

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCLXXXVI

MASSIMO CALCAGNILE

**INCONFERIBILITÀ AMMINISTRATIVA
E CONFLITTI DI INTERESSE**

Nella disciplina dell'accesso alle cariche pubbliche



Bononia University Press

ABSTRACT

CAPITOLO I PREMESSE DI INQUADRAMENTO

1. I tratti peculiari dell'inconferibilità amministrativa

L'inconferibilità amministrativa è misura innovativa nell'ambito del sistema di prevenzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni. Carattere preventivo di matrice precauzionale dell'istituto in esame. I tratti distintivi dell'inconferibilità amministrativa rispetto alle analoghe figure dell'ineleggibilità ed incompatibilità.

2. Misure di prevenzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni

Le disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni introdotte con la legge n. 190 del 2012: obiettivi e finalità, ruolo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) e principali strumenti di prevenzione della corruzione.

3. Le ragioni a giustificazione di una disciplina specifica sulle cause ostative all'assunzione e al mantenimento degli incarichi amministrativi

Le tipologie di incarichi sottoposti all'applicazione delle disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità di cui al d.lgs. n. 39 del 2013. L'introduzione di specifiche misure limitative a garanzia dell'indipendenza dei titolari delle cariche in questione rispetto alle eventuali indebite intromissioni dei vertici politici delle amministrazioni di riferimento.

4. Oggetto specifico della ricerca: l'inconferibilità amministrativa. Linee di sviluppo della trattazione

Linee della trattazione: indagine sulla natura, sui caratteri e sulle finalità dell'inconferibilità amministrativa. Differenze metodologiche rispetto ad altre impostazioni del tema e linee di sviluppo successivo della ricerca.

CAPITOLO II

QUADRO ORDINAMENTALE DI RIFERIMENTO

1. Accesso alle cariche pubbliche in condizioni di eguaglianza e riserva di legge nella determinazione dei requisiti per l'assunzione e il mantenimento di tali cariche

Il principio di accesso alle cariche pubbliche di cui all'art. 51 Cost.: significato, contenuto e ambito di applicazione. La nozione di "carica pubblica" e la riconducibilità ad essa anche delle cariche presso soggetti che, nonostante la formale personalità privata, sono sostanzialmente equiparabili alle pubbliche amministrazioni in relazione alle missioni di interesse pubblico loro istituzionalmente assegnate. La riserva di legge in materia di requisiti (positivi e negativi) per l'assunzione e il mantenimento delle cariche pubbliche: ammissibilità di misure restrittive se ragionevoli e strettamente necessarie alla tutela di altri valori costituzionali; cause ostative e divieto di applicazione analogica.

2. Dovere di fedeltà qualificata dei funzionari pubblici. L'osservanza delle regole di etica pubblica a tutela dell'immagine delle amministrazioni pubbliche. L'esercizio delle funzioni pubbliche per l'esclusivo perseguimento della cura di interessi pubblici

Il dovere di fedeltà qualificata del funzionario pubblico come vincolo ad agire in osservanza delle regole di etica pubblica e dunque non soltanto nel rispetto delle regole di comportamento contenute in norme giuridiche (penali, civilistiche, amministrative). Le regole di "correttezza" della morale pubblica a salvaguardia dell'immagine della pubblica amministrazione e, conseguentemente, della fiducia dei cittadini nelle istituzioni pubbliche. Il vincolo dei funzionari pubblici al "servizio esclusivo della Nazione" quale dovere di agire per il perseguimento esclusivo delle finalità istituzionali delle amministrazioni di appartenenza.

3. Imparzialità e buon andamento quali principi da rispettare nella scelta delle persone da preporre alla carica pubblica e quali criteri da osservare nell'esercizio delle funzioni pubbliche

Le norme sulle cause ostative all'assunzione e al mantenimento di cariche pubbliche a salvaguardia dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa. Profili essenziali di tali principi costituzionali in relazione al tema in analisi.

4. Il concorso pubblico come metodo generale e ordinario di reclutamento del personale alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Ammissibilità e ragioni delle deroghe legislative al principio generale del concorso pubblico

Il principio del concorso pubblico: significato e finalità. La nomina, mediante concorso pubblico, come atto vincolato al rispetto dei risultati concorsuali. Ammissibilità, in deroga alla regola del concorso pubblico, di altri e diversi metodi di scelta del personale nel rispetto delle esigenze di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa.

5. La distinzione tra politica e amministrazione quale principio da salvaguardare nelle diverse fasi del conferimento, dello svolgimento e della cessazione della carica pubblica

Il principio di distinzione tra politica e amministrazione: significato e sua attuazione in sede legislativa. Le misure destinate a salvaguardare la piena ed effettiva autonomia decisionale dei titolari di cariche amministrative dalle indebite influenze che potrebbero derivare dai vertici politici delle amministrazioni di riferimento: cause di inconferibilità e predeterminazione dei criteri di scelta dei soggetti da preporre alla titolarità di tali cariche (fase di accesso); cause di incompatibilità, codici di comportamento e dovere di astensione (fase di svolgimento); regole sulla decadenza automatica dagli incarichi e regole per il rinnovo degli incarichi (fase di cessazione).

