

Enti di diritto privato regolati o finanziati nel d.lg. n. 39/2013.
Chiarimenti sulla finalità della disciplina e sul suo ambito di applicazione.
Ipotesi per una sua migliore formulazione

Lorenzo Saltari

SOMMARIO: 1. L'inconferibilità e l'incompatibilità e gli enti di diritto privato regolati e finanziati. Un inquadramento generale. – 2. Definire gli enti di diritto privato regolati e finanziati. – 3. Esegesi della normativa in vigore e alcune ipotesi per il suo miglioramento. – 3.1. Art. 4 “Inconferibilità di incarichi nelle amministrazioni statali, regionali e locali a soggetti provenienti da enti di diritto privato regolati e finanziati”. – 3.2. Art. 9. Incompatibilità tra incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati nonché tra gli stessi incarichi e le attività professionali. – 3.3. Art. 1, c. 2, lett. d). Definizioni. – 4. Come correggere le disposizioni in vigore?

1. L'inconferibilità e l'incompatibilità e gli enti di diritto privato regolati e finanziati. Un inquadramento generale

Il regime di *inconferibilità* concerne incarichi amministrativi apicali e si ha rispetto a chi abbia ricoperto ruoli di vertice in enti privati regolati o finanziati dalla pubblica amministrazione. Il regime di *incompatibilità* è previsto tra una funzione dirigenziale apicale nell'amministrazione con incarichi o cariche, anche non retribuiti, in enti privati regolati e finanziati dalla pubblica amministrazione.

Questi due regimi perseguono una finalità convergente. Intendono preservare l'imparzialità dell'azione amministrativa o, per meglio dire, l'esclusivo perseguimento della cura dell'interesse pubblico, senza che interessi privati condizionino in negativo l'azione amministrativa. Chi sia sottoposto al potere della pubblica amministrazione, se poi prende in essa una funzione dirigenziale o di vertice, potrebbe piegare le decisioni amministrative alla promozione dell'interesse dell'ente privato da cui proviene, anziché preoccuparsi di massimizzare la cura dell'interesse pubblico affidato all'amministrazione. Chi abbia la titolarità di un ufficio pubblico, se assume nel contempo incarichi presso soggetti privati, che il suo ufficio ha il compito di regolare o finanziare potrebbe essere influenzato nelle sue azioni. Potrebbe ritenere, in altre parole, preferibile recare vantaggi all'ente privato regolato piuttosto che agire per la massimizzazione dell'interesse pubblico.

L'aspetto da chiarire nel definire e delimitare l'applicazione dei regimi di *inconferibilità* e *incompatibilità* è cosa s'intenda esattamente per ente privato regolato o finanziato. Più auto-evidente è la relazione costituita dal percepimento di risorse finanziarie pubbliche, sebbene occorra porre una misura alla “consistenza” di tale contribuzione affinché integri la condizione di *inconferibilità* e *incompatibilità*.

Una soluzione per stabilire quando un ente privato sia finanziato per le finalità del d.lg. n. 39/2013 potrebbe essere riferirsi al criterio del “finanziamento maggioritario” utilizzato dal diritto europeo per l’individuazione di un indice rivelatore dell’organismo di diritto pubblico. Si tratta di un criterio sostanziale nel senso che chi finanzia un soggetto ha, normalmente, quel potere che, in Germania, è chiamato con l’espressione «redini d’oro». Un finanziamento maggioritario erogato da un’amministrazione pubblica produce l’effetto di creare o rafforzare un legame di subordinazione e di dipendenza del soggetto finanziato con l’amministrazione finanziatrice.

Rispetto alla nozione di regolazione la messa a fuoco è più complessa attesa l’assenza di una definizione univoca vuoi normativa vuoi dottrina di regolazione. Potrebbe essere proficuo al fine di individuare l’ente privato rispetto al quale sorge l’inconferibilità e l’incompatibilità introdurre la nozione di “rapporto regolatorio”, rapporto che leghi in modo continuativo e duraturo nel tempo un soggetto privato ad un’amministrazione pubblica, appunto regolatrice. Potrebbe affermarsi che la costituzione di questo rapporto fa sì che l’autonomia privata del soggetto regolato può essere più o meno condizionata da misure adottate dall’amministrazione regolatrice nel perseguimento di un dato interesse pubblico. Poiché tali misure pesano sul privato, questi è naturalmente orientato ad ottenere dall’amministrazione regolatrice le misure a sé più favorevoli. Per tale motivo è molto opportuno, per assicurare il buon andamento e l’imparzialità della regolazione, che tra Regolatore e regolati non intercorrano legami strutturali: figure di vertice del regolato che assumono posizioni nell’amministrazione regolatrice; organi di vertice dell’amministrazione regolatrice che sommano a questo incarico altri compiti, svolti anche a titolo gratuito, presso i soggetti privati regolati.

