

Inconferibilità e incompatibilità di incarichi nelle pubbliche amministrazioni

di Margherita Ramajoli

SOMMARIO: 1. Dalla reazione alla prevenzione nella lotta alla corruzione. - 2. L'ambito soggettivo di applicazione della disciplina. - 3. Gli strumenti: a) inconferibilità; b) incompatibilità. - 4. La necessità di un punto di equilibrio.

1. *Dalla reazione alla prevenzione nella lotta alla corruzione*

La lotta alla corruzione, se intende essere efficace, richiede l'impiego di una pluralità di strumenti giuridici d'intervento, non necessariamente di stampo penalistico, ma anche e soprattutto di tipo amministrativo. In questa logica una delle più importanti novità introdotte dalla complessiva e recente normativa anticorruzione (l. 6 novembre 2012, n. 190 e d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39) è costituita dalla disciplina delle inconferibilità e delle incompatibilità di incarichi nelle pubbliche amministrazioni.

Tale disciplina si pone quale strumento generale di prevenzione dei conflitti tra interesse pubblico e interessi particolari, nonché quale misura di imparzialità soggettiva dei funzionari amministrativi. Essa è da leggere insieme all'adozione dei più recenti codici di condotta dei dipendenti pubblici, la cui violazione comporta responsabilità disciplinare, alla predisposizione dei piani triennali anticorruzione a livello nazionale e a livello di singole pubbliche amministrazioni, nonché alla più generale disciplina sul conflitto d'interessi, che ha portato all'introduzione dell'art. 6bis nel corpo della legge n. 241/90 (tutte misure previste dall'art. 1, co. 2-50 della legge n. 190/2012).

Le disposizioni in tema di inconferibilità e incompatibilità innovano profondamente rispetto al passato, in quanto colpiscono condotte precedentemente ammesse. La *ratio* espressa della disciplina è il contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione declinato però in una maniera particolare. In realtà non è solo la disciplina in materia d'inconferibilità e incompatibilità degli incarichi nelle pubbliche amministrazioni, ma è tutta la complessiva recente normativa in tema di lotta alla corruzione ad essere caratterizzata da un approccio nuovo e originale¹.

¹ F. PALAZZO, *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2011; M.

Finora in Italia la lotta alla corruzione è stata in prevalenza svolta sul piano della repressione, che attiene essenzialmente all'ambito penale, mentre era stato trascurato il piano della prevenzione, che invoca l'utilizzo degli strumenti tipici del diritto amministrativo.

Tuttavia la realtà ha tristemente dimostrato che la sola repressione penale è insufficiente a contrastare il fenomeno della corruzione: essa, da un lato, per sua natura interviene quando la corruzione è già stata commessa, dall'altro lato, colpisce solo una minima parte, quella più eclatante, dei comportamenti condizionati da interessi personali, con la conseguenza che l'effetto di deterrenza della disciplina risulta fortemente attenuato.

Attualmente invece il legislatore italiano, anche su pressione di organismi internazionali, ha deciso di intervenire in materia in via preventiva per contrastare il fenomeno corruttivo².

Sottostante a questa nuova impostazione della lotta alla corruzione vi è l'idea che gli strumenti preventivi interni alla pubblica amministrazione siano efficaci al pari e forse anche più di quelli repressivi. La sanzione penale, così come la responsabilità per danno erariale, devono essere la risposta ultima dell'ordinamento, quando tutte le altre misure hanno fallito nel raggiungimento del loro obiettivo.

Ciò si accompagna ad un ampliamento dello stesso concetto di corruzione, da intendere, come ben ha precisato il Dipartimento della funzione pubblica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, non più solo nel senso strettamente indicato dal codice penale agli artt. 318, 319 e 319 *ter*, ma in maniera tale da comprendere tutte le diverse situazioni in cui nell'esercizio dell'attività amministrativa un soggetto abusi del potere a lui affidato per ottenere vantaggi privati, a prescindere dalla rilevanza penale della fattispecie³.

Evitare che i funzionari pubblici possano piegare la propria azione al perseguimento di interessi privati altro non è che attuare e dare concretezza al principio costituzionale d'imparzialità di cui all'art. 97. L'amministrazione pubblica è

CLARICH e B. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, in B. MATTARELLA e M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, Torino, 2013, 59 ss.; F. MERLONI, *Inconferibilità e incompatibilità degli incarichi*, in www.treccani.it.

