



Autorità Nazionale Anticorruzione

Segnalazione al Governo e al Parlamento ai sensi dell'art. 6, comma 7, letto f), del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163

Proposte di modifica, correzione e integrazione della normativa vigente in materia di inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi amministrativi.

Atto di segnalazione n. 4, del 10 giugno 2015

Il Consiglio

Considerata la competenza piena dell'Autorità in materia di misure di prevenzione della corruzione volte a garantire l'imparzialità soggettiva dei funzionari, trasferita dal dl n. 90 del 2014, convertito in legge n. 114 del 2014

Considerato che la materia delle inconfiribilità e incompatibilità rientra tra le suddette funzioni trasferite

Considerato che l'Autorità svolge, fin dalla entrata in vigore della legge n. 190 del 2012, funzioni di vigilanza in materia

Considerato che la disciplina in materia di inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi amministrativi di cui al d.lgs. n. 39 del 2013 ha fatto riscontrare numerose criticità in sede di interpretazione e di applicazione

Visto il decreto del Presidente con il quale, in attuazione della decisione del Consiglio, in data 12 novembre 2014, è stata istituita la "Commissione di studio per la revisione della disciplina vigente in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza", con lo scopo di dare un contributo al Parlamento e al Governo in sede di discussione del disegno di legge A.C. n. 3098, "Riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni", contenente all'art. 6, la previsione del conferimento di una nuova

delega al Governo per l'adozione di decreti correttivi dei due decreti legislativi attuativi della legge n. 190

Considerato che appare opportuna l'integrazione dei criteri e principi direttivi della delega prevista dal citato art. 6, al fine di tener conto dell'esperienza applicativa dell'Autorità

Ritenuto di dover cogliere l'occasione della delega al Governo per ipotizzare e proporre una revisione organica anche della disciplina dettata dalla legge 6 novembre 2012, n. 190, soprattutto al fine di rafforzare e rendere omogenei i poteri di regolazione, vigilanza, ordine e sanzione in capo all'Autorità

Ritenuto che la revisione organica della disciplina in materia di inconfiribilità e incompatibilità dei funzionari pubblici costituisce, per il nostro Paese, impegno assunto in modo vincolante con l'adesione alle convenzioni civile e penale del Consiglio d'Europa, ratificate con la legge 28 giugno 2012, n. 110 e con la legge 28 giugno 2012, n. 112

Considerato che l'adempimento dell'impegno assunto in sede di convenzioni internazionali sarà oggetto, a partire dal 2016, del IV Ciclo di *peer review* nell'ambito del Consiglio d'Europa (GRECO), che si occuperà di "Prevenzione della corruzione dei membri del Parlamento, di giudici e pubblici ministeri, con particolare riguardo a: principi etici e regole di condotta, conflitti di interesse e applicazione effettiva delle norme in materia, divieto di limitazioni di alcune attività, dichiarazioni patrimoniali/redditi/ responsabilità/ interessi, sensibilizzazione sul tema", rendendo urgente un adeguamento della disciplina vigente

Considerato che la sottocommissione che si è occupata della materia delle inconfiribilità, in attesa della presentazione al Presidente della Relazione finale della Commissione, ha predisposto una nota dal titolo "Appunto sulle linee di revisione del d.lgs. n. 39", con la quale sono individuati i principali punti di criticità della normativa vigente e sono puntualmente indicate le proposte di modifica, correzione e integrazione di tale disciplina

Ritenuto di poter condividere appieno il contenuto della nota e delle proposte di modifica, correzione e integrazione della normativa vigente in essa contenute

Delibera

Di approvare le seguenti proposte di modifica, correzione e integrazione della normativa vigente in materia di inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi

amministrativi, con particolare riguardo alla disciplina di cui al d.lgs. n. 39 del 2013, da inviare al Governo e al Parlamento, anche per consentirne l'esame in vista dell'approvazione del ddl A.C. n. 3098 che contiene, all'art. 6, la previsione del conferimento di una nuova delega al Governo per l'adozione di decreti correttivi dei due decreti legislativi attuativi della legge n. 190.

In via preliminare, si propone al futuro legislatore l'adozione di una tecnica nella formulazione delle norme, diversa da quella adottata nel d.lgs. n. 39, 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 inconfiribilità 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), dedicando a ciascun complesso di incarichi, per tipologia di amministrazione, specifiche parti dell'articolato di legge che contenga le distinte cause di inconfiribilità e incompatibilità.