Esemplificazioni sui “poli” del rapporto regolatorio: a) una società aggiudicataria di un contratto di servizio pubblico e amministrazione che affida tale contratto; b) una società quotata nei mercati ristretti e gli organi pubblici di controllo della borsa; c) una società operante nelle *public utilities* e l’autorità indipendente di settore; d) una società concessionaria e l’amministrazione che affida e gestisce il rapporto concessorio.

2. Definire gli enti di diritto privato regolati e finanziati

Le due condizioni che ingenerano l’inconferibilità e l’incompatibilità sono la regolazione e il finanziamento dell’ente di diritto privato.

Rispetto alla seconda condizione, il finanziamento, l’indice rivelatore dell’applicabilità del regime di inconferibilità e di incompatibilità pare potersi

rinvenire nel criterio di finanziamento maggioritario usato con riferimento all'istituto dell'organismo di diritto pubblico. La precisazione del criterio è abbondantemente svolta sia in giurisprudenza sia in letteratura per cui in questa sede pare sufficiente fare semplicemente rinvio a queste fonti. Andrà solo valutata l'opportunità di modificare le disposizioni in modo da esplicitare che il finanziamento debba essere appunto "maggioritario" per indicare chiaramente la necessità di applicazione analogica alla disciplina dell'organismo di diritto pubblico.

La prima condizione, invece, la regolazione, pone problemi definitori più complessi che meritano una riflessione un po' più estesa. Quale può essere una concisa definizione di regolazione? Per taluni, la regolazione è quella disciplina normativa che implica la sottoposizione dell'attività economica privata a poteri amministrativi a salvaguardia di un interesse pubblico. In un'accezione estesa, diffusa specialmente nella cultura giuridica nordamericana, la regolazione è intesa come la disciplina pubblica dell'attività economica privata. Un modo per classificarla ed inquadrarla è basarsi sul momento in cui l'attività è incisa dalla regola. Anzitutto, vi sono le regole che governano l'accesso al mercato dal lato dell'offerta: che subordinano tale accesso (e quindi l'esercizio di una impresa o di una professione o di un mestiere) ad atti di assenso dell'autorità (autorizzazioni, nulla osta, abilitazioni, patenti) o che inibiscono del tutto tale accesso, in relazione alla produzione di certi beni e servizi (le ferrovie, le poste, la produzione e distribuzione di energia elettrica, del gas, ecc.) o che fanno dell'accesso al mercato oggetto di una concessione perché l'area è riservata al pubblico potere (telefonia, radiotelevisione, produzione mineraria, gioco d'azzardo, ecc.). Un secondo gruppo di regole, presupponendo già avviata un'attività di impresa o comunque produttiva, condizionano l'acquisto dei fattori di produzione: a) le norme che disciplinano l'uso del territorio; b) le norme che governano il mercato del lavoro; c) le norme che regolano l'accesso agli strumenti finanziari. Un terzo gruppo di regole riguarda il processo produttivo: le norme sulla sicurezza del lavoro, sulla igiene, sulla tutela dell'ambiente, ecc. Le regole del quarto gruppo attengono al prodotto del processo produttivo e al suo scambio. Si va dalle norme sulla compatibilità con i precetti di sicurezza alimentare, al sistema dei prezzi imposti di autorità, alle tariffe dei servizi pubblici o a quelle delle prestazioni professionali (di avvocati, notai, commercialisti, ecc.) e così via. Il prezzo, lungi dal costituire il risultato dell'incontro fra domanda e offerta, è predeterminato dall'autorità a cui la legge conferisce il potere tariffario o viene a dipendere da parametri prefissati, neutri rispetto al gioco della domanda e dell'offerta. Accanto agli strumenti di diritto amministrativo, volti a condizionare o limitare l'iniziativa economica privata, non è infrequente il ricorso a norme penali (nella tutela ambientale o della sicurezza del lavoro) o tributarie (esse costituiscono lo strumento essenziale per la redistribuzione della ricchezza che è uno degli obiettivi dell'intervento pubblico nell'economia) o di diritto privato speciale

(correzioni autoritative dell'assetto di un rapporto contrattuale derogatorie rispetto alle ordinarie norme dei codici civili e commerciali, e quindi anch'esse norme di diritto pubblico).