² Si pensi alla Convenzione contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale dell'Onu il 31 ottobre 2003 con la risoluzione n. 58/4, firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003 e ratificata con legge 3 agosto 2009, n. 116, ma anche alle linee guida e alle varie Convenzioni che l'OECD (*Organisation for Economic Co-operation and Development*), il Consiglio d'Europa con il GRECO (*Groupe d'États Contre la Corruption*) e l'Unione europea riservano alla materia. In tema cfr. F. DI CRISTINA, *I piani per la prevenzione della corruzione*, in B. MATTARELLA e M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, cit., 91 ss., spec. 93 ss.; nonché, per uno sguardo d'Oltralpe, J. MÉNY, *De la confusion des intérêts au conflit d'intérêts*, in *Pouvoirs*, 2013, 5 ss.

³ Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica, Circolare n. 1 del 25 gennaio 2013, relativa alla legge n. 190/2012, pag. 4.

imparziale anzitutto quando è imparziale il suo dipendente: l'imparzialità indica prima di tutto "una qualità del soggetto, una sua posizione rispetto all'attività e agli altri soggetti". L'imparzialità dell'organizzazione nasce dalla posizione strumentale dell'organizzazione rispetto all'attività e la massima oggettivizzazione sia dell'organizzazione sia dell'attività si ottiene liberando l'amministrazione pubblica da influenze che possano riverberare sul suo esercizio gli interessi personali del funzionario o comunque interessi prettamente privati⁴.

La prevenzione della corruzione si realizza dunque evitando che incarichi richiedenti distanza da interessi particolari siano svolti da soggetti che per provenienza o per pregresse condotte assunte possano far dubitare della propria personale imparzialità.

Di conseguenza nel contrasto alla corruzione non solo si valorizza il concetto di prevenzione, oltre a quello di repressione, ma la stessa prevenzione si declina non più unicamente come incompatibilità ma anche come inconferibilità degli incarichi amministrativi: occorre evitare sia che possano permanere ~~anche~~ sia ~~anche~~ che possano accedere a incarichi pubblici persone poste in situazioni che facciano dubitare della loro imparzialità⁵.

I in carica
i ancor prima

2. L'ambito soggettivo di applicazione della disciplina

Per quanto riguarda l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina, in primo luogo la disciplina si applica indistintamente a tutte le pubbliche amministrazioni, senza che il legislatore si sia posto troppi problemi di riparto della potestà legislativa tra Stato e Regioni, anche se per le amministrazioni regionali e locali la legge prevede un meccanismo che consentirà una certa elasticità nell'applicazione, attraverso intese in sede di Conferenza unificata, allo scopo di tenere conto delle specificità organizzative delle diverse realtà amministrative (art. 1, co. 60 e 61, della legge n. 190/2012).

attuazione

Il comma 59 dell'art. 1 della legge anticorruzione riconduce in maniera secca tutte le disposizioni di prevenzione della corruzione al principio di imparzialità e anche il decreto di attuazione della legge delega si fonda esplicitamente sull'art. 54 Cost., che fissa il dovere di adempiere le pubbliche funzioni con disciplina e onore, e sull'art. 97 Cost., relativo appunto al principio di imparzialità, e al contempo stabilisce la prevalenza della complessiva disciplina su diverse disposizioni di legge regionale in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi.

il

⁴ Così U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 20-21; ma cfr. altresì C. PINELLI, Art. 97, in P. CARETTI, C. PINELLI, U. POTOTSCHNIG, G. LONG, G. BORRÉ (a cura di), *La Pubblica Amministrazione. Commentario della Costituzione*, 1994, Roma-Bologna, 31 ss.

⁵ F. MERLONI e R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della Nazione. Etica e studio dei funzionari pubblici*, Milano, 2009, e B. PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Rimini, 2012, 97 ss.

Il titolo legittimante invocato è forzato⁶, dal momento che l'attuazione del principio di imparzialità non può essere considerata propriamente come una materia di potestà legislativa. L'idea sottostante è che il legislatore statale abbia il monopolio normativo nell'attuazione del principio d'imparzialità, come una sorta di autorivendicazione di un ruolo d'interprete unico delle disposizioni costituzionali richiamate.

Tuttavia, da un lato, sottostante a questa impostazione vi è anche la condivisibile esigenza di adottare regole uniformi, stabili e chiare volte alla prevenzione della corruzione e unicamente la legislazione nazionale è in grado di assolvere a tale esigenza. Dall'altro, è stato sottolineato che la disciplina in esame non incide sullo stato giuridico dei funzionari, ma si limita a intervenire sui caratteri, minimi e indefettibili, della funzione amministrativa a tutti i livelli di governo⁷.

In secondo luogo, sempre per quanto riguarda l'ambito soggettivo di applicazione della normativa, il regime delle inconfiribilità e delle incompatibilità designato dalla l. n. 190/2012 e dal d.lgs. n. 39/2013 riguarda non solo le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, ma anche gli enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico (co. 49 e 50, lett. d), punto 3), dell'art. 1 della l. n. 190/2012; art. 2, co. 1, del d.lgs. n. 39/2013).