Le 25 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. Solo per un ridotto numero di esse si rivela necessaria, per carenze della delega già conferita dalla legge n. 190 o per esigenze di ridefinizione organica della disciplina, un'integrazione espressa della delega. Si tratta delle proposte di cui ai punti 2, 3, 4, 7, 8, 9, 21, 23, 25.

A) Le inconfiribilità

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

Il primo nodo da sciogliere riguarda l'estensione della revisione della normativa vigente. In particolare si è posto il tema della possibile estensione della disciplina di un possibile "nuovo d.lgs. 39" ad incarichi diversi da quelli amministrativi circoscritti nella delega dei commi 49 e 50 della legge n. 190 del 2012, a partire dagli incarichi politici. 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 dirigente 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.

Nell'auspicare che comunque sia assicurato un approccio complessivo alla tematica, si propone di limitare la revisione normativa agli attuali incarichi amministrativi, con la possibilità, semmai, di comprendere nel nuovo testo, per connessione, gli incarichi in organi di indirizzo non elettivi. Escludere dalla revisione l'attuale disciplina dell'accesso agli organi elettivi consente di non affrontare la complessa tematica dei regimi di incandidabilità, ineleggibilità e incompatibilità, oggetto di distinte discipline, assai complesse da rivedere. Potrebbe avere un senso, invece, occuparsi delle inconferibilità e incompatibilità delle cariche politiche conferite per nomina (membri del Governo, delle giunte regionali e locali) in quanto in questi casi i potenziali conflitti di interesse potrebbero essere individuati più facilmente (si pensi alla ipotesi della nomina come Ministro della salute o di assessore regionale alla sanità di un soggetto proprietario di case farmaceutiche). Appare evidente che una simile, sia pure limitata, estensione comporterebbe un' espressa delega legislativa da parte del Parlamento.

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

Un secondo nodo preliminare riguarda l'estensione, tra le cause di inconferibilità e incompatibilità, alla provenienza da, o allo svolgimento di, cariche in partiti politici o in organizzazioni sindacali, cause considerate dalla disciplina vigente in qualche sporadico caso, ma non in modo organico. La provenienza da queste posizioni può sicuramente compromettere l'imparzialità nell'esercizio dell'incarico. Resta la non facile delimitazione delle cariche che danno luogo all'inconferibilità e incompatibilità. 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 inconferibilità 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 inconferibile 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 dichiarare l'incarico compatibile con altro, 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 inconferibilità e incompatibilità nelle aziende sanitarie a incarichi diversi dai tre fin qui disciplinati*

La limitazione del regime delle inconferibilità (e incompatibilità) alle tre figure apicali delle aziende ospedaliere è stata determinata 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 devono essere garantiti almeno per 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). A questo fine, sul quale si registra il pieno consenso di AGENAS (e 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.*

Si tratta di colmare la lacuna della disciplina delle inconferibilità del d.lgs. n. 39 del 2013 relativa sia agli incarichi amministrativi nelle amministrazioni e negli enti di diritto privato di livello nazionale sia alla provenienza da incarichi politici di livello nazionale (che può riguardare incarichi anche presso altri livelli di governo), con particolare riguardo per la provenienza dalla carica di parlamentare (le inconferibilità per provenienza da cariche di governo sono contenute nella legge Frattini (legge n. 215 del 2004, art. 2, comma 4). La mancata comprensione di queste cause di inconferibilità nel d.lgs. n. 39 è stata frutto di una scelta non prevista dalla legge di delega. Una disciplina organica delle provenienze 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).

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

Qui si tratta di rivedere la previsione della inconferibilità di incarichi amministrativi per chi provenga da cariche di amministratore di enti di diritto privato in controllo pubblico (art. 7, comma 1, lettera c), del d.lgs. n. 39). La delega (art. 1, comma 50) parla di coloro che “abbiano fatto parte di organi di indirizzo politico o abbiano ricoperto cariche pubbliche elettive”. L'art. 7, curiosamente, non parla della provenienza da enti pubblici.

Ad un esame più approfondito si ritiene che il provenire da cariche in enti pubblici o in enti di diritto privato in controllo pubblico, anche se la nomina è stata fatta da organi politici, non può essere considerato come una condizione che, di per sé, pregiudica l'imparzialità nell'esercizio dell'incarico amministrativo. I nominati non sono necessariamente parte della “politica” e quindi non sono sospettabili di apportare una visione parziale nell'esercizio

dell'incarico (come presume la legge nel vietare l'accesso agli incarichi amministrativi per chi provenga da incarichi strettamente politici).