Occorre ora mettere a fuoco i fini della regolazione e le sue principali disfunzioni. Nella cultura americana, la regolazione mira a eliminare o ridurre gli abusi del potere privato (singoli o imprese) su singoli o imprese (consumatori, lavoratori, appartenenti a minoranze, ecc.). Da una prospettiva più ampia, le politiche di intervento pubblico nell'economia si ordinano attorno a tre grandi obiettivi: la redistribuzione del reddito, la stabilizzazione macroeconomica, la soluzione dei *market failures*. La funzione redistributiva comporta il trasferimento di risorse da un gruppo sociale all'altro e include l'offerta dei c.d. *merit goods* ossia di beni e servizi che lo Stato spinge a consumare (come l'istruzione elementare, le vaccinazioni, ecc.). La funzione di stabilizzazione mira a realizzare livelli soddisfacenti di crescita economica, di occupazione e di stabilità dei prezzi attraverso le leve fiscali e monetarie, le politiche industriali, di formazione professionale, di incentivazione della ricerca, ecc. Da ultimo, vi è la regolazione economica in senso stretto cioè quella che volge a correggere le varie forme di imperfezione del mercato, come il potere monopolistico, le esternalità negative, le asimmetrie informative, l'insufficiente fornitura di beni pubblici (come i servizi di trasporto o anche l'ordine pubblico e l'amministrazione della giustizia).

La regolazione, però, secondo alcuni, dovrebbe essere distinta da ogni forma di intervento pubblico nell'economia e anche dagli interventi volti alla tutela della concorrenza. Nell'ingerenza pubblica nell'economia il governo o altro organo politico ha un ruolo di iniziativa o di decisione; il processo decisionale è informale e si svolge in forme autoritative o negoziate; la disciplina prodotta è di tipo finalistico (perché tende a porre o a raggiungere obiettivi), non condizionale (e cioè non dispone "regole del gioco" che vanno poi osservate). Invece, la regolazione ricorre quando l'autorità pubblica regolatrice è indipendente ed è titolare di un unico compito (ovvero non esercita la discrezionalità delle amministrazioni multi-purpose). Essa ha natura condizionale ed è sottoposta al principio del giusto procedimento e del controllo giurisdizionale delle decisioni. La regolazione non è dunque caratterizzata da un particolare contenuto, bensì da particolari modalità con le quali essa è esercitata.

Due sono le principali disfunzioni della regolazione: a) l'inflazione regolativa; b) i pericoli di cattura del regolatore. L'estensione delle regole amplia l'influenza e il potere dell'autorità che le produce e le applica. Vi è poi una elevata domanda di regolazione. Proviene da chi trae vantaggi dalle regole. Si pensi, ad esempio, ad un operatore di tlc nuovo entrante che invoca la regolazione dell'accesso e dell'interconnessione alla rete posseduta dall'incumbent. Alla lunga, vi può essere il rischio che l'autorità di regolazione sia catturata dal soggetto o dai gruppi regolati

così che la regolazione, che dovrebbe essere posta a beneficio del pubblico, è concepita per dare vantaggio ai regolati. La combinazione di questi due fattori disfunzionali comporta una regolazione eccessivamente pervasiva, spesso finalizzata alla protezione di interessi dei regolati e non dell'interesse pubblico.

Da questo inquadramento generale della nozione di regolazione e delle disfunzioni, pare si possa trarre un'implicazione applicativa utile nella delimitazione del regime di inconfiribilità e di incompatibilità. La nozione di regolazione può avere una declinazione molto ampia che eleverebbe a dismisura i problemi applicativi del d.lg. n. 39/2013. Pertanto, è necessario intendere la *regolazione* quale condizione di inconfiribilità e incompatibilità *in senso stretto e cioè quando sia tale da ingenerare un rapporto stabile e duraturo tra il privato e l'amministrazione regolatrice; rapporto in forza del quale l'amministrazione regolatrice può 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 tagliata a suo vantaggio (*capture*) è fondamentale che chi sia regolato non assuma responsabilità nell'amministrazione regolatrice (inconfiribilità) e chi dirige l'amministrazione regolatrice non abbia relazioni qualificate, come incarichi o cariche, con i soggetti regolati.

