

amministrativ@mente

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo

Publicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Redazione

Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2020

estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffacello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Giuliano Taglianetti, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

Inconferibilità e incompatibilità degli incarichi nelle Pubbliche Amministrazioni

di Alfredo Contieri

(Professore di ruolo di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II")

Sommario

1. Il quadro istituzionale. 2. La legge anticorruzione n. 190 del 2012. La strategia per evitare il conflitto di interessi. 3. La nuova nozione di inconferibilità nel decreto n. 39 del 2013. 4. Vigilanza e sanzioni. 5. Conclusioni.

Abstract

The work deals with the new figures in the anti-corruption law, no. 190 of 2012, on access to civil service. In particular, Italian law aimed at strengthening certain aspects related to impartiality of those who should be appointed to civil service, by placing a series of prohibitions or limits of a temporal nature (so-called cooling off periods) in the sense that appointments cannot take place before a certain period of time from the previous appointment. All this so that the Italian administration or the companies in which it has a stake, not only are, but also appear impartial to the citizen.

1. Il quadro costituzionale

Il termine corruzione non è espressamente menzionato dalla Costituzione italiana, la quale si limita a richiamare concetti e principi che devono orientare il comportamento dei pubblici dipendenti, su cui deve fondarsi l'etica pubblica¹.

L'art 97 prescrive "agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso" e impone il rispetto dei principi di "imparzialità e buon andamento" nell'organizzazione dei pubblici uffici.

L'art 54 impone a coloro cui sono affidate funzioni pubbliche "il dovere di adempierle con disciplina e onore". L'art 98, inoltre precisa che i pubblici dipendenti sono "al servizio esclusivo della nazione".

Imparzialità, disciplina, onore, servizio esclusivo, indicano modelli di comportamento del tutto opposti a quelli propri della corruzione.

Tuttavia, la legislazione successiva alla Costituzione non è stata particolarmente attenta al legame tra disciplina del pubblico impiego (etica pubblica, codici di comportamento) e contrasto alla corruzione.

2. La legge anticorruzione n. 190 del 2012. La strategia per evitare il conflitto di interessi

Il tema della corruzione, divenuto di grande attualità sul piano interno, è stato ripreso a seguito della Convenzione O.N.U. di Merida del 31 ottobre 2003, la quale, prevedendo nuovi principi e misure di contrasto ricadenti anche sul rapporto di pubblico impiego, ha aperto una nuova pagina nella sfida alla corruzione².

In Italia il legislatore, in attuazione della Convenzione di Merida che prescrive agli Stati "di adoperarsi al fine di adottare, mantenere e rafforzare i sistemi che favoriscono la trasparenza e prevengono i conflitti di interesse", ha predisposto una serie di disposizioni che hanno quale finalità quella di prevenire e contrastare qualsiasi conflitto di interessi, anche solo potenziale.

A questo scenario vanno ricondotte le sostanziali modifiche apportate all'art. 53 della d.lgs n. 165 del 2001 da parte della l. n. 190 del 2012 su "incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi" dei pubblici dipendenti. In sostanza, l'intento della novella legislativa è di limitare le possibilità di conferire incarichi e mandati esterni attraverso il rafforzamento dell'impianto sanzionatorio, disciplinare un'ipotesi peculiare di "incompatibilità successiva", che si verifica al momento del collocamento a riposo del dipendente, il c.d. *pantouflage*³.

¹ Si cfr. M. MARTONE, *Rapporto di lavoro e prevenzione della corruzione: concorsi e prove selettive, incompatibilità, inconfiribilità degli incarichi e codici di comportamento*, in *Dir. lav.*, n. 6, 2017, p. 1423.

² Si rinvia a L. BORLINI, P. MAGRINI, *La lotta alla corruzione internazionale sulle due sponde dell'Atlantico: analisi comparata delle Convenzioni ONI e OCSE in materia*, in *Dir. comm. Int.*, 2007, pp. 13 ss.