Finora questi ultimi non erano stati oggetto di attenzione giuridica sotto il profilo dell'imparzialità del loro agire, ma ora il legislatore ha adottato un criterio sostanziale, che pone al centro non la natura giuridica dell'ente ma lo svolgimento di funzioni di cura di interessi pubblici, per una più efficace e pervasiva lotta alla corruzione.

Secondo un'impostazione, di derivazione europea, seguita anche in altri ambiti del diritto amministrativo, viene dunque disegnata una nozione allargata di soggetto pubblico, in virtù della quale entrano a ~~far~~ parte anche le società e gli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle pubbliche amministrazioni o di gestione di servizi pubblici, sottoposti a controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. da parte di pubbliche amministrazioni, oppure enti nei quali siano riconosciuti alla pubblica amministrazione, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi (art. 1, co. 2, lett. c, del d.lgs. n. 39/2012). Infatti solo una concezione sostanziale e non più formale di soggetto pubblico consente di intervenire su tutte quelle multiformi e difficilmente inquadrabili realtà che spesso utilizzano la veste organizzativa esterna per sfuggire alla disciplina pubblicistica.

In terzo luogo, vi è da segnalare un profondo cambiamento rispetto al pregresso quando si era soliti intervenire in materia d'incompatibilità con un approccio generale e indifferenziato nei confronti di tutti i dipendenti pubblici.

⁶ F. MERLONI, *Inconfiribilità*, cit.

⁷ In tema cfr. F. MERLONI, *L'applicazione della legislazione anticorruzione nelle Regioni e negli enti locali tra discipline unitarie e autonomia organizzativa*, in *Ist.fed.*, 2013, n. 2.

I favore I della
catego

La particolare disciplina introdotta per contrastare la corruzione riguarda non più indiscriminatamente tutti i pubblici dipendenti, bensì i soli dipendenti apicali della pubblica amministrazione, essendo presi in considerazione dalla normativa esclusivamente gli incarichi dirigenziali, interni ed esterni, e gli incarichi di responsabilità amministrativa di vertice. Quindi rientrano nel campo di applicazione della disciplina normativa i dirigenti ai quali la legislazione vigente riserva in via esclusiva l'adozione di atti amministrativi e di gestione e altre figure qualificate di funzionari, che, pur non direttamente titolari di compiti di amministrazione attiva e di gestione, hanno un ruolo importante nei processi decisionali all'interno delle amministrazioni, quali i direttori generali, sanitari e amministrativi delle Asl (artt. 4 ss. del d.lgs. n. 39/2013).

Per tutti gli altri dipendenti pubblici la disciplina del cumulo d'impieghi e d'incarichi continua invece ad essere regolata dall'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001, in cui è confluito l'art. 58 del d.lgs. n. 29/1993 e che fa salvi gli artt. 60 e ss. del d.P.R. n. 3/1957. Esso prevede che le pubbliche amministrazioni non possano conferire ai dipendenti incarichi, non compresi nei compiti e doveri di ufficio, che non siano espressamente previsti o disciplinati da legge o da altre fonti normative o che non siano espressamente autorizzati (co. 2); è previsto sia il conferimento operato direttamente dall'amministrazione sia l'autorizzazione all'esercizio di incarichi che provengano da amministrazione diversa, come anche da società o persone fisiche, che dovranno essere disposti "dai rispettivi organi competenti secondo criteri oggettivi e predeterminati, che tengano conto della specifica professionalità, tali da escludere casi di incompatibilità, sia di diritto che di fatto, nell'interesse del buon andamento della pubblica amministrazione o situazioni di conflitto, anche potenziale, di interessi, che pregiudichino l'esercizio imparziale delle funzioni attribuite al dipendente" (co. 5)⁸.

Da segnalare poi che la stessa legge anticorruzione ha provveduto a integrare questa disciplina (art. 53 del d.lgs. n. 165/2001, come risultante dalle modifiche operate dall'art. 1, co. 42 della legge n. 190/2012), sia prevedendo appositi regolamenti cui demandare l'individuazione degli incarichi assolutamente vietati ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni, sia introducendo una nuova categoria d'incompatibilità, di carattere successivo. Infatti il nuovo art. 53, co. 16 *ter* del d.lgs. n. 165/2001, sancisce il divieto a carico dei dipendenti che negli ultimi tre anni di servizio abbiano esercitato "poteri amministrativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni" di svolgimento, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di impiego, di attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari della relativa attività. Nel caso di mancata osservanza del divieto i contratti conclusi e gli incarichi conferiti saranno nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li abbiano conclusi o conferiti di contrattare con le

⁸ Cons.St., sez. IV, 22 giugno 2011, n. 3795.

pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni, con l'obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti⁹.