Con riferimento all'altra condizione, occorre riferirsi non a una generica relazione finanziaria tra l'amministrazione e l'ente di diritto privato, bensì ad un *finanziamento maggioritario* che ponga il soggetto finanziato in una posizione di subordinazione e dipendenza.

3. Esegesi della normativa in vigore e alcune ipotesi per il suo miglioramento

3.1. Art. 4 "Inconfiribilità di incarichi nelle amministrazioni statali, regionali e locali a soggetti provenienti da enti di diritto privato regolati e finanziati"

Prima di procedere alla stringente esegesi del dato normativo è utile anticipare e chiarire quale sia la direttrice di senso della disposizione in esame.

Come anticipato in premessa, la disciplina sulla inconfiribilità intende garantire l'imparzialità dell'agire in concreto dell'amministrazione, impedendo che vi siano "ibridazioni strutturali" tra soggetti contrapposti: la pubblica amministrazione e l'ente di diritto privato, posti all'interno di una relazione regolatoria, finanziaria o di controllo e vigilanza. Nel perseguimento di questo scopo, la disposizione immagina che debba prevedersi un cono temporale minimo, pari a due anni, in cui per così dire "evapori", si esaurisca, il legame tra la persona che ha svolto incarichi o ricoperto cariche di vertice in enti di diritto privato e l'ente

privato stesso. Solo dopo che si sia superata questa fase di “raffreddamento” quella persona potrà, laddove ricorrano le altre condizioni, essere scelto per ricoprire un incarico all’interno dell’amministrazione pubblica. Giova ribadirlo, la *ratio* che ispira tale previsione è la seguente: occorre impedire che l’interesse privato sottoposto al potere amministrativo si innesti strutturalmente nell’amministrazione finendo per piegare le decisioni pubbliche all’interesse privato anziché alla massimizzazione dell’interesse pubblico.

Lo scopo del legislatore, in questa prospettiva, pare chiarissimo. Il problema esegetico e applicativo risiede nella delimitazione precisa delle fattispecie nelle quali si verifichi la condizione di inconfiribilità. In altre parole, va ben capito quale criterio impiegare per appurare che tra una data amministrazione e un certo ente privato si abbia una relazione per la quale è necessario che si impedisca un’ibridazione strutturale tra pubblico e privato, comportante un conflitto di interessi.

Vediamo la formulazione della disposizione, intanto rispetto agli incarichi che non possono essere conferiti. *«a) gli incarichi di vertice nelle amministrazioni statali, regionali e locali; b) gli incarichi di amministratore di ente pubblico, di livello regionale e locale; c) gli incarichi dirigenziali esterni, comunque denominati, nelle pubbliche amministrazioni, negli enti pubblici che siano relativi allo specifico settore o ufficio dell’amministrazione che esercita i poteri di regolazione e funzionamento».*

L’individuazione degli incarichi inconfiribili precisa quali sono le amministrazioni possibili parti di un rapporto regolatorio o di finanziamento. L’elencazione fornita dalla norma sembra avere valore esemplificativo e, ancor più rilevante, allude a qualsiasi soggetto amministrativo, collocato su ogni livello di governo, di qualsivoglia configurazione soggettiva e organizzativa.

Passiamo ad analizzare il modo in cui la norma si riferisce al soggetto che provenendo dal settore privato non può ricevere incarico. *«A coloro che, nei due anni precedenti, abbiano svolto incarichi e ricoperto cariche in enti di diritto privato o finanziati dall’amministrazione o dall’ente pubblico che conferisce l’incarico ovvero abbiano svolto in proprio attività professionali, se queste regolate, finanziate o comunque retribuite dall’amministrazione o ente che conferisce l’incarico».*

Enti privati *finanziati* col pubblico denaro è la prima situazione. La seconda è ancor più sfuggente. L’incaricando su cui è fatta cadere la preclusione deve avere svolto in proprio *attività professionali regolate, finanziate* o comunque *retribuite* dall’amministrazione/ente conferente.

Approfondiamo l’esegesi della prima condizione di inconfiribilità. È sufficiente un qualsiasi finanziamento anche occasionale o di modesta entità (rispetto al volume d’affari dell’ente privato)? Ancora, è sufficiente l’aver in essere

un contratto con l'amministrazione conferente? Queste prefigurazioni non finiscono con ampliare eccessivamente le situazioni in cui potrebbe determinarsi un regime di inconfiribilità? Con ciò creando da un lato notevoli incertezze applicative, dall'altro privando l'amministrazione della possibilità di avvalersi di professionalità e competenze provenienti dal settore privato di cui difetta.

