

La regolazione dell'accesso agli incarichi esterni da parte dei dipendenti dopo la legge 190/2012: evoluzione del sistema e problemi di applicazione agli enti territoriali

Benedetto Ponti

Abstract

Tra le misure anticorruzione introdotte dalla legge 190/2012, trova posto anche una "stretta" nella regolazione dei meccanismi di accesso agli incarichi esterni da parte dei dipendenti pubblici. L'esclusività del servizio, in funzione della tutela dell'imparzialità amministrativa, viene rafforzata rendendo obbligatoria ed esplicita la valutazione analitica dei potenziali conflitti di interesse attivati dall'incarico, e chiede alle amministrazioni di stilare un catalogo di incarichi comunque vietati. Il contributo, oltre ad analizzare tali misure, segnala i problemi che possono derivare da una applicazione non adeguatamente governata ed eccessivamente differenziante di tali istituti a livello regionale e locale.

1. Premessa

La specifica disciplina anticorruzione, adottata nella parte finale della XVI legislatura, ha contribuito in modo decisivo a rimettere al centro dell'attenzione (e dell'azione) del legislatore i profili attinenti allo *status* giuridico dei soggetti che, in diverso modo e con diversi gradi di responsabilità diretta¹, concorrono all'esercizio delle funzioni pub-

(1) Si noti, infatti, che i diversi istituti introdotti, riformati o rafforzati dalla legge 190/2012 e dai connessi decreti legislativi delegati riguardano diverse figure soggettive, con ambiti di applicazione variabili: le incandidabilità di cui al d.lgs. 235/2012 riguardano le cariche elettive; le inconfiribilità e le incompatibilità di cui al d.lgs. 39/2013 gli incarichi dirigenziali; il divieto di accesso ad incarichi esterni in costanza di servizio – art. 53 del d.lgs. 165/2001 come riformulato – concerne tutti i dipendenti; il divieto di accesso a specifici incarichi *dopo* la cessazione dal servizio – comma 16-ter sempre dell'art. 53 – invece, solo i dipendenti con poteri "autoritativi o negoziali"; ecc.

bliche, per ciò che concerne, in particolare, il profilo della imparzialità. Rinviamo per una lettura più sistematica al contributo di Enrico Carloni², si vuole qui concentrare l'attenzione su quegli istituti a tutela dell'imparzialità che mirano a prevenire l'insorgenza di una situazione di conflitto di interessi relativamente alla funzione amministrativa *attualmente esercitata*, insorgenza connessa al contemporaneo svolgimento, da parte degli addetti all'esercizio della funzione pubblica, di un incarico *estraneo* all'esercizio dei compiti propri dell'ufficio ricoperto. In particolare, una volta ricostruito il quadro normativo disegnato dalle modifiche apportate all'art. 53 del d.lgs. 165/2001, si intende verificare in che termini tali disposizioni trovino applicazione anche a livello regionale e locale, con particolare riferimento ai meccanismi di attuazione/adeguamento previsti nella stessa legge 190/2012; e quali problemi tali adeguamenti pongono.

2. La ratio sottesa agli istituti dell'esclusività (e la sua potenziale evoluzione)

L'intervento operato relativamente al meccanismo di regolazione dell'accesso ad incarichi estranei ai doveri di ufficio consiste sostanzialmente in un rafforzamento delle sue logiche ispiratrici, legate al principio di *esclusività* del servizio. Come noto, tale principio si declina su due fronti, ben distinguibili. Per un verso, l'esclusività mira alla preservazione delle energie fisiche ed intellettuali del funzionario (da dedicarsi al migliore esercizio dei compiti connessi all'ufficio), energie che potrebbero essere depauperate in occasione dello svolgimento di compiti ed attività ulteriori, anche al di fuori dell'orario di servizio. Per altro verso, l'esclusività attiene alla dimensione deontica dell'azione delle amministrazioni pubbliche in quanto *funzione*, siccome orientata e conformata dal legislatore (e dalla Costituzione, prima ancora). In questo caso, l'esclusività vale, appunto, ad escludere che sulla funzione possano influire/incidere interessi e finalità non contemplati dallo schema funzionale. Il che comporta la previa

(2) E. CARLONI, *Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in questo fascicolo, p. 377 ss.

individuazione non soltanto di *quali finalità* devono indirizzare e conformare l'esercizio della funzione, ma pure dei *modi* mediante i quali i diversi interessi coinvolti possono manifestarsi ed incidere *legittimamente* su tale esercizio, con esclusione (appunto), in quanto illegittimi, di tutti gli altri modi³.

È su questo secondo fronte che incidono le modifiche all'art. 53 del d.lgs. 165/2001, riportando il *focus* dei meccanismi dell'esclusività sulle esigenze dell'imparzialità soggettiva, dopo una stagione nella quale l'attenzione del legislatore si era dedicata in modo prevalente ai profili del buon andamento (*sub specie* di *performance*), anche con riferimento alla regolazione dell'accesso a incarichi extrafunzionali⁴.

(3) Secondo la più classica accezione dell'imparzialità in senso *escludente*, che però appare – con riferimento ai modi di *manifestazione degli interessi* – evidentemente connessa a quella di imparzialità *inclusiva*: la definizione degli istituti, delle regole e delle modalità mediante i quali gli interessi possono legittimamente tentare di incidere sulla direzione che debba assumere l'esercizio della funzione amministrativa, infatti, delinea anche, in negativo, l'ambito di incidenza/condizionamento *non legittimo*. Sul principio di esclusività, cfr. da ultimo: G. SIRIANNI, *I profili costituzionali. Una nuova lettura degli articoli 54, 97 e 98 della Costituzione*, in F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze Passigli, 2010; nonché i saggi raccolti in F. MERLONI, R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, Angeli, 2009 e B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2007.

(4) In questo senso, va segnalato il deciso cambio di segno impresso alla disciplina del *part-time* nel pubblico impiego. Infatti, per effetto delle previsioni di cui alla legge 662/1996 (art. 56 ss.), i dipendenti a tempo parziale (con prestazione lavorativa non superiore al cinquanta per cento di quella a tempo pieno) non soggiacevano ai limiti dell'art. 58 del d.lgs. 29/1993 (poi confluiti nell'art. 53), quanto allo svolgimento di attività extrafunzionali, ferma restando la verifica (caso per caso) dell'esistenza di un conflitto di interessi. A questo si aggiungeva una disciplina particolarmente favorevole per il ricorso al *part-time*, che si è venuta configurando alla stregua di un diritto soggettivo del dipendente: l'amministrazione, a fronte della domanda di transito al *part-time*, non poteva respingerla (salvo, appunto, la verifica dei profili di conflitto dell'attività extrafunzionale che il dipendente intendeva intraprendere), ma solo procrastinarne l'accoglimento (per esigenze di funzionamento) per un massimo di sei mesi. Di conseguenza, le esigenze di servizio si configuravano come recessive, a fronte dell'interesse del dipendente a ricorrere al tempo parziale, per poter beneficiare del più favorevole regime di accesso ad incarichi extrafunzionali (e, per la verità, anche la verifica della situazione di conflitto di interesse è stata resa meno stringente, al fine di favorire il ricorso al *part-time*: cfr. art. 39, comma 25, della legge 449/1997). Di contro, per effetto delle modifiche introdotte con il d.l. 112/2008, ogni automatismo nel passaggio al regime di tempo parziale è stato eliminato, e l'amministrazione ha recuperato una

Ma, come si dirà tra breve, si tratta di un intervento che mira a rafforzare l'impianto esistente, e non a stravolgerlo.

Come noto, infatti, il principio di esclusività si traduce nel divieto – per i dipendenti pubblici – di svolgere attività ulteriori *retribuite*, divieto che assume i caratteri dell'*assolutezza* con riferimento alle fattispecie di cui agli artt. 60 ss. del d.P.R. 3/1957, e della *relatività* con riferimento a tutte le altre attività, dal momento che – in questo caso – il divieto può essere superato per effetto di specifica autorizzazione da parte della stessa amministrazione. Il divieto è poi ulteriormente temperato dalla esplicita previsione di (enumerate, e tendenzialmente tassative) ipotesi di attività (sempre retribuite) che, in deroga ai divieti appena visti, possono essere svolte *liberamente* dagli interessati (ossia, senza la necessità della previa autorizzazione)⁵.

Come detto, il divieto soffre di un più generale temperamento, dal momento che il meccanismo di regolazione appare destinato ad operare solo con riferimento ad attività – continuative, ovvero episodiche o comunque saltuarie – caratterizzate per il fatto di essere *retribuite*, con la conseguente esclusione delle attività svolte a titolo gratuito⁶.

discrezionalità piena nel negare la trasformazione nel caso in cui questa “comporti, in relazione alle mansioni e alla posizione organizzativa ricoperta dal dipendente, pregiudizio alla funzionalità dell'amministrazione” (cfr. art. 58 della legge 662/1996, nella sua attuale formulazione).

(5) L'elenco di attività liberamente esercitabili è dettato al comma 6 (anche se a queste si aggiungono altre deroghe di carattere soggettivo; ad esempio, per i professori universitari, cfr. art. 6, comma 10 della legge 240/2010). Secondo V. TENORE, *Le attività extraistituzionali e le incompatibilità per il pubblico dipendente*, in *Lav. nelle p.a.*, 2007, p. 1112, tali ipotesi sono “solo tendenzialmente tassative e ben suscettibili di interpretazione estensiva in ossequio a concorrenti principi anche costituzionali”, anche se poi l'autore riconduce la possibilità di interpretazione estensiva all'esercizio dei diritti e dei doveri di rilievo costituzionale (ad es., la libertà di manifestazione del pensiero, ovvero la libertà artistica, ecc.; sul punto, v. *infra*).

(6) Di recente, tuttavia, la Cassazione ha affermato (anche in termini perentori) – con specifico riferimento alla fattispecie dell'attività commerciale di cui all'art. 60 del t.u. n. 3 del 1957 – che il carattere della gratuità della attività *extrafunzionale* non costituisce elemento utile a qualificarla (invece) come sottratta al divieto imposto dal medesimo articolo (richiamato integralmente dall'art. 53 del d.lgs. 165/2001), il quale “prevede che l'impiegato non possa esercitare il commercio, l'industria, né alcuna professione, senza alcun riferimento ad attività retribuita, onde il divieto deve ritenersi assoluto, a prescindere dalla sussistenza o meno di una remunerazione, ovvero di una continuità

Si tratta di un aspetto di rilievo della disciplina positiva, e – va subito notato – non del tutto coerente con le sue logiche ispiratrici. Non è coerente con gli intenti “efficientisti” dell’esclusività, perché ben può darsi un’attività extralavorativa non retribuita che – per continuità e spessore dell’impegno richiesti (o profusi dal diretto interessato) – comporti un consumo di energie tale da ripercuotersi sulla prestazione lavorativa⁷, ciò che il principio di esclusività mira invece a prevenire⁸. E – di converso – può accadere che attività pure retribuite e magari routinarie, per la loro consistenza, non configurino un significativo dispendio di energie.

D’altro canto, il criterio della retribuzione non sembra rispondere in modo esaustivo nemmeno alle esigenze di preservazione della funzione (e del suo esercizio) dall’influenza illegittima (per identità e per modalità di manifestazione) degli interessi. Infatti, le ragioni (i meccanismi) in base a cui il funzionario può dare ingresso (ed accordare prevalenza) ad interessi, in modo difforme (e dunque, non legittimo) rispetto allo schema di esercizio della funzione comprendono certamente la logica dello *scambio*, ma non si limitano a questa. Infatti, il funzionario può dare illegittima preferenza a determinati interessi, opzioni, esigenze anche in ragione delle proprie convinzioni, appartenenze ed adesioni ideali (politiche, filosofiche, religiose, ecc.), ossia al di fuori della logica di scambio, ma – appunto – in una logica di *adesione*⁹, che è anch’essa capace di porre in questione il canone

della prestazione lavorativa diversa da quella espletata alle dipendenze della p.a.” (così Cass., sez. lavoro, 26 novembre 2012, n. 20857); per una critica dell’eccessivo rigore di questa decisione, cfr. A. MONEA, *Il dipendente pubblico non può svolgere attività extralavorative di natura commerciale*, in *Azienditalia – Il Personale*, 2, 2013, p. 53.