Questa particolare categoria d'incompatibilità mira ad evitare i rischi di conflitti d'interesse dovuti alle cd. *revolving doors* (porte girevoli) e risponde a un'esigenza avvertita in ogni ordinamento, volta a non creare condizioni che possano far dubitare in via retrospettiva dell'imparzialità del funzionario allettato da prospettive future di scambio indebito. Se in Francia il fenomeno prende il nome di *pantouflage* (ossia, muoversi in pantofole), in Gran Bretagna appunto di *revolving doors*, in Giappone si adopera l'espressione molto suggestiva *Amakudari*, che evoca metaforicamente "a descent from heaven"¹⁰.

Infine la disciplina in materia d'incompatibilità e inconfiribilità degli incarichi apicali non si estende sino a dettare disposizioni anche nei confronti dei componenti degli organi d'indirizzo politico. L'esclusione è stata molto critica dalla dottrina, che ha ritenuto che essa frantumasse in maniera artificiosa la figura del funzionario pubblico, che non è solo il funzionario amministrativo, ma anche quello politico¹¹. Vero è che da tempo si discute, senza approdare ad alcun risultato concreto, di una disciplina per la prevenzione del conflitto d'interessi dei titolari anche di cariche politiche, la quale si sostituisca alla legge 20 luglio 2004, n. 215, la cd. legge Frattini, che ha manifestato profondi *deficit* strutturali. Da ultimo il d.d.l. n. 1319 del 18 febbraio 2014 si prefigge di "innalzare gli standard di integrità e responsabilità e di prevedere sanzioni non penali per una più ampia gamma di comportamenti non etici dannosi per l'interesse pubblico". Il tema è nevralgico per il nostro ordinamento democratico, ma non può essere qui trattato, stante la sua delicatezza e complessità.

3. Gli strumenti: a) inconfiribilità; b) incompatibilità

Venendo alle concrete misure delineate dalla legge delega e precisate nel d.lgs. n. 39/2013, esse sono misure sia d'inconfiribilità sia d'incompatibilità e quindi si estrinsecano non più solo in divieti di permanenza negli incarichi amministrativi, ma anche in divieti di accesso a tali incarichi. Anzi il regime dell'accesso agli incarichi è considerato centrale dall'attuale normativa, quale strumento generale di prevenzione della corruzione e strumento di garanzia soggettiva dell'imparzialità.

L'imparzialità soggettiva passa dunque sia attraverso la regolazione della compatibilità tra l'esercizio di un incarico conferito e l'esistenza di altri interessi in poten-

⁹ In tema cfr. B. PONTI, *Le modifiche all'art. 53 del testo unico sul lavoro alle dipendenze della p.a. (art. 1, commi 39-40 e 42-43)*, in B. MATTARELLA e M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, cit., 167 ss.

¹⁰ M.R. KHONDAKER, *Amakudari of Civil Servants in Japan: an examination of the vices and virtues and postulation of reforms*, in www.ic.nanzan-u.ac.jp.

¹¹ F. MERLONI, *La nuova disciplina degli incarichi pubblici*, in *Giorn.dir.amm.*, 2013, 806 ss.

ta

La questione
ta

e perché ci con
durrebbe fuori
tema.

ziale conflitto, sia, a monte, impedendo il conferimento dell'incarico a soggetti provenienti da posizioni che facciano temere un esercizio parziale dell'incarico stesso.

La disciplina del cd. conflitto di interessi dei vertici amministrativi subisce una vera e propria trasformazione: non si esaurisce nel dovere di astensione e più in generale in regole di condotta da tenere nell'esercizio delle funzioni pubbliche, ma addirittura vieta l'accesso a cariche pubbliche a coloro che potrebbero essere portatori di interessi in contrasto con l'esercizio imparziale dell'attività amministrativa.

a) Tre sono le cause di inconferibilità previste normativamente. Vi è inconferibilità degli incarichi: a coloro che abbiano riportato condanne penali, anche non definitive, per i reati contro la pubblica amministrazione; a coloro che abbiano svolto incarichi o ricoperto cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati da pubbliche amministrazioni o svolto attività professionali a favore di questi ultimi; a coloro che siano stati componenti di organi di indirizzo politico o abbiano ricoperto cariche pubbliche elettive (art. 1, co. 50, lett. *a-c*), della legge n. 190/2012; artt. 3-8 del d.lgs. n. 39/2013).