Una traccia idonea a porre rimedio ai dubbi interpretativi e alle incertezze applicative potrebbe trarsi dalla nozione di "organismo di diritto pubblico" laddove si richiama fra gli elementi costitutivi la circostanza che la persona giuridica riceva un «finanziamento maggioritario» da parte dei pubblici poteri. Trasponendo ciò nella inconfiribilità, potrebbe sostenersi che tra l'amministrazione che deve conferire l'incarico e l'ente privato deve essere intercorsa una relazione stabile dalla quale l'ente privato abbia tratto una notevole utilità economica. Pertanto, non una qualsiasi relazione finanziaria tra amministrazione ed ente privato genera l'inconfiribilità, bensì un rapporto per il quale l'ente privato percepisce (o abbia percepito) dall'amministrazione pubblica la parte preponderante delle sue sostanze finanziarie. E, infatti, se un soggetto con responsabilità di vertice nell'ente privato finanziato va a ricoprire incarichi apicali nell'amministrazione finanziatrice dell'ente stesso si potrebbe creare una disfunzionale commistione tra finanziato e finanziatore, dalla quale il primo potrebbe lucrare vantaggi non proporzionati e ragionevoli.

Qualora quest'inquadramento fosse condiviso, potrebbe correggersi la disposizione di cui all'art. 4, prima parte, aggiungendo, dopo l'aggettivo "finanziati", la locuzione "in modo maggioritario" così da limitare e precisare quando un finanziamento crea una relazione, la cui durata collima con l'erogazione, tra un organo amministrativo e un soggetto privato. Per poter svolgersi tale relazione, senza che l'interesse pubblico sia piegato all'interesse del privato, si deve presupporre una alterità tra le parti la quale si sbiadirebbe o verrebbe meno tout court nel caso in cui l'affidamento di un incarico pubblico creasse tra i due poli del rapporto un intreccio inopportuno.

Si passa ora a trattare la seconda causa di inconfiribilità: l'aver svolto in proprio *attività professionali regolate, finanziate* o comunque *retribuite* dall'amministrazione/ente conferente. Anche qui, la *ratio* ispiratrice della preclusione appare chiara: impedire che con l'assunzione dell'incarico pubblico il "professionista" possa far declinare le decisioni su regolazione, finanziamento o retribuzione a detrimento della sfera pubblica e a ingiustificato e irragionevole vantaggio della propria categoria professionale. Di nuovo, la finalità perseguita dal legislatore è creare e mantenere una distinzione strutturale tra l'amministrazione pubblica e una categoria che trae vantaggi regolatori o economici dalle decisioni adottate da un'amministrazione pubblica.

Se è chiaro il fine, più incerti sono i contorni applicativi. Per crearsi la

condizione di inconfiribilità è sufficiente una qualsiasi regolazione o finanziamento o retribuzione? La risposta negativa è ovvia perché altrimenti la diffusione della condizione non avrebbe sostanzialmente limiti. Per precisare e delimitare, anche in questa circostanza non così diversamente da prima, si deve andare alla ricerca di indici che rivelino l'instaurarsi di una stretta e duratura relazione tra l'amministrazione conferente e la attività professionale ricadente nella sfera di inconfiribilità. Relazione che per continuare a servire l'interesse pubblico deve dispiegarsi in termini dialettici, quindi nella separazione e distinzioni di ruoli e responsabilità.

Occorre un esempio. Un ricercatore impegnato nella sperimentazione farmacologica può assumere un incarico dirigenziale nell'amministrazione che definisce e aggiorna il prontuario farmaceutico? Tra chi svolga la professione di ricercatore farmaceutico e l'amministrazione sanitaria competente nella fissazione del prontuario intercorre una relazione in senso lato regolatoria, perché quell'amministrazione sceglie quali ritrovati farmacologici sono meritevoli di essere sostenuti con l'apporto finanziario pubblico, attesa la loro efficacia nella prevenzione e contrasto di una determinata patologia. Se un ricercatore assume un incarico idoneo a condizionare le scelte sul prontuario, può corrersi il rischio che adotterà decisioni a favore delle proprie idee di ricerca a detrimento di altre che possibilmente avevano un'utilità maggiore nell'azione della sanità pubblica. Si creano, in altri termini, condizioni favorevoli a una situazione di conflitto di interessi. A quel ricercatore deve precludersi la possibilità di ottenere un qualsiasi incarico nell'ambito del settore sanitario? Laddove altri incarichi amministrativi non presentassero l'idoneità a determinare specifici vantaggi per l'attività svolta dal ricercatore prima dell'attribuzione dell'incarico nell'amministrazione pubblica e che tornerà a svolgere dopo che l'incarico pubblico sarà concluso, questi dovrebbero essere esclusi dalla misura di inconfiribilità.

L'esempio evocato sommariamente porta a un'osservazione. La previsione normativa per essere efficace non può essere modificata al punto da renderla troppo puntuale. Si correrebbe, infatti, il rischio di ossificarla. Dovrebbe essere lasciato, viceversa, un margine di verifica della situazione concreta all'amministrazione conferente, la quale potrebbe essere aiutata da linee guida predisposte dall'Anac che, attraverso l'illustrazione di varie ipotesi esemplificative, suggeriscano all'amministrazione quando il conflitto di interessi può scaturire in concreto e non astrattamente e genericamente. L'obiettivo in questo frangente meritevole di essere perseguito è equilibrare l'esigenza che l'amministrazione non sia "catturata" da un interesse privato col quale è in relazione (regolatoria, finanziaria, retributiva) e l'opposta esigenza che i ranghi dell'amministrazione possano essere rinforzati da professionalità e competenze che provengano dal modo delle professioni.

Qualora questo inquadramento fosse condiviso, la disposizione di cui all'art. 4, c.

1, seconda parte, potrebbe essere resa più chiara aggiungendo dopo le parole “dall’amministrazione o ente che conferisce l’incarico” la locuzione “in modo da creare una stretta relazione tra la parte pubblica e il professionista”. Questa precisazione, unitamente a linee guida per mettere in concreto a fuoco la sussistenza di questa stretta relazione, potrebbe consentire di raggiungere l’equilibrio tra imparzialità e innesto di professionalità esterne a cui prima si faceva cenno.

L’art. 4 presenta una discrasia. È inserito nel capo III che si riferisce ad enti di diritto privato “regolati” o “finanziati”. La disposizione al primo comma prima parte (prima disgiuntiva) si riferisce solamente a enti di diritto privato “finanziati” dall’amministrazione o dall’ente pubblico che conferisce l’incarico. Non si fa menzione come anticipato dalla rubrica del capo anche alla relazione regolatoria. La norma in questione richiama la regolazione solo nella seconda parte del comma primo (seconda disgiuntiva) riferendosi alle attività professionali svolte in proprio se, appunto, “regolate” dall’amministrazione o ente che conferisce l’incarico. Questa lacuna pare priva di giustificazione e andrebbe colmata. Del resto, l’art. 5 in cui è disciplinata l’inconferibilità di incarichi di direzione nelle aziende sanitarie locali dispone che la preclusione debba cadere nei confronti di coloro che nei due anni precedenti abbiano svolto incarichi e ricoperto cariche in enti di diritto privato per l’appunto “regolati o finanziati dal servizio sanitario nazionale”. Tale norma va considerata una precisazione, con specifico riferimento alla sanità, della medesima previsione di più vasta latitudine in generale enunciata dall’art. 4. In altre parole, l’art. 5 è specificazione dell’art. 4, ne mutua la logica e gli obiettivi. Dunque, non si spiega la parziale asimmetria della regola speciale sulla sanità rispetto alla previsione generale che la precede.

Tale discrasia potrebbe facilmente essere superata aggiungendo nell’art. 4, c. 1, dopo la locuzione enti di diritto privato o finanziati”, le parole “o regolati”.

In conclusione, rispetto all’art. 4 può osservarsi che la formulazione della disposizione, già parzialmente involuta nella sua versione originaria, con le integrazioni correttive suggerite volte a chiarirne la concreta portata applicativa, può risultare ancor più macchinosa e contorta. Andrebbe quindi considerata l’opportunità di una riformulazione integrale dell’intera disposizione.

3.2. Art. 9. Incompatibilità tra incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati nonché tra gli stessi incarichi e le attività professionali

Anche la previsione sull’incompatibilità mira a creare una distanza tra il titolare di un ufficio amministrativo di vertice e l’interesse privato, se quest’ultimo è connesso all’amministrazione pubblica. Di nuovo, l’obiettivo è impedire che le decisioni assunte dalla pubblica amministrazione favoriscano l’interesse privato

impedendo la massimizzazione della cura dell'interesse pubblico di cui è titolare quell'amministrazione. Da questa prospettiva, tale disciplina pare simmetrica a quella di cui all'art. 4 sulla inconferibilità. La simmetria tuttavia è inversa. L'inconferibilità impedisce ibridazioni strutturali generate dall'immettere nell'amministrazione soggetti portatori di interessi privati incisi da quell'amministrazione. Il regime di incompatibilità, invece, volge a impedire che il titolare di un organo pubblico di vertice assuma "incarichi o cariche" in enti di diritto privato connessi all'amministrazione in cui ricopre un ruolo apicale. Nondimeno, tra l'art. 4 e l'art. 9 vi sono differenze. Per poterne apprezzare la portata è necessario l'esame esegetico dell'art. 9.

Anche con riferimento al regime di incompatibilità è utile mettere a fuoco l'ambito di applicazione e cioè cogliere quali siano le connessioni che attivano questo regime. Anzitutto, va compreso quali incarichi amministrativi implicano l'incompatibilità. L'art. 9, c. 1, si riferisce agli *«incarichi amministrativi di vertice e gli incarichi dirigenziali, comunque denominati, nelle pubbliche amministrazioni»*, che comportano determinati poteri esercitabili nei confronti dei privati. La norma fa proprio un approccio sostanzialista. Non è importante una formale collocazione o definizione del ruolo nell'organigramma dell'amministrazione: esso deve essere di vertice e comportare l'attribuzione di poteri che correlano l'amministrazione ai soggetti che vi sono sottoposti. Qui emerge quale relazione debba intercorrere tra amministrazione ed enti di diritto privato affinché di configuri l'incompatibilità. L'art. 9, c. 1, prosegue affermando che i vertici amministrativi che hanno posizioni che *«comportano poteri di vigilanza o di controllo sulle attività svolte dagli enti di diritto privato regolati o finanziati dall'amministrazione»* incorrono nell'incompatibilità *«con l'assunzione e il mantenimento, nel corso dell'incarico, di incarichi o cariche di enti di diritto privato regolati o finanziati dall'amministrazione o ente che conferisce l'incarico»*.

Dunque, incompatibili sono gli incarichi amministrativi apicali che conferiscono poteri di "vigilanza o controllo" su attività svolte da enti di diritto privato "regolati o finanziati" con "incarichi o cariche" negli enti di diritto privato "regolati o finanziati" dall'amministrazione che esercita i poteri di "vigilanza o controllo".

Il legame dal quale scaturisce l'incompatibilità che collega l'amministrazione e l'ente di diritto privato è, in primo luogo, la regolazione che implica poteri di vigilanza o controllo, in secondo luogo, il finanziamento. Solo poteri di vigilanza o controllo, oppure anche altri poteri regolatori idonei a comprimere l'autonomia dell'ente privato per ragioni di interesse pubblico involgono l'incompatibilità? Il rapporto finanziario si deve sommare a quello regolatorio oppure il regime di incompatibilità si verifica anche quando si abbia un ente privato non regolato ma solo finanziato? Questi sono i principali dubbi

interpretativi rispetto all'art. 9, c. 1.

All'art. 9, c. 2, si disciplina una diversa condizione in presenza della quale si determina il regime di incompatibilità. *«Gli incarichi amministrativi di vertice e gli incarichi dirigenziali, comunque denominati, nelle pubbliche amministrazioni, gli incarichi di amministratore negli enti pubblici e di presidente e amministratore delegato negli enti di diritto privato in controllo pubblico sono incompatibili con lo svolgimento in proprio, da parte di un soggetto incaricato, di un'attività professionale, se questa è regolata, finanziata o comunque retribuita dall'amministrazione o ente che conferisce l'incarico»*. Se nel primo comma incompatibile è l'incarico o la carica nell'ente di diritto privato collegato all'amministrazione, nel secondo comma l'incompatibilità si verifica con l'attività professionale “se regolata, finanziata o comunque retribuita” dall'amministrazione o dall'ente controllato. Inoltre, rispetto al primo comma si amplia notevolmente il novero degli incarichi che ingenerano l'incompatibilità: si considerano anche quelli di vertice in enti privati in “pubblico comando”. Si tratta della folta galassia delle società partecipate da pubblici poteri. Rispetto a questo tipo di soggetti è difficile pensare che essi abbiano poteri di regolazione in senso proprio. Più facile individuare il rapporto di finanziamento o retribuzione.