CAPITOLO III

GLI STRUMENTI DI RISOLUZIONE DEL CONFLITTO DI INTERESSI

1. Il conflitto di interessi: nozione generale e sue declinazioni

Il conflitto di interessi nel diritto privato e nel diritto pubblico: definizione generale, tratti comuni e tratti distintivi; le varie declinazioni del

conflitto di interessi sul piano del diritto positivo (conflitto apparente, potenziale o attuale). La nozione di conflitto di interessi nel diritto pubblico ricomprende non soltanto le situazioni di contrasto con interessi privati ma anche quelle situazioni di contrasto tra interessi pubblici connessi a più cariche pubbliche ricoperte dal medesimo soggetto.

- 2. Il conflitto di interessi nella normativa pubblicistica. L'assenza di una disciplina organica applicabile alla generalità dei funzionari pubblici**
Il conflitto di interessi nella Costituzione della Repubblica: pur in mancanza di un esplicito riferimento alla nozione, sussistono varie disposizioni che possono rappresentare il fondamento costituzionale della disciplina in materia. La legge n. 215 del 2004 sul conflitto di interessi con specifico riferimento ai titolari delle cariche di Governo nazionale. Assenza, nell'ordinamento italiano, di una disciplina organica sul conflitto di interessi applicabile alla generalità dei funzionari pubblici.
- 3. L'istituto dell'incompatibilità, anche successiva, come rimedio per la prevenzione del conflitto di interessi. Il principio della conversione delle cause di ineleggibilità sopravvenute in cause di incompatibilità**
L'incompatibilità: fondamento, contenuto e finalità. Il divieto di cumulo di cariche o posizioni come misura finalizzata a prevenire situazioni di conflitto di interessi (incompatibilità "funzionale") ovvero situazioni nelle quali è materialmente inconciliabile il contemporaneo svolgimento di due o più incarichi (incompatibilità "materiale"). Caratteri distintivi tra ineleggibilità e incompatibilità. La giurisprudenza della Corte costituzionale sull'ammissibilità della conversione, alla ricorrenza di determinati presupposti, delle cause di ineleggibilità sopravvenute in cause di incompatibilità. Le incompatibilità successive: natura e finalità. Le inconferibilità amministrative come forme di incompatibilità successiva la cui operatività è tendenzialmente racchiusa nell'ambito del settore pubblico allargato: sia l'incarico di provenienza (causa di inconferibilità) che quello di destinazione (incarico inconferibile) sono riconducibili al novero degli incarichi pubblici in senso ampio.
- 4. Obbligo di astensione dei funzionari pubblici come strumento per la prevenzione di situazioni di occasionale conflitto di interessi**
L'obbligo di astensione: fondamento, contenuto e finalità. Il dovere di astensione come rimedio per la risoluzione di un conflitto di in-

teressi dal carattere occasionale e relativo soltanto allo specifico atto da adottare. L'obbligo di astensione come principio generale del nostro ordinamento giuridico e dunque applicabile estensivamente e analogicamente anche a fattispecie simili per le quali non esiste una specifica regola di diritto positivo sull'astensione obbligatoria.

5. Le dichiarazioni pubbliche sugli interessi economici, patrimoniali e finanziari e sulla sussistenza di eventuali situazioni di conflitto di interessi.

La centralità dell'istituto della "public disclosure" nell'ambito della disciplina del conflitto di interessi negli ordinamenti giuridici di matrice anglosassone. Le dichiarazioni pubbliche nel nostro ordinamento come strumenti finalizzati a consentire una forma di controllo diffuso, da parte della generalità dei cittadini, sulla situazione reddituale e patrimoniale dei funzionari pubblici. Le diversificate ipotesi di dichiarazioni pubbliche presenti nel nostro ordinamento.

CAPITOLO IV

INCONFERIBILITÀ DI INCARICHI AMMINISTRATIVI

1. L'inconferibilità amministrativa: nozione, natura e finalità

La nozione di inconferibilità amministrativa e le tipologie di cariche interessate. La duplice natura giuridica dell'inconferibilità amministrativa: come limite alla discrezionalità del potere di nomina e, al contempo, come misura restrittiva del diritto di accesso alle cariche pubbliche. Le finalità perseguite dall'istituto a seconda della tipologia di inconferibilità: come strumento destinato a prevenire situazioni di conflitto di interessi ovvero a precludere l'accesso alla carica a quei soggetti che non diano adeguate garanzie di onestà.