Nella prima ipotesi l'inconferibilità poggia su un evidente *disfavor*, che compromette gravemente l'immagine della pubblica amministrazione, nei riguardi di chi abbia ricevuto condanne penali, pur non definitive, per reati contro la pubblica amministrazione e infatti essa cessa di diritto qualora sia pronunciata, per il medesimo reato, sentenza, anche non definitiva, di proscioglimento (art. 3, co. 5, d.lgs. n. 39/2013). Nella seconda ipotesi si intende evitare il futuro possibile condizionamento delle scelte amministrative in senso favorevole a particolari interessi privati, mentre nell'ultima ipotesi il divieto di accesso all'incarico amministrativo non trae alimento da potenziali conflitti di interesse, dal momento che chi è stato componente di un organo d'indirizzo politico non è automaticamente portatore di interessi indebiti, bensì dall'assenza anche della mera apparenza dell'imparzialità soggettiva; questa causa di incompatibilità trae alimento dalla tradizionale distinzione tra le funzioni di indirizzo politico e funzioni di gestione amministrativa, che pur costituendo già principio ispiratore di tutta la disciplina organizzativa della pubblica amministrazione degli ultimi decenni, assume qui contorni assai più puntuali¹².

Le ipotesi di non conferibilità di incarichi a componenti di organi di indirizzo politico sono poi graduate e regolate in rapporto a diversi elementi, ossia la rilevanza delle cariche politiche ricoperte, l'ente di riferimento e il collegamento, anche territoriale con l'amministrazione che conferisce l'incarico (art. 1, co. 50, lett. *c*), della legge n. 190/2012; artt. 7 e 8 del d.lgs. n. 39/2013)¹³.

¹² Su quest'ultimo specifico punto cfr. G. SIRIANNI, *La nuova disciplina degli incarichi pubblici*, in *Giorn.dir.amm.*, 2013, 806 ss.

¹³ Parimenti le ipotesi d'incompatibilità tra incarichi amministrativi e cariche di componenti d'indirizzo politico sono graduate dal legislatore in ragione di questi vari elementi (artt. 11 ss. del d.lgs. n. 39/2013).

Va tuttavia segnalata una lacuna a tal proposito, dal momento che la normativa disciplina solo l'ipotesi di coloro che provengono da cariche politiche regionali e locali, mentre manca la sanzione dell'inconferibilità degli incarichi amministrativi per coloro che provengono da cariche politiche nazionali¹⁴.

Per le sole cariche di Presidente del Consiglio dei Ministri, Ministro, Vice Ministro, Sottosegretario di Stato e di Commissario straordinario del Governo resta in vigore la disciplina sul conflitto d'interessi dettata dalla già citata l. n. 215/2004 e la vigilanza sulla sua applicazione è esercitata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato e dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Va comunque osservato che gli unici poteri di cui sono dotate queste due ultime Autorità sono quelli di riferire al Parlamento degli accertamenti effettuati (art. 6, co. 9, della legge), rimettendo così al circuito Parlamento-Governo l'adozione di ogni eventuale misura per assicurare la prevenzione o la risoluzione di situazioni di conflitto d'interessi.

Tornando all'inconferibilità a fini anticorrittivi, essa è caratterizzata da temporaneità, tranne nell'ipotesi particolarmente grave di condanna con sentenza definitiva che abbia irrogato anche la pena accessoria dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici oppure sia intervenuta la cessazione del rapporto di lavoro a seguito di procedimento disciplinare o la cessazione del rapporto di lavoro autonomo (art. 3, co. 2 e 3 del d.lgs. n. 39/2013), in cui l riveste carattere permanente. A garanzia dell'imparzialità dell'incarico viene introdotto quello che è stato definito un periodo di raffreddamento, non particolarmente esteso, ossia "non inferiore ad un anno" ai sensi dell'art. 1, co. 50, lett. b) della l. 190/2012, il quale assolve una funzione parzialmente diversa a secondo della causa di incompatibilità che viene in rilievo.

Nel caso di condanna per reati contro la pubblica amministrazione diversi da quelli sopra menzionati il periodo di raffreddamento durante il quale vige l'esclusione dal conferimento dell'incarico è comunque lungo, potendo essere fino a 5 anni, perchè questa è l'ipotesi più grave di pregiudizio all'imparzialità soggettiva della pubblica amministrazione. Nel caso di soggetti che abbiano svolto incarichi o attività professionali o ricoperto cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati da pubbliche amministrazioni, il periodo di raffreddamento è più breve (2 anni) e ha lo scopo di indebolire i vincoli tra soggetto che aspira all'incarico e potenziali interessi privati, mentre nel caso di provenienza da organi politici esso, sempre pari a 2 anni, mira a favorire la scelta di conferimento dell'incarico in ragione non della previa appartenenza a organi politici, bensì solo ed esclusivamente per capacità professionali¹⁵.

¹⁴ Da ricordare poi che questa incompatibilità generale con le cariche politiche è riservata ai soli uffici apicali delle pubbliche amministrazioni, mentre resta immutato il regime previsto all'art. 53 d.lgs.165/2001 per gli altri pubblici dipendenti.

¹⁵ F. MERLONI, *La nuova disciplina*, cit.

l' inconferibilità =

l X

b) Per quanto riguarda poi l'incompatibilità, essa è una misura non nuova, bensì tradizionale e ben conosciuta del nostro ordinamento, solo che essa nell'attuale contesto viene declinata in una maniera specifica.

L'ordinamento da tempo conosce ipotesi di incompatibilità degli incarichi ed è possibile distinguere le incompatibilità assolute, come quella prevista dall'art. 84, co. 4 del codice dei contratti pubblici, ai sensi del quale i commissari diversi dal Presidente non devono avere svolto nè possono svolgere alcuna altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta, dalle incompatibilità definibili come occasionali, disciplinate sulla falsariga di quelle di cui agli artt. 51 e 52 c.p.c., come, ad esempio, quelle previste dall'art. 78, co. 2, del TUEL, ai sensi del quale gli amministratori devono astenersi dal prendere parte alla discussione e alla votazione di delibere riguardanti interessi propri o di loro parenti o affini sino al quarto grado.

Si può anche parlare di incompatibilità permanenti come contrapposte a incompatibilità transitorie, cioè relative solo a uno o più atti amministrativi, le quali comportano un obbligo di astensione dal prendere parte a tali atti o nella facoltà di ricasazione del soggetto in questione. Comunque, quale che siano le varie sottocategorie individuabili, esse sono tutte riconducibili al principio generale inteso a evitare che i titolari degli uffici facciano valere ~~nell'attività di questi~~ interessi non propri dell'ufficio.

Tuttavia in passato la ragion d'essere ispiratrice delle incompatibilità non si esauriva nel fine della tutela del principio costituzionale dell'imparzialità, ma peso rivestiva anche la tutela dell'interesse di non distrarre le energie lavorative del dipendente pubblico e quindi, in ultima istanza, la garanzia del principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione¹⁶.

Come in più riprese precisato dalla giurisprudenza amministrativa, la previgente disciplina in materia di incompatibilità era stata posta anche a tutela dell'esclusività del rapporto lavorativo, in funzione della valorizzazione e della migliore utilizzazione del servizio del dipendente, stante l'obbligo a carico dell'appartenente alla pubblica amministrazione di "operare esclusivamente in favore di quest'ultima"¹⁷.

L'attuale regime d'incompatibilità abbandona questa impostazione e pone al centro esclusivamente il rischio di una possibile compromissione della posizione d'imparzialità del funzionario, assolvendo la funzione d'impedire la permanenza nell'incarico di un soggetto che si trovi in una particolare situazione di conflitto di interessi.

Quanto al carattere, attuale o anche solo potenziale, del conflitto tra interesse generale e interessi particolari, la giurisprudenza ha da tempo fornito una

¹⁶ F. MERLONI, *Inconferibilità e incompatibilità*, cit.

¹⁷ Consiglio di Stato sez. III, 28 novembre 2013, n. 5690, con riferimento al comparto sanitario; Tar Lazio, Roma, sez. I, 10 settembre 2013, n. 8170, in relazione alla Polizia di Stato.

↳ durante le loro attività

lettura rigorosa, nel fare applicazione delle innumerevoli ipotesi di incompatibilità esistenti, nominate o innominate. Ad esempio, si è affermato che l'obbligo in capo al consigliere comunale di astenersi dal prendere parte alla discussione ed alla votazione nei casi in cui sussista una correlazione immediata e diretta fra il contenuto della deliberazione e specifici interessi suoi o di parenti o affini fino al quarto grado sorge per il solo fatto che egli rivesta una posizione suscettibile di determinare, anche in astratto, un conflitto di interesse, a nulla rilevando che lo specifico fine privato sia stato o meno realizzato e che si sia prodotto o non un concreto pregiudizio per la pubblica amministrazione¹⁸. Parimenti anche nelle nuove ipotesi tipizzate di incompatibilità è da ritenersi sufficiente una interferenza potenziale tra interesse pubblico e interesse privato e non invece necessaria una interferenza concreta.

Le cause d'incompatibilità a fini anticorrittivi tendono a ricalcare le ipotesi di inconferibilità e rispetto a esse rivestono un carattere complementare. E' infatti del tutto logico e consequenziale che particolari situazioni impeditive dell'attribuzione di un incarico dirigenziale parimenti si oppongano anche alla permanenza in carica nel medesimo.

