

Introduzione all'audizione presso la Commissione Affari costituzionali della Camera su proposte di legge in materia di conflitto di interessi (AC nn. 702, 1461 e 1843) – 20 novembre 2019

di Cesare Pinelli – Professore ordinario di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza"

SOMMARIO 1. Premessa. – 2. Ambiti soggettivo e oggettivo di applicazione. – 3. Misure da adottare in caso di conflitto di interessi. – 3.1. (AC 1461). – 3.2. (AC 702). – 4. Le autorità chiamate a prevenire i conflitti di interessi. – 5. Conclusioni.

1. Premessa

Le proposte di legge in esame si prestano a una valutazione di portata generale e ad una serie di rilievi specificamente dedicati a singoli aspetti della disciplina introdotta.

In linea generale, non si può dubitare che le discipline dei conflitti di interessi ivi previste si discostino sensibilmente da quella della vigente l.n. 215 del 2004. In tale normativa l'ipotesi del conflitto di interessi è considerata solamente in termini concreti, ossia in riferimento al compimento da parte del titolare di una carica di governo di un atto che incide sulla sua sfera patrimoniale, ed è pertanto riguardata necessariamente *ex post* rispetto all'assunzione della carica. Nelle proposte in esame, al contrario, la stessa ipotesi è considerata anche e soprattutto in astratto e si riferisce quindi, in tal caso, al mero pericolo di conflitto di interessi.

Questa differenza fra le due discipline riguarda il loro stesso impianto. Per valutare quella in vigore e verificare quindi se se ne giustifichi la riforma, si deve tener conto anzitutto del giudizio

che venne espresso ben presto su di essa dalla Commissione di Venezia, secondo cui l'esigenza prevista dalla legge che l'incidenza sul patrimonio del titolare della carica di governo "sia specifica" e "danneggi l'interesse pubblico" rende molto laborioso l'onere della prova, e la Commissione ritiene che tale esigenza ostacoli l'applicazione di tale disposizione nella pratica" (§ 22), aggiungendo che "La Commissione ritiene che il fatto di dedicarsi alla politica sia una libera scelta di ciascun individuo. Comporta certe prerogative e certi doveri. Una carica governativa determina un certo numero di incompatibilità e di limiti. Purché siano ragionevoli, chiari, prevedibili e non compromettano la possibilità stessa di accesso ad una carica pubblica, ogni individuo è libero di decidere se accettarli a meno. La semplice possibilità di subire una perdita finanziaria non dovrebbe, di per sé, essere una ragione per escludere un'attività dall'elenco delle cariche incompatibili con una funzione di governo. La Commissione è del parere che la Legge Frattini abbia poche probabilità di esercitare un impatto significativo sull'attuale situazione italiana. Incoraggia quindi le autorità italiane a continuare a studiare la questione, al fine di trovare una soluzione appropriata" (§§ 24 e 25)¹.

Analoghe critiche alla legislazione saranno più tardi avanzate dalla Autorità garante per la concorrenza ed il mercato anche in riferimento alle osservazioni del *Group of States against corruption* (GRECO) in ordine ai limiti di una disciplina incentrata sul momento repressivo come quella italiana. Del resto, nei maggiori Stati europei (Francia, Germania, Gran Bretagna e Spagna) è da tempo in vigore una disciplina volta a prevenire e non soltanto a reprimere il conflitto di interessi, e anche nella legislazione degli Stati Uniti il mero pericolo di conflitto è da tempo ritenuto tale da generare soluzioni, quali il *blind trust*, volte a scongiurare definitivamente il riproporsi del pericolo.

Infine, l'inefficacia della legge del 2004 è stata dimostrata dal verificarsi di conflitti anche recenti: le carenze della vigente legislazione non fanno dismettere l'abitudine di pensare, con Richelieu, che "Il est normal que les ministres veillent sur leur fortune en même temps que sur celles de l'État"², e nello stesso tempo facilitano la tendenza a scorgere in ogni conflitto una fattispecie di reato.

¹ Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto, Conclusioni del parere sulla compatibilità delle leggi italiane "Gasparri" e "Frattini" con gli standard del Consiglio d'Europa in materia di libertà di espressione e pluralismo dei media adottato dalla Commissione di Venezia nel corso della 63ª Sessione Plenaria (Venezia, 10-11 Giugno 2005).

² Rip. in Y.MÉNY, *De la confusion des intérêts au conflit d'intérêts*, in *Pouvoirs*, n. 147, 2013, 6.

2. Ambiti soggettivo e oggettivo di applicazione

In via generale, è merito delle proposte esaminate l'aver incentrato l'impianto della disciplina sulla prevenzione dei conflitti di interessi. Ciò non vuol dire che esse non si prestino a correzioni o ripensamenti su taluni punti. A parte la proposta AC 1843, che si limita al settore della comunicazione elettronica, le altre due si riferiscono a tutte le attività produttive, ed è per tale ragione che ad esse si dedicherà in questa sede attenzione.

Una prima considerazione investe l'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione: mentre la proposta AC 702 investe i soli livelli nazionali e regionali di governo, la proposta AC 1461 comprende anche il livello locale (salvo che per i Comuni con popolazione inferiore a 15.000 abitanti); per contro, la prima si riferisce alle cariche elettive, oltre che a quelle di governo, laddove l'altra si indirizza solo ai titolari di cariche di governo. È auspicabile una disciplina il più possibile comprensiva, che quindi si occupi dei membri delle assemblee elettive non meno che dei titolari di cariche di governo, e con riguardo a qualsiasi livello territoriale. Infine, è bene estendere la disciplina ai membri delle Autorità indipendenti, come fanno ambedue le proposte.

Molto rilevante appare poi la diversa definizione dell'oggetto del conflitto, che nella proposta AC 702 consiste ne "l'interesse economico privato tale da condizionare l'esercizio delle funzioni pubbliche o da alterare le regole di mercato relative alla libera concorrenza" (art. 4), mentre per la proposta AC 1461 risiede ne "l'interesse privato idoneo a interferire con l'imparzialità necessaria all'adempimento degli specifici compiti a cui il titolare della carica è preposto", nonché quando il titolare delle cariche di governo "versi in una delle situazioni di incompatibilità indicate dagli artt. 4 e 5" (art. 3).

Tale diversa definizione potrebbe derivare dal fatto che la proposta AC 702 riguarda solo le cariche elettive, alle quali il principio di imparzialità, espressamente riferito dalla Costituzione alle pubbliche amministrazioni (art. 97), può valere solo nei limiti, invero discussi, in cui l'attività legislativa possa determinare rischi di trattamenti partigiani. In questo senso l'ampia formulazione della proposta AC 1461 ("imparzialità necessaria all'adempimento degli specifici compiti a cui il titolare della carica è preposto") appare in grado di comprendere anche le cariche elettive, pur tacendo del tutto, a differenza dell'altra proposta, dei rischi di alterazione della libera concorrenza indotti dai conflitti di interessi, rischi che pure vanno considerati proprio per distinguere i mercati

presidiati da regole e istituzioni volte a garantire la concorrenza da quelli dove regna solo “la legge del più forte”.

3. Misure da adottare in caso di conflitto di interessi

Le proposte differiscono tra loro per aspetti ancora più significativi in ordine alle misure da adottare in presenza di conflitto di interessi.

3.1. (AC 1461)

La proposta AC 1461 distingue le “incompatibilità generali” derivanti da contestuale copertura di altri incarichi o svolgimento di altre attività, per le quali è previsto l’obbligo di rinunciare entro dieci giorni dall’assunzione della carica e per tre anni dal termine della stessa nelle ipotesi sub b), c) e d) (art. 4, quarto comma), dalle “incompatibilità derivanti da attività patrimoniali”, per le quali “i titolari della carica di governo possono optare tra il mantenimento della posizione incompatibile e il mantenimento della carica di governo con l’adozione delle misure indicate dall’articolo 11” (art. 5, terzo comma), dove le misure indicate dall’art. 11 consistono nel deferimento a mandato fiduciario di tutte le attività patrimoniali.

Le disposizioni citate appaiono però poco coordinate con altre. Quanto alle “incompatibilità generali”, l’obbligo di rinunciare agli incarichi elencati dall’art. 4, così come l’intero procedimento volto ad accertare preventivamente la sussistenza di incompatibilità generali (art. 9), non si conciliano con l’obbligo di “astenersi dal partecipare a qualsiasi decisione che riguardi l’interesse in conflitto”, nonché con i poteri affidati in proposito all’AGCM (art. 7), poiché l’astensione presuppone che non si sia rinunciato alla carica e che ciononostante alcuna sanzione sia stata irrogata a chi non vi abbia rinunciato, in contrasto con quanto stabilito dall’art. 9.

Quanto alle incompatibilità derivanti da attività patrimoniali, le misure da adottare sono disciplinate dagli artt. 10 e 11. L’art. 10 disciplina il procedimento davanti all’AGCM, prevedendo fra l’altro che, accertata la sussistenza di tali cause di incompatibilità, l’AGCM “ne dà immediata comunicazione all’interessato, invitandolo a optare, entro dieci giorni, tra il mantenimento della

carica di governo e il conferimento del patrimonio ai sensi dell'articolo 11, ovvero il mantenimento della posizione incompatibile". Detta disposizione contrasta con la previsione dell'art. 11 secondo cui "Nei casi di incompatibilità derivanti da attività patrimoniali, i soggetti di cui all'articolo 5, comma 1, conferiscono tutte le attività ivi indicate, compresi gli elementi patrimoniali oggetto di atti di disposizione ai sensi dell'articolo 5, comma 2, ad un'unica società fiduciaria autorizzata ad operare ai sensi della legge 23 novembre 1939, 1966, mediante mandato fiduciario senza rappresentanza conferito in conformità alle disposizioni del presente articolo." L'art. 11, utilizzando la locuzione "i soggetti.... conferiscono", induce a ritenere che vi sia un obbligo di conferimento, il che non è né può essere, potendo il soggetto che versi in una situazione di conflitto di interessi scegliere fra rinuncia alla carica e conferimento in risposta all'invito dell'AGCM, come appunto chiarito dall'art. 10. In questo caso, siamo comunque di fronte a un'improprietà lessicale agevolmente sanabile.

3.2. AC 702

Quanto alle misure da adottare in presenza di conflitto di interessi, la proposta AC 702 è meno dettagliata, nel senso che non distingue le incompatibilità in "generalì" e "derivanti da attività patrimoniali" (art. 6), salvo a disporre, con una formula peraltro di per sé restrittiva dell'ambito soggettivo di applicazione della norma, che "*L'imprenditore*, per evitare la dichiarazione di incompatibilità, d'intesa con l'Autorità, accede all'applicazione di una delle misure per la prevenzione dei conflitti di interessi di cui agli articoli 8 e 9". La maggiore differenza fra le due proposte si rintraccia proprio a questo proposito. Mentre infatti, come si è visto, la proposta AC 1461 impone subito la scelta fra deferimento delle attività produttive al mandato fiduciario e rinuncia alla carica acquisita, salvo però a sancire separatamente e, come si è detto, incongruamente, gli obblighi di astensione, la proposta AC 702 evita tale incongruenza facendo intervenire l'AGCM anche a quest'ultimo riguardo. L'art. 7 stabilisce infatti che "L'Autorità, esaminate le dichiarazioni di cui all'articolo 5, se rileva che il titolare di una carica di governo nazionale, nell'esercizio delle funzioni pubbliche ad esso attribuite, può prendere decisioni, adottare atti o partecipare a deliberazioni che, pur destinati alla generalità o a intere categorie di soggetti, sono tali da produrre, nel patrimonio dello stesso o di uno dei soggetti di cui al comma 5

dell'articolo 5, un vantaggio economicamente rilevante e differenziato, ancorché non esclusivo, rispetto a quello della generalità dei destinatari del provvedimento, informa il medesimo soggetto della rilevata ricorrenza, nei suoi confronti, dell'obbligo di astensione, fatta salva la possibilità per l'Autorità di applicare le misure di cui all'articolo 8, comma 3, e all'articolo 9, su richiesta dell'interessato. A decorrere dall'applicazione delle misure di cui all'articolo 8, comma 3, e all'articolo 9, non sussiste obbligo di astensione”.

L'art. 7 prevede altresì che “Indipendentemente dalle comunicazioni di cui ai commi 1 e 2, il titolare della carica di governo nazionale soggiace comunque al generale obbligo di astensione nel caso in cui si trovi in una situazione di conflitto di interessi ai sensi dell'articolo 4. Il titolare di una carica di governo nazionale, prima di adottare una decisione o partecipare a una deliberazione, può richiedere all'Autorità una pronuncia sulla sussistenza nel caso specifico dell'obbligo di astensione.”

Nella proposta in esame, il conferimento all'AGCM di poteri anche sanzionatori in riferimento a tale obbligo (art. 7, comma 10) è comunque inserito in procedimenti che coinvolgono Governo e Parlamento (art. 7, commi 7, 8 e 11). Il procedimento volto a scongiurare il conflitto di interessi patrimoniale è a sua volta congegnato in modo da garantire una stabile interlocuzione dell'AGCM con il titolare della carica di governo nazionale (art. 8, commi 3 e 4). Inoltre, in armonia con l'art. 7, si prevede che l'AGCM possa disporre la gestione fiduciaria solo se ritenga inadeguata la previsione degli obblighi di astensione (art. 9, comma 1).

La procedimentalizzazione e la modulazione degli interventi dell'Autorità distinguono nettamente la proposta AC 702, che appare per questo verso preferibile alla proposta AC 1461.

4. Le autorità chiamate a prevenire i conflitti di interessi

Le proposte differiscono fra loro anche per quanto riguarda il trattamento dei titolari di imprese che si trovino in regime “di concessione o di autorizzazione di notevole entità economica rilasciata dallo Stato”, o che in esse svolgano prevalentemente la propria attività. La proposta AC 702 annovera tale situazione fra le cause di ineleggibilità contestualmente introdotte nei termini specificati dall'art. 13.

La proposta AC 1461 non riguarda i parlamentari, ma i titolari delle cariche di governo, e prevede che, “Qualora la violazione degli obblighi e dei divieti di cui alla presente legge da parte del titolare della carica di governo abbia comportato un vantaggio anche non patrimoniale alle imprese controllate direttamente o indirettamente dallo stesso”, nel caso in cui si tratti di imprese in regime di autorizzazione o di concessione, “l’AGCM può disporre la decadenza dell’atto di concessione o di altro atto di assenso di amministrazioni pubbliche comunque denominato, cui è subordinato l’esercizio della relativa attività economica” (art. 12).

La differenza appare molto rilevante. La prima proposta introduce una presunzione legale, consistente nella ineleggibilità del titolare dell’impresa nell’ipotesi ivi descritta, anche se la indicazione che debba trattarsi di concessione o autorizzazione “di notevole entità economica” può aprire il varco all’incertezza, tanto più se si consideri che sono le stesse Camere a giudicare delle ineleggibilità dei loro membri (art. 66 Cost.). La seconda proposta, a parte i diversi destinatari, affida invece all’AGCM un ampio potere discrezionale. Al riguardo le due proposte meritano di essere esaminate congiuntamente anche per ricavarne una disciplina omogenea.

5. Conclusioni

Ambedue le proposte estendono notevolmente i poteri di accertamento vigilanza, controllo e sanzione dell’AGCM. Ai poteri già conferiti, di raccolta e valutazione delle dichiarazioni presentate dai titolari delle cariche di governo, si aggiungono i poteri di vigilanza sulle situazioni di incompatibilità, di vigilanza sulle situazioni di conflitto ai fini della sussistenza dell’obbligo di astensione, di sanzione in caso di violazione, di vigilanza sulle gestioni fiduciarie, di ordine di vendita in caso di insufficienza del mandato fiduciario.

Nel corso della sua audizione il presidente dell’Antitrust ha prospettato l’ipotesi che l’attribuzione di funzioni simili potrebbe contrastare con le indicazioni espresse dalla Commissione Europea. Controvertibile risulta inoltre la distribuzione dei poteri fra AGCM e ANAC (AGCM sui livelli nazionali e regionali, ANAC sul livello locale, secondo la proposta AC 1461), così come l’attribuzione dei poteri all’AGCM su tutte le amministrazioni, comprese le autorità indipendenti (tra le quali l’ANAC), salvo poi affidare all’ANAC questi poteri relativamente ai componenti dell’AGCM (art. 12, comma 8, della proposta AC 702).

Le funzioni di prevenzione dei conflitti di interessi richiedono certamente un'autorità terza, ma è anche bene che si tratti di una sola autorità, non solo per evitare possibili controversie sui confini delle attribuzioni di ciascuna, ma anche per garantire, in positivo, uniformità di interpretazione e di applicazione della legge.