I criteri sottesi all'art. 9 possono essere meglio compresi esaminando il regime di incompatibilità specifico per la sanità fissato all'art. 10. Qui si legge: *«1. Gli incarichi di direttore generale, direttore sanitario e direttore amministrativo nelle aziende sanitarie locali di una medesima regione sono incompatibili: a) con gli incarichi o le cariche di enti di diritto privato regolati o finanziati dal servizio sanitario regionale; b) con lo svolgimento in proprio, da parte del soggetto incaricato, di attività professionale, se questa è regolata o finanziata dal servizio sanitario regionale. 2. L'incompatibilità sussiste altresì allorché gli incarichi, le cariche e le attività professionali indicate nel presente articolo siano assunte o mantenute dal coniuge e dal parente o affine entro il secondo grado»*. Il regime di incompatibilità pare chiaro: i vertici dell'amministrazione sanitaria regionale non possono operare contemporaneamente in enti privati regolati e finanziati dalla sanità regionale né possono svolgere in proprio attività professionale regolata o finanziata dalla sanità regionale. Il regime di incompatibilità rispetto a incarichi e cariche, per evitare aggiramenti della disposizione, viene esteso alle persone più vicine al titolare dell'ufficio sanitario (coniuge o parente o affine entro il secondo grado).

3.3. Art. 1, c. 2, lett. d). Definizioni

L'art. 1, c. 2, lett. d) fornisce una definizione di *«enti di diritto privato regolati o finanziati»*. Sono 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) finanzia le attività attraverso rapporti convenzionali, quali contratti pubblici, contratti di servizio pubblico e di cessione di beni pubblici».

Le ipotesi d'interpretazione applicativa dell'art. 4 (inconferibilità) e dell'art. 9 (incompatibilità), prima suggerite, sembrano coerenti e non antinomiche con questa definizione positiva. Regolazione dell'attività principale ben può leggersi nei termini di rapporto regolatorio. Il riferimento alla quota anche minoritaria di partecipazione al capitale delle società partecipate consente di usare questo criterio rispetto a questi soggetti in luogo di quello sistematico di regolazione e finanziamento che, come osservato in precedenza, sarebbe molto problematico. Oltre alla indicazione esemplificativa del modo in cui avvenga il finanziamento, forse, andrebbe sin nella definizione indicata la misura in cui il finanziamento stesso attiva i regimi di inconferibilità e incompatibilità.

4. Come correggere le disposizioni in vigore?

- Dove si parla di “regolazione” potrebbe precisarsi che si allude ad un “rapporto regolatorio” che stabilmente connette l'amministrazione pubblica all'ente di diritto privato.
- Dove si parla di “finanziamento” si potrebbe precisare che debba trattarsi di un “finanziamento maggioritario” nei termini fissati a proposito dell'organismo di diritto pubblico. Ciò non pregiudica che le disposizioni speciali sulla sanità, gli artt. 5 e 10, possano riferirsi ad un qualsiasi finanziamento, anche non maggioritario. Una distinzione potrebbe giustificarsi per le caratteristiche proprie del settore sanitario che richiedono un regime più restrittivo. Nondimeno, restringere il perimetro della nozione di finanziamento nelle attività extrasanitarie nei termini suggeriti renderebbe più agevole l'applicazione delle previsioni su inconferibilità e incompatibilità.
- Più specificamente rispetto all'art. 4, quale causa di inconferibilità potrebbe aggiungersi al “finanziamento” anche la “regolazione”, condizione attualmente omessa nella disposizione in vigore.
- Nel terzo paragrafo del presente documento, dov'è sembrato opportuno, si sono suggerite modifiche “conservative” delle disposizioni in vigore operate mediante mere addizioni specificative. Quest'approccio, tuttavia, potrebbe rendere l'ordito dispositivo macchinoso e di comprensione non immediata. Pertanto, qualora fossero condivise le direttrici di interpretazione qui suggerite, si potrebbe lavorare ad una

nuova integrale stesura degli artt. 1, c. 2, lett. d), 4 e 9. Viceversa, gli artt. 5 e 10 specifici sulla sanità non sembra mostrino particolari problemi interpretativi e applicativi. Pertanto, potrebbero essere lasciati invariati.

Autorità Nazionale Anticorruzione

- Luglio 2015 -