Due sono le ipotesi di incompatibilità a fini anticorrittivi individuate dalla disciplina in esame, anche se esse, a causa dei rimaneggiamenti che ha subito il testo, non brillano per chiarezza: l'incompatibilità tra incarichi amministrativi e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dalle pubbliche amministrazioni oppure lo svolgimento in proprio di attività professionale regolata o retribuita dall'amministrazione che conferisce l'incarico, nel caso in cui gli incarichi amministrativi di vertice e gli incarichi dirigenziali comportino poteri di vigilanza o controllo sulle attività svolte da tali enti (art. 1, co. 50, lett. e) della legge n. 190/2012 e artt. 9 e 10 del d.lgs. n. 39/2012); l'incompatibilità tra incarico amministrativo e cariche di componenti di organi di indirizzo politico (art. 1, co. 50, lett. f) della legge n. 190/2012; artt. 11 ss. del d.lgs. n. 39/2013).

Entrambe le ipotesi di incompatibilità si caratterizzano per un pregiudizio all'immagine d'imparzialità del funzionario e quindi dell'amministrazione, dovuto vuoi alla presenza di interessi in potenziale conflitto vuoi all'appartenenza ad un organo di indirizzo politico, ponendosi pertanto l'accento solo ed esclusivamente sul presidio al principio di imparzialità. Si potrà poi discutere se la garanzia del principio d'imparzialità porti con sé, come conseguenza, anche una tutela al buon andamento della pubblica amministrazione, ma qui preme sottolineare come l'intera disciplina delle inconferibilità e delle incompatibilità sia chiamata ad assolvere la particolare funzione di difesa anzitutto di una qualità del soggetto quale strumento di contrasto della corruzione.

Per garantire l'effettività della disciplina in materia di inconferibilità e incompatibilità occorre dotare la medesima di un efficace apparato sanzionatorio.

¹⁸ Tar Puglia, Lecce, sez. III, 29 gennaio 2014, n. 268.

La normativa ha deciso di agire su più fronti, a livello interno e a livello esterno. Anzitutto sul rispetto delle disposizioni in materia vigila all'interno di ciascuna singola pubblica amministrazione oppure ente pubblico o privato in controllo pubblico il responsabile della prevenzione della corruzione, che, come sopra osservato, è chiamato a contestare all'interessato l'esistenza o l'insorgere delle situazioni d'inconferibilità o incompatibilità e a segnalare le ipotesi di possibile violazione della disciplina all'Autorità nazionale anticorruzione, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per i profili relativi alla legge n. 215/2004, nonché alla Corte dei conti, per l'accertamento delle eventuali responsabilità amministrative (art. 15 del d.lgs. n. 39/2013).

↓,
↓,

↓ mt. 20

La vigilanza esterna è poi affidata all'Autorità nazionale anticorruzione, che la esercita anche servendosi di poteri ispettivi e di accertamento e che può sospendere, formulando contestualmente osservazioni o rilievi, la procedura di conferimento dell'incarico, oltre che segnalare il caso alla Corte dei conti, sempre per l'accertamento di eventuali responsabilità amministrative (art. 16 del d.lgs. n. 39/2013)¹⁹.

In terzo luogo la disciplina prevede nel caso di violazione delle regole sull'inconferibilità degli incarichi la nullità sia dell'atto di conferimento dell'incarico, sia del connesso contratto di disciplina del rapporto (art. 17, d.lgs. n. 39/2013) e considera i componenti degli organi che abbiano conferito gli incarichi dichiarati nulli responsabili per le conseguenze economiche degli atti adottati e impossibilitati a conferire gli incarichi di loro competenza nei tre mesi successivi (art. 18, d.lgs. n. 39/2013).

Invece, nel caso di incompatibilità, la decadenza dall'incarico non è sanzione automatica. Il legislatore ha voluto che la decadenza dall'incarico non conseguisse in ragione della mera insorgenza della causa, preesistente o successiva, di incompatibilità, bensì necessitasse dell'apertura di un procedimento di contestazione da parte del responsabile della prevenzione della corruzione. Pertanto l'incompatibilità fa sorgere semplicemente l'obbligo in caso al soggetto interessato di opzione tra la permanenza nell'incarico e lo svolgimento di attività, cariche ed incarichi con esso incompatibili. Questa opzione deve essere esercitata entro il termine perentorio di 15 giorni dalla contestazione dell'insorgere della causa da parte del responsabile della prevenzione della corruzione, decorsi i quali l'incarico decade di diritto, qualora non si sia provveduto a rimuovere la causa d'incompatibilità (art. 19, co. 1, del d.lgs. n. 39/2013)²⁰.

↓ 12

~~Int. 20~~

¹⁹ Se poi l'amministrazione oppure l'ente pubblico o privato in controllo pubblico intenda procedere ugualmente al conferimento dell'incarico deve motivare l'atto tenendo conto delle osservazioni dell'Autorità (art. 16, co. 3, d.lgs. n. 39/2013).

²⁰ E' l'art. 1, co. 7, della legge n. 190/2012 a prevedere la nomina nell'ambito delle pubbliche amministrazioni del responsabile della prevenzione della corruzione. La norma stabilisce che

Inoltre, al soggetto che abbia fatto una dichiarazione mendace sulla insussistenza di cause di inconfiribilità o incompatibilità non potrà essere conferito alcuno degli incarichi indicati nel decreto per un periodo di ben 5 anni, ferma restando ogni altra responsabilità. A tal riguardo la dottrina ha parlato di temporanea inconfiribilità soggettiva, quasi una sorta di “indegnità amministrativa” a ricoprire incarichi pubblici²¹.

4. *La necessità di un punto di equilibrio*

La legge segna una cesura rispetto al passato, anche probabilmente necessita di aggiunte, precisazioni e modifiche, nonché di un inevitabile periodo di rodaggio. Sta di fatto che comunque non è facile intervenire attraverso lo strumento del diritto in una materia così delicata in cui entra in gioco la morale e la deontologia e in cui le resistenze di tipo culturale sono molte²².

Mai occorre dimenticare che i dipendenti pubblici, tutti i dipendenti pubblici, nel momento in cui si trovano a disporre in relazione a interessi della pubblica amministrazione di appartenenza “smettono di agire per la soddisfazione dei propri interessi e prendono ad agire per la soddisfazione degli interessi della persona giuridica pubblica e dell’organo di cui sono titolari”. Presupposto costante della loro legittimazione ad agire è che essi “siano in grado di agire come agirebbe la persona giuridica o l’organo se avessero mani, piedi, occhi e orecchie”²³.

Ma, d’altra parte, non è parimenti agevole predisporre una disciplina che tenga presente tutti gli interessi pubblici coinvolti e che fissi un punto di equilibrio tra essi. Vero è che - e qui lo si è costantemente sottolineato - occorre garantire l’imparzialità dell’agire amministrativo, che si traduce anche in credibilità della pubblica amministrazione agli occhi dell’opinione pubblica, la cui tutela richiede una disciplina il più possibile rigorosa.

Tuttavia l’imparzialità va sempre temperata con l’efficienza dell’agire amministrativo, quella che Nigro chiama plasticamente l’elasticità dell’azione amministrativa²⁴, la quale soffre di fronte a dettati normativi rigidi e generalizzanti, essendo del resto la legge incapace di prevedere e codificare le migliaia di ipotesi concretamente prospettabili.

l’organo d’indirizzo politico individua, di norma tra i dirigenti amministrativi di ruolo di prima fascia in servizio, il responsabile della prevenzione della corruzione.

²¹ B. PONTI, *La nuova disciplina degli incarichi pubblici*, in *Giorn.dir.amm.*, 2013, 806 ss.

²² Sul punto cfr. B. MATTARELLA, *Le regole dell’onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, 2007.

²³ Così, efficacemente, M. NIGRO, *Sulla legittimazione degli organi amministrativi contenziosi*, in *Foro it.*, 1953, III, 74 ss., 76.

²⁴ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 79 ss., spcc. 86.

Come la storia insegna, da sempre un eccesso di regole si accompagna a un alto tasso di corruzione, fenomeno fisiologico ed endemico ⁽²⁵⁾.

INCOMPATIBILITY AND PROHIBITIONS
FOR HOLDERS OF PUBLIC OFFICE

by Margherita Ramajoli

One of the most important innovations introduced by the overall and recent anti-corruption legislation (law no. 190 of 6 November 2012, and legislative decrees no. 39 of 8 April 2013) consists of the discipline of incompatibility and prohibitions for holders of public office.

It constitutes a general tool for the prevention of conflicts between public interest and private interests, as well as a measure of subjective impartiality of public officials.

The provisions concerning the incompatibility and prohibitions innovate deeply than in the past, as strike conducted previously admitted, and not concern all public employees, being taken into consideration only public managerial positions, internal and external, and other high-level office.

The law marks a break with the past, even probably needs additions, clarifications and adjustments, as well as an inevitable break-in period.

²⁵ Anzi epidemico, per usare la suggestiva visione di G. ROSSI, *Il conflitto epidemico*, Milano, 2003.