³ Per una disamina generale della materia contenuta nell'art. 53 si v. , *ex plurimis*: cfr. D'APONTE, *Commento all'art. 53 d.lgs. n. 165 del 2001*, in AMOROSO, DI CERBO, L. FIORILLO, A. MARESCA, *Il diritto del lavoro, III, il Lavoro pubblico*, Milano, 2004, pag. 543 e segg.; V. TENORE, *Le attività extraistituzionali e le incompatibilità per il pubblico dipendente*, in



Bisogna sottolineare che insieme ad un rafforzamento della tradizionale strategia di contrasto alla corruzione, che si basa sulla repressione penale, si introduce una strategia di prevenzione amministrativa di comportamenti corruttivi in senso ampio, cioè di attività che non mirano alla cura imparziale dell'interesse pubblico ma appaiono indebitamente influenzate da interessi particolari. E' ormai ampiamente condivisa la considerazione che la strategia penalistica da sola non è efficace, perché non può coprire tutti i comportamenti corruttivi. Pertanto, anche in applicazioni delle convenzioni internazionali, l'Italia ha introdotto una disciplina di contrasto di tipo preventivo che consiste principalmente nell'impedire che possano ricoprire o conservare incarichi pubblici soggetti che si trovino in situazioni che possano far dubitare della loro imparzialità. Va subito chiarito che questa normativa riguarda esclusivamente gli incarichi di tipo amministrativo, mentre non si occupa dell'accesso e della permanenza nelle cariche politiche⁴.

La legge contiene le regole relative ai limiti di conferimento di tutti gli incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni, al fine di garantire pienamente l'indipendenza soggettiva del funzionario pubblico, cioè la sottrazione del titolare di incarico dirigenziale ai condizionamenti che possano provenire da interessi privati o da interessi politici. La disciplina del cosiddetto "conflitto di interessi" si trasforma: da regolazione dei comportamenti da tenersi nello svolgimento delle funzioni pubbliche (generale dovere di imparzialità, dovere di astensione e di previa dichiarazione in caso di conflitto) diviene disciplina che limita o addirittura preclude l'accesso a determinate cariche pubbliche per chi possa ritenersi portatore privilegiato di interessi anche potenzialmente in conflitto con l'esercizio imparziale della funzione pubblica.

Sicché il legislatore si è preoccupato, nel disciplinare la materia, non solo di eliminare potenziali situazioni di conflitto, vietando che il funzionario sia o sia stato in contatto con interessi che possano distoglierlo dalla cura del bene pubblico, ma anche di dare una nuova immagine della pubblica amministrazione, affinché venga "percepita" come lontana da interessi particolari.

La legge n. 190/2012 si fonda su una tripartizione di situazioni che determinano la non conferibilità degli incarichi, di norma per un periodo di tempo delimitato. Si tratta di situazioni di carattere personale soggettivo, che riguardano la persona potenzialmente destinataria dell'incarico:

1) il non aver riportato una condanna, anche con sentenza non passata in giudicato, per reati contro la pubblica amministrazione commessi da pubblico ufficiale (peculato, corruzione, concussione, abuso di ufficio ecc).

Lav. Pubbl. Amm., 2007, 6, pag. 1110 e segg.; PAOLUCCI, *Incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi*, in F. CARINICI E L. ZOPPOLI (a cura di), *Diritto del lavoro*, Torino 2004, pag. 796 e segg.

⁴ F. MERLONI, *Inconferibilità e incompatibilità degli incarichi*, Istituto Treccani, in www.treccani.it/enciclopedia/inconferibilita_e_incompatibilita, 2014; Dello stesso Autore si veda anche: "La nuova disciplina degli incarichi pubblici", in *Giornale di Dir. Amm.* 2013, 8, 9, 806 e ss.



2) la provenienza della persona da enti privati che abbiano interessi in potenziale conflitto con l'interesse pubblico da curare, cioè persone che abbiano rivestito ruoli significativi *"in enti di diritto privato sottoposti a controllo o finanziati da parte dell'amministrazione che conferisce l'incarico"* (lett. b);⁵

3) la provenienza della persona cui si intende conferire l'incarico da organi politici (la legge parla di coloro che *"abbiano fatto parte di organi di indirizzo politico o abbiano ricoperto cariche pubbliche elettive"* (lett. c)).

Alla stessa finalità risponde la disciplina contenuta nel D.Lgs. n. 39 del 2013 sulla inconferibilità e sulla incompatibilità degli incarichi dirigenziali, di vertice e di amministratore delle pubbliche amministrazioni e nelle società controllate, che riduce drasticamente la possibilità di conferimento degli incarichi se si ricopre una determinata carica.

3. La nuova nozione di inconferibilità nel decreto n. 39 del 2013

La nozione di inconferibilità non esisteva prima della legge n. 190. Detta nozione si affianca, quindi, a quelle tradizionali di incompatibilità, ineleggibilità e incandidabilità.

Si tratta di istituti utili a distinguere, sulla base della ratio, diversi fenomeni giuridici che vanno dai limiti all'elettorato passivo (scaturenti da peculiari status o condizioni soggettive), all'impossibilità di cumulare cariche o incarichi all'interno delle Pubbliche Amministrazioni. In particolare, le cause di incompatibilità sono ricollegabili alla necessità di evitare situazioni di conflitto d'interesse attraverso la titolarità da parte del medesimo soggetto di più cariche contemporaneamente; quelle di ineleggibilità dovrebbero prevenire il rischio che il soggetto possa influenzare la libera determinazione del voto in una competizione elettorale; le cause di incandidabilità, hanno la finalità di evitare l'accesso alle cariche pubbliche a soggetti condannati per determinati reati, che potrebbero porre a repentaglio l'integrità e anche l'onorabilità dell'Amministrazione.

Infine, il nuovo istituto dell'inconferibilità di un dato incarico si applica nelle fattispecie in cui il soggetto da nominare sia stato condannato penalmente, ovvero lo stesso ricopra cariche che si pongono in potenziale conflitto di interesse, in enti pubblici o privati⁶.

Per quanto riguarda le specifiche circostanze di inconferibilità degli incarichi dirigenziali, di vertice e di amministratore, esse sono disciplinate dettagliatamente dagli artt. 3 e seguenti del D.Lgs. n. 39 del 2013,

Volendo esaminare più nel dettaglio le tre ipotesi di inconferibilità è opportuno precisare che con la prima, l'aver riportato condanna penale anche non definitiva per

⁵ Art. 4, comma 1 d.lg.vo 39/2013.

⁶ R. MICALIZZI, *Inconferibilità di incarichi pubblici. Il ruolo dell'ANAC nell'accertamento delle fattispecie di inconferibilità di incarichi pubblici*, in *Giur. it.*, 2017, n.3, p. 744.



un reato contro la Pubblica amministrazione, si è voluto evitare che tale condizione possa mettere in discussione la fiducia nell'imparzialità del funzionario da parte dei cittadini. Con la seconda, che vieta che il soggetto a cui si intenda conferire l'incarico provenga da un ente di diritto privato la cui attività sia soggetta a regolazione o a finanziamento proprio da parte dell'amministrazione che conferisce l'incarico, si tende a evitare un conflitto di interessi dovuto ad una eccessiva vicinanza. Con la terza si vieta il conferimento dell'incarico nei confronti di chi proviene direttamente da cariche in organi di indirizzo politico. In questo caso il divieto non si fonda su un potenziale conflitto di interessi, ma sul legittimo sospetto che la nomina possa essere intervenuta non per capacità professionali, ma per ragioni di appartenenza partitica o comunque di colleganza politica.

L'inconferibilità in ogni caso ha carattere temporaneo poichè la legge si limita a escludere che il nuovo incarico possa essere conferito in continuità temporale con il precedente. Vi è dunque un cosiddetto periodo di "raffreddamento" che può durare da un minimo di un anno a un massimo di tre anni⁷.

Si tratta del periodo che deve trascorrere tra la cessazione del primo incarico e l'assunzione di quello nuovo.

Anche nel caso di condanna penale il periodo di inconferibilità ha durata limitata e dipende sia dalla gravità del reato, sia dalla eventuale esistenza e dalla durata della pena accessoria della interdizione dai pubblici uffici, ma comunque non può superare i cinque anni. Ovviamente, l'inconferibilità viene meno in caso di assoluzione.

In tutti i casi previsti l'inconferibilità sembra riguardare esclusivamente incarichi conferiti per nomina e non mandati elettivi.

Le ipotesi previste dalla legge danno luogo direttamente all'inconferibilità poichè non è necessario provare concretamente che sussista un pericolo per l'interesse pubblico derivante dal cumulo di cariche. Tale valutazione è stata fatta dal legislatore in via preventiva⁸.

Le situazioni di inconferibilità sono astratte, nel senso che l'accertamento di tali situazioni conduce, di per sé, alla nullità del relativo incarico. Non è necessario, né previsto, alcun accertamento in concreto sulla sussistenza (o meno) di un reale rischio che quello specifico cumulo di cariche possa generare fattispecie corruttive o illecite, nè un *vulnus* all'imparzialità ed al buon andamento delle Pubbliche Amministrazioni coinvolte.

Questa valutazione, infatti, è compiuta *ex ante* dal legislatore, per l'appunto in astratto, traendo indicazioni dall'esperienza comune.

Abbastanza simile alla inconferibilità è la più conosciuta figura della incompatibilità, che mira a evitare che possa permanere nell'incarico chi si trovi in particolari

⁷ Sul punto si veda F. MERLINI, *Inconferibilità*, cit., 10.

⁸ MICALIZI, *Inconferibilità*, cit.



condizioni di conflitto Le ipotesi di incompatibilità tendono a sovrapporsi alle ipotesi di inconferibilità: 1) l'eventuale assunzione dopo il conferimento dell'incarico di attività retribuite presso enti sottoposti a controllo o vigilanza, 2) oppure l'eventuale assunzione nel corso dell'incarico di cariche di indirizzo politico. Nel caso di incompatibilità il funzionario deve optare entro 15 giorni per una delle due cariche, altrimenti decade dalla seconda.

La legge n. 190 introduce una diversa forma di incompatibilità successiva, detta "pantouflage" in uso in Francia e in Germania. Viene introdotto un divieto, nei tre anni successivi al pensionamento (quando ci si mette in pantofole: *pantoufle* in francese), per coloro che hanno esercitato poteri negoziali o autoritativi per conto di pubbliche amministrazioni, di svolgere attività lavorativa professionale presso i soggetti destinatari della sua attività. Gli eventuali contratti stipulati in violazione di questo divieto sono nulli. Con tale previsione si vuole evitare che il dipendente vicino alla pensione possa essere distolto dalla cura dell'interesse pubblico nella prospettiva di poter avere in futuro rapporti di lavoro con i destinatari della sua attività⁹

4. Vigilanza e sanzioni

Le Autorità che svolgono le funzioni relative all'accertamento, alla sospensione e alla declaratoria di nullità degli incarichi conferiti in violazione della normativa sono il Responsabile per la prevenzione della corruzione e l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC).

Il Responsabile per la prevenzione della corruzione, che è anche responsabile della trasparenza nella amministrazione, assume tale carica a seguito di nomina del vertice politico della pubblica amministrazione presso la quale è in servizio. Il Responsabile, infatti, ai sensi dell'art. 15 del D. lgs. n. 39 del 2013, ha assunto anche il ruolo di controllo sulla correttezza nell'assegnazione d'incarichi all'interno della propria amministrazione, nonché di quelli attribuiti dalla suddetta amministrazione in altri enti sottoposti a controllo.

Inoltre, al Responsabile è affidato il compito di accertare, sempre ai sensi del suindicato articolo, che "siano rispettate le disposizioni del presente decreto sulla inconferibilità e incompatibilità degli incarichi" e se ritiene che corrano anche potenzialmente situazioni *contra legem*, può, anzi deve, "contestare all'interessato l'esistenza o l'insorgere delle situazioni di inconferibilità o incompatibilità di cui al presente decreto" (comma 1) e inoltre "segnalare i casi di possibile violazione delle disposizioni del presente decreto all'Autorità nazionale anticorruzione, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai fini dell'esercizio delle funzioni di cui alla L. 20 luglio 2004, n. 215, nonché alla Corte dei Conti, per l'accertamento di eventuali responsabilità amministrative".

Problemi di natura interpretativa si pongono in riferimento al fatto che la disposizione

⁹ F. MERLONI, *op. ult. cit.*, 7.

legislativa in esame non attribuisce specificamente al Responsabile la facoltà di agire direttamente su possibili atti di nomina che gli appaiono adottati in violazione della legge.

Tuttavia, nonostante il silenzio della norma, ci sembra alquanto incongruo ragionare in termini di un Responsabile a cui non sia conferito nessun potere di intervento a fronte di una violazione di legge.

Più plausibile è invece ritenere che il potere di intervento del Responsabile debba desumersi dal disposto dell'art. 17, che invalida gli atti di conferimento illegittimi con la nullità, e dal citato art. 15¹⁰.

Da tale disposto, si può logicamente pensare che al Responsabile sia attribuito il compito di accertare e dichiarare la nullità degli atti di conferimento degli incarichi *contra legem*.

Il Responsabile rappresenta la figura centrale all'interno della singola amministrazione per evitare fenomeni corruttivi, mentre questo compito è svolto dall'ANAC per tutte le pubbliche amministrazioni.

La disposizione legislativa che regola i poteri dell'ANAC in tema di inconfiribilità di incarichi pubblici e incompatibilità tra cariche, è l'art. 16, del D.Lgs. n. 39 del 2013. All'ANAC è attribuito un ruolo di controllo sull'attività di tutti gli enti che devono rispettare la normativa suddetta (amministrazioni pubbliche, enti pubblici ed enti di diritto privato in controllo pubblico)¹¹.

In sostanza, il controllo ispettivo esercitato dall' autorità indipendente, ai sensi del 1 comma dell'art. 16, si effettua mediante la richiesta agli enti di tutte le informazioni e i dati necessari a verificare la correttezza nel conferimento di incarichi e ruoli di vertice. Verificata l'irregolarità, l'ANAC dispone, con opportuno provvedimento motivato da comunicare all'ente interessato, la sospensione del conferimento¹².

Infine, compete all'Autorità anche un ruolo consultivo, che consiste nella redazione di pareri su tutti gli atti ministeriali di *soft-law* riguardanti l'attuazione della legge.

Chiaramente i poteri appena menzionati (controllo, repressione e consulenza) esercitati dall'ANAC si aggiungono a quelli riconosciuti dall'art. 1, 2 e 3 comma, della L. 190 del 2012, che si riconducono ai tradizionali compiti in materia di corruzione.

L'ANAC dispone anche del potere di ordinare: "la rimozione di comportamenti o atti contrastanti con i piani e le regole sulla trasparenza", mentre, come si è accennato, nel caso degli incarichi il D.Lgs. n. 39/2013 individua semplicemente un mero potere di sospensione (e non di rimozione).

Attenendosi al dato letterale, dunque, l'ANAC non sembra corredata di un diretto potere di intervento sui relativi atti di conferimento nel momento in cui esercita le

¹⁰ Sul punto, cfr. R. MICALIZZI, *Inconfiribilità, cit. nell'accertamento delle fattispecie di inconfiribilità di incarichi pubblici*, nota a TAR Lazio, I, 14.11.2016 n. 11270, in Giur. It., 2017, 3, 744.

¹¹ Cfr. R. MICALIZZI, *op. cit.*

¹² Nel caso affiorino eventuali profili di danno erariale, anche alla Corte dei Conti.

funzioni di vigilanza sulla validità nel conferimento di incarichi.

In conclusione, dunque, il D.Lgs. n. 39/2013 prospetta un sistema di controllo definito a due livelli, con le relative potestà distribuite in capo tanto al Responsabile, quanto all'ANAC.

Tale meccanismo di riparto di funzioni non sembra tuttavia distinguersi per una effettiva linearità, atteso che la facoltà del Responsabile, dopo aver fatto una segnalazione all'ANAC, di verificare la violazione delle norme e procedere poi all'adozione di un provvedimento dichiarativo di nullità, è di fatto "temperata" dal potere di sospensione attribuito all'Autorità, che lo esercita su segnalazione, oltre che del Responsabile, anche d'ufficio¹³.

Vi sono poi degli ulteriori effetti collegati alla sanzione della nullità e riguardano coloro che hanno conferito l'incarico dichiarato nullo, che di norma sono i componenti dell'organo politico competente al conferimento.

Essi sono innanzitutto "responsabili per le conseguenze economiche degli atti adottati" e cioè dovrebbero rimborsare l'ente delle somme versate per l'incarico nullo e inoltre non possono per tre mesi conferire gli incarichi di loro competenza.

5. Conclusioni

Il giudizio su questi aspetti della legge anticorruzione è certamente positivo.

La legge è intervenuta non sulla prevenzione diretta di fatti corruttivi ma ha cercato di evitare che si crei un "ambiente", un clima che possa generare corruzione. Le innovazioni riguardano soprattutto il divieto di comportamenti ritenuti in passato del tutto leciti quali i continui passaggi delle medesime persone da una carica all'altra, da un organo politico, alla amministrazione di un ente o di una società controllata, in un incessante intreccio di scambi di nomine, di passaggi di poltrone, di carriere che si sviluppano non per meriti ma per fedeltà politica.

Tutto ciò prima non era vietato dalla legge ed era (anzi) considerato normale.

La legge mira ad evitare il conflitto di interesse delineando le esigenze e il carattere oggettivo della funzione e seguendo un criterio di ordine sostanziale e non formale, superando la distinzione tra enti pubblici e enti privati, guardando soprattutto al fenomeno delle privatizzazioni che ha comportato in Italia la creazione delle società di diritto privato in controllo pubblico, che sono anch'esse tenute come gli enti pubblici a perseguire con imparzialità il pubblico interesse.

Queste misure più che contrastare direttamente la corruzione sembrano rivolte a creare una nuova cultura, un'etica pubblica che costituisce un presupposto fondamentale contro la corruzione.

Concludo ricordando che nonostante gli indubbi progressi degli ultimi anni, ancora nel 2019, secondo il *Report* annuale di *Transparency International* l'Italia è al 52° posto su

¹³ Cfr. TAR Lazio Roma, sez. III, 8 giugno 2016, n. 6593, in www.giustizia-amministrativa.it.

180 paesi valutati nella classifica internazionale della corruzione.