(7) In questi termini, cfr. V. TENORE, *Le attività extraistituzionali e le incompatibilità per il pubblico dipendente*, cit., p. 1110: “La limitazione appare discutibile, in quanto anche un incarico gratuito potrebbe risultare assorbente e usurante, mentre vi possono essere incarichi onerosi ma routinari e non logoranti”.

(8) In questi casi, non potendosi attivare strumenti di carattere preventivo, tali esigenze finiscono per scaricarsi integralmente sulla sede disciplinare, ad eventuale sanzione dello scarso rendimento causato dalla consumazione (*extra moenia*) delle energie e delle risorse lavorative.

(9) Sulle dinamiche di condizionamento (*rectius*, autocondizionamento) basate sui

dell'imparzialità. Questa incongruenza comincia a manifestarsi anche sul piano positivo: si pensi, ad esempio, all'istituto della *non conferibilità* di incarichi dirigenziali a coloro che ricoprono o abbiano ricoperto nel periodo immediatamente precedente cariche in partiti politici o in organizzazioni sindacali¹⁰, ovvero a coloro che siano stati componenti di organi di indirizzo politico¹¹. È qui evidente che la ragione della (temporanea) misura di *disqualification* (che impedisce, cioè, al soggetto interessato di svolgere una determinata funzione amministrativa) – in una con le esigenze di tutela della pubblica fiducia nell'imparzialità dell'azione amministrativa – è connessa anche al (presupposto) vincolo ideale che lega tale soggetto all'organizzazione (politica o sindacale) di appartenenza, ciò che costituirebbe fattore di potenziale (o probabile) "corruzione" della funzione, nel senso di patologica alterazione del suo esercizio¹². Tali notazioni sono utili ad evidenziare un potenziale percorso evolutivo intrapreso dall'ordinamento, percorso lungo il quale anche la *summa divisio* tra incarichi retribuiti e non – quale criterio dirimente nell'applicazione degli istituti a tutela dell'esclusività della funzione – potrebbe essere messa in discussione. Ancora di più se ci si pone nell'ottica della valutazione delle opzioni applicative conseguenti alla rivisitazione e rafforzamento degli istituti volti a regolare l'interferenza con interessi estranei *in corso di esercizio* conseguente alle modifiche dell'art. 53 del d.lgs. 165/2001. Con l'avvertenza che ogni disciplina volta a tenere conto anche dei meccanismi di condizionamento per adesione è sempre costretta a fare i conti con un bilanciamento particolarmente delicato,

meccanismi di adesione, sia consentito rinviare a B. PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Rimini, Maggioli, 2012, p. 97 ss.

(10) Art. 53, comma 1-*bis* del d.lgs. 165/2001, così come introdotto dall'art. 53 del d.lgs. 150/2009.

(11) Cfr. la complessiva disciplina *ex novo* dell'istituto dell'inconferibilità di incarichi dirigenziali contenuta nel d.lgs. 39/2013, in attuazione della specifica delega di cui all'art. 1, commi 49 e 50, della legge 190/2012.

(12) Cfr. F. MERLONI, *Nuovi strumenti di garanzia dell'imparzialità delle amministrazioni pubbliche: l'inconferibilità e incompatibilità degli incarichi*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013.

e costituzionalmente sensibile, dal momento che si tratta di limitare (o condizionare, in qualche modo) libertà personali e diritti politici e sociali. Con la conseguenza che: *a*) non è sempre agevole individuare il punto di equilibrio nel soddisfacimento delle esigenze che si pongono in conflitto (ad es: tutela dell'imparzialità amministrativa *vs.* esercizio dei diritti di partecipazione politica o sindacale, ovvero libera manifestazione del pensiero); *b*) non tutti gli strumenti giuridici sono adatti allo scopo, richiedendosi per tale opera di bilanciamento la fonte legislativa primaria¹³.

3. L'accesso ad incarichi esterni nelle modifiche all'art. 53 del d.lgs. 165/2001

Il sistema di regolamentazione dell'accesso ad incarichi esterni da parte dei dipendenti è oggetto di due significative modifiche, per effetto della legge 190/2012:

1) per quanto concerne l'ambito degli incarichi vietati solo in termini *relativi*, ossia che possono essere svolti solo previa autorizzazione, le modifiche introdotte impongono in modo esplicito che l'amministrazione valuti *sempre* in modo specifico la compatibilità dell'incarico al fine di escludere che esso possa configurare una situazione di conflitto di interessi, anche potenziale;

2) correlativamente, lo stesso ambito degli incarichi vietati in termini *relativi* è oggetto di un processo di ridimensionamento a favore dell'ambito degli incarichi vietati in termini *assoluti*. Infatti, il nuovo comma 3-*bis* rimette ad appositi regolamenti del governo il compito di individuare "secondo criteri differenziati in rapporto alle diverse qualifiche e ruoli professionali, gli incarichi vietati ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2".

(13) A mero titolo di esempio, il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici, recentemente riformulato (cfr. d.P.R. 62/2013, in seguito alla riscrittura dell'art. 54 del d.lgs. 154/2001 ad opera dell'art. 1, comma 44, della legge 190/2012), appare ben consapevole degli effetti che possono derivare dalla *adesione* del funzionario ad associazioni o organizzazioni i cui interessi possano entrare in conflitto con quelli oggetto delle funzioni esercitate, salvo però escludere l'operatività dei (blandi) meccanismi di regolazione ivi previsti (dovere di comunicazione dell'adesione/partecipazione) nel caso di associazioni politiche e sindacali: cfr. l'art. 5, comma 1, del Codice.

Come si vede, dunque, un intervento che ha oggettivamente un impatto *restrittivo* rispetto alla possibilità di accedere ad incarichi esterni. Da una parte, infatti, l'ordinamento è destinato (in esito all'adozione dei regolamenti di cui al comma *3-bis*) a contemplare un numero maggiore di casi in cui l'accesso all'incarico è comunque vietato (*iuris et de iure*). Si tratterà, stando ai criteri informativi indicati dal legislatore, di fattispecie *differenziate*, ossia di ipotesi che (diversamente dai casi richiamati al comma 1 dell'art. 53) non troveranno uniforme applicazione per tutti i dipendenti pubblici, ma che sono destinate a *modellarsi* (ed a variare), con riferimento alle diverse amministrazioni considerate, ai ruoli funzionali e alle qualifiche professionali. Una indicazione significativa, che colloca detto istituto (la previsione di ulteriori casi di incarichi comunque *interdetti* ai dipendenti pubblici) *integralmente* sul fronte della tutela dell'imparzialità (e non in quello dell'efficienza/funzionalità). Infatti, tale differenziazione si giustifica solo sulla base della (diversa) valutazione in merito all'alterazione della funzione potenzialmente determinata dall'ingresso di interessi in conflitto (o comunque, interferenti) con l'interesse curato dall'amministrazione, per effetto dello svolgimento di un incarico extrafunzionale¹⁴. Valutazione che muta al mutare della potenziale capacità del dipendente di incidere sulle determinazioni dell'amministrazione, che a sua volta è variabile dipendente dal ruolo ricoperto, nonché dalla specifica qualifica professionale (in relazione alla tipologia di funzione esercitata, di interessi curati, ecc.); laddove, invece, la valutazione del pregiudizio derivante dal dispendio di energie in sede extralavorativa non risulta correlata alla tipologia del servizio espletato. Pertanto, in presenza di un rischio evidente di alterazione della fun-

(14) Uno schema simile, finalizzato alla individuazione di incarichi comunque vietati, in ragione della loro evidente interferenza con l'esercizio della funzione era già previsto con riferimento ai dipendenti in *part-time* (cfr. art. 58-*bis* della legge 662/1996: "le amministrazioni provvedono, con decreto del Ministro competente, di concerto con il Ministro per la funzione pubblica, ad indicare le attività che in ragione della interferenza con i compiti istituzionali, sono comunque non consentite ai dipendenti con rapporto di lavoro a tempo parziale con prestazione lavorativa non superiore al 50 per cento di quella a tempo pieno"): ove adottate, dette previsioni sono evidentemente destinate a confluire (ovvero, ad essere assorbite) nei regolamenti di cui al comma *3-bis*.

zione, in connessione al grado potenziale di incidenza sull'esercizio della funzione ed alla tipologia di incarico extrafunzionale, si procederà alla introduzione di una ipotesi di *divieto assoluto*. *Evidenza* che consisterà nella possibilità di individuare in via preventiva situazioni di conflitto tra gli interessi che non richiedano, o rendano superflua, una verifica in concreto della singola fattispecie (caso per caso), in ragione del carattere strutturale della situazione di conflitto in questione. Si pensi al caso di un incarico di consulenza affidato ad un dirigente titolare dei poteri di spesa da parte di una impresa strutturalmente destinataria (*ratione materiae*) delle erogazioni conseguenti all'esercizio di tali poteri; o, ancora, si pensi al caso di un incarico di ricerca conferito ad un soggetto titolare dei poteri di vigilanza e sanzionatori da parte di una società potenzialmente oggetto dell'esercizio di tali poteri; e così via.

In casi come questi, lasciare dei margini di apprezzamento (se autorizzare o meno l'incarico) espone la stessa amministrazione (e la collettività) all'adozione di scelte comunque molto pericolose per la tenuta del quadro legale che conforma lo statuto della funzione: una esigenza che risulta prevalente (in ossequio al principio costituzionale di *esclusività*), laddove i benefici e gli interessi connessi allo svolgimento dell'incarico *extrafunzionale* non assurgano ad un pari rilievo. Diversamente, per tutti gli altri incarichi (retribuiti¹⁵), l'amministrazione sarà comunque tenuta a verificare (caso per caso) l'esistenza di una situazione di conflitto di interessi, anche potenziale. Verifica che, se positiva, comporta comunque il diniego dell'autorizzazione¹⁶. Un

(15) Nonostante le considerazioni di principio esposte nel paragrafo precedente, quantomeno per la autorizzazione puntuale degli incarichi, anche in relazione alla verifica delle situazioni di conflitto di interessi potenziale, continua ad imporsi il criterio della *retribuzione*. Non soltanto in ragione del dato positivo (cfr. art. 53, commi 6 e 7, che si riferiscono esplicitamente ai soli incarichi retribuiti; ma anche la più generale previsione di cui al comma 5, riferendosi ad incarichi attribuiti "da società o persone fisiche, che svolgano attività d'impresa o commerciale", sembra voler implicare la non gratuità della prestazione richiesta).

(16) Infatti, ai sensi dei commi 7 e 9 e 14 dell'art. 53 (così come modificati dalla legge 190/2012), ai fini dell'autorizzazione, l'amministrazione di appartenenza deve verificare "l'insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi".

onere motivazionale che mira a responsabilizzare tutti gli attori coinvolti, mentre la trasparenza assicurata a tali atti autorizzativi¹⁷ rende più agevolmente verificabile il corretto esercizio di tali prerogative¹⁸. In termini complessivi, dunque, le modifiche introdotte fanno sì che, in ogni caso, la presenza di una situazione di conflitto di interessi, anche potenziale, comporta il divieto dello svolgimento dell'incarico extrafunzionale: in termini generali e preventivi (nei casi di divieto assoluto), ovvero a seguito della verifica caso per caso (diniego di autorizzazione). Una misura di salvaguardia (dell'esclusività del servizio, *sub specie* di garanzia dell'imparzialità) che, sebbