetti coinvolti nei membri delle giunte e dei consigli, e nei presidenti o amministratori di enti privati in controllo pubblico. Mentre il coinvolgimento dei primi è del tutto ineccepibile, quello dei secondi andrebbe riconsiderato. La legge delega (art.1, comma 50) indica i soggetti interessati dalle limitazioni post-mandato in coloro che "abbiano fatto parte di organi di indirizzo politico o abbiano ricoperto cariche pubbliche elettive" stabilendo due criteri ben circostanziati e da intendersi in termini tassativi: la titolarità di un mandato elettivo e (congiuntamente, o alternativamente) il fatto di essere stati investiti di una funzione di indirizzo politico. La delega ha, cioè, previsto l'interessamento dei titolari di indirizzo politico (tanto elettivi, come i presidenti delle giunte regionali o i sindaci, quanto di nomina (come i titolari di cariche di governo o i membri delle giunte) e di coloro che sono stati investiti attraverso procedure elettorali (anche se, per ipotesi, non partecipassero a funzioni di indirizzo politico).

Nel caso dei presidenti e degli amministratori, tanto degli enti pubblici (si tratta degli enti pubblici diversi dalle amministrazioni territoriali; cioè degli enti da esse istituiti o vigilati), quanto degli enti privati in controllo pubblico, non si riscontra nessuno di tali presupposti: le cariche non comportano, infatti, la titolarità di funzioni di indirizzo politico (in senso stretto come ipotizza la delega del comma 50), ma piuttosto di funzioni di indirizzo politico-amministrativo (per gli enti pubblici) e di indirizzo politico "aziendale" (per gli enti di diritto privato in controllo pubblico), ma sempre in attuazione dell'indirizzo politico ricevuto; esse comunque non sono attribuite attraverso elezioni. L'Autorità si è trovata a dover applicare l'attuale disciplina nel caso della società SAPNA di Napoli: con la delibera dell'8 aprile 2015 ha dato parere (su richiesta) nel senso che l'incarico di amministratore unico della società non poteva essere conferito in quanto la persona interessata ricopriva già l'incarico di amministratore unico di altra società nella stessa regione.

In conclusione, queste inconferibilità non trovano una copertura nei principi della delega, ed andrebbero rimosse, correggendo il d.lgs. n. 39 per ricondurlo alla delega attribuita dalla legge n. 190. Ovvero, sempre che il legislatore lo

ritenga più opportuno, si potrebbe seguire la diversa strada della correzione della delega, nei termini di una rilevante estensione della sua portata, fino a ricomprendervi tali figure.

Non contraddice questa conclusione la diversa previsione contenuta nell'art. 8 del d.lgs. n. 39, che prevede l'inconferibilità delle cariche nelle Aziende sanitarie per chi provenga da enti pubblici o da enti di diritto privato in controllo pubblico che svolgano "funzioni di controllo, vigilanza o finanziamento del servizio sanitario". Qui la *ratio* dell'inconferibilità è completamente diversa: non siamo in presenza di un divieto generale, legato alla provenienza da cariche *latu sensu* "politiche, ma di un divieto specifico, che mira a prevenire conflitti di interesse tra le posizioni del regolatore/controllore che poi diventa gestore.

Diverso, poi, il caso dell'ente di diritto privato in controllo pubblico; poiché la categoria rientra nella più ampia categoria degli enti di diritto privati "regolati o finanziati" (di cui più avanti, al punto 12) la provenienza dall'ente privato potrebbe far ritenere esistente un conflitto di interessi (il dirigente amministrativo, nell'esercizio delle funzioni di regolazione, vigilanza o controllo, è influenzato dalla precedente cura di interessi privati). Anche in questo caso, quindi, l'inconferibilità previene il conflitto di interessi, non è cagionata dalla provenienza da una carica politica.

Si sottolinea, infine, che la rimozione di questa causa di inconferibilità non pregiudica il mantenimento di cause di incompatibilità tra incarichi amministrativi e la carica di presidente o amministratore di enti pubblici o di enti di diritto privato in controllo pubblico. Una cosa, infatti, è la provenienza da un carica che non ha caratteri di "politicità"; altra cosa è il cumulo di incarichi diversi (si veda il punto 18).

Se si segue la proposta di riportare la disciplina di questa categoria di inconferibilità a coerenza con la delega conferita dalla legge n. 190 non occorrono integrazioni. Se, al contrario, si volesse seguire la via della consapevole comprensione delle categorie degli amministratori di ente pubblico e di ente di diritto privato in controllo pubblico tra quelle che determinano inconferibilità per assimilazione alla provenienza da organi politici o con altra motivazione, la **delega andrebbe integrata**.

7. *Coordinare le ipotesi di inconferibilità per condanna anche non definitiva di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 39 del 2013, con le ipotesi di sospensione dalla carica politica di cui al d.lgs. n. 235 del 2012.*

La legge n. 190, come è noto, ha attribuito al Governo due distinte deleghe: a) una per disciplinare i casi di incandidabilità alle elezioni per coloro che abbiano riportato condanne definitive, nonché i casi di sospensione dalla carica per condanne non definitive per determinate tipologie di reati (delega attuata con il d.lgs. n. 235 del 2012); b) una per disciplinare i casi di inconferibilità di incarichi amministrativi in caso di condanna, anche non definitiva (delega attuata con il d.lgs. n. 39 del 2013).

In entrambe i casi la legge vuole impedire l'accesso o la permanenza in cariche politiche o in incarichi amministrativi di persone che non hanno i necessari requisiti di moralità e imparzialità, ma la disciplina applicabile è divergente, per due aspetti rilevanti: a) il regime dei reati rilevanti ai fini dell'applicazione delle conseguenze per condanna non definitiva; b) l'inclusione o meno dell'ipotesi del reato tentato.

*Reati rilevanti ai fini della inconferibilità degli incarichi amministrativi e della sospensione dagli incarichi politici*

In materia si nota che, da un lato, l'art. 3 del d.lgs. n. 39 prevede una graduazione delle conseguenze in rapporto alla "gravità" dei reati, distinguendo, all'interno dei reati di cui al Capo I del Titolo II del libro II del codice penale, tra "uno dei reati di cui all'articolo 3, comma 1 della legge 27 marzo 2001, n. 97" e "uno degli altri reati previsti" dallo stesso Capo I.

Viene richiamata la disposizione della legge n. 97 del 2001, *Norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche*, perché questa, sia pure ad altri fini (il trasferimento ad altro ufficio del funzionario rinviato a giudizio "in presenza di evidenti motivi di opportunità circa la permanenza del dipendente nell'ufficio in considerazione del discredito che l'amministrazione stessa può ricevere da tale permanenza"), ha considerato alcuni reati, quelli previsti dagli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-ter 319-quater e 320 del codice penale e dall'articolo 3 della legge 9 dicembre 1941, n. 1383, come più gravi degli altri (pure contenuti nello stesso Capo I del Titolo II del libro II del codice penale), tanto che l'inconferibilità, in mancanza di una

interdizione temporanea disposta dal giudice, è sempre di 5 anni (art. 3, comma 2). Per gli altri reati dello stesso Capo l'inconferibilità è rapportata alla pena inflitta (il doppio); (comma 3).

Dall'altro lato, invece, gli articoli 8 (per la sospensione da cariche regionali) e 11 (per la sospensione da cariche locali) del d.lgs. n. 235 prevedono la conseguenza della sospensione dalla carica per condanne non definitive per un'ampia serie di reati di cui al Capo I, specificamente elencati, ma senza alcuna distinzione, né graduazione in rapporto alla loro "gravità" e indipendentemente dalla pena inflitta. Vista la comune *ratio* delle due normative sarebbe opportuno che il legislatore procedesse ad una loro armonizzazione. Per un'eventuale modificazione di entrambe i decreti ai fini della loro armonizzazione o di una modificazione del solo d.lgs. n. 235, sarebbe necessaria **una specifica delega**.

*Estensione dell'ipotesi del reato tentato anche alle inconferibilità di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 39 del 2013*

Come affermato dall'Autorità con l'orientamento n. 68 del 9 settembre 2014, il regime delle inconferibilità di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 39/2013 non può estendersi anche alle ipotesi di reati commessi nella forma del tentativo, perché l'ipotesi non è espressamente prevista dalla legge, rientrando nella discrezionalità del legislatore identificare ipotesi circoscritte relative ai soli reati consumati comportanti, quali conseguenze della violazione dei fondamentali obblighi di fedeltà del pubblico dipendente, l'impossibilità di conferire allo stesso dipendente un incarico dirigenziale, ovvero lo svolgimento di una funzione dirigenziale (Corte cost., 3 maggio 2002, n. 145). Sul punto, però, si nota una contraddizione nell'ordinamento, perché mentre il d.lgs. n. 39 del 2013, all'art. 3, dispone l'inconferibilità di incarichi in caso di condanna per reati contro la pubblica amministrazione, non prevedendo l'ipotesi dei delitti tentati, il d.lgs. n. 235 del 2012 prevede l'applicazione del regime delle incandidabilità e, per quel che in questa sede rileva, della sospensione dalla carica, anche per i reati tentati (art. 7, richiamato dall'art. 8, per le cariche regionali e art.10 richiamato dall'art. 11 per le cariche locali, anche se il comma 1, lettera c), dell'art. 10 sembra escludere i reati tentati).

Anche in questo caso va superato l'attuale mancato coordinamento tra le due normative, rivedendo l'attuale articolo 3 al fine di inserire l'ipotesi del reato

tentato come causa di esclusione dal conferimento di tutti gli incarichi amministrativi considerati dal decreto n. 39.

8. *Adottare una più precisa definizione di “ente di diritto privato in controllo pubblico” o “a partecipazione pubblica non maggioritaria”*

In questa materia si sono fin qui aggiunte, in modo non sempre coordinato, definizioni di “società” o di “enti di diritto privato” in controllo pubblico, rilevanti per finalità diverse, tutte relative agli strumenti di prevenzione della corruzione e della trasparenza nelle pubbliche amministrazioni. La legge n. 190 (art. 1, comma 49, in materia di inconferibilità, e comma 60, in sede di definizione dell’ambito soggettivo di applicazione della sua disciplina) parla di “soggetti di diritto privato sottoposti al controllo”; il d.lgs. n. 39 (art.1, comma 2, lettera c)) adotta una definizione di “enti di diritto privato in controllo pubblico” nella quale si dà rilevanza alle attività di pubblico interesse svolte e al controllo ai sensi dell’art. 2359 c.c. ovvero al riconoscimento alle amministrazioni, anche in assenza di partecipazione azionaria, di “poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi”; il d.lgs. n. 33, infine, con la modifica introdotta al suo art. 11 dal dl. n. 90 del 2014, adotta la definizione di “società e altri enti di diritto privato in controllo pubblico”, adottando indicatori di controllo identici a quelli del d.lgs. n. 39.

Un importante contributo definitivo è poi intervenuto con le “Linee guida per l’attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici” adottate dall’ANAC il 19 marzo 2015, poste in consultazione e poi definitivamente approvate nel giugno 2015, frutto di un comune lavoro di approfondimento svolto con il Ministero dell’Economia e delle Finanze (sintetizzato nel documento congiunto con il MEF/ANAC del dicembre 2014). Le Linee guida ANAC consentono ora, da un lato, di ricomprendere nella categoria non solo le società di capitali, ma anche le altre forme giuridiche privatistiche, quali le fondazioni e le associazioni, e dall’altro di distinguere meglio tra “enti in controllo” (quelli controllati ai sensi dell’art. 2359, punti 1 e 2, c.c.) e enti “a partecipazione non maggioritaria”. La distinzione è adottata ai fini dell’applicazione delle misure organizzative di prevenzione della corruzione (negli enti in controllo pubblico le misure devono riguardare l’intera organizzazione dell’ente, negli enti a partecipazione

non maggioritaria le misure riguardano le attività di pubblico interesse eventualmente svolte e sono integrative di quelle adottate ai sensi del d.lgs. n. 231), ovvero ai fini di trasparenza (negli enti in controllo pubblico la trasparenza riguarda, sia pure con adattamenti che tengano conto della possibile rilevanza di attività puramente commerciali svolte, l'organizzazione dell'ente e le attività di pubblico interesse svolte; nelle enti a partecipazione non maggioritaria riguarda le sole attività di pubblico interesse). Essa si rivela utile perché ha effetti anche sul regime delle inconferibilità e incompatibilità, nel senso che gli incarichi da disciplinare sono sicuramente quelli conferiti negli enti in controllo pubblico, perché nella nozione di controllo vi è una forte assimilazione di questi enti alle pubbliche amministrazioni, sotto un profilo che privilegia, al di là del dato formale (la forma privatistica della società, della fondazione o dell'associazione), la rilevanza pubblica dell'ente, perché esso si ritiene costituito per lo svolgimento di attività di pubblico interesse o perché, in virtù della partecipazione maggioritaria esso è da ritenersi finanziato con risorse pubbliche.

Si ritiene necessario, comunque, disciplinare le cause di inconferibilità e incompatibilità anche negli enti solo partecipati, sia pure con riferimento a quei soli incarichi che siano conferiti dalle amministrazioni partecipanti.

Ai fini di un'organica e definitiva adozione di una corretta distinzione tra enti in controllo pubblico e enti a partecipazione pubblica non maggioritaria, rilevante ai fini del regime delle inconferibilità e delle incompatibilità potrebbe essere utile **un'integrazione della delega della legge n. 190.**

#### 9. *Adottare un diversa e più ampia definizione di incarichi dirigenziali*

In ossequio alla volontà del legislatore delegante (commi 49 e 50 della legge n. 190) appare utile riflettere sulla ricomprensione, tra gli incarichi dirigenziali da considerare ai fini della revisione della disciplina delle inconferibilità (e incompatibilità) anche di posizioni di funzionari pubblici, di grande rilievo ai fini della garanzia dell'imparzialità dell'amministrazione, non considerate nel decreto n. 39.

Ci si riferisce, in primo luogo, ai componenti di alcuni organi consultivi e tecnici, le cui valutazioni hanno una incidenza diretta e significativa sulla decisione amministrativa. Si considerino i casi, ad esempio, dei componenti del Consiglio superiore dei lavori pubblici o del Comitato VIA del Ministero dell'ambiente i cui pareri hanno spesso un valore vincolante sulla realizzazione di importanti progetti di opere pubbliche. In questi casi il

profilo dei conflitti di interesse (la provenienza ad esempio da enti privati interessati alla realizzazione di opere pubbliche) o della “neutralizzazione” dei compiti tecnici (sottrazione al sospetto derivante dalla provenienza da cariche politiche) appare giustificare pienamente la comprensione di tali figure tra quelle da considerare ai fini di un equilibrato regime di inconferibilità e incompatibilità.

In secondo luogo appare necessario rivedere la scelta attuale di escludere dal campo di applicazione delle inconferibilità i capi degli uffici di diretta collaborazione, mentre gli “incarichi di funzione dirigenziale nell’ambito degli uffici di diretta collaborazione” sono inclusi (articolo 1, comma 2, lettere j) e k)). La mancata comprensione dei responsabili degli uffici di diretta collaborazione non tiene conto del ruolo sostanzialmente decisivo di questi funzionari nei processi decisionali delle pubbliche amministrazioni. Essa poi, costituisce una evidente disparità di trattamento rispetto alle figure apicali nelle pubbliche amministrazioni (Segretario generale, Capo di Dipartimento, Direttore generale e così via), anch’esse legate al vertice politico da rapporti di tipo fiduciario.

Va considerato, in particolare, il profilo dei possibili conflitti di interesse (si consideri il caso di un alto dirigente di un ente di diritto privato regolato o finanziato da un’amministrazione che poi gli conferisce l’incarico di capo dell’ufficio di diretta collaborazione) e della condizione di chi ha subito condanne penali, anche non definitive. Una maggiore gradualità potrebbe applicarsi per la provenienza da cariche politiche, restando aperto in questo caso il problema di un allineamento di trattamento tra incarichi apicali fiduciari e incarichi di responsabili degli uffici di diretta collaborazione.

Per l’estensione a queste figure, pur potendosi interpretare in modo ampio la delega già conferita dalla legge n. 190, si rivela sicuramente **opportuno integrare la delega.**

10. *Adottare una più precisa definizione degli “enti di diritto privati regolati o finanziati”.*

L’interpretazione della locuzione “enti di diritto privati regolati o finanziati” è particolarmente complessa.

Per l’art. 1, comma 2, lettera d), del d.lgs. n. 39/2013, sono «“enti di diritto privato regolati o finanziati”, le società e gli altri enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, nei confronti dei quali l’amministrazione che conferisce l’incarico: 1) svolga funzioni di regolazione dell’attività principale

che comportino, anche attraverso il rilascio di autorizzazioni o concessioni, l'esercizio continuativo di poteri di vigilanza, di controllo o di certificazione; 2) abbia una partecipazione minoritaria nel capitale; 3) finanzi le attività attraverso rapporti convenzionali, quali contratti pubblici, contratti di servizio pubblico e di concessione di beni pubblici».

Tale disposizione ha dato luogo, principalmente, a due opposte ipotesi interpretative: l'una cumulativa, l'altra disgiuntiva. La prima ritiene che per aversi un "*ente di diritto privato regolato o finanziato*" debbano intervenire congiuntamente i tre requisiti (regolazione, partecipazione azionaria, finanziamento); la seconda propende per la sufficienza della presenza di uno solo tra essi. Il cambio di prospettiva è, ovviamente, radicale, perché optando per il primo criterio il campo si restringe enormemente, mentre prediligendo il secondo si investe un'area molto più vasta.

La Commissione ritiene di poter optare, in linea con i più recenti orientamenti dell'ANAC, per la seconda interpretazione e, cioè, per il criterio disgiuntivo, secondo il quale è sufficiente che un ente privato sia o solo regolato o solo finanziato per rendere inconfiribile un incarico amministrativo (o la permanenza in esso) per chi ne provenga. In questi casi, infatti, la legge vuole che siano evitati in via preventiva conflitti di interesse, che consistano nel portare direttamente nell'esercizio di funzioni amministrative gli interessi dell'ente privato da cui si proviene. E tali interessi possono essere dettati, anche disgiuntamente, da motivi legati ad esigenze funzionali (punto 1) e/o strumentali (punti 2 e 3).

Sciolto il nodo interpretativo, è necessario meglio precisare cosa si intenda, in seno a tale disposizione, per regolazione e per finanziamento, nozioni che possono assumere pluralità di significati e ampio spettro applicativo.

In particolare, la nozione di regolazione potrebbe essere estesa sino a comprendere ogni disciplina pubblica dell'attività economica privata: ma, se l'ambito fosse così esteso, si tradirebbe la *ratio* della disposizione, che è quella di evitare che si ingeneri un rapporto, stabile e duraturo, tra il privato e l'amministrazione regolatrice, in forza del quale l'amministrazione regolatrice possa esercitare poteri (*rulemaking, adjudication, enforcement*) tali da condizionare l'autonomia privata del regolato per la tutela di un interesse pubblico. Poiché il regolato ha interesse a che la regolazione sia orientata a suo vantaggio (*capture*) è fondamentale che il regolato non rivesta incarichi di responsabilità nell'amministrazione regolatrice (inconfiribilità) e chi dirige l'amministrazione regolatrice non abbia relazioni qualificate, come incarichi o cariche, presso i soggetti regolati. La nozione di regolazione, pertanto, deve consistere in

specifici poteri di regolazione, vigilanza e controllo sulle attività fondamentali dell'impresa.

Per quanto concerne il finanziamento, si è discusso se con esso si debba intendere esclusivamente il finanziamento maggioritario o anche quello minoritario. In favore della prima interpretazione si è argomentato nel senso che soltanto il finanziamento maggioritario potrebbe far sì che il soggetto finanziato sia posto in posizione di subordinazione e dipendenza. Pare invece di poter propendere qui per una nozione di finanziamento più ampia, che comprenda tanto la partecipazione minoritaria, quanto il finanziamento di attività: ciò in quanto l'entità del finanziamento non sembra dirimente non soltanto al fine di escludere l'esistenza di un possibile rapporto di parzialità e di dipendenza, ma anche allo scopo di influenzare le scelte del soggetto finanziato.

Infine, occorre meglio precisare l'ambito dei divieti di conferimento degli incarichi, sia per ciò che riguarda la destinazione, sia per ciò che attiene alla provenienza. In ordine alla destinazione, l'inconferibilità investe certamente tutti gli incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni di carattere apicale; mentre, in relazione agli altri incarichi dirigenziali, pare di poter limitare l'ambito applicativo ai soli incarichi dirigenziali relativi ad uffici direttamente investiti dei compiti, funzionali e strumentali, innanzi descritti. Circa la provenienza, devono essere investite tutte le situazioni di coinvolgimento diretto con gli interessi (si pensi alle attività di consulenza svolte a favore dell'ente, di cui va accertata non tanto la "stabilità" quanto la rilevanza: si pensi ad un consulente esterno che ha predisposto, *una tantum*, il piano di ridefinizione delle attività dell'impresa) o di effettivo controllo dell'ente privato (non solo il presidente, l'amministratore delegato, il direttore generale, il dirigente, ma anche il socio privato detentore del controllo).

11. *Chiarire i rapporti tra inconferibilità di incarichi dirigenziali pubblici e divieto di assumere incarichi in enti privati post-mandato (pantouflage).*

L'inconferibilità di incarichi amministrativi per chi provenga da ente privato regolato o finanziato dall'amministrazione che conferisce l'incarico disciplinata dal Capo III del d.lgs. n. 39 e il divieto, a pena di nullità, di assumere incarichi in enti privati per i soggetti (dipendenti, intesi estensivamente ai sensi dell'art. 21 del d.lgs. n. 39) che abbiano esercitato "poteri autoritativi e negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni" previsto dall'art. 53, comma 16-ter, del d.lgs. n. 165 del 2001 (introdotto

dall'art. 1, comma 42, lettera l), della legge n.190) obbediscono alla stessa finalità: evitare, in via preventiva o retrospettiva, i conflitti tra interessi di soggetti privati regolati e finanziati e le decisioni, di regolazione o di finanziamento, di pubbliche amministrazioni.

Le definizioni normative, però, sono molto diverse e non facilmente componibili in un quadro unitario. I “poteri autoritativi e negoziali” del comma 16-ter sembrano configurare un nozione più ristretta rispetto a quelle di “regolazione” e di “finanziamento” adottate ai fini delle inconferibilità. Non è chiaro, in particolare, se nella nozione di potere autoritativo si debbano comprendere solo quelli svolti con atti amministrativi puntuali (la singola autorizzazione, o l'irrogazione di una sanzione) escludendo gli atti amministrativi a contenuto più ampio, fino agli atti amministrativi generali. Anche la nozione di atti negoziali è incerta, potendosi ridurre ai casi in cui il dipendente si sia occupato di vicende relative a singoli contratti (l'aggiudicazione di una gara per una fornitura), escludendo atti negoziali ad effetti più ampi (si pensi ai contratti di servizio pubblico, conseguenti alla scelta dell'affidatario).

In entrambe i casi l'interpretazione più restrittiva appare in netto contrasto con le finalità della nuova disciplina del *pantouflage*; impedire, anche solo in visa retrospettiva, il conflitto di interessi tra la cura dell'interesse pubblico e interessi privati particolari, quando questi possano condizionare impropriamente la scelta pubblica.

Pertanto la Commissione propone di adottare una formulazione nella definizione delle funzioni di regolazione e finanziamento che possa essere applicata in tutti i casi in cui interessi privati possano condizionare le scelte dell'amministrazione che conferisce l'incarico o nella quale ha prestatato servizio il dipendente che accetta incarichi dagli enti privati titolari degli interessi in conflitto.

Al fine di evitare interpretazioni improprie, poi, la Commissione propone di precisare bene che per creare un potenziale conflitto di interesse è sufficiente che le funzioni di regolazione e di finanziamento siano state affidate (dagli atti organizzativi dell'amministrazione) all'ufficio di cui il dirigente è titolare (o nel quale il dipendente presta servizio), senza che si debba dimostrare l'effettivo esercizio di tali funzioni. Il conflitto è, appunto, potenziale, si realizza anche se quell'ufficio non abbia adottato (o il dirigente/ dipendente non si sia occupato di) alcun atto di esercizio delle funzioni che abbiano riguardato quel determinato ente di diritto privato. E' sufficiente

l'attribuzione della competenza all'ufficio, indipendentemente dal suo concreto esercizio, anche in considerazione delle ipotesi di mancato esercizio della funzione dovuto all'improprio condizionamento.

Per allineare la norma sul *pantouflage* alla nuova definizione di enti di diritto privati regolati e finanziati si dovrebbe adottare, al comma 16-ter, una formulazione del tipo: "I titolari di uffici cui sono attribuite, a qualsiasi titolo, funzioni di regolazione e finanziamento di enti di diritto privato nonché i dipendenti assegnati ai medesimi uffici, non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione dell'incarico o del rapporto di lavoro, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari delle suddette funzioni. Le funzioni di regolazione e finanziamento rilevanti ai fini del divieto sono definite nella disciplina in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi amministrativi".

Ai fini indicati potrebbe non essere necessaria la delega, se si considera che il legislatore delegato ha ritenuto di potere integrare la disciplina dell'art. 53, comma 16-ter, con la disposizione dell'art. 21 del d.lgs. n. 39.

12. *Chiarire i rapporti tra le definizioni di "ente di diritto privato in controllo pubblico" e di "ente di diritto privato regolato o finanziato".*

Un punto non chiaro nell'attuale disciplina del d.lgs. n. 39 è dato dal rapporto tra l'"ente di diritto privato in controllo pubblico" e l'"ente di diritto privato regolato o finanziato". Laddove si ritenesse che le due nozioni fossero totalmente svincolate tra loro e, quindi, che non vi fossero punti di sovrapposizione tra la seconda e la prima, si incorrerebbe nella seguente illogicità: che l'"ente di diritto privato in controllo pubblico" non sarebbe stato contemplato dal legislatore, né sul piano attivo né su quello passivo, in disposizioni molto importanti del d.lgs. n. 39, per quanto riguarda il regime dell'inconfiribilità e dell'incompatibilità (artt. 4, 5, 9 e 10 del d.lgs. n. 39), nelle quali si fa riferimento esclusivamente agli "enti di diritto privato regolati o finanziati".

Sicché, se prevalessse l'ipotesi della netta separazione, il riferimento agli enti di diritto privato regolati o finanziati precluderebbe l'applicazione, sul lato attivo, di norme importanti, agli enti di diritto privato in controllo pubblico.

Con gli artt. 4, 5, 9 e 10, l'estensore del d.lgs. n. 39/2013 sembra aver voluto invece ampliare l'attenzione sul tema della inconfiribilità e incompatibilità di incarichi rispetto a quella vasta e "liquida" porzione di territorio, al confine tra pubblico e privato, che investe proprio gli enti privati regolati o finanziati

e, cioè, soggetti appositamente concepiti con forti componenti di ibridazione, che hanno larghi tratti privatistici, ma con vincoli di regolazione o di mezzi che riconducono all'apparato pubblicistico. E, dunque, tale disposizione ha preso a paradigma uno spettro diverso, molto più esteso, rispetto a quello degli enti di diritto privato in controllo pubblico, che di privatistico hanno la veste formale e taluni modi di azione, ma che nascondono un'anima pubblicistica per ciò che attiene alla panoplia di interessi perseguiti (una *mission* essenzialmente pubblica).

Ma ciò non significa che il legislatore abbia escluso gli enti di diritto privato in controllo pubblico dalla applicabilità, nei loro confronti anche di questi articoli. E ciò in quanto l'unica interpretazione plausibile è che tutti gli enti di diritto privato controllati o solo partecipati da pubbliche amministrazioni vanno fatti pienamente rientrare nella definizione di “*enti di diritto privato regolati o finanziati*”, sia sotto il profilo della provenienza sia sotto quello della destinazione.

Gli “*enti di diritto privato regolati o finanziati*” devono quindi intendersi come un cerchio più ampio, al cui interno riposa un cerchio più piccolo costituito dagli “*enti di diritto privato in controllo pubblico*”. Le due categorie non sono totalmente distinte tra loro, ma la seconda, più ristretta, è contenuta nella prima, più estesa.

Per quanto concerne la provenienza, le società, le fondazioni e associazioni in controllo pubblico, nonché gli stessi enti solo partecipati da pubbliche amministrazioni, applicando la distinzione e i criteri di identificazione delle due categorie proposti al punto 8 (in applicazione delle Linee guida recentemente adottate dall'ANAC) sono, da un lato, sicuramente finanziati dalla pubblica amministrazione e, dall'altro, sono soggetti in vario modo alla loro regolazione. Essi, cioè, hanno interessi precisi ad incidere sulle decisioni dell'amministrazione controllante/partecipante che attengono alla regolazione o al finanziamento. La provenienza da uno di questi enti, quindi, fa insorgere gli stessi dubbi sull'imparzialità nell'esercizio dei poteri di regolazione una volta assunto l'incarico dirigenziale nell'amministrazione controllante, che sono al fondamento dell'inconferibilità per provenienza da enti di diritto privato regolati e finanziati.

Quanto alle inconferibilità per destinazione, va considerato il caso in cui un ente di diritto privato controllato o solo partecipato, svolga, per conto o a favore di pubbliche amministrazioni “attività di pubblico interesse”, in particolare attività di regolazione e finanziamento nei confronti di soggetti privati. In questi casi anche le posizioni di amministratore di ente di diritto

privato in controllo pubblico sono inconferibili per coloro che provengano dagli enti privati regolati e finanziati, perché si tratta, anche qui, di evitare il conflitto di interessi di colui che proviene, immediatamente, dalla cura di interessi che mira ad incidere sulle decisioni di rilevanza pubblica dell'ente in controllo pubblico.

13. *Chiarire che le inconferibilità riguardano posizioni attualmente ricoperte*

Si tratta di un punto già emerso nell'applicazione che l'ANAC ha dato delle disposizioni del d.lgs. n. 39. Seguendo un'interpretazione strettamente legata alla lettera della norma, infatti, in numerosi casi le amministrazioni hanno prospettato all'Autorità la tesi per cui le cause di inconferibilità - in particolare quelle correlate al precedente svolgimento di una carica politica - non opererebbero in costanza di mandato elettivo. Più precisamente, secondo quanto rappresentato, le inconferibilità atterrebbero solo alle ipotesi in cui gli incarichi siano già cessati, mentre residuerebbe, per le altre ipotesi (conflitto fra gli stessi incarichi di cui uno dei due in corso), soltanto l'applicazione della disciplina in tema di incompatibilità. Una simile impostazione, tuttavia, appare in aperto contrasto con la finalità della norma che, nel caso della provenienza da organi politici, è quella di evitare che la persona sia scelta solo per tale appartenenza e non per i propri meriti professionali: è di tutta evidenza che la medesima esigenza sussiste non solo in occasione della conclusione del mandato elettivo, ma anche ove lo stesso sia in atto.

L'ANAC, quindi, in sede di interpretazione della normativa ha chiarito che laddove l'inconferibilità è stabilita per coloro che abbiano ricoperto in un periodo dato, precedente all'incarico, una determinata posizione, essa vale, a maggior ragione si direbbe, se la posizione è attualmente ricoperta. L'ANAC sta già provvedendo a segnalare lo specifico caso al Parlamento e al Governo ribadendo la necessità di una formulazione della norma più chiara. Vi si può provvedere in sede di correzione del d.lgs. n. 39 con una formula del tipo: "a coloro che svolgano, o abbiano svolto nei ...anni precedenti il conferimento, incarichi o cariche..., non possono essere conferiti...".

Per introdurre questa correzione non appare necessario integrare la delega già conferita dalla legge n. 190.

14. *Adottare un criterio omogeneo per graduare i periodi di inconferibilità*

Mentre la delega appare molto ampia (si fa riferimento a periodi “non inferiori ad un anno”), evidentemente al fine di lasciare al legislatore delegato la possibilità di graduarli, i periodi di inconfiribilità appaiono definiti dal d.lgs. n. 39 caso per caso, senza che si possa ricavarne un criterio omogeneo.

La Commissione, salva la necessità di esaminare le singole e diverse situazioni quando si potrà operare in sede di revisione organica del decreto, propone di adottare in via generale il criterio della “prossimità” delle situazioni che danno luogo alle inconfiribilità con gli incarichi da conferire. Quando la situazione che dà luogo all’inconfiribilità è più vicina all’incarico da conferire si deve ritenere che maggiori siano i dubbi sulla imparzialità del nominato nell’esercizio dell’incarico.

In applicazione di questo criterio generale, quindi, si propone di stabilire un periodo più lungo, tra i 2 e i 3 anni, per le inconfiribilità relative allo stesso livello di governo (ad esempio nomina a Direttore di dipartimento ministeriale per chi provenga dalla carica di parlamentare, ovvero a direttore generale di Regione per chi provenga dalla carica di consigliere regionale), mentre periodi più brevi, tra 1 anno e 2 anni, possono essere previsti per la provenienza da cariche politiche di livelli di governo diverso da quello in cui si conferisce l’incarico.

Per gli incarichi da conferire a persone provenienti da diverso livello di governo il criterio della prossimità può essere integrato con quello della “visibilità”. Così vanno previsti periodi di inconfiribilità più lunghi per la provenienza “dall’alto” (un parlamentare cui conferire l’incarico di Presidente di ente pubblico regionale) e più brevi per le provenienze “dal basso”, fino a non prevedere divieti per provenienze molto “distanti” (si pensi all’incarico di dirigente in un ministero per un Sindaco di un comune di 15.000 abitanti). Il parlamentare è figura nota e maggiormente caratterizzata sul piano politico, quindi è legittimo il dubbio sulla sua non piena imparzialità nel passaggio immediato dalla carica politica all’incarico amministrativo. Al contrario un Sindaco di un piccolo comune può aver svolto la carica al di fuori di ogni appartenenza politica stretta (si pensi ai numerosi casi di liste civiche locali) e la sua nomina ad un incarico in un ministero nazionale non ne compromette l’aspettativa di imparzialità.

Il criterio va integrato con una più precisa individuazione dell’ambito territoriale di efficacia dei divieti. Così per il conferimento di incarichi dirigenziali degli uffici dell’amministrazione periferica dello Stato si adotterà il criterio della provenienza territoriale (ad esempio la provenienza da cariche politiche nel territorio della regione ove ha sede l’ufficio periferico), laddove

si configurino casi di maggiore “vicinanza” tra carica ricoperta e ufficio da conferire.

15. *Adottare un criterio coerente per la definizione di “amministratore” negli enti pubblici (economici e non) e negli enti di diritto privato in controllo pubblico.*

Il criterio attuale risulta da una norma monca e del tutto incomprensibile (la definizione di cui all’art. 1, comma 2, lettera l)). La norma ha dato luogo a faticose interpretazioni, con particolare riguardo per l’applicazione dell’espressione “Presidente con deleghe gestionali dirette”, espressione forse applicabile negli enti di diritto privato (soprattutto le società), ma di difficile applicazione negli enti pubblici nei quali non si configurano “deleghe”. In tutti gli enti, pubblici e privati, la figura del Presidente assume comunque una forte visibilità, anche nei casi in cui la grande maggioranza dei poteri operativo/gestionali siano affidati ad altro organo. Se così non fosse per molti enti sarebbe più opportuno non prevedere affatto la figura del Presidente, conservando solo quella di amministratore delegato. L’incarico di presidente di ente pubblico e di enti di diritto privato in controllo pubblico richiede, quindi, una certa distanza dalla politica, perché vi è l’aspettativa di un esercizio imparziale della carica.

Altrettanto complessa l’interpretazione dell’espressione “di altro organo di indirizzo dell’attività dell’ente”, che avrebbe un senso solo se si ipotizzasse riferita a componenti dell’organo (collegiale) di indirizzo, cioè se si ipotizzasse che il legislatore delegato, in sede di formulazione finale della norma, abbia per errore omesso l’espressione “di componente di altro organo”.

In sede di correzione del d.lgs. n. 39, se si vuole restare fedeli alla delega conferita dalla legge n. 190, va mantenuta l’idea di un trattamento unitario degli enti pubblici e degli enti di diritto privato in controllo pubblico, adottando, per questi ultimi, la definizione di cui al punto 8.

Se si mantiene l’unitarietà della categoria, appare evidente la necessità di considerare, ai fini dell’inconferibilità, tutte le posizioni negli organi di governo: non solo presidente e amministratore delegato, ma anche componenti degli organi collegiali (consigli di amministrazioni o equivalenti, comunque denominati). Soprattutto per la provenienza da cariche politiche la prassi da interrompere è proprio quella del conferimento di incarichi negli organi collegiali.

Una tale soluzione consente di disciplinare in modo più coerente gli incarichi di componente degli organi collegiali di governo di enti pubblici e privati in controllo pubblico, e di eliminare, per la figura del presidente, il riferimento alle deleghe gestionali dirette, fonte fin qui, come si è visto, di equivoci e di interpretazioni contrastanti.

Da considerare attentamente la figura del direttore generale (o equivalente), cui possono essere affidati, in molti enti (vedi il caso della RAI), funzioni di amministrazione e gestione molto significative. Il direttore generale può quindi, in situazioni specifiche essere considerato un amministratore di ente, pubblico e in controllo pubblico. In questo caso al conferimento dell'incarico devono essere applicate le limitazioni del regime delle inconferibilità.

Potrebbe, invece, essere opportuno graduare i periodi di inconferibilità in rapporto al ruolo svolto dagli amministratori nell'ente: più lunghi per le cariche di maggior rilievo (presidente; amministratore delegato; direttore generale, nei casi in cui intorno a questa figura si concentrino forti poteri, di indirizzo e gestionali; consigliere con deleghe gestionali); più brevi per la semplice partecipazione al Cda.

Le proposte fin qui avanzate riguardano gli enti pubblici (compresi gli enti pubblici economici) e gli enti di diritto privato in controllo pubblico. Resta da valutare la situazione degli enti a partecipazione pubblica non maggioritaria, così come individuati ai sensi del punto 8. In questi enti sarebbe ultronea l'applicazione tout court della disciplina delle inconferibilità per gli incarichi di amministratore della società, mentre coerente con le finalità della legge n. 190 è l'applicazione di tale disciplina ai soli amministratori (presidente, amministratore delegato, direttore generale, componenti dell'organo collegiale di indirizzo) che siano stati nominati dall'amministrazione che detiene la partecipazione non maggioritaria. Questa soluzione è in linea con quanto stabilito nelle Linee guida sugli enti di diritto privato dell'ANAC, nelle quali il regime della trasparenza (ai fini dell'applicazione dell'art.14 del d.lgs. n. 33 del 2013, imposta dall'art. 22 dello stesso decreto) si applica anche agli amministratori nominati dall'amministrazione partecipante.

16. *Precisare meglio la posizione dei dirigenti negli enti pubblici e negli enti di diritto privato in controllo pubblico*

La proposta, avanzata al precedente punto 15, di un regime di inconferibilità (e incompatibilità) per gli amministratori di enti pubblici e di enti di diritto

privato in controllo pubblico non esime dal valutare la posizione dei dirigenti nei medesimi enti, perché anche queste possono dare luogo a situazioni di conflitto di interesse analoghe a quelle che si vogliono prevenire nelle pubbliche amministrazioni.

Si tratta, cioè, di valutare se gli incarichi dirigenziali negli enti siano da assimilare, per poteri attribuiti, a quelli conferiti nelle pubbliche amministrazioni, dove, come è noto, in applicazione del principio di distinzione tra politica e amministrazione ai dirigenti sono riservati, in via esclusiva, tutti i poteri di gestione e di amministrazione attiva.

In realtà per gli enti pubblici non economici nessun dubbio è consentito, perché essi rientrano già nella nozione di pubblica amministrazione di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165. Negli enti pubblici la distinzione tra la posizione degli organi di indirizzo (politico-amministrativo) e la posizione dei dirigenti si applica pienamente (vedi l'art. 4, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001): i dirigenti degli enti sono titolari di autonomi poteri di amministrazione e gestione e la loro posizione deve essere tutelata dal regime delle inconfiribilità ai fini della garanzia della loro imparzialità.

Da considerare attentamente la situazione negli enti pubblici economici, nei quali, come è noto, si sommano caratteri pubblicistici e privatistici nell'organizzazione, mentre l'attività è sempre disciplinata dal diritto privato. Nei casi in cui la disciplina pubblicistica dell'organizzazione dell'ente pubblico economico arriva fino alla definizione di competenze differenziate tra organi di indirizzo e organi di gestione, cui siano chiaramente e direttamente affidate competenze in ordine ad attività di pubblico interesse, le norme sull'inconfiribilità si applicano anche agli incarichi dirigenziali.

Negli enti di diritto privato in controllo pubblico, invece, la dirigenza non appare, salvo casi particolari, destinataria di autonomi poteri di amministrazione e gestione, perché tali poteri sono affidati agli organi di indirizzo (gli amministratori, nel senso prima precisato) o alla direzione generale (o equivalente). Si dovrebbe affermare, quindi, che il regime delle inconfiribilità non si applica, quanto alla destinazione, alle posizioni dirigenziali, salvo che a queste, nello statuto o in altri atti con i quali si stabilisce l'organizzazione dell'ente, non siano chiaramente attribuite funzioni direttive e gestionali delle attività dell'ente. Quanto appena detto vale, a maggior ragione, per gli enti di diritto privato a partecipazione pubblica non maggioritaria.

La provenienza da posizioni dirigenziali negli enti di diritto privato in controllo pubblico o solo partecipati, invece, ha una sua rilevanza quanto alla conferibilità di incarichi in pubbliche amministrazioni o in altri enti, pubblici e privati, titolari di funzioni di regolazione e finanziamento (vedi punto 12).

Per le correzioni che si rendono necessarie per l'attuazione delle proposte qui avanzate non occorre un'integrazione della delega conferita dalla legge n. 190.

17. *Precisare meglio le amministrazioni locali interessate e rivedere le soglie di popolazione*

Il d.lgs. n. 39, soprattutto all'art. 7, contiene norme confuse, sia quanto alle amministrazioni locali di destinazione (quelle che conferiscono l'incarico) che quanto alle amministrazioni locali (e a agli altri enti) di provenienza. Tra le amministrazioni locali vanno considerate da un lato gli enti locali previsti dalla Costituzione (Comuni e Province) e dall'altro le loro forme associative (unioni, consorzi, convenzioni), sempre che diano luogo ad organizzazioni con uffici e incarichi dirigenziali.

Quanto alle soglie di popolazione l'attuale testo adotta sempre quella dei 15.000 abitanti, sia in destinazione che in provenienza. Si propone di mutare questo criterio, mantenendo quella soglia quanto alla provenienza, modificando invece la soglia in destinazione, da portare a 5.000 abitanti. La proposta si fonda sulla considerazione che al di sopra dei 15.000 abitanti, anche in virtù del sistema elettorale applicabile, la provenienza da cariche politiche assume una valenza politica più accentuata. Quanto alla destinazione, al contrario, occorre adeguarsi alla disciplina (art. 23, comma 53, della legge 23 dicembre 2000, n.388) che ha fissato a 5.000 abitanti la soglia di applicazione del principio di distinzione tra politica e amministrazione. Tra i 5.000 e i 15.000 abitanti l'ordinamento ipotizza, infatti, l'esistenza di dirigenti amministrativi titolari di competenze proprie e pertanto da tutelare sotto il profilo dell'imparzialità. Di qui l'applicazione del regime dell'inconferibilità degli incarichi dirigenziali in tutti gli enti locali nei quali, in base alle scelte organizzative dell'ente, esista una vera e propria dirigenza, o vi siano posizioni che sono ad essa equiparate (come quelle disciplinate dall'art. 110 del TUEL) perché ad esse sono affidate funzioni di amministrazione e gestione.

La proposta di abbassare la soglia di popolazione non viene avanzata, invece, per il conferimento degli incarichi di amministratori di enti pubblici (anche economici) e di enti di diritto privato in controllo pubblico, vigilati o

controllati da enti locali. Qui non vi è l'esigenza di tutelare il rispetto del principio di distinzione tra politica e amministrazione e la soglia attualmente stabilita dal d.lgs. 39 appare congrua.

## **B) Le incompatibilità**

### *18. Chiarire i rapporti tra inconfiribilità e incompatibilità*

In generale il d.lgs. n. 39 è impostato nel senso che alle inconfiribilità corrispondono sempre le incompatibilità. Se un incarico non può essere conferito perché si proviene da situazioni che possano compromettere l'imparzialità nello svolgimento dell'incarico (provenienza da imprese regolate o finanziate, provenienza da organi politici), il divieto si prolunga anche all'incarico già conferito. In tal modo si assicura la coerenza del criterio generale, che viene applicato anche per incarichi considerati ai fini della provenienza, che siano conferiti successivamente (un dirigente amministrativo poi nominato assessore in un Comune).

Vi sono, però, dei casi in cui l'ordinamento ritiene alcuni incarichi come conferibili, perché non considerano alcune ipotesi di provenienza come tali da impedire il conferimento, per i quali è necessario stabilire la regola dell'incompatibilità. L'incarico è conferibile, ma il nominato deve scegliere tra l'accettazione dell'incarico e la permanenza in altro incarico che la legge, per ragioni diverse da quelle che danno luogo all'inconfiribilità, ritiene incompatibile con il primo.

Le incompatibilità di cui ci si occupa sono quelle volte a prevenire conflitti di interesse (che compromettono l'imparzialità), non quelle relative all'eccessivo cumulo di incarichi (che compromettono l'efficienza nello svolgimento degli incarichi).

Per fare un esempio: si è proposto (al punto 6) di eliminare, tra le cause di inconfiribilità per provenienza da cariche politiche, la provenienza da enti pubblici e da enti di diritto privato in controllo pubblico, proprio in virtù della scarsa "politicità" di tali cariche. Se la proposta venisse accolta, la provenienza da uno di questi enti non pregiudicherebbe la legittimità del conferimento dell'incarico. Ciò non pregiudica, però, la valutazione sulla compatibilità tra due incarichi, ad esempio, di amministratore di ente di

diritto privato in controllo pubblico, sulla quale ha senso mantenere l'incompatibilità.

Va, quindi, rivista tutta la materia delle graduazioni, sia sul versante delle inconferibilità che non comportano incompatibilità, sia sul versante delle incompatibilità.

19. *Individuare più correttamente, in ossequio alla delega, gli incarichi di cui deve essere stabilito il regime delle incompatibilità*

La delega del comma 50 è chiara nel comprendere tra gli incarichi di cui stabilire il regime delle incompatibilità tutti quelli inclusi nella lettera d). Il riferimento alla lettera d) è ripetuto sia alla lettera e) che alla lettera f).

L'articolo 9, comma 1, del d.lgs. n. 39 non rispetta la delega, perché disciplina le incompatibilità con le cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati solo per gli incarichi di vertice e dirigenziali nelle amministrazioni e non si occupa degli incarichi di amministratore di ente pubblico e di ente di diritto privato in controllo pubblico. E' una lacuna da colmare, in quanto anche gli enti pubblici e gli enti privati controllati possono essere titolari di funzioni di regolazione e finanziamento (nel senso già chiarito).

L'art. 12, poi, non detta una disciplina omogenea quanto alle incompatibilità tra incarichi amministrativi diversi. Al comma 2 non vengono considerati i casi di incompatibilità tra incarichi diversi in pubbliche amministrazioni, enti pubblici e enti di diritto privato in controllo pubblico di livello nazionale. Al comma 3 si considera (lettera c) l'incompatibilità con la carica di amministratori di ente privato in controllo pubblico regionale ma non con la carica di amministratore di ente pubblico. Lo stesso avviene al comma 4, lettera c) per le cariche di livello locale.

Ai fini di una disciplina più coerente di queste situazioni non occorre un'integrazione della delega già conferita.

20. *Chiarire le incompatibilità con le cariche politiche*

L'art. 1, comma 49, della legge n. 190 affida al legislatore delegato una ampia facoltà nella revisione del regime di incompatibilità tra le cariche amministrative e le cariche politiche. Le cariche politiche prese in considerazione sono individuate nella formula degli "incarichi pubblici

elettivi” in termini che possono apparire restrittivi (solo alcune cariche politiche sono infatti elettive) e al tempo stesso poco chiari nel far riconoscere la possibile ratio della incompatibilità. Il successivo comma 50, nell’impartire i principi, opera un opportuno chiarimento, lì dove amplia la previsione fino ad estenderla alle “cariche negli organi di indirizzo politico”. Sicché, in primo luogo, le incompatibilità possono riferirsi anche a cariche politiche non elettive, ed in secondo luogo le incompatibilità corrispondono alla necessità di tenere distinti coloro che hanno poteri di indirizzo sull’amministrazione da coloro che sono soggetti a poteri di indirizzo politico. Il d.lgs. 39, nell’individuare le cariche di indirizzo politico segue un criterio estensivo, precisando nelle definizioni (art. 1, comma 2, lettera f) che queste non si esauriscono nelle posizioni più direttamente politiche (membri del parlamento, ministri, componenti delle giunte e dei consigli, etc.) ma riguardano anche “gli organi di indirizzo di enti pubblici o di enti di diritto privato in controllo pubblico nazionali, regionali e locali”. I successivi articoli 11,12 e 13 si conformano a questo criterio estensivo, ma lo fanno in modo lacunoso. L’art. 11, relativo agli incarichi amministrativi di vertice, nel fissare, al comma 1, le incompatibilità con le cariche di indirizzo politico nazionali, nomina gli enti pubblici nazionali, ma dimentica gli enti di diritto privato in controllo pubblico operanti a quel livello territoriale; il comma 2, relativo alle incompatibilità con le cariche politiche regionali, ricorda gli enti privati in controllo pubblico ma trascura (lettera c) gli enti pubblici; il comma 3, relativo al livello locale, nomina gli enti in controllo pubblico, ma non gli enti pubblici (lettera c). L’art. 12, relativo alle incompatibilità con la dirigenza, nel caso di quelle nazionali (comma 2) dimentica sia gli enti pubblici, sia gli enti in controllo pubblico; nel caso delle incompatibilità regionali, nomina gli enti in controllo pubblico ma non gli enti pubblici (lettera c); nel caso delle incompatibilità locali egualmente ignora gli enti pubblici (lettera c). L’art. 13, riguardante le incompatibilità delle cariche in enti in controllo pubblico, per il livello nazionale (comma 1) dimentica le cariche presso enti pubblici o altri enti in controllo pubblico; per il livello regionale (comma 2, lettera c) nomina gli enti privati in controllo pubblico ma non gli enti pubblici; per il livello locale, ignora tanto gli enti pubblici quanto gli enti privati in controllo pubblico.

Si propone di adottare un criterio univoco: mentre per le inconfiribilità si è avanzata l’ipotesi di circoscrivere la nozione alle sole cariche negli organi di indirizzo nelle amministrazioni pubbliche (non negli enti pubblici e negli enti

privati in controllo pubblico, perché cariche prive di quella “politicalità” che potrebbe far dubitare dell’imparzialità), lo stesso non vale per le incompatibilità, per le quali si deve valutare anche la possibilità di vietare il cumulo di incarichi diversi (sempre per prevenire conflitti di interesse). In questi casi appare preferibile mantenere la nozione ampia di “organi di indirizzo politico” adottata dall’art. 1, comma 2, lettera f), del d.lgs. n. 39, proprio a specificare la dizione della lettera f) del comma 50 della legge n. 190. In questo modo non solo si devono considerare tra gli incarichi di cui stabilire le incompatibilità anche quelli di “amministratore” (nel senso ampio, che comprende anche i componenti dei Cda, vedi punto 9) di ente pubblico (oggi non considerati, paradossalmente, dall’art. 12 del decreto n. 39; vedi punto 15) e di ente di diritto privato in controllo pubblico, ma si devono comprendere queste posizioni ai fini del divieto di cumulo. Ad esempio, si potrà stabilire che un presidente di ente pubblico sia incompatibile con qualsiasi incarico in altri enti pubblici e privati; ovvero che un componente di Cda di ente di diritto privato in controllo pubblico sia incompatibile con un incarico in una pubblica amministrazione, ma compatibile con un incarico in un secondo Cda di ente pubblico o privato. Le incompatibilità vanno in ogni caso attentamente considerate in rapporto ai singoli incarichi.

In conclusione, se, come sembra, i principi della delega, nella loro ampiezza, sembrano consentire le interpretazioni estensive fatte proprie dal decreto 39 nelle sue definizioni (art.1 comma 2, lettera f), risulta però necessario che le incompatibilità a protezione della amministrazione da possibili ingerenze politiche improprie siano fissate in modo univoco e coerente.

La revisione proposta non comporta integrazione dei criteri già definiti nella delega della legge n. 190 del 2012.

#### 21. *Risolvere definitivamente la questione del rapporto tra controllore e controllato*

Il d.lgs. n. 39 appare incerto nell’adozione di un chiaro rapporto tra amministrazione o ente controllante e ente (pubblico o privato) controllato. Mentre cerca di recidere i legami tra amministrazioni e enti di diritto privato regolati e finanziati, non altrettanto fa per i rapporti con gli enti controllati.

La Commissione, nel proporre da un lato una più precisa nozione di “enti di diritto privato in controllo pubblico”, coerente con quella adottata dalle Linee guida dell’ANAC ai fini dell’applicazione delle regole in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza (vedi punto 8) e dall’altro una

più precisa nozione di “ente di diritto privato regolato o finanziato” (vedi punto 10) è andata, nel primo caso, alla ricerca di un’area formalmente disciplinata dal diritto privato, ma che deve sottostare a regole pubblicistiche in quanto parte di una nozione ampia di “pubblica amministrazione” (di settore pubblico allargato, se si vuole) per valutare l’applicabilità a questi enti delle regole delle inconferibilità, soprattutto quanto alla destinazione (l’amministratore di un ente di diritto privato in controllo pubblico poiché spesso svolge attività di pubblico interesse, deve agire con imparzialità e a tal fine l’incarico è “protetto” da divieti. Nel caso dell’ente di diritto privato regolato e finanziato lo scopo della nozione è un altro, quello di delimitare un area di soggetti, sicuramente privati (per essi non si pongono problemi di limitazioni quanto agli incarichi di destinazione) che possono avere interesse a condizionare le scelte dell’amministrazione titolare di funzioni di regolazione o di finanziamento delle loro attività.

Sotto il profilo delle incompatibilità si prospettano profili diversi da quelli fin qui trattati, che riguardano:

- a) la possibilità, per chi sia titolare di un incarico amministrativo presso un’amministrazione che svolge funzioni di regolazione e finanziamento di soggetti privati esterni all’amministrazione, di assumere incarichi presso tali soggetti privati regolati o finanziati;
- b) la possibilità, per chi sia titolare di un incarico amministrativo presso un’amministrazione che “controlla” alcune società o altri enti di diritto privato (nel senso specifico di cui al punto 8 cioè sia in grado di dare a soggetti di diritto privato in suo controllo direttive di azione), di assumere incarichi presso tali enti controllati dall’amministrazione di appartenenza.

La legge n. 190 ha sicuramente avvertito il primo ordine di problemi, affidando al legislatore delegato il compito di disciplinare i casi di incompatibilità (art.1, comma 50, lettera e) tra gli incarichi amministrativi e le attività, retribuite e non, presso “enti di diritto privato sottoposti a regolazione, a controllo o finanziati da parte dell’amministrazione”. Il legislatore delegato ha disciplinato l’inconferibilità (art.4) e l’incompatibilità (art. 9) in riferimento agli enti privati *regolati* ed a quelli *finanziati*, senza però prendere in considerazione gli enti privati *controllati*. Ciò è coerente con la delega, nella quale, come si è visto, la nozione di “controllo” era sinonimo di “regolazione” (la regolazione di un settore può consistere nella sottoposizione delle imprese di quel settore e delle loro attività a “controlli”) e quindi era usato in termini del tutto diversi dal controllo come capacità di

sottoporre gli enti destinatari non a semplici regolazioni, ma a puntuali indirizzi e direttive.

L'omissione della disciplina vigente risente sicuramente di un atteggiamento ondivago, se non apertamente contraddittorio, del legislatore in materia di rapporti tra amministrazione controllante e ente privato controllato. Da un lato una legislazione contemporanea al decreto (art. 4 del dl. n. 95 del 2012, convertito in legge n. 135 del 2012) ha stabilito (almeno per le società partecipate dal MEF) il principio della necessaria partecipazione di dirigenti del ministero nei Cda delle società controllate e partecipate, ai fini prevalenti di risparmio (*spending review*), in una prospettiva di progressiva dismissione delle partecipate in grado di operare sul mercato; i dirigenti nominati, infatti, non percepiscono ulteriori retribuzioni dalla partecipazione agli organi di governo delle società controllate. La gratuità dell'incarico nei Cda riduce il rischio di commistione tra funzioni di regolazione/controllo esercitate dall'amministrazione e funzioni di gestione affidate alle controllate, soprattutto nei casi in cui la nomina fosse accompagnata dalla limitazione della partecipazione del funzionario in funzione esclusiva di controllo (cioè senza affidargli deleghe gestionali), ma non elimina affatto il problema. Il funzionario "distaccato" presso l'ente controllato continua spesso ad esercitare le funzioni di regolazione e controllo per conto dell'amministrazione; ma anche se non avesse direttamente funzioni di controllo nell'amministrazione, sarebbe naturalmente indotto a portare all'interno dell'amministrazione la voce (e gli interessi) dell'ente controllato. Dall'altro lato abbiamo l'esempio di una disciplina, oramai non più in vigore, in materia di servizi pubblici locali. Il regolamento adottato con D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168, in esecuzione della normativa in materia di SPL (art.23-bis, TUEL), poi travolta dai referendum del giugno 2011, si ispirava al principio della netta separazione tra controllati e controllori, proprio a livello locale, dove il fenomeno è ancora lungi dall'essere adeguatamente regolato.

La Commissione ritiene che la questione fin qui trascurata è di enorme rilevanza perché l'adozione di un chiaro criterio di incompatibilità tra incarichi nelle amministrazioni controllanti e incarichi negli enti, pubblici e privati, da esse controllati è anche uno strumento fondamentale: a) per evitare il perpetuarsi di rapporti impropri e opachi tra compiti diversi e da mantenere distanti; b) per arrestare la proliferazione di enti al solo fine di moltiplicare incarichi da affidare al sistema politico (nazionale e locale) ovvero al fine di "premiare" (e quindi condizionare impropriamente) i titolari di incarichi amministrativi; c) per ridurre in via generale il numero dei componenti degli organi collegiali di indirizzo.

La Commissione propone, quindi, di allineare le due diverse discipline secondo un criterio ordinatore omogeneo: quello che vuole prevenire i conflitti di interesse che si verificano quando lo stesso soggetto cumula la veste di regolatore e quella di regolato, di controllore e di controllato, di finanziatore e di finanziato e quando si verificano diretti passaggi dall'ente privato alla amministrazione (“porte girevoli”), con forti rischi di “cattura” del regolatore, del controllore, del finanziatore.

Si tratta di recepire e generalizzare un indirizzo standard riscontrabile nella legislazione di molti paesi ed in quella comunitaria, inteso a proteggere l'indipendenza e l'imparzialità delle autorità di regolazione dai rischi di cattura, già accolto in Italia nell'ordinamento delle autorità indipendenti (art. 2, commi 8,9 e 31, della legge n. 481 del 1995; art.2 del regolamento di organizzazione e funzionamento AEEG 36/10; art. 2 all' del AGCOM 316/02/Cons.). Si propone, quindi, di adottare una disciplina di più chiara incompatibilità tra gli incarichi amministrativi presso le amministrazioni controllanti e gli incarichi di amministratore degli enti di diritto privato che siano nel controllo dell'amministrazione. A questo fine **un'integrazione della delega si rivela necessaria**, perché essa esprimerebbe la volontà del legislatore di superare le precedenti incertezze, al fine di recidere più chiaramente i legami tra controllore e controllato.

## *22. Chiarire le attività professionali e di consulenza incompatibili con gli incarichi*

Vanno meglio precisate le attività professionali incompatibili con la permanenza negli incarichi. La norma vigente (art. 9, comma 2) parla di attività “regolata, finanziata o comunque retribuita dall'amministrazione (va aggiunto “dall'ente”) che conferisce l'incarico”. La disposizione sembra occuparsi solo dei casi di regolazione o finanziamento diretto (il professionista presta la sua opera a favore dell'amministrazione), ma non considera i casi in cui questo, stabilmente o meno, si occupi della cura di interessi particolari, suoi o di altri soggetti privati, che possano pregiudicare la sua imparzialità nell'esercizio dell'incarico, casi in cui il professionista operi a favore di un soggetto privato a sua volta regolato o finanziato dall'amministrazione (nel senso chiarito al punto 10).

Nella stessa direzione vanno meglio chiarite le funzioni di consulenza svolte a favore di enti di diritto privato regolati o finanziati (vedi sempre il punto 10).

Non sembra necessaria, per questa correzione del d.lgs. n. 39, un'integrazione della delega già conferita.

23. *Valutare l'estensione delle incompatibilità per incarichi e attività professionali e di consulenza svolte da congiunti del titolare dell'incarico*

Il conflitto di interessi per un soggetto titolare di un incarico amministrativo (nel senso ampio adottato dalla legge n. 190) può riguardare, quanto allo svolgimento di attività professionali o di consulenza, anche soggetti a lui vicini. Lo svolgimento delle funzioni pubbliche affidate potrà essere fortemente condizionato da tali interessi in tutti i casi sia chiamato a decidere (o a concorrere a decisioni) relativamente a casi in cui gli interessi siano coinvolti.

Va, quindi, valutata l'estensione delle situazioni di incompatibilità ai casi in cui il conflitto di interessi sia in capo non al titolare dell'incarico, ma ad una persona a lui particolarmente vicina (coniuge, convivente, parenti e affini compresi in una cerchia che può essere più o meno larga). La questione non è affrontata dal decreto n. 39 (del resto non era stata presa in considerazione nella delega conferita dalla legge 190). Solo nella disciplina delle incompatibilità tra le cariche direttive delle aziende sanitarie e le cariche in enti privati regolati e finanziati (art.10, comma 2) il decreto si occupa del caso di attività in conflitto potenziale di interessi svolte dal coniuge o dai parenti ed affini fino al secondo grado, confermando il regime già esistente.

E' opportuno rammentare che l'esigenza di contrastare il familismo trova già riscontro, sia pure in modo sporadico, nell'ordinamento: il diritto societario (art.2399 c.c.) vieta che il coniuge degli amministratori ed i parenti e gli affini fino al quarto grado possano accedere alla carica di sindaco; un analogo divieto è posto dall'art. 236 TUEL per la carica di revisore dei conti. Lo stesso TUEL (art. 64, comma 4) vieta che il coniuge, gli ascendenti, i discendenti, i parenti e gli affini fino al quarto grado del sindaco e del presidente della giunta provinciale possano far parte della giunta o essere nominati quali rappresentanti del comune o della provincia. L'art. 4 del dl. 138/2011, poi annullato dalla Consulta, estendeva le incompatibilità ed i divieti post carica fatti agli amministratori locali e ai dirigenti della assunzione di incarichi presso gestori di servizi pubblici locali al coniuge, ai parenti ed agli affini entro il quarto grado. La stessa disciplina della trasparenza sui dati patrimoniali dei componenti degli organi di indirizzo politico-amministrativo

delle pubbliche amministrazioni (art. 14, comma 1, lettera f), del d.lgs. n. 33 del 2013) estende la possibilità (su consenso degli interessati) di pubblicare i dati relativi ai loro congiunti (“al coniuge non separato, e ai parenti entro il secondo grado”) nella prospettiva dell’emersione di situazioni che possano configurare dei conflitti di interesse.

L’alternativa alla previsione di cause di vera e propria incompatibilità, largamente adottata dall’ordinamento, soprattutto in materia di disciplina del procedimento amministrativo (previsione del nuovo art. 6-bis della legge n. 241) o di doveri di comportamento del dipendente pubblico (codici di comportamento) è quella del dovere di astensione del funzionario. In alcuni casi, però, anche la formale e piena astensione dal procedimento non è sufficiente e occorre prevedere cause di incompatibilità, che, però si rivelano difficili da introdurre come criterio generale e automatico

Risulta, dunque, palese la necessità di colmare le lacune del decreto 39. La delicatezza della materia, che comporta un attento bilanciamento di interessi, suggerisce l’opportunità di predisporre **un’integrazione della delega**, con la specificazione di principi circa le figure familiari da prendere in considerazione e le situazioni di maggiore rischio che giustificano limitazioni generali, in quanto non ovviabili attraverso i doveri di trasparenza e di astensione. In questa prospettiva vanno considerate attentamente le persone i cui interessi in conflitto possono condurre all’incompatibilità: oltre al coniuge, va considerata la posizione del convivente e dei parenti e affini fino al secondo grado.

Potrebbe, infine, essere valutata l’ipotesi di un divieto generale superabile in casi specifici, qualora il conflitto di interessi si riveli particolarmente tenue.

#### 24. *Necessità di un’adeguata disciplina transitoria*

La mancanza di una disciplina transitoria nel d.lgs. n. 39 ha prodotto l’effetto della successiva introduzione di norme (l’art. 29-ter del decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, *Disposizioni urgenti per il rilancio dell’economia*, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98) che hanno evitato l’applicazione delle incompatibilità a tutti gli incarichi conferiti prima dell’entrata in vigore del decreto, fino alla loro scadenza. Sul punto, con l’orientamento n. 52/2014, l’Autorità ha stabilito, ad esempio, che non ricorre una causa di incompatibilità prevista dal d.lgs. 39/2013, tra un incarico dirigenziale (dirigente di un consorzio di bonifica) conferito prima dell’entrata in vigore del decreto (4 maggio 2013) e la carica di assessore comunale

conferita successivamente all'entrata in vigore del medesimo, versando tale ipotesi in una fattispecie regolata dall'art. 29-ter della l. 98/2013. Sempre sull'argomento, l'Autorità è intervenuta nuovamente, in caso di rinnovo o proroga dell'incarico dirigenziale, stabilendo che ai sensi dell'art. 29-ter del dl. 69/2013, gli incarichi di direttore generale, direttore amministrativo e direttore sanitario conferiti prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo citato non hanno effetto come causa di incompatibilità fino alla loro scadenza, mentre l'eventuale rinnovo o proroga determina l'incompatibilità (caso in cui viene rinnovato o prorogato un incarico di dirigente di struttura complessa).

Nel decreto correttivo sarà invece necessario, per le incompatibilità diverse da quelle già introdotte, quelle cioè aggiuntive rispetto alla disciplina attuale del d.lgs. n. 39, stabilire un congruo periodo transitorio (almeno di 6 mesi) di sospensione dell'efficacia delle nuove norme, per dare tempo alle amministrazioni di adeguarsi. Tale criterio dà maggiore certezza nell'applicazione delle norme e non dà luogo a vaste elusioni della nuova disciplina, come avvenuto con la ricordata disposizione del 2103.

Per la fissazione della disciplina transitoria non occorre integrare la delega già conferita dalla legge n. 190.

### **C) I poteri di vigilanza, ordine e sanzione dell'ANAC**

#### *25. Razionalizzare i poteri di vigilanza, accertamento, sospensione e sanzione dell'ANAC*

Le norme del d.lgs. n. 39 sono contraddittorie, ma soprattutto poco efficaci per ottenere il rispetto della disciplina delle inconfiribilità e incompatibilità.

#### *Inconfiribilità*

Il decreto n. 39, che si fonda sul principio dell'automatica nullità degli incarichi conferiti in violazione delle sue disposizioni, presuppone che siano le stesse amministrazioni a rilevare la violazione e a dichiarare nulli gli incarichi.

Il decreto, poi, già riconosce all'ANAC poteri di vigilanza (art. 16, comma 1) e di sospensione della procedura di conferimento degli incarichi (art. 16, comma 2).

Quanto al potere sanzionatorio, il d.lgs. n. 39 prevede (art. 18) una sanzione interdittiva (sospensione di tre mesi dal potere di conferire incarichi) di difficilissima, se non impossibile, applicazione. Dal momento che la sanzione interdittiva è considerata automatica, si tratta di individuare l'autorità amministrativa competente ad conferire gli incarichi al posto dell'organo sospeso e la disciplina del d.lgs. n. 39 appare sul punto non immediatamente applicabile, con il rischio di dichiarare nullo un incarico e di non consentire una rapida sostituzione.

Si potrebbe razionalizzare la disciplina prevedendo di attribuire all'ANAC il potere: a) di accertare le violazioni e di dichiarare nullo il conferimento illegittimo; b) di irrogare a coloro che hanno conferito incarichi dichiarati nulli una sanzione amministrativa pecuniaria compresa tra 1.000 e 10.000 euro, disciplinata ai sensi della legge 24 novembre 1981, n. 689; c) di irrogare, ma solo nei casi più gravi (per esempio in caso di recidiva), l'ulteriore sanzione interdittiva della sospensione dall'incarico o dalla carica da uno a sei mesi; d) di nominare, nel caso di applicazione della sanzione interdittiva, un commissario *ad acta* per l'effettuazione delle nomine nel periodo di sospensione.

Per attribuire all'Autorità questi poteri (il cui esercizio non dovrebbe costituire un eccessivo aggravio per gli uffici, stante il numero non elevato di casi che si possono ipotizzare) la **delega della legge n. 190 va integrata**, perché si tratta di prevedere una sanzione (quella pecuniaria) non prevista dalla disciplina vigente.

#### *Incompatibilità*

Più incerti i poteri di accertamento delle cause di incompatibilità, che il decreto n. 39 non disciplina, rimettendoli in tal modo alle stesse amministrazioni. In sede di correzione si potrebbe stabilire che le amministrazioni chiedono un parere all'ANAC in caso di dubbio sulla situazione di incompatibilità, ovvero che l'ANAC, nell'esercizio della sua vigilanza, possa avocare a sé l'accertamento della incompatibilità in caso di inerzia dell'amministrazione e può procedere direttamente a diffidare l'interessato alla scelta tra gli incarichi incompatibili. In alternativa si potrebbe stabilire che l'accertamento è competenza esclusiva dell'ANAC.

Anche la disciplina in materia di incompatibilità andrebbe rivista sotto il profilo sanzionatorio, soprattutto nel caso in cui il potere di accertamento fosse lasciato alle amministrazioni (il problema non si pone se l'accertamento passa alla competenza dell'ANAC). Andrebbe previsto un potere di ordine,

accompagnato da un potere sostitutivo in caso di inerzia e da un potere sanzionatorio nei confronti dell'amministrazione rimasta inerte. Se si prevede una pena pecuniaria, questa va prevista, espressamente, con **un'integrazione della delega**.

Da chiarire il rapporto tra potere di accertamento dell'ANAC e quello del Parlamento, qualora le cause di incompatibilità (e di inconfiribilità) riguardino un parlamentare.