

LIBER AMICORUM
PER
PASQUALE COSTANZO

ANDREA PERTICI

**IL *PANTOUFLAGE* TRA POLITICA E
AMMINISTRAZIONE**

17 APRILE 2020



Andrea Pertici *Il pantouflage tra politica e amministrazione*

SOMMARIO: 1. Introduzione: il conflitto d'interessi come utilizzo degli incarichi pubblici e a fini privati. – 2. Le incompatibilità successive. – 2.1. Le incompatibilità successive dei membri del Governo nella legge n. 215/2004. – 2.2. Le incompatibilità successive dei funzionari pubblici introdotte con la legge n. 190/2012. – 3. Le inconfiribilità tra politica e amministrazione. – 4. Brevi conclusioni.

1. Introduzione: il conflitto d'interessi come utilizzo degli incarichi pubblici e a fini privati

Il conflitto d'interessi può essere definito come una «*situazione in cui il titolare di una carica elettiva o di un pubblico ufficio ha (o è preposto alla cura di) un interesse economico privato tale da poter influenzare (o anche soltanto apparire di influenzare) l'esercizio dei suoi doveri pubblici, potendo preferire tale interesse all'interesse pubblico che dovrebbe perseguire in considerazione delle funzioni che è chiamato a svolgere*»¹.

In questi casi, in sostanza, l'utilizzo della carica pubblica avviene a fini privati senza che sia integrata una vera e propria ipotesi di corruzione, pur in presenza di una deviazione dell'esercizio delle funzioni pubbliche dal fine per il quale sono attribuite, a causa del condizionamento di un interesse privato. Le difficoltà di accertare in concreto tale deviazione consiglia di escludere la mera possibilità che questo si realizzi, tagliando alla radice qualunque sospetto che potrebbe anche compromettere la fiducia pubblica nelle istituzioni, tanto più quando questa – come certamente avviene nel caso italiano – è già fortemente compromessa dalla ripetuta emersione di episodi di corruzione e cattiva gestione della cosa pubblica².

Ora, se il conflitto d'interessi rappresenta una fattispecie che può riguardare tutti i soggetti a cui sono affidate funzioni pubbliche, esso assume, tuttavia, una diversa intensità in ragione di esse, oltre che degli interessi privati in gioco. In particolare, dobbiamo considerare la differenza tra le cariche amministrative e quelle politiche, in ragione della diversa modalità di assunzione delle stesse oltre che, generalmente, della maggiore discrezionalità delle scelte compiute da coloro che detengono le seconde rispetto ai titolari delle prime.

Allo stato, la disciplina di prevenzione dei conflitti d'interessi delle cariche politiche è o pressoché totalmente assente (per i parlamentari, i componenti delle Autorità indipendenti e il Presidente della Repubblica) o fortemente inadeguata (per i componenti del Governo³), mentre sembra, almeno in linea generale, meglio congegnata per i dipendenti pubblici e in particolare per i dirigenti e gli incarichi amministrativi di vertice.

Gli strumenti di prevenzione dei conflitti d'interessi sono numerosi e inevitabilmente diversi a seconda che la presenza di interessi privati sia riconducibile alla titolarità di una carica (presidente o componente del consiglio d'amministrazione, amministratore delegato, dirigente, ecc.) o invece a una situazione patrimoniale. Infatti, la eliminazione dell'elemento di possibile improprio condizionamento delle funzioni pubbliche svolte è più agevole nel primo caso e meno nel secondo,

¹ In merito sia consentito rinviare a A. PERTICI, *Il conflitto d'interessi*, Giappichelli, Torino, 2001, 12, che riprende S. WILLIAMS, *Conflict of interest: the ethical dilemma in politics*, Gower, Great Britain, 1985, 6.

² Secondo il rapporto *Eurispes* 2019 la fiducia nelle istituzioni è pari al 20,8%, ma era del 13% nel 2018 e del 7,7% nel 2017. L'indagine condotta da *Demos&PI*, invece, indica come indice di fiducia nello Stato il 19%, nel 2019, contro il 21% nel 2018 e il 15% nel 2017.

³ Per essi vige la legge n. 215/2004 (c.d. "legge Frattini"), la cui inadeguatezza fu quasi immediatamente constatata, nell'ambito del Consiglio d'Europa, dalla "Commissione di Venezia", la quale, pronunciando un parere sulla stessa concluse come «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»: cfr. Consiglio d'Europa – Commissione per la democrazia attraverso il diritto (Commissione di Venezia), *Conclusioni del parere sulla compatibilità delle due leggi italiane, relative all'assetto del sistema radiotelevisivo ("Legge Gasparri") e al conflitto di interessi ("Legge Frattini"), con gli standard del Consiglio d'Europa in materia di libertà di espressione e pluralismo dei media*, [parere n. 309/2004, CDL-AD\(2005\)017](#).

tanto che è proprio da quest'ultimo punto di vista che la normativa italiana si presenta più carente, non essendo stato introdotto nessuno strumento di effettiva separazione degli interessi (quali, in particolare, il *blind trust* o l'amministrazione fiduciaria con obbligo di trasformazione patrimoniale, salvo che non si preferisca procedere direttamente alla vendita)⁴. Tali strumenti devono essere utilizzati secondo il "criterio del minimo mezzo", da valutare sia in relazione agli interessi privati in gioco, sia alle funzioni pubbliche assegnate, per cui, in taluni casi, potrà essere sufficiente la non attribuzione di alcune funzioni o l'imposizione di un obbligo di astensione.

Se, quindi, le ipotesi di conflitto d'interessi possono trovare varie declinazioni, nel presente lavoro intendiamo affrontare quelle per così dire "differite", che si possono realizzare allorché il titolare di una carica o ufficio pubblico lo utilizza per ottenerne un altro, presso un'altra amministrazione o ente pubblico, piuttosto che presso un soggetto privato: si tratta di casi comunemente indicati come *revolving doors* o *pantouflage*, a cui si risponde prevedendo incompatibilità successive o *post-employment*, oggi disciplinate, nell'ordinamento italiano in modo articolato e generalmente rigoroso per la Pubblica amministrazione, e invece assai più blandamente per le cariche di Governo (rimanendo invece assente per altre cariche politiche o di nomina politica) e, negli anni più recenti, nel nostro ordinamento anche attraverso il nuovo istituto dell'inconferibilità.

2. Le incompatibilità successive

Come dicevamo, al fine di evitare la possibilità che chi ricopre cariche o uffici pubblici possa utilizzarli per ottenere determinate posizioni future, agendo *oggi*, nell'esercizio delle sue funzioni pubbliche, in favore di chi *domani* potrà portarlo nelle suddette posizioni, l'ordinamento prevede generalmente "incompatibilità successive" o "post-carica" o "*post-employment*".

Queste non sono, in realtà, vere e proprie incompatibilità, ma impedimenti alla possibilità di andare a ricoprire cariche o uffici presso determinate amministrazioni o enti, pubblici o privati, prima che sia trascorso un certo periodo dalla cessazione di un precedente incarico pubblico. Esse, quindi, a differenza delle incompatibilità, non si risolvono con un'opzione o una decadenza automatica a seguito di accettazione, ma rappresentano un limite invalicabile al passaggio da una posizione a un'altra (*revolving doors*), preservando l'imparzialità e il buon andamento della Pubblica amministrazione, evitando che le scelte compiute dal pubblico funzionario non siano le più vantaggiose e che possano essere compite, in ogni caso, in violazione della *par condicio* tra i diversi

⁴ Negli Stati Uniti d'America, che rappresentano l'esempio probabilmente meglio sviluppato e certamente più consolidato, si prevede, in alternativa alla *divestiture*, la istituzione di un *blind trust*. Quest'ultimo, innesta sullo strumento del *trust* una necessaria – e caratterizzante – *blindness* rispetto agli interessi ivi conferiti. Per questo, lo strumento diventa efficace quando gli assets conferiti sono stati interamente trasformati, a seguito di vendite alle quali il *trustee* è tenuto a procedere al fine di realizzare la *blindness*. Prima di questo momento il soggetto non è considerato libero dal conflitto d'interessi, rispetto al quale – in quanto membro dell'Amministrazione – è soggetto alla vigilanza dell'*Office of Government Ethics*, che è chiamato poi a controllare anche l'attuazione degli strumenti sui quali è stato raggiunto l'accordo per realizzare la separazione degli interessi. Una volta realizzata la trasformazione patrimoniale, il soggetto conferente è invece libero dal conflitto d'interessi, perché non può più sapere quali sono i suoi interessi e può così svolgere le sue funzioni pubbliche senza condizionamenti personali: nel compiere le sue scelte, al buio rispetto ai suoi interessi privati, potrà finire per avvantaggiarli o per sacrificarli senza saperlo. Naturalmente, perché il sistema funzioni è necessario che la separazione sia garantita, attraverso l'affidamento della funzione di *trustee* a soggetti professionali privi di legami con il settlor e che le comunicazioni tra i due soggetti siano le minime indispensabili, effettuate per scritto, sotto la vigilanza dell'organo di controllo, e che rigorosamente escludano l'individuazione degli assets presenti nel trust, potendo il conferente conoscerne solo il valore. Rispetto all'utilizzazione di questo strumento, vi sono tradizionali resistenze negli ordinamenti di *civil law* e nel nostro in particolare, anche se esse sembrano progressivamente in via di superamento, risultando sempre meno attuali, a fronte della ormai non infrequente costituzione di trust con altra finalità (cfr., ad esempio, S. BARTOLI, *Il trust*, Giuffrè, Milano, 2001; M. LUPOI, *Il dovere professionale di conoscere il trust interno*, in *Vita notarile*, n. 1/2016, 153 ss). In ogni caso, anche la proposta alternativa di un mandato fiduciario (presente ad esempio nel progetto di legge Macina, A.C. 1461, in corso d'esame in Commissione affari costituzionali della Camera dei deputati), purché con obbligo di trasformazione degli *assets* e di mantenimento della segretezza sui nuovi investimenti sembra poter raggiungere i medesimi obiettivi.

operatori interessati. Inoltre, si mira anche ad evitare che la Pubblica amministrazione sia privata di una persona sulla cui formazione ha investito e che ha, invece, utilizzato la sua posizione per ottenere un vantaggio personale, mettendo anche sotto stress il principio per cui i cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina e onore.

Questo medesimo fine si realizza, in realtà, anche con l'istituto dell'inconferibilità, introdotto in epoca piuttosto recente, che è in sostanza speculare all'incompatibilità successiva. Infatti, l'impossibilità di passare dall'incarico "A" all'incarico "B", prima che sia trascorso un determinato periodo, rispetto all'incarico "A" è un'incompatibilità successiva, mentre per l'incarico "B" è un'inconferibilità.