2. La natura fiduciaria degli incarichi inconferibili

La componente fiduciaria delle designazioni come tratto comune degli incarichi sottoposti alle norme sulle inconferibilità. Le nomine in questione non sono espressione di scelte vincolate all'esito di un procedimento elettorale o di un concorso pubblico bensì avvengono mediante una scelta discrezionale degli organi competenti. Ipotesi interpretativa per le fattispecie in cui la selezione si manifesti nelle forme

tipiche del concorso pubblico: gli incarichi in questione, ancorchè in astratto sottoposti all'applicazione del d.lgs. n. 39 del 2013, risultano singolarmente esentati dalle cause di inconferibilità.

3. L'insussistenza dei requisiti di "idoneità morale" quale causa ostativa al conferimento di cariche pubbliche

La buona condotta quale requisito generale (ora abrogato) per l'accesso agli impieghi pubblici. La permanenza di tale requisito per l'accesso a specifiche categorie di dipendenti pubblici. I requisiti di idoneità morale nell'attuale disciplina generale in materia di impiego nelle pubbliche amministrazioni. L'inconferibilità derivante dalla condanna per reati contro la pubblica amministrazione di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 39 del 2013: presupposti, contenuto e finalità. Ulteriori norme che considerano l'idoneità morale quale requisito essenziale per l'ottenimento di incarichi pubblici.

4. L'inconferibilità derivante dall'aver ricoperto cariche in organi di indirizzo politico quale rimedio per la prevenzione di situazioni di conflitto di interessi a salvaguardia del principio di distinzione tra politica e amministrazione

Le ragioni giustificative di tale tipologia di inconferibilità: impedire situazioni di eccessiva contiguità tra la sfera della politica e quella dell'amministrazione che possano incidere negativamente sul corretto esercizio delle funzioni pubbliche sia quelle inerenti all'incarico di provenienza che quelle relative all'incarico di destinazione. Analisi delle fattispecie di inconferibilità di cui al d.lgs. n. 39 del 2013. Prospettive di riforma anche alla luce delle indicazioni dell'ANAC.

5. Amministratori di enti di diritto privato in controllo pubblico e loro assoggettamento alla normativa pubblicistica in materia di inconferibilità e incompatibilità

Le ragioni giustificative della riconducibilità degli incarichi di amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico al novero delle "cariche pubbliche" ai fini dell'applicazione delle norme sulle cause ostative di cui al d.lgs. n. 39 del 2013. La nozione di "enti di diritto privato in controllo pubblico". La distinzione giurisprudenziale tra società che svolgono attività amministrativa di natura finale o strumentale per conto delle pubbliche amministrazioni e società che svolgono normali attività d'impresa. La titolarità di "de-

leghe gestionali dirette” come presupposto necessario per l’applicazione delle norme sulle inconferibilità e incompatibilità. La sottoposizione di tutti gli amministratori, a prescindere dalle modalità della loro nomina (extra-assembleare e assembleare), alla disciplina delle cause ostative.

6. L’inconferibilità amministrativa come limite esterno alla discrezionalità del potere di nomina

La discrezionalità del potere di nomina e il vincolo del perseguimento dell’interesse pubblico anche nei casi in cui la nomina costituisce un atto di diritto privato (atti di conferimento degli incarichi di vertice e dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni e atti di nomina degli amministratori nelle società a controllo pubblico). Limiti esterni e interni alla discrezionalità del potere di nomina a garanzia delle esigenze di interesse pubblico. Disposizioni di legge che impongono alla pubblica amministrazione la predeterminazione di criteri e parametri per l’assunzione delle future decisioni amministrative. Il sindacato del giudice ordinario sulle scelte discrezionali della pubblica amministrazione mediante il ricorso ai criteri generali della correttezza e della buona fede e le conseguenze derivanti dalla violazione dei predetti criteri. L’ipotesi di una disciplina legislativa che imponga una procedimentalizzazione del potere discrezionale di conferimento degli incarichi in questione al fine di circoscrivere la discrezionalità di tali atti di nomina. L’inconferibilità amministrativa come limite esterno alla discrezionalità del potere di nomina in quanto restringe, con una norma di ordine pubblico, l’ambito delle possibili scelte dell’amministrazione e cioè delle alternative cui essa può far ricorso per l’individuazione del soggetto destinato a ricoprire una determinata carica pubblica. Le norme sulle inconferibilità come norme imperative la cui violazione comporta la nullità degli atti di nomina.

7. L’inconferibilità amministrativa come misura finalizzata a favorire la parità di condizioni e il ricambio generazionale nell’accesso alle cariche pubbliche

Le inconferibilità derivanti dall’aver recentemente ricoperto incarichi politici come misure destinate a favorire il ricambio generazionale nonché l’accertamento effettivo delle competenze perché precludono il passaggio di un soggetto da una carica pubblica all’altra senza soluzione di continuità.

8. Situazioni di conflitto di interessi rispetto alle quali la normativa non contempla specifiche e formali ipotesi di inconfiribilità

Le norme sulle cause di inconfiribilità, essendo limitative del diritto di accesso alle cariche pubbliche, si configurano come norme eccezionali che possono essere oggetto non già di applicazione analogica bensì di interpretazione estensiva.