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.

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. Si sottolinea, in proposito, da un lato, che è stata sollevata (Corte d'appello di Bari, ordinanza del 27.1.2014) la questione di una possibile disparità di trattamento, nella disciplina delle conseguenze, tra il regime previsto per i parlamentari nazionali e quello dettato per gli amministratori regionali e locali. Dall'altro si rileva che, in materia di conseguenze di condanne non definitive, 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) la 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" (considerati più gravi, tanto che l'inconferibilità in mancanza di una interdizione temporanea è sempre di 5 anni; comma 2) e

“uno degli altri reati previsti” dallo stesso Capo I (considerati meno gravi, tanto che l’inconferibilità è rapportata – il doppio – alla pena inflitta; 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 del 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, oggetto fin qui di controverse interpretazioni, 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 (a valle del documento congiunto con il MEF e in fase di consultazione pubblica) 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 di diritto privato in controllo pubblico” e enti di diritto privato a partecipazione pubblica non maggioritaria”. La distinzione è utile perché ha effetti anche sul regime delle inconfiribilità e incompatibilità, nel senso che gli incarichi da disciplinare sono sicuramente quelli conferiti negli enti in controllo pubblico. Si ritiene necessario, comunque, disciplinare le cause di inconfiribilità e incompatibilità anche negli enti a partecipazione non maggioritaria, sia pure con riferimento a quei soli incarichi che siano conferiti dalle amministrazioni partecipanti.

9. *Adottare una 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 inconfiribilità (e incompatibilità) anche di posizioni, 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.

In secondo luogo appare necessario rivedere la scelta attuale di escludere dal campo di applicazione delle inconfiribilità 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.

Non si comprende, quindi, perché ad un Capo di gabinetto non si debbano applicare le cause di inconfiribilità per aver riportato condanne penali o in

caso di più evidente conflitto di interessi (ad esempio la provenienza da imprese regolate o finanziate dall'amministrazione che conferisce l'incarico). 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.

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

La definizione attuale si trova all'art. 1, comma 2, lettera d), del d.lgs. n. 39. Essa ha dato luogo a interpretazioni diverse, tra l'applicazione di un criterio cumulativo (occorrono tutte le circostanze di cui ai punti 1, 2 e 3) ovvero disgiuntivo (è sufficiente il ricorso di una sola circostanza). Si ritiene opportuno adottare 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 (ad una determinata regolazione o alla conferma di un finanziamento) dell'ente privato da cui si proviene.

Ciò detto, va meglio precisata la nozione di regolazione (che deve consistere in specifici poteri di regolazione, vigilanza e controllo sulle attività fondamentali dell'impresa); va meglio precisata la nozione di finanziamento (che comprenda tanto la partecipazione minoritaria, quanto il finanziamento di attività) e va precisato l'ambito dei divieti, che devono riguardare, quanto alla destinazione, tutti gli incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni di carattere apicale e i soli incarichi dirigenziali relativi ad uffici direttamente investiti dei suddetti poteri e, quanto alla provenienza, 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 inconfiribilità di incarichi dirigenziali pubblici e divieto di assumere incarichi in enti privati post-mandato (pantouflage)*

L'inconfiribilità 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 dal 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 una nozione più ristretta rispetto a quella di “regolazione” adottata ai fini delle inconferibilità.

Pertanto si propone di adottare una formulazione nella definizione delle funzioni di regolazione e finanziamento che possa essere applicata in entrambe i casi e di precisare bene che per creare un potenziale conflitto di interesse è sufficiente affidare le funzioni di regolazione e di finanziamento all'ufficio di cui il dirigente è titolare (o al quale il funzionario è assegnato), senza che si debba dimostrare l'effettivo esercizio di tali funzioni. Si consideri che anche il mancato esercizio potrebbe essere dovuto ad un conflitto di interessi.

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 inconferibilità e incompatibilità di incarichi amministrativi”.

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

Gli enti di diritto privato controllati o solo partecipati da pubbliche amministrazioni vanno fatti rientrare tra gli enti di diritto privato regolati e finanziati i quali 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 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. In sede di interpretazione si è 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 al Parlamento e al Governo 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...”.

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

Si propone di adottare in via generale il criterio della “prossimità” delle situazioni che danno luogo alle inconferibilità con gli incarichi da conferire. Quando la situazione che dà luogo all’inconferibilità 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 tale criterio generale si propone stabilire un periodo più lungo, dai 2 ai 3 anni, per le inconferibilità relative allo stesso livello di governo (ad esempio nomina di un Direttore di dipartimento ministeriale per chi provenga dalla carica di parlamentare, ovvero di direttore generale di Regione per chi provenga dalla carica di consigliere regionale), mentre periodi più brevi, da 1 anno a 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 inconferibilità più lunghi per la provenienza “dall’alto” (un parlamentare nominato 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 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)). Si propone 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, e di

eliminare, per la figura del Presidente, il riferimento alle deleghe gestionali dirette, fonte fin qui 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.

Potrebbe, invece, essere opportuno graduare i periodi di inconfiribilità 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.

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

La previsione di un regime di inconfiribilità (e incompatibilità) per gli amministratori di enti pubblici e di enti di diritto privato in controllo pubblico non significa non considerare 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.

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 si distingue tra la posizione degli organi di indirizzo (politico-amministrativo) e la posizione dei dirigenti, che in via generale sono titolari di autonomi poteri di amministrazione e gestione.

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. Laddove scelte organizzative effettuate con disciplina pubblicistica configurino competenze amministrative e di gestione riservate ai dirigenti, i relativi incarichi sono da considerare sottoposti al regime delle inconfiribilità

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

inconferibilità non si applica, quanto alla destinazione, alle posizioni dirigenziali, salvo che a queste nello statuto o nell'organizzazione dell'ente non siano chiaramente attribuite funzioni direttive e gestionali delle attività dell'ente.

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 6).

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, portata 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 che fissa a 5.000 abitanti la soglia di applicazione del principio di distinzione tra politica e amministrazione. Al di sopra di quella soglia l'ordinamento ipotizza 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 considera 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 due incarichi incompatibili.

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: nella graduazione delle inconfiribilità si potrebbe stabilire che l'incarico di componente di Cda in un ente pubblico o in un ente di diritto privato in controllo pubblico sia conferibile (per la distanza tra precedenti incarichi in enti privati regolati o finanziati o per la distanza nella provenienza da cariche politiche), mentre si potrebbe stabilire che il cumulo dei due incarichi sia da vietare.

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 (nel senso già chiarito) e finanziamento.

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.

20. *Chiarire le incompatibilità con le cariche politiche*

La legge delega non è stata chiara perché parla di "incarichi pubblici elettivi" nel definire in via generale il contenuto della delega sulle incompatibilità, mentre quando specifica i criteri di delega parla di "organi di indirizzo politico" e di "cariche pubbliche elettive" per le inconferibilità e di "organi di indirizzo politico" per le incompatibilità.

Si propone di adottare un criterio univoco: mentre per le inconferibilità 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 "politicità" che incide sull'imparzialità), lo stesso non vale per le incompatibilità, per le quali si deve valutare anche la cumulabilità 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.

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. Una legislazione contemporanea al decreto (art. 4 del dl. n. 95 del 2012, convertito in legge n. 135 del 2012) è andata in realtà in controtendenza, poiché ha stabilito (almeno per le società partecipate dal MEF) l'opposto 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. Si ricordi che il regolamento adottato con D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168, in esecuzione della normativa in materia di servizi pubblici locali (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.

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.

Si propone, quindi, una disciplina di più chiara incompatibilità tra le due posizioni, accompagnata dalla inconferibilità nel caso di conferimento di un incarico dirigenziale nell'amministrazione controllante per chi provenga dalla carica di componente di Cda della controllata.

La questione 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.

Si 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.

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 opera a favore dell'amministrazione), ma non considera i casi in cui esso, 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.

Nella stessa direzione vanno meglio chiarite le funzioni di consulenza svolte a favore di enti di diritto privato regolati o finanziati (vedi punto 4).

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 lor congiunti ("al coniuge non separato, e ai parenti entro il secondo grado") nelle prospettive 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 n. 69 del 2013, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 98 del 2013) che hanno evitato l'applicazione delle incompatibilità a tutti gli incarichi conferiti prima dell'entrata in vigore del decreto, fino alla loro scadenza.

Nel decreto correttivo sarà invece necessario, per le incompatibilità nuove, 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 della nuove norme, per dare tempo alle amministrazioni di adeguarsi.

A) 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 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 a conferire gli incarichi al posto dell'organo ammesso 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, 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 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, può 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.

Approvato dal Consiglio nella seduta del 10 giugno 2015.

Il Presidente

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 10 giugno 2015.

Il Segretario: Maria Esposito