Le restrizioni al passaggio dall'impiego o dall'incarico pubblico a un impiego o incarico privato sono state tradizionalmente contemplate solo in modo molto marginale, nel nostro ordinamento, anche se una prima e limitata previsione era, in effetti, contenuta, per i membri del Governo, già nella legge n. 60/1953⁵, a cui si erano aggiunti alcuni altri casi, relativi a determinati settori, senza seguire, tuttavia, una precisa logica⁶, talvolta con conseguenze di natura sanzionatoria anche per i privati datori di lavoro o comunque conferenti l'incarico⁷. Le ragioni della scarsa attenzione per questa fattispecie derivano probabilmente dal fatto che, in Italia, non vi è stato tradizionalmente un significativo interscambio tra il settore pubblico e quello privato, diversamente, ad esempio, dagli Stati Uniti o dalla Francia⁸. Da questo punto di vista, tuttavia, le cose sono cambiate in anni più recenti, in cui vi sono state importanti innovazioni normative, anche sulla base dei medesimi trattati internazionali in tema di contrasto alla corruzione.

In particolare, la Convenzione ONU contro la corruzione, adottata a Merida nel 2003, all'art. 12, par. 2, lett. e), prevede, fra le misure suggerite agli Stati per la prevenzione dei conflitti d'interessi, *«l'imposizione, se del caso e per un periodo ragionevole, di restrizioni all'esercizio di attività professionali da parte di ex pubblici ufficiali e all'impiego, da parte del settore privato, di pubblici ufficiali dopo le loro dimissioni o il loro pensionamento, quando dette attività o detto impiego sono direttamente collegati alle funzioni che tali ex pubblici ufficiali esercitavano o supervisionavano durante il loro mandato»*. Anche a questo proposito vale quanto previsto al par. 1 dello stesso articolo, secondo cui gli Stati sono altresì invitati a *«prevedere delle sanzioni civili, amministrative o penali, efficaci, proporzionate e dissuasive in caso di inosservanza delle norme»*.

2.1. Le incompatibilità successive dei membri del Governo nella legge n. 215/2004

Per quanto riguarda i membri dell'Esecutivo, la preoccupazione che essi potessero utilizzare l'attività di Governo (anche) al fine di precostituirsi un beneficio futuro, sembra essere stata, almeno per alcuni versi, risalente nel tempo, nonostante, come abbiamo ormai più volte evidenziato, in Italia, la politica rappresentasse generalmente una carriera autonoma, raramente i componenti del Governo

⁵ In particolare, all'art. 6 è previsto che *«Chi abbia rivestito funzioni di Governo, anche dopo la cessazione del mandato parlamentare, non può assumere le cariche o le funzioni di cui all'art. 2 negli enti pubblici o nelle società, enti o istituti indicati negli articoli 1, 2 e 3 della presente legge, se non sia decorso almeno un anno dalla cessazione delle funzioni governative»*.

⁶ Ad esempio, l'art. 63 del d.P.R. n. 600 del 1973 prevede, ad esempio, per i dipendenti dell'amministrazione finanziaria, oltre al divieto di esercitare funzioni di assistenza e di rappresentanza presso gli enti impositori e davanti le commissioni tributarie per un periodo di due anni dalla data di cessazione del rapporto d'impiego, anche la sanzione amministrativa da euro mille a euro cinquemila; l'art. 2, comma 9, della l. n. 481 del 1985 prevede, invece, una sanzione pecuniaria a carico degli ex componenti dell'autorità di regolazione per i servizi di pubblica utilità che può arrivare quale massimo al corrispettivo percepito o comunque alla somma di 500 milioni di lire.

⁷ L'art. 22 della l. n. 185 del 1990 stabilisce, in particolare, la sospensione per due anni dal registro nazionale delle imprese abilitate al commercio estero di armamenti che abbiano assunto ex dipendenti in violazione dei divieti stabiliti; l'art. 2, comma 9, della l. n. 481 del 1985 prevede a carico dell'imprenditore che abbia violato il divieto la sanzione pecuniaria pari allo 0,5 % del fatturato e comunque non inferiore a 300 milioni di lire e non superiore a 200 miliardi, a cui si aggiunge, nei casi più gravi, la revoca dell'atto concessivo o autorizzativo.

⁸ In merito, sia consentito rinviare *amplius* ad A. PERTICI, *Il conflitto di interessi*, cit., 219 ss.

essendo scelti dall'esterno o essendo poi destinati a carriere nel settore privato. La prima disposizione volta ad evitare il fenomeno delle *revolving doors* è stata, in ogni caso, l'art. 6 della legge n. 60/1953, secondo la quale chi abbia rivestito funzioni di Governo, anche dopo la cessazione del mandato parlamentare, non può assumere le cariche o le funzioni di amministratore, presidente, liquidatore, sindaco revisore direttore generale o centrale, consulente legale o amministrativo con prestazioni di carattere permanente, in tutta una serie di enti pubblici o privati, indicati negli artt. 1, 2 e 3 della stessa legge⁹, se non sia decorso almeno un anno dalla cessazione delle funzioni governative.

Con la legge n. 215/2004 è stato poi previsto che alcune delle incompatibilità¹⁰ previste dall'art. 2, per chi assume una delle cariche previste, perdurano «*per dodici mesi dal termine della carica di governo nei confronti di enti di diritto pubblico, anche economici, nonché di società aventi fini di lucro che operino prevalentemente in settori connessi con la carica ricoperta*».

L'ambito soggettivo, nel caso non è in discussione, perché riguarda i «*titolari di cariche di governo*», e, più specificamente, «*il Presidente del Consiglio dei ministri, i Ministri, i Vice Ministri, i sottosegretari di Stato e i commissari straordinari del Governo di cui all'articolo 11 della legge 23 agosto 1988, n. 400*», essendosi ritenuto implicito anche il riferimento a eventuali Vicepresidenti del Consiglio dei ministri, anche nella (non frequente) ipotesi in cui essi non rivestano anche un'ulteriore carica ministeriale¹¹. Può notarsi, quindi, come, per le incompatibilità successive, non vi sia nessuna applicazione ai parlamentari oltre che per coloro che ricoprono altre importanti cariche istituzionali: basti pensare ai membri delle autorità indipendenti, che nell'esercizio delle loro funzioni possono entrare facilmente in contatto con rilevanti interessi privati, ma, ad esempio, anche ai giudici costituzionali o ai componenti del Consiglio superiore della magistratura, per i quali la questione si porrebbe in termini diversi, nella misura in cui eventuali restrizioni successive potrebbero essere volte soprattutto ad evitare la tentazione di compiacere titolari di poteri pubblici che potrebbero assicurare o favorire la nomina ad ulteriori successivi incarichi¹².

Quanto al periodo di raffreddamento, la norma lo limita a un anno, che è un termine molto breve, come non ha mancato di evidenziare anche l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in alcune delle sue relazioni semestrali al Parlamento, ai limiti dell'inefficacia. In particolare, dopo che la legge n. 190/2012 ha introdotto il comma 16-*ter* dell'art. 53 del testo unico sul pubblico impiego (di cui diremo nel prossimo paragrafo) colpisce la forte differenza tra il termine ivi previsto, che può sostanzialmente arrivare a sei anni dall'esercizio dei poteri autoritativi o negoziali nei confronti di un soggetto privato e, invece, quello qui stabilito, che probabilmente conferma quanto di malavoglia questa norma, che non era prevista nell'originario disegno di legge governativo, sia stata introdotta

⁹ L'art. 1 fa in proposito genericamente agli enti pubblici o privati, pur escludendo gli enti culturali, assistenziali, di culto e in enti-fiera, nonché le Università degli studi o gli Istituti di istruzione superiore (a seguito di designazione elettiva dei Corpi accademici), salve le disposizioni dell'art. 2 della legge 9 agosto 1948, n. 1102; l'art. 2, associazioni o enti che gestiscano servizi di qualunque genere per conto dello Stato o della pubblica Amministrazione, o ai quali lo Stato contribuisca in via ordinaria, direttamente o indirettamente, salve comunque le esclusioni dell'art. 1; l'art. 3 gli istituti bancari o le società per azioni che abbiano, come scopo prevalente, l'esercizio di attività finanziarie, ad eccezione degli istituti di credito a carattere cooperativo.

¹⁰ Si tratta, in particolare, di quelle contemplate alle lettere *b), c) e d)* del comma 1, relative rispettivamente al divieto di «ricoprire cariche o uffici o svolgere altre funzioni comunque denominate in enti di diritto pubblico, anche economici»; «ricoprire cariche o uffici o svolgere altre funzioni comunque denominate ovvero esercitare compiti di gestione in società aventi fini di lucro o in attività di rilievo imprenditoriale»; «esercitare attività professionali o di lavoro autonomo in materie connesse con la carica di governo, di qualunque natura, anche se gratuite, a favore di soggetti pubblici o privati; in ragione di tali attività il titolare di cariche di governo può percepire unicamente i proventi per le prestazioni svolte prima dell'assunzione della carica; inoltre, non può ricoprire cariche o uffici, o svolgere altre funzioni comunque denominate, né compiere atti di gestione in associazioni o società tra professionisti».

¹¹ Ciò non avviene, in particolare, dal 2005, con il terzo Governo Berlusconi (peraltro soltanto nei primi mesi), i successivi Vicepresidenti del Consiglio, nominati nei Governi Prodi II, Letta e Conte I, avendo tutti rivestito anche un incarico ministeriale.

¹² In questi casi, in effetti, sembra meno probabile il condizionamento da parte di interessi economici privati, per quanto esso non possa essere escluso, ad esempio, allorché il giudice costituzionale debba partecipare alla decisione di una questione di legittimità costituzionale relativa, ad esempio, a un tributo che potrebbe incidere pesantemente su una determinata impresa.

in sede di discussione parlamentare¹³. Da questo punto di vista, il sistema otterrebbe maggiore efficacia a seguito dell'eventuale approvazione della proposta di legge Macina, in corso d'esame alla Camera dei deputati, che innalza il periodo di raffreddamento a tre anni, superando (o almeno riducendo), in sostanza, anche la possibile irragionevolezza della differenza con la norma prevista per i dipendenti pubblici in base al comma 16-ter dell'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001. Sul punto, tuttavia, si è espressa criticamente l'Autorità di garanzia per la concorrenza e il mercato, secondo la quale *«l'estensione a tre anni dei divieti di assunzione di cariche e incarichi, finirebbe infatti per penalizzare gli ex titolari di cariche di governo, al di là di quanto effettivamente necessario per contrastare il fenomeno del c.d. Pantouflage»*. Tale affermazione, da un lato, se combinata con quelle che in passato avevano sottolineato la brevità del termine di un anno, sembrerebbe, in sostanza, spingere il legislatore a fissare tale termine a due anni, dall'altro lato, potrebbe forse essere letta in chiave critica anche dell'attuale previsione dell'art. 53, comma 16-ter, del d.lgs. 165/2001, che fissa il medesimo termine di tre anni, salvo porlo in relazione al periodo di attività dei tre anni precedenti, con l'effetto di creare una separazione che può arrivare fino a sei anni.

Circa l'oggetto del divieto, che scatta per l'anno successivo alla conclusione del mandato, la disposizione in parola fa riferimento alle cariche in enti di diritto pubblico (art. 2, comma 1, lett. b), alle cariche in società aventi fini di lucro o in attività con rilevanza imprenditoriale (art. 2, comma 1, lett. c)¹⁴, e alle attività professionali (art. 2, comma 1, lett. d), a condizione che l'ente o la società presso cui è stato assunto il nuovo incarico *«operino prevalentemente in settori connessi con la carica ricoperta»*. Quest'ultimo inciso che sembrerebbe poter essere riferito soltanto alle cariche in società con fini di lucro, è invece stato interpretato come rivolto anche agli enti pubblici¹⁵, seppure l'Antitrust abbia segnalato al Parlamento che *«quanto alle cariche negli enti pubblici, di cui alla lettera b), non è chiaro se esse siano vietate tout court nei successivi dodici mesi (...) ovvero se anch'esse siano vietate solo in presenza di una connessione e prevalenza dell'attività dell'ente nei settori in cui il titolare ha svolto la funzione»*¹⁶, sollecitando pertanto un intervento del legislatore, che però, non c'è stato. Peraltro, anche le prestazioni di attività professionali e di lavoro autonomo, che durante il periodo di esercizio della carica sono escluse totalmente, dopo il termine dello stesso non possono essere rese soltanto nei confronti di soggetti che operano prevalentemente in settori connessi con la carica che era stata ricoperta.

Quindi, per il periodo successivo all'esercizio della carica, le incompatibilità subiscono un significativo ridimensionamento, sia perché vengono ad essere escluse alcune ipotesi contemplate invece per il periodo di esercizio della carica¹⁷ (per alcune delle quali, e in particolare quelle relative

¹³ In merito cfr. C. MARCHETTA, *La legislazione italiana sul conflitto di interessi. La legge 20 luglio 2014, n. 215. Orientamenti, criticità e prospettive di riforma*, Giuffrè, Milano, 2013, 154, il quale ricorda come il ministro Frattini, su proposta del quale il Consiglio dei ministri aveva deliberato il disegno di legge, in aula si dichiarò favorevole all'introduzione di una norma sulle incompatibilità anche successive, pur ritenendo che la questione avrebbe richiesto un intervento più meditato, che non è facile comprendere perché non sia stato compiuto.

¹⁴ Da questo ambito sono state ritenute le cariche ricoperte nell'ambito di enti privi di scopo di lucro, ancorché esercenti attività imprenditoriali, in considerazione della stretta interpretazione che è imposta dal carattere eccezionale di queste norme. In realtà, ciò è stato oggetto di critica in sede applicativa, in quanto ciò consente a chi ha ricoperto cariche di governo di assumere incarichi in enti senza fini di lucro anche quando sottoposti a vigilanza o a controllo da parte del Governo, compreso magari proprio il potere di nomina in posizioni organizzative di vertice dell'ente stesso. Ciò, al di là dell'assenza di scopo di lucro dell'ente può determinare per l'ex titolare della carica di Governo l'assunzione di una posizione prestigiosa e anche eventualmente ben remunerata, per raggiungere la quale la precedente carica governativa potrebbe certamente essere risultata utile. In tal senso pare, quindi, opportuna la scelta della proposta di legge Macina laddove mirerebbe ad inserire tra le cause di incompatibilità successive anche *«qualsiasi carica, ufficio o funzione, comunque denominata, in enti senza fini di lucro sottoposti a vigilanza e a controllo da parte del Governo statale ovvero del governo regionale o locale»*.

¹⁵ In tal senso, si è espressa l'AGCM, ad esempio, in un caso di cui alla V relazione semestrale sul conflitto d'interessi e in un altro ricordato nella IX relazione semestrale sul conflitto d'interessi. Diversamente, nella II relazione semestrale sul conflitto d'interessi aveva fatto prevalere l'interpretazione per cui la limitazione ai settori connessi con la carica ricoperta andasse limitata alle società con fini di lucro e non anche agli enti pubblici.

¹⁶ Cfr. la XIV relazione semestrale sul conflitto d'interessi.

¹⁷ Non hanno infatti rilevanza le incompatibilità previste al comma 1, alle lettere a), e), ed f).

agli uffici pubblici di cui alla lett. a), l'AGCM ha anche in una recente relazione al Parlamento, invitato a valutare l'inclusione¹⁸), sia perché anche quelle che rimangono rilevanti lo sono soltanto nella misura in cui i soggetti presso i quali si vanno a ricoprire le nuove posizioni o comunque a svolgere le nuove attività operino *prevalentemente* in settori *connessi* con la carica di Governo che era stata ricoperta.

La connessione è accertata in relazione all'ambito di competenza (in astratto) della carica che è stata ricoperta, mentre la prevalenza è considerata rispetto alle attività economiche concretamente svolte dalla società o l'ente nel quale si intende assumere la nuova posizione. L'aspetto della connessione, peraltro, non sempre è agevole da valutare in relazione a chi ricopra cariche di Governo, e in particolare alcune tra queste a partire da quella di Presidente (ed eventualmente il Vicepresidente) del Consiglio dei ministri o di Sottosegretario alla Presidenza (ma anche di almeno alcuni ministri: da quello degli Esteri a quello, ad esempio, senza portafoglio con delega all'attuazione del programma di Governo). Questi, infatti, esercitano una carica per sua natura connessa con tutti i settori di attività, tanto che i casi più frequenti di accertamento della violazione della norma sull'incompatibilità successiva sembrano legati alla posizione dei commissari straordinari nominati *ex art.* 11 della legge n. 400/1988, i quali hanno, in effetti, i compiti più specifici¹⁹. Da questo punto di vista, pare fare almeno un passo avanti la proposta di legge Macina, in discussione in Parlamento, prevedendo l'incompatibilità in via generale, «salvo che si tratti di attività, cariche o funzioni svolte nel settore esclusivamente privato in ambiti non connessi con la carica rivestita». In questo modo, infatti, si supererebbe l'esigenza di dimostrare la presenza di una prevalente operatività in un settore connesso, con tutte le difficoltà che ciò comporta, dando semmai la possibilità di dimostrare l'estraneità del settore per escludere – in via d'eccezione – la restrizione prevista. In effetti, per evidenziare quanto la prevalente operatività in settore connesso possa essere poco adatta rispetto ad un incarico ministeriale, basti pensare, ad esempio, che mentre risulterebbe piuttosto evidente che, nell'anno successivo al termine del suo mandato, il ministro delle infrastrutture e dei trasporti non possa andare a ricoprire la carica di amministratore delegato di una società concessionaria di autostrade, se un ministro degli Esteri, al termine del suo mandato, diventasse consulente di un grande studio legale, che opera, naturalmente, anche a livello internazionale, egli non risulterebbe, in linea di principio, essere andato a prestare i suoi servizi professionali in una struttura che svolge un'attività prevalentemente connessa con quella della precedente carica, ma, nella sostanza, potrebbe certamente avere ottenuto quella posizione anche in forza delle relazioni che può vantare in ragione di quest'ultima e potrebbe utilizzare tali relazioni a beneficio del soggetto privato presso il quale ora presta la sua attività professionale. Il prestigio e le relazioni che derivano dall'aver ricoperto una determinata carica possono, in definitiva, essere utili a un soggetto privato a prescindere dalla

¹⁸ Cfr. XVIII relazione semestrale (giugno 2019), p. 20 e soprattutto XIX relazione semestrale (dicembre 2019), p. 32, in cui si legge che dalla esclusione della lett. a) e invece l'inclusione della b) «discende la centralità, ai fini della corretta definizione dei divieti post-carica, della distinzione tra l'ipotesi di assunzione di cariche o uffici pubblici e quella di assunzione di cariche o uffici in enti pubblici. Distinzione sulla quale sarebbe auspicabile un intervento chiarificatore del legislatore della riforma mentre, al contrario, le due proposte [di legge in discussione alla Camera, *n.d.r.*] in esame sembrano riproporre sostanzialmente inalterata la situazione attuale».

¹⁹ Ad esempio, nella XVIII relazione semestrale dell'AGCM del giugno 2019 è stata considerata violare la norma sulle incompatibilità successive la nomina a consulente del Presidente della Giunta regionale del Piemonte, per la Torino-Lione, dell'arch. Foietta, che era stato Commissario del Governo per la realizzazione dell'asse ferroviario Torino-Lione, in particolare perché nell'esercizio di quest'ultimo incarico aveva presieduto l'Osservatorio per l'asse ferroviario Torino-Lione, di cui, come consulente del Presidente della Regione, doveva «supportare le attività». Viceversa, non è stata ritenuta sussistente l'incompatibilità successiva quando il ministro per le politiche europee, prof. Paolo Savona, è stato nominato presidente di CONSOB.

Tuttavia, nella medesima relazione l'AGCM ha notato anche che «la più recente esperienza applicativa mostra come sia in atto una tendenza alla progressiva diffusione di figure di commissario straordinario del governo previste da disposizioni ad hoc che, nonostante la diversa fonte normativa di investitura e il diverso procedimento di nomina (normalmente in virtù di un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, anziché di un decreto del Presidente della Repubblica), sembrano sostanzialmente assimilabili ai commissari straordinari di cui all'articolo 11, legge n. 400/1988, e tuttavia sono sottratti alla disciplina sul conflitto di interessi, stante l'espresso ed inequivoco richiamo alla norma da ultimo citata, presente nell'articolo 1, comma 2, l. n. 215/2004».

connessione, anche se ci rendiamo conto che l'eliminazione del presupposto della connessione con il settore prevalente di attività può determinare una forte restrizione dei successivi sviluppi di carriera. Ciò, tuttavia, avverrebbe comunque per un periodo limitato (ad esempio, due anni), non escludendo comunque un'ampia serie di occupazioni e non sembrando irragionevole a fronte dell'aver ricoperto, per un periodo, un tanto prestigioso incarico. Deve peraltro considerarsi che, come precisato dalla Commissione di Venezia, nel già ricordato parere, «*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*»²⁰.

Una questione specifica è poi quella relativa alla riassunzione, da parte di una persona, al termine dell'esercizio della funzione di Governo, di una lasciata al momento del conferimento della stessa, nell'ambito di una società di cui ha sempre detenuto quote o partecipazioni. Infatti, l'AGCM ha ritenuto che, in considerazione del fatto che, in questo caso, non sarebbe plausibile che la posizione nella società fosse (ri-)ottenuta grazie alla carica di Governo, la limitazione non trovi applicazione. Tuttavia, come è stato sottolineato²¹, una siffatta interpretazione, oltre a stridere con l'interpretazione letterale della norma, non considera che, almeno in presenza di una certa compagine sociale, in realtà, il riacquisto della posizione lasciata al momento dell'assunzione della carica di Governo potrebbe essere favorito, o comunque consentito, da altri soci proprio in ragione di quanto nel frattempo ottenuto da chi ha esercitato le funzioni di Governo. Si potrebbe aggiungere che, peraltro, la circostanza per cui una persona, lasciata una carica societaria al momento dell'assunzione di quella di Governo, torni alla prima non appena lasciata quest'ultima potrebbe ingenerare o rafforzare l'impressione che, in realtà, non abbia mai smesso di occuparsi della suddetta società, con conseguente compromissione della fiducia pubblica nelle istituzioni. A ben vedere, tuttavia, questi problemi discendono dal fatto che nella normativa italiana sul conflitto d'interessi quello di carattere patrimoniale non viene risolto, non essendo previsto alcuno strumento di effettiva separazione degli interessi (come il *blind trust* o il mancato fiduciario con obbligo di vendita).

La norma presenta, inoltre, alcuni problemi di funzionamento, a partire dall'accertamento della situazione di incompatibilità successiva. Infatti, mentre per le incompatibilità le valutazioni dell'Autorità competente, che nel caso è l'AGCM, prendono avvio dalle dichiarazioni che, secondo la legge, il componente del Governo deve presentare, in questo caso ciò non può accadere, perché, una volta terminato il mandato, non vi è più nessun obbligo di comunicazione: l'AGCM ha in effetti anche recentemente sostenuto l'opportunità che il legislatore preveda siffatti obblighi anche a carico degli ex titolari della carica di Governo²². L'informazione non può quindi che essere eventualmente tratta da notizie pervenute informalmente, anche se queste hanno probabilmente più facile diffusione in considerazione del fatto che, generalmente, si tratta di persone piuttosto note e rispetto alle quali vi può essere anche una certa attenzione della stampa, tanto più che le posizioni verso le quali sono destinate a transitare attirano più facilmente l'attenzione.

Qualora, in ogni caso, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato giunga all'accertamento dell'incompatibilità (successiva), ai sensi dell'art. 6 della "legge Frattini" promuove, come nel caso di accertamento delle incompatibilità in corso di carica, a seconda dei casi: a) la rimozione o la decadenza dalla carica o dall'ufficio ad opera dell'Amministrazione competente o di quella vigilante l'ente o l'impresa; b) la sospensione del rapporto di impiego o di lavoro pubblico o privato; c) la

²⁰ Cfr. i riferimenti in nota 3.

²¹ C. MARCHETTA, *La legislazione italiana sul conflitto di interessi*, cit., 160 ss.

²² Cfr. XVIII relazione semestrale (giugno 2019). Naturalmente, la previsione di un siffatto obbligo potrebbe essere comunque più difficile da esigere da parte di chi non rivesta più una carica pubblica, in quanto l'art. 328 c.p. (*Rifiuto di atti d'ufficio. Omissione*) è un reato proprio, applicabile soltanto al pubblico ufficiale, ma nulla escluderebbe, ad esempio, la previsione quantomeno di una sanzione amministrativa *ad hoc*.

sospensione dall'iscrizione in albi e registri professionali, che deve essere richiesta agli ordini professionali per gli atti di loro competenza.

Se è vero che gli organismi e autorità competenti provvedono all'adozione dei suddetti atti, tenendo conto della richiesta dell'Autorità, è stata rilevata l'assenza di strumenti idonei a garantire la rimozione delle situazioni di incompatibilità quando le cariche siano state assunte in società non assoggettate alla vigilanza pubblica. Inoltre, la breve durata del periodo di incompatibilità successiva, confrontata con il tempo dell'accertamento e con la difficoltà che può esservi nell'imporre le determinazioni soprattutto a fronte di un soggetto che ha lasciato la carica di Governo, potrebbe rendere molto intempestivo l'intervento, con un motivo in più di inefficacia. Senza considerare che, a fronte del riscontro della violazione delle norme sulle incompatibilità, l'Autorità garante riferisce anche al Parlamento, con comunicazione motivata diretta ai Presidenti del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati. Ma, se questa previsione pare avere uno scarso effetto rispetto a una persona in carica, che sarà normalmente comunque protetta dal sostegno della maggioranza parlamentare (che quasi mai riesce a far prevalere considerazioni giuridiche su quelle politiche, anche in casi di violazioni ben più evidenti come quelle di rilevanza penale), anche ammesso che trovi applicazione²³, diviene nella sostanza addirittura priva di senso per una persona che ha lasciato la suddetta carica, non apparendo irragionevole che, ove si trattasse di una persona che non appartiene più neppure alle Camere, queste si dichiarassero incompetenti a ricevere la comunicazione o comunque essendo assai probabile che non ne discutessero neppure.

2.2. *Le incompatibilità successive dei funzionari pubblici introdotte con la legge n. 190/2012*

Con la legge n. 190/2012, anche raccogliendo le indicazioni della Convenzione di Merida, è stata invece dettata una disciplina generale, almeno per i dipendenti pubblici (nell'interpretazione molto estensiva della categoria che vedremo tra poco).

In particolare la lettera l) del comma 42 dell'art. 1 della legge ha integrato l'art. 53 del testo unico sul pubblico impiego, relativo a incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi, prevedendo, nel nuovo comma 16-ter, che *«i dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti»*.

La stessa collocazione della norma è stata oggetto di critica in quanto ritenuta poco idonea a valorizzare l'importanza di una siffatta novità, oltre che per il fatto che peraltro la previsione non è relativa – come vedremo – soltanto a coloro che hanno un vero e proprio rapporto di pubblico impiego²⁴.

Nel merito, la norma risponde agli obiettivi delle incompatibilità successive e in particolare mira a contrastare, in sostanza, lo *«scambio basato sulla promessa: l'attività lavorativa o professionale (remunerata) costituisce il compenso (promesso) a fronte di un uso (attuale) dei poteri autoritativi o*

²³ In merito pare, in effetti, da constatare come l'obbligo di comunicazione è riferito dall'art. 6, comma 9, alle sole incompatibilità di cui all'art. 2, comma 1 (e cioè a quelle riferite a chi è in carica) e non a quelle post-carica, di cui all'art. 2, comma 4. Tuttavia, è stato ritenuto (C. MARCHETTA, *La legislazione italiana sul conflitto di interessi*, cit., 170) che il comma 4 debba *«ritenersi integrativo della disciplina di cui al precedente comma 1»*, tanto che la legge n. 215 del 2004 *«per le incompatibilità post-carica, non prevede specifiche norme procedurali, con la conseguenza che, a ritenere inapplicabili le disposizioni generali di cui all'art. 6, il divieto introdotto dall'art. 2, comma 4, risulterebbe praticamente privo di efficacia sostanziale»*.

²⁴ R. CANTONE, *Il pantouflage all'italiana: fra rigore formale e rischi di ineffettività*, in [Ius in itinere](#), n. 1/2019, 12.

negoziali piegato/funzionale agli interessi dell'impresa (che promette la futura assunzione/incarico professionale)»²⁵.

La formulazione del testo pone però non pochi problemi interpretativi, come fu da subito evidenziato in dottrina²⁶.

In particolare, il primo alinea ha richiesto precisazioni, intervenute anche attraverso l'attività di indirizzo e controllo dell'Anac, soprattutto in relazione ai soggetti destinatari e ai poteri da questi esercitati, ma qualche riflessione sembra meritare anche la previsione della durata.

Dal primo punto di vista, rispetto alla nozione di «*dipendenti pubblici*», l'art. 21 del d.lgs. n. 39/2013 ha previsto che «*sono considerati dipendenti delle pubbliche amministrazioni anche i soggetti titolari di uno degli incarichi di cui al presente decreto, ivi compresi i soggetti esterni con i quali l'amministrazione, l'ente pubblico o l'ente di diritto privato in controllo pubblico stabilisce un rapporto di lavoro, subordinato o autonomo*»²⁷, evitando così che la norma fosse applicata soltanto a coloro che si trovano in rapporto di dipendenza dall'amministrazione. Ciò ha consentito l'applicazione della norma anche a incarichi amministrativi di vertice e incarichi dirigenziali interni ed esterni, nonché agli amministratori di enti pubblici e di enti privati in controllo pubblico²⁸. Se, per la maggior parte di questi casi, l'estensione risulta coerente con l'efficace raggiungimento degli obiettivi dell'istituto in parola, sembra invece da dubitare della correttezza dell'estensione agli amministratori di enti privati, ancorché in controllo pubblico, perché la norma richiede, affinché si realizzi l'impedimento, che sia stata svolta un'attività pubblica nei confronti dell'ente al quale si vuole passare²⁹.

Circa le funzioni svolte dai suddetti soggetti, capaci di determinare la successiva interdizione dallo svolgimento di attività lavorative o professionali presso determinati soggetti privati, la norma fa riferimento a «*i dipendenti che [...] hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali*». Affinché la previsione sia funzionale rispetto al suo obiettivo, però, è sufficiente la possibilità di esercitare quel potere, come già si era ritenuto con riferimento alle limitazioni post-carica conseguenti agli incarichi di Governo previste dalla legge n. 215/2004³⁰. Se infatti si pretendesse che i suddetti poteri fossero stati effettivamente e concretamente esercitati, la disposizione in parola «*lascerebbe fuori dal suo ambito di operatività quei soggetti il cui interesse fosse coinciso proprio con il mancato esercizio dei poteri d'ufficio (e che procedessero a retribuire il dipendente cessato dal servizio proprio per detta omissione)*»³¹.

²⁵ B. PONTI, *Le modifiche all'art. 53 del testo unico sul lavoro alle dipendenze della p.a.*, in B.G. MATTARELLA – M. PELLISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013, 186.

²⁶ B.G. MATTARELLA, *Le nuove regole di comportamento dei pubblici funzionari*, in AA.VV., *Politica e amministrazione della spesa pubblica: controlli, trasparenza e lotta alla corruzione*, Giuffrè, Milano, 2014, 521.

²⁷ In proposito, nell'Aggiornamento 2018 al PNA (par. 9.1.) l'Anac ha precisato che «secondo una lettura in senso ampio della norma e coerentemente a quanto specificato all'art. 21 cit., si sottolinea che il divieto di *pantouflage* è da riferirsi non solo ai dipendenti degli enti pubblici non economici (già ricompresi fra le pubbliche amministrazioni) ma anche ai dipendenti degli enti pubblici economici, atteso che il d.lgs. 39/2013 non fa distinzione fra le due tipologie di enti (come rilevato dal Consiglio di Stato)», facendosi a quest'ultimo proposito riferimento a CdS, sez. V, 11.01.2018, n. 126. Ciò è stato ribadito nel nuovo PNA del 2019 (par. 1.8).

²⁸ Una questione specifica si è posta in relazione alle Autorità portuali che il Cons. St., sez. V, 29.10.2019, n. 7411 ha ritenuto rientrare nell'ambito di applicazione della norma, in quanto «*ricomprese nell'ampia nozione di "amministrazione" di cui, all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001, trattandosi di enti pubblici non economici (come testualmente chiarito dall'art. 1, comma 993, della l. 27 dicembre 2006, n. 296)*», richiamando, in proposito «*l'orientamento giurisprudenziale (...), secondo cui la natura di ente pubblico economico può essere predicata solo laddove l'attività venga svolta per fini di lucro e in regime di concorrenza con soggetti privati*». Nella medesima sentenza il Consiglio di Stato ha respinto anche un'altra nutrita serie di argomentazioni volte a sottrarre le Autorità portuali, o meglio i dipendenti delle stesse, all'applicazione della norma in questione, ma secondo il giudice amministrativo è proprio la *ratio* del *pantouflage* a richiedere che la norma medesima si applichi anche a queste.

²⁹ In merito cfr. anche R. CANTONE, *Il pantouflage all'italiana*, cit., 16.

³⁰ Almeno sin in dal provvedimento AGCM n. 19115/2008, in Boll. n. 42/2008.

³¹ Cfr. B. PONTI, *Le modifiche all'art. 53 del testo unico sul lavoro alle dipendenze della p.a.*, cit., 187. In tal senso, peraltro, è anche la delibera ANAC 9 marzo 2016, n. 292, in cui si precisa, infatti, che i soggetti per i quali l'ex dipendente

Invece, circa la delimitazione dei «*poteri autoritativi o negoziali*», la genericità dell'espressione spinge ad una lettura ampia, idonea a salvaguardare le finalità della norma. In questo senso, accanto all'emanazione di atti amministrativi e alla stipula di contratti, come precisato anche dal Piano nazionale anticorruzione (PNA), devono ritenersi inclusi gli atti endoprocedimentali obbligatori (pareri, certificazioni, perizie, etc.), capaci di incidere sul contenuto del provvedimento finale, pur se sottoscritto da altri³². Inoltre, sempre nel PNA, si precisa come, per alcuni dirigenti, o per coloro che ricoprono incarichi amministrativi di vertice³³, anche un'eventuale mancanza di poteri gestionali diretti non esclude che, considerato il significativo potere di incidere sull'assunzione di decisioni da parte della o delle strutture di riferimento, sia applicabile la limitazione relativa alla norma in parola.

Se questa estensione può essere necessaria al fine di impedire che sfugga all'applicazione della norma lo svolgimento di attività attraverso le quali il dipendente pubblico potrebbe comunque preconstituirsì una posizione all'interno dell'ente privato, in dottrina è stato tuttavia messo in evidenza come l'ambito sia delineato già nella norma in modo tale che potrebbero rientrare «*funzionari che emanano centinaia o migliaia di atti che nell'impreciso lessico del legislatore, sono certamente "autoritativi" (come le autorizzazioni o concessioni amministrative) o "negoziali" (come gli acquisti e i relativi mandati di pagamento)*»³⁴, potendo forse essere opportuno circoscrivere maggiormente l'ambito degli atti rilevanti, anche in relazione al tipo di discrezionalità e alla loro rilevanza per il beneficiario.

Circa i soggetti nei cui confronti opera il divieto triennale di svolgere un impiego o un'attività, la legge fa riferimento semplicemente a «*soggetti privati*», con esclusione quindi del divieto in parola rispetto al passaggio ad altre amministrazioni (cosa pur possibile nell'ambito delle incompatibilità successive, anche se rispondente a ragioni parzialmente diverse e che, infatti, è contemplato, dall'altro punto di vista dalle norme sulle inconfiribilità, oltre che dalle incompatibilità successive applicabili ai componenti del Governo secondo quanto vedremo nel prossimo paragrafo). Tra i soggetti privati sembrano potersi ricomprendere anche gli enti che hanno la forma di società, fondazione o associazione privata, ma che sono in controllo o partecipazione pubblica³⁵. Dal punto di vista passivo, questa estensione sembra molto più ragionevole di quanto abbiamo visto essere dal punto di vista attivo, in quanto si tratta pur sempre di un soggetto privato possibile destinatario dell'attività della pubblica amministrazione e in particolare dell'esercizio dei poteri autoritativi o negoziali di un funzionario pubblico. Pare comunque da ricordare che, come già accennato sopra, secondo l'ANAC e la dottrina prevalente, condivisibilmente, la disposizione riguarda anche «*i soggetti che potenzialmente avrebbero potuto essere destinatari dei predetti poteri o che avrebbero realizzato il proprio interesse nell'omesso esercizio degli stessi*»³⁶.

Nella stessa delibera l'Autorità precisa altresì che la restrizione deve trovare applicazione «*anche in relazione al personale – titolare dei poteri sopra indicati – che nei tre anni successivi alla*

pubblico non può andare a lavorare prima del periodo previsto sono tutti quelli che «*potenzialmente avrebbero potuto essere destinatari dei predetti poteri o che avrebbero realizzato il proprio interesse nell'omesso esercizio degli stessi*». In tal senso può forse suscitare qualche dubbio la delibera Anac 8 febbraio 2017, n. 88, nella quale si legge che «*i dipendenti con poteri autoritativi e negoziali, cui si riferisce l'art. 53, co. 16-ter, cit., sono i soggetti che esercitano concretamente ed effettivamente, per conto della pubblica amministrazione, i poteri sopra accennati*».

³² Cfr. parere ANAC AG/74 del 21 ottobre 2015 e orientamento n. 24/2015 e ancora le delibere n. 88 dell'8 febbraio 2017 e n. 207 del 21 febbraio 2018. In dottrina, D. ANDRACCHIO, *Il divieto di pantouflage: una misura di prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione*, cit., p. 3; in senso critico, invece, A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 141 secondo cui tale lettura amplierebbe eccessivamente l'ambito applicativo dell'istituto.

³³ Il PNA del 2019 indica, in proposito, «*a titolo esemplificativo, i dirigenti, i funzionari che svolgono incarichi dirigenziali, ad esempio ai sensi dell'art. 19, co. 6, del d.lgs. 165/2001 o ai sensi dell'art. 110 del d.lgs. 267/2000, coloro che esercitano funzioni apicali o a cui sono conferite apposite deleghe di rappresentanza all'esterno dell'ente (cfr. orientamento ANAC n. 2 del 4 febbraio 2015). Si intendono ricompresi i soggetti che ricoprono incarichi amministrativi di vertice, quali quelli di Segretario generale, capo Dipartimento, o posizioni assimilate e/o equivalenti*».

³⁴ B.G. MATTARELLA, *Le nuove regole di comportamento*, cit., 521.

³⁵ B. PONTI, *Le modifiche all'art. 53 del testo unico sul lavoro alle dipendenze della p.a.*, cit., 187.

³⁶ Cfr. delibera 9 marzo 2016, n. 292.

cessazione del rapporto di lavoro con la P.A., si costituisca nuovo operatore economico, rivesta in tale compagine il ruolo di presidente del consiglio di amministrazione e in tali qualità partecipi alle gare indette dall'amministrazione presso la quale abbia svolto attività lavorativa»³⁷. Peraltro, anche dal punto di vista passivo la preclusione sembra operare sostanzialmente nei confronti di qualunque attività l'ex pubblico funzionario vada a svolgere presso l'ente privato, come risulta dal PNA del 2019, nel quale è precisato che «il divieto per il dipendente cessato dal servizio di svolgere attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dei poteri negoziali e autoritativi esercitati, è da intendersi riferito a qualsiasi tipo di rapporto di lavoro o professionale che possa instaurarsi con i medesimi soggetti privati, mediante l'assunzione a tempo determinato o indeterminato o l'affidamento di incarico o consulenza da prestare in favore degli stessi». Tale interpretazione, che certamente amplia la portata della norma è stata oggetto di critica in dottrina³⁸ e non è stata seguita dal giudice amministrativo³⁹, secondo il quale la norma in questione, in quanto «apporta una significativa deroga al principio di libertà di iniziativa economica», non consente interpretazioni analogiche. Su questa stessa base, peraltro, il medesimo giudice amministrativo ha escluso che la disposizione in parola, con particolare riferimento al divieto di contrarre di cui al secondo alinea, possa trovare applicazione quando «non è stata comunque dimostrata alcuna correlazione tra il ruolo istituzionale a suo tempo ricoperto» e «l'ipotizzato "inquinamento" della gara»⁴⁰, quest'ultima conclusione parendo comunque andare al di là della lettera della norma, che, in presenza delle condizioni date, sembra imporre una presunzione assoluta di improprio condizionamento da parte dell'ex dipendente tale da escludere in ogni caso, per chi lo abbia assunto, la capacità di contrarre con (quella) Pubblica amministrazione, secondo quanto diremo meglio tra poco, esaminando il secondo alinea⁴¹.

Quanto al periodo di preclusione, questo è di tre anni dalla cessazione del rapporto con la P.A. sulla base di poteri esercitati (o meglio, esercitabili) nei tre anni precedenti. Se un raffreddamento di tre anni è stato da alcuni ritenuto ragionevole⁴², anche alla luce di altre discipline, pur essendosi espressa diversamente, ad es., l'AGCM, la formulazione della disposizione in questione implica che possa esservi, in realtà, un periodo (massimo) forse meno ragionevole di sei anni tra l'esercizio (o la possibilità di esercizio) di un potere autoritativo o negoziale nei confronti di un soggetto privato e la possibilità di ottenere dallo stesso un lavoro o un incarico senza le conseguenze negative che la norma in questione prevede. Nella concreta applicazione, in effetti, il periodo è variabile, a seconda di quando il dipendente pubblico ha potuto esercitare poteri autoritativi e negoziali nei confronti di quello privato a cui vorrebbe poi transitare. Infatti, se la possibilità di esercitare tale potere autoritativo o negoziale vi è stata immediatamente prima delle dimissioni, l'attesa risulta di tre anni, mentre, se

³⁷ Infatti, ANAC ha giudicato applicabile il divieto anche a una società, aggiudicataria dell'affidamento in concessione di un servizio comunale per la gestione di parcheggi, il cui Consiglio di amministrazione era presieduto dall'ex direttore generale di una società *in house* del Comune, che operava nello stesso settore, prima della costituzione della società in questione.

³⁸ G. BATTAGLIA, *Il difficile temperamento di interessi nel divieto di pantouflage*, in A. PERTICI – M. TRAPANI (a cura di), *La prevenzione della corruzione*, cit., 143 s.

³⁹ T.a.r. Sardegna, sez. I, ord. 8 giugno 2016, n. 109, pronunciata in sede cautelare, cui ha fatto seguito, per la definizione della fase di merito, la sent. 15 novembre 2016, n. 888.

⁴⁰ Cfr. ancora T.a.r. Sardegna, sez. I, ord. 8 giugno 2016, n. 109.

⁴¹ Pur andando, a nostro avviso, comunque al di là della lettera, una minore forzatura potrebbe essere forse rappresentata dalla possibilità di dimostrare che concretamente il condizionamento che la norma presume non vi è stato e che quindi, nel caso, essendosi vinta la presunzione, l'impedimento a contrarre non opera. Ciò parrebbe rispondere – secondo quanto evidenziato dal T.a.r. Sardegna, sez. I, ord. 8 giugno 2016, n. 109 – all'indirizzo espresso dalla CGUE, sez. IV, 19 maggio 2009, n. 538, secondo cui, le normative nazionali non possono «prevedere meccanismi di esclusione dalle gare che – pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici – stabiliscano un divieto assoluto, a carico di imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d'appalto, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di tale gara».

⁴² In tal senso, ad esempio, B. PONTI, *Le modifiche all'art. 53 del testo unico sul lavoro alle dipendenze della p.a.*, cit., 188; R. CANTONE, *Il pantouflage all'italiana*, cit., 15.

vi è stata tre anni prima delle dimissioni, l'attesa è di sei anni (anche con evidenti effetti discriminatori a seconda del momento in cui concretamente l'ex dipendente pubblico ha potuto esercitare i propri poteri sul soggetto privato). Questo potrebbe suggerire una modifica del doppio termine, ritenendo rilevanti effettivamente i poteri autoritativi o negoziali degli ultimi tre anni, ma prevedendo un "raffreddamento" successivo all'uscita dal servizio pubblico parzialmente variabile. Questo potrebbe essere anche confermato nei tre anni, ma da ridurre, ad esempio, a due se i poteri autoritativi o negoziali fossero stati esercitati o fossero stati comunque esercitabili nei confronti del soggetto privato soltanto nel periodo compreso tra i diciotto e i trentasei mesi precedenti al termine del rapporto. Al di là della precisa definizione dei termini, che potrebbe essere probabilmente anche ulteriormente articolata (e/o ridotta), interessa evidenziare come in questo modo il periodo massimo di divieto avrebbe una variazione più contenuta (nel caso, dai cinque ai tre anni), riducendosi nel massimo, ma rimanendo comunque ampio rispetto al distanziamento del momento della possibile commistione di interessi pubblici e privati ed assicurando altresì comunque che vi sia un periodo di (almeno) due anni tra il termine del rapporto con la P.A. e l'inizio di quello con il soggetto privato, che pare idoneo ad assicurare una adeguata distanza rispetto all'amministrazione da cui proviene l'ex dipendente pubblico e con la quale quel soggetto privato aveva intrattenuto rapporti⁴³.

Il secondo alinea del comma 16-ter prevede poi le conseguenze in senso lato sanzionatorie, stabilendo, in particolare che *«i contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti»*.

La nullità, per quanto riguarda il contratto, discende dal fatto che esso sarebbe concluso in violazione di norme imperative (art. 1418, comma 1, c.c.)⁴⁴.

A questa si aggiunge la sanzione dell'interdizione dalla capacità a contrarre con la pubblica amministrazione, per un periodo piuttosto ampio, pari a tre anni. In questo modo la norma sembra volta a salvaguardare soprattutto il settore della contrattazione pubblica, che è certamente quello a maggiore rischio di corruzione. In effetti, a essere rilevante, al fine dell'applicazione dell'art. 16-ter è, tra l'altro, l'esercizio di poteri negoziali da parte del pubblico dipendente quando era in servizio, con ciò mirandosi a garantire il corretto svolgimento delle procedure di appalto. D'altro canto, la conseguenza sanzionatoria prevista in caso di violazione del divieto è l'impedimento a contrarre con la pubblica amministrazione, realizzando – com'è stato osservato⁴⁵ – una vera e propria causa di esclusione dagli appalti, analogamente a quelle di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016. E, in effetti, anche nel PNA 2019 (par. 1.8, pagg. 67-68) si prevede che *«come già chiarito nel bando-tipo n. 2 del 2 settembre 2014 adottato dall'Autorità, le pubbliche amministrazioni sono tenute a inserire nei bandi di gara o negli atti prodromici all'affidamento di appalti pubblici, tra i requisiti generali di partecipazione previsti a pena di esclusione e oggetto di specifica dichiarazione da parte dei concorrenti, la condizione che il soggetto privato partecipante alla gara non abbia stipulato contratti di lavoro o comunque attribuito incarichi a ex dipendenti pubblici, in violazione dell'art. 53, co. 16-*

⁴³ In tal senso pare meno convincente la proposta formulata da C. PEPE, *Lo "strano caso" dell'art. 53 c. 16 ter del d.lgs. 165/01: criticità tra anticorruzione ed efficienza della legge*, in Federalismi.it, n. 17/2017, il quale, dopo avere correttamente evidenziato il problema, conclude che *«de jure condendo, il divieto dovrebbe quindi contemplare non tanto, come ora, l'arco temporale (l'ultimo triennio di servizio) entro cui il potere viene esercitato e, quindi, separatamente, un ulteriore periodo (tre anni) decorrente dalla cessazione, bensì un unico termine dilatorio (minimo) che deve intercorrere tra, da un lato, il momento in cui è stata concretamente esercitata la attività, alle dipendenze della amministrazione, nei confronti del privato e, dall'altro, il momento dell'assunzione, stabilendo ad esempio che tra tali due momenti devono trascorrere almeno tot anni»*. Infatti, probabilmente, oltre che una adeguata distanza dal momento in cui l'ex pubblico dipendente si è trovato nella condizione di esercitare i poteri è opportuno porre anche una distanza rispetto al momento in cui egli ha lasciato quella Pubblica amministrazione con la quale il soggetto privato aveva intrattenuto rapporti.

⁴⁴ G. IUDICA, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, cit., 133.

⁴⁵ C. PEPE, *Lo "strano caso" dell'art. 53 c. 16 ter del d.lgs. 165/01: criticità tra anticorruzione ed efficienza della legge*, cit., 5 e 11, secondo il quale *«si tratterebbe di una sorta di requisito di moralità, previsto in una disposizione extracodicistica»*, in aggiunta a quelle di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016.

ter, del d.lgs. n. 165/2001 (cfr. pareri ANAC AG/8/ del 18 febbraio 2015 e orientamento ANAC n. 2 del 4 febbraio 2015 cit.)».

Ora, rispetto a questa molto onerosa conseguenza, una prima questione riguarda il soggetto interdetto e quindi, in particolare, se si tratti soltanto di coloro che hanno instaurato un rapporto di impiego con l'ex funzionario o anche di quest'ultimo. In realtà, nonostante anche la seconda interpretazione sia considerata plausibile⁴⁶, sembra che la norma sia da interpretare nel primo senso, anche perché il carattere eccezionale della previsione dovrebbe escluderne interpretazioni estensive ed inoltre perché l'ex pubblico funzionario è già sanzionato con la perdita della posizione lavorativa o di collaborazione professionale e la restituzione dei compensi.

Un'altra – particolarmente rilevante – questione è se l'impossibilità di contrattare riguardi la sola amministrazione da cui proviene il funzionario o tutte le amministrazioni. Quest'ultima interpretazione, probabilmente più aderente alla lettera del testo, è stata sostenuta in dottrina⁴⁷ e risulta dal PNA, anche nella versione adottata nel 2019. Naturalmente, le conseguenze derivanti dalla stessa sono particolarmente gravose, escludendo, per l'operatore economico responsabile della violazione, la possibilità di intrattenere qualunque rapporto contrattuale con la Pubblica amministrazione, essendosi pertanto proposto di correggere tali conseguenze almeno facendo riferimento, in via analogica, all'art. 32-ter c.p., per consentire almeno stipula di accordi per ottenere l'erogazione di pubblici servizi, ciò sembrando certamente ragionevole, perché, in assenza della suddetta eccezione, per molte imprese l'applicazione della norma condurrebbe alla chiusura. Tuttavia, non sono mancate indicazioni volte a circoscrivere il divieto di contrarre alla sola amministrazione di provenienza dell'ex dipendente, illegittimamente transitato presso un operatore economico privato: in questo senso si è pronunciata, in particolare la giurisprudenza amministrativa⁴⁸ e ciò sembra risultare anche dalle linee guida della Direzione generale per la regolazione e i contratti pubblici del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti per la compilazione del documento di gara unico europeo (DGUE)⁴⁹. E questa posizione è, del resto, condivisa da altri commentatori preoccupati che la norma possa altrimenti risultare eccessivamente restrittiva⁵⁰.

Le due interpretazioni sembrano in realtà rispondere a una logica parzialmente diversa.

Infatti, quella che limita la restrizione all'amministrazione di provenienza dell'ex dipendente, sembra mirata ad evitare che, attraverso le specifiche conoscenze di quest'ultimo e i suoi legami, l'operatore economico presso il quale egli adesso è andato ad operare possa trarne un vantaggio, in violazione della parità di condizioni, sanzionando, d'altra parte, una sorta di "infedeltà" nei confronti di quella specifica amministrazione da parte dell'ex dipendente, la cui nuova posizione presso il soggetto privato non potrà così portare particolari vantaggi diversi da quelli riconducibili alle sue effettive capacità professionali.

L'interpretazione secondo la quale, invece, il divieto a contrarre si dovrebbe estendere a tutta la Pubblica amministrazione pare realizzare più una generale funzione sanzionatoria, che scatta nei confronti di chi ha tenuto un atteggiamento scorretto nei confronti dell'amministrazione: anzitutto l'operatore economico, il quale è (temporaneamente) "squalificato" dal poter contrarre con tutta la

⁴⁶ R. CANTONE, *Il pantouflage all'italiana*, cit.

⁴⁷ Così R. CANTONE, *Il pantouflage all'italiana*, cit.; B. PONTI, *Le modifiche all'art. 53 del testo unico sul lavoro alle dipendenze della p.a.*, cit., 187.

⁴⁸ T.a.r. Sicilia, Catania, 24.11.2017, n. 2737. In questo senso, in dottrina, G. GARGIULO, *Il divieto di pantouflage, quale presidio dell'imparzialità della pubblica amministrazione*, in [Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni](#), n. 1/2019, 208.

⁴⁹ In particolare, la parte III del DGUE, relativa ai motivi di esclusione dalla gara, alla sezione D (motivi di esclusione aggiuntivi), prevede la seguente domanda: «L'operatore economico si trova nella condizione prevista i trova nella condizione prevista dall'art. 53 comma 16-ter del D.Lgs. 165/2001 (pantouflage o revolving door) in quanto ha concluso contratti di lavoro subordinato o autonomo e, comunque, ha attribuito incarichi ad ex dipendenti della stazione appaltante che hanno cessato il loro rapporto di lavoro da meno di tre anni e che negli ultimi tre anni di servizio hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto della stessa stazione appaltante nei confronti del medesimo operatore economico?» (enfasi aggiunta).

⁵⁰ Cfr., ad esempio, C. PEPE, *Lo "strano caso" dell'art. 53 c. 16 ter del d.lgs. 165/01*, 15 e G. BATTAGLIA, *Il difficile contemperamento di interessi nel divieto di pantouflage*, cit., 144.

Pubblica amministrazione perché le ha sottratto personale, presumibilmente (anche) al fine di procurarsi un indebito vantaggio, e, in secondo luogo, nei confronti dell'ex dipendente la cui presenza diventa, a questo punto, per l'operatore economico privato, una zavorra particolarmente pesante, che spinge ad evitarne l'assunzione (o comunque il coinvolgimento professionale), almeno per un periodo, anche a costo di privarsi di qualifiche professionali particolarmente appetibili.

Pur considerando che anche gli obiettivi cui sembra legarsi la seconda interpretazione siano meritevoli di perseguimento, deve però considerarsi come questa risulti particolarmente onerosa, sia per l'ex dipendente pubblico che, se ha svolto determinate funzioni in ambito pubblico, potrebbe avere molte serie difficoltà di ricollocarsi, sia per l'operatore economico privato, il quale, soprattutto ove si tratti di una società di rilevanti dimensioni, potrebbe avere difficoltà a dichiarare con certezza – al momento della partecipazione ad una procedura per ottenere un contratto pubblico – di non avere tra i propri dipendenti, o professionisti di riferimento, nessuno che, avendo lavorato alle dipendenze della pubblica amministrazione (fino a meno di tre anni prima), abbia esercitato (o, meglio, sia stato competente ad esercitare), negli ultimi tre anni, poteri autoritativi o negoziali nei confronti della società stessa⁵¹.

Peraltro pare che l'altra interpretazione raggiunga comunque l'obiettivo di evitare una commistione di interessi e che la sua maggiore ragionevolezza possa farla preferire, valutando, semmai, se alla stessa aggiungere una sanzione a carico dell'ex dipendente pubblico, volta a stigmatizzare il comportamento "infedele" nei confronti della Pubblica amministrazione in generale e che potrebbe sostituire la «restituzione dei compensi», che finisce in sostanza per avvantaggiare l'operatore economico che ha agito in contrasto con la legge. Una sanzione che, però, non potrebbe essere pari al compenso ottenuto, perché altrimenti per qualcuno potrebbe valere la pena provarci, ma che potrebbe essere determinata in una misura variabile, ad esempio dal 150% al 300% del compenso ricevuto.

In effetti, come accennavamo, la «restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti», da parte dell'ex funzionario pubblico fermo restando quanto appena detto, può comunque rappresentare un disincentivo per lo stesso, ma non, invece, per chi lo abbia eventualmente assunto, il quale, a questo punto, si trova ad avere ottenuto una prestazione gratuitamente. Tuttavia, come è già stato messo in luce in dottrina, alla restituzione sembrerebbero peraltro ostare sia il divieto di illecito arricchimento (art. 2041 cc.) sia il fatto che la nullità del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui esso ha avuto esecuzione (art. 2126 c.c.)⁵².

Da ultimo, deve constatarsi come da più parti in dottrina⁵³ sia stata sottolineata l'irragionevolezza dell'interdizione dalla capacità a contrarre per una durata fissa di tre anni, a prescindere dalla gravità della violazione e delle conseguenze che ha prodotto, ritenendosi pertanto opportuna, se non necessaria, una modifica della sanzione, che potrebbe essere ad esempio, da uno a quattro anni, dovendosi tenere in considerazione che in sede di applicazione della norma sanzioni eccessivamente pesanti – potenzialmente in grado di determinare la cessazione di un'attività d'impresa – potrebbero spingere ad evitarne l'applicazione.

Come si vede, quindi, la norma pone praticamente su tutti gli aspetti problemi di interpretazione ed applicazione che suggerirebbero una sua revisione, volta a meglio precisarne la portata, non sembrando, però, che le cose potrebbero migliorare seguendo l'impostazione secondo la quale sarebbe preferibile una disciplina più a maglie larghe, che riprenda, in sostanza, quella dell'art. 2105 c.c. secondo il quale il prestatore di lavoro sarebbe tenuto a un «obbligo di fedeltà» per cui «non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore»⁵⁴.

⁵¹ In merito, cfr. *amplius*, C. PEPE, *Lo "strano caso" dell'art. 53 c. 16 ter del d.lgs. 165/01: criticità tra anticorruzione ed efficienza della legge*, cit., 14 s.

⁵² B. PONTI, *Le modifiche all'art. 53 del testo unico sul lavoro alle dipendenze della p.a.*, cit., 190; D. ANDRACCHIO, *Il divieto di pantouflage: una misura di prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione*, cit. p., 7.

⁵³ Cfr., ad esempio, R. CANTONE, *Il pantouflage all'italiana*, cit., 20.

⁵⁴ Questa soluzione è stata proposta da E. D'AVINO, *L'imperfetta contrattualizzazione del lavoro pubblico nel prima della disciplina anticorruzione*, in [Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni](#), 2015, 285.

Infine, occorre osservare che la competenza in materia di vigilanza e sanzione spetta all'ANAC, nonostante manchi una espressa previsione al riguardo, come – a fronte della contestazione da parte di un importante operatore privato che aveva assunto in violazione della norma in questione un ex Presidente di Autorità portuale – ha avuto occasione di precisare il Cons. St, sez. V, nella sent. n. 7411/2019.

Tale conclusione, infatti, secondo il giudice amministrativo, discende dal fatto che «l'art. 13 del d.lgs. n. 39 del 2013 attribuisce (...) all'Autorità nazionale anticorruzione il generale compito di vigilare “sul rispetto, da parte delle amministrazioni pubbliche, degli enti pubblici e degli enti di diritto privato in controllo pubblico, delle disposizioni di cui al presente decreto, anche con l'esercizio di poteri ispettivi e di accertamento di singole fattispecie di conferimento degli incarichi”» e che «a sua volta, l'art. 21 del medesimo decreto richiama esplicitamente la disciplina di cui all'art. 53, comma 16-ter del d.lgs. n. 165 del 2001 al fine specifico di estenderne in tale contesto il campo di applicazione». Orbene, «come osservato dal Cons. Stato, sez. I, con il parere n. 4008 del 2005, reso [...] all'A.G.COM., “le sanzioni amministrative sono infatti poste a specifica tutela delle funzioni proprie di un'Amministrazione e degli interessi che la sua attività coinvolge; donde il corollario alla stregua del quale le sanzioni medesime devono essere comminate, in applicazione del principio generale che trova espressione nell'art. 17 della legge n. 24 novembre 1981, n. 689, dal soggetto pubblico “nella cui competenza rientra la materia alla quale si riferisce la violazione”».

E «la sanzione di cui si discute è posta a tutela della delicata funzione assolta dall'ANAC, la quale svolge, “con modalità tali da assicurare azione coordinata, attività di controllo, di prevenzione e di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione” (art. 1, comma primo, l. n. 190 del 2012). Ne consegue la configurabilità di un chiaro “nesso finalistico fra la norma assistita dalla sanzione amministrativa e le funzioni attribuite all'Autorità” e, in definitiva, la necessità logico-sistematica dell'iscrizione in capo all'Autorità del compito di assicurare, in sede di accertamento della nullità dei contratti sottoscritti dalle parti e di adozione delle misure conseguenti, la tutela dei valori di trasparenza ed integrità delle amministrazioni pubbliche che sono il proprium della sua missione istituzionale».

3. Le inconfiribilità tra politica e amministrazione

Come accennato sopra, mentre le incompatibilità escludono la possibilità che una stessa persona rivesta più ruoli, costringendolo a optare per uno dei due o prevedendo la decadenza da quello assunto per primo, a seguito dell'accettazione del secondo, le inconfiribilità contemplano un'esclusione insuperabile, se non dopo il trascorrere di un determinato lasso di tempo dalla cessazione della posizione che l'ha determinata. Proprio per questo – come dicevamo sopra – queste ultime possono essere considerate come speculari alle incompatibilità successive: infatti, l'impossibilità di passare dall'incarico “A” all'incarico “B”, prima che sia trascorso un determinato periodo, è rispetto all'incarico “A” un'inconfiribilità successiva, mentre per l'incarico “B” un'inconfiribilità.

L'istituto dell'inconfiribilità è stato introdotto nel nostro ordinamento soltanto , con il d.lgs. n. 39/2013, in attuazione di una delega contenuta nella legge n. 190/2012. In particolare, l'art. 1, comma 2, lett g) di quest'ultimo definisce l'inconfiribilità come «la preclusione, permanente o temporanea, a conferire gli incarichi previsti dal presente decreto a coloro che abbiano riportato condanne penali per i reati previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale, 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».

Come si vede, quindi, attraverso questo istituto la legge mira al perseguimento di diversi obiettivi. Il primo, relativo ai casi di condanna penale per reati contro la pubblica amministrazione (capo II), è quello di preservare la pubblica amministrazione rispetto a chi ha compiuto reati contro la stessa, mantenendone anche la “onorabilità”. Ciò risulta, in effetti, estraneo alla disciplina di prevenzione

del conflitto d'interessi, ma condivide con questa l'obiettivo di mantenere la fiducia pubblica nelle istituzioni.

Il secondo obiettivo, invece, è proprio quello di garantire che il funzionario pubblico agisca nel rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento, assicurando l'assenza di condizionamenti da parte di interessi privati o anche politici, che potrebbero derivare dai precedenti incarichi ricoperti. Con questo istituto, quindi, come vedremo, iniziamo ad entrare nel cuore del presente studio, in quanto il motivo di inconfiribilità di una carica può essere proprio un precedente incarico, rispetto al quale quello inconfiribile rappresenta una restrizione (o incompatibilità) post-carica, al fine di evitare il fenomeno delle *revolving doors*.

Ciò avviene attraverso le previsioni del capo III, che stabiliscono (art. 4) l'impossibilità di conferire determinati incarichi amministrativi di vertice presso amministrazioni pubbliche⁵⁵ a coloro che, nei due anni precedenti, hanno ricoperto incarichi e cariche in enti di diritto privato o finanziati dall'amministrazione o dall'ente pubblico che attribuisce l'incarico ovvero abbiano svolto in proprio attività professionali, se queste sono regolate, finanziate o comunque retribuite dall'amministrazione o ente che conferisce l'incarico. Agli stessi fini, la successiva disposizione (art. 5) prevede che «*gli incarichi di direttore generale, direttore sanitario e direttore amministrativo nelle aziende sanitarie locali non possono essere conferiti a coloro che, nei due anni precedenti, abbiano svolto incarichi e ricoperto cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dal servizio sanitario regionale*». In questi casi, in effetti, i legami che si possono presumere persistere con gli enti di provenienza, anche eventualmente in vista di un successivo rientro, potrebbero condizionare l'esercizio delle funzioni pubbliche e in particolare il migliore conseguimento dell'interesse pubblico a cui le stesse sono volte. In questo senso il periodo di "raffreddamento" (biennale) assume proprio il significato di consentire una rescissione di quei legami con conseguente possibilità di svolgere il successivo incarico pubblico senza condizionamenti.

Le inconfiribilità del capo IV, infine, escludendo da determinate posizioni amministrative di vertice o dirigenziali o di amministratore coloro che hanno fatto parte di organi di indirizzo politico, mirano, da un lato, ad evitare condizionamenti da parte della politica, e, dall'altro, ad evitare che, nello svolgere la propria attività di indirizzo politico, si miri ad ottenere una particolare posizione nell'amministrazione, condizionando pertanto la medesima attività al perseguimento di interessi personali.

In realtà, la legge distingue a questo proposito tra il livello nazionale e gli altri livelli territoriali.

Per il primo, ci si limita a un rinvio alla legge n. 215/2004, con riferimento, quindi, alle sole cariche di Governo, indicando situazioni di incompatibilità che, secondo quanto espressamente previsto all'art. 2, comma 3, della legge «*cessano dalla data del giuramento relativo agli incarichi di cui all'articolo 1 e comunque dall'effettiva assunzione della carica*». La situazione alla quale si fa riferimento, quindi, è evidentemente diversa, non riguardando un divieto di assunzione di cariche amministrative di vertice per chi venga dalla politica, ma imponendo a chi ricopra una carica di governo di lasciare eventuali precedenti posizioni, secondo quello che è, in effetti, lo schema dell'inconfiribilità, che – come appena visto nel precedente paragrafo – possono, entro certi limiti previsti dal comma 4, divenire anche *post-employment*.

Ben diversa, invece, la situazione a livello locale. Infatti, coloro che, nei due anni precedenti, siano stati componenti della giunta o del consiglio della Regione che conferisce l'incarico, ovvero nell'anno precedente, siano stati componenti della giunta o del consiglio di una provincia o di un comune con popolazione superiore ai 15.000 abitanti della medesima regione o di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione della medesima regione, oppure siano stati presidente o amministratore delegato di un ente di diritto privato in controllo pubblico da parte della regione

⁵⁵ In particolare la legge fa riferimento a:

- a) gli incarichi amministrativi di vertice nelle amministrazioni statali, regionali e locali;
- b) gli incarichi di amministratore di ente pubblico, di livello nazionale, regionale e locale;
- c) gli incarichi dirigenziali esterni, comunque denominati, nelle pubbliche amministrazioni, negli enti pubblici che siano relativi allo specifico settore o ufficio dell'amministrazione che esercita i poteri di regolazione e finanziamento.

ovvero da parte di uno degli enti locali di cui sopra, vi è un divieto di conferibilità di tutta una serie di incarichi (quali quelli amministrativi di vertice della regione; quelli dirigenziali nell'amministrazione regionale; quelli di amministratore di ente pubblico di livello regionale e quelli di amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico di livello regionale). Simile inconferibilità è quindi prevista per i componenti degli organi di indirizzo politico degli enti locali rispetto ad incarichi amministrativi di vertice o dirigenziali presso gli stessi o presso enti pubblici da questi controllati⁵⁶.

La durata delle suddette inconferibilità è variabile: nei casi del titolo I, essa può avere carattere permanente o temporaneo, pari a quello dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici o a cinque anni, fermo restando il venir meno dell'inconferibilità ove venga pronunciata, per il medesimo reato, sentenza, anche non definitiva, di proscioglimento; negli altri casi, ha generalmente durata di due anni dalla cessazione dell'incarico o dello svolgimento dell'attività per gli enti regolati o finanziati, arrivando fino a cinque anni per coloro che sono stati candidati in elezioni europee, nazionali, regionali e locali, in collegi elettorali che comprendano il territorio della ASL, in relazione al conferimento degli incarichi di direttore generale, direttore sanitario e direttore amministrativo nelle aziende sanitarie locali.

Risulta a questo punto evidente come l'inconferibilità, nella maggior parte dei casi sopra esaminati, sia volta ad evitare il fenomeno delle c.d. *revolving doors*, o *pantouflage*, che si realizza quando qualcuno passa da una posizione ad un'altra, avvantaggiandosi della prima per ottenere la seconda.

Il d.lgs n. 39/2013 prevede che, in caso di violazione delle norme sull'inconferibilità, contestata dal responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT) sia all'ente conferente che al destinatario del conferimento, gli atti di conferimento degli incarichi e i relativi contratti siano nulli, mentre coloro che hanno conferito l'incarico «*sono responsabili per le conseguenze economiche degli atti adottati*» e «*non possono per tre mesi conferire gli incarichi di loro competenza*».

4. Brevi conclusioni

Nel contesto delle misure di prevenzione dei conflitti d'interessi e della corruzione, intesa non solo e non tanto con riferimento alla fattispecie penalistica, ma all'utilizzo della propria posizione per trarre vantaggi privati, l'ambito indagato pare tra i più problematici.

Infatti, la scarsa considerazione che rimane per le questioni dell'etica pubblica, nonostante i gravi costi che la corruzione ha imposto al Paese, gravandone le finanze pubbliche, si nota anche nel permanere di forti resistenze all'introduzione di regole volte ad evitare il sistema delle porte girevoli, più comunemente noto come *revolving doors* o *pantouflage*, per il maggiore radicamento della pratica, ma anche degli strumenti per evitarla, negli Stati Uniti e in Francia.

Ciò determina che, a tutt'oggi, per molte cariche pubbliche – specialmente di natura politica – non è prevista alcuna restrizione al passaggio ad altre cariche pubbliche e soprattutto al settore privato, con il rischio che nello svolgimento delle prime si sia mirato soprattutto a compiacere chi era nella

⁵⁶ In particolare, a coloro che nei due anni precedenti siano stati componenti della giunta o del consiglio della provincia, del comune o della forma associativa tra comuni che conferisce l'incarico, ovvero a coloro che nell'anno precedente abbiano fatto parte della giunta o del consiglio di una provincia, di un comune con popolazione superiore ai 15.000 abitanti o di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione, nella stessa regione dell'amministrazione locale che conferisce l'incarico, nonché a coloro che siano stati presidente o amministratore delegato di enti di diritto privato in controllo pubblico da parte di province, comuni e loro forme associative della stessa regione, non possono essere conferiti alcuni incarichi, quali in particolare, quelli amministrativi di vertice nelle amministrazioni di una provincia, di un comune con popolazione superiore ai 15.000 abitanti o di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione; quelli dirigenziali nelle medesime amministrazioni; quelli di amministratore di ente pubblico di livello provinciale o comunale; quelli di amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico da parte di una provincia, di un comune con popolazione superiore a 15.000 abitanti o di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione.

posizione di far poi ottenere le seconde. Peraltro, anche quando norme volte a limitare questi passaggi sono introdotte spesso risultano poco efficaci, a causa della genericità delle formulazioni e della difficoltà di renderne esigibile la conformazione e comunque applicabile la sanzione. Questi problemi si sono riscontrati, in particolare, per le cariche di Governo.

D'altra parte, come mostra in particolare la norma piuttosto recentemente introdotta per il pubblico impiego, anche formulazioni che, da un lato mantengono elementi di incertezza applicativa, ma dall'altro fanno conseguire alla violazione sanzioni eccessivamente severe rischiano di risultare di difficile applicazione e comunque di non essere efficaci, anche in relazione all'adeguatezza rispetto agli scopi prefissati.

L'esame delle diverse norme ha inoltre evidenziato come l'oscillazione tra restrizioni eccessive ed inefficaci sia riscontrabile anche nella presenza di periodi di raffreddamento fortemente differenti, il cui confronto evidenzia l'irragionevolezza di molti di questi.

Tutto ciò suggerirebbe l'opportunità di rivedere la complessiva disciplina italiana in materia, che non può essere unitaria, per le obiettive differenze che vi possono essere tra alcune funzioni, ma che non può comunque prevedere trattamenti irragionevolmente diversi e che, in ogni caso, dovrebbe essere semplificata e razionalizzata, evitando una eccessiva frammentazione e potenziando, invece, maggiormente una valutazione in concreto (portato avanti da soggetti indipendenti, come le Autorità competenti, in modo che sia assicurata una piena trasparenza e pubblicità delle valutazioni), sia rispetto alla effettiva possibilità di interferenza tra l'incarico pubblico e la posizione privata, sia in relazione al periodo, sia alle conseguenze sanzionatorie. Altrimenti il rischio è quello di avere un sistema inefficiente, irragionevolmente restrittivo rispetto a talune posizioni e privo di qualunque restrizione in altri casi, magari anche più significativi dal punto di vista della possibilità di utilizzare una determinata posizione pubblica per preconstituire future posizioni nel settore privato (o, in alcuni casi, anche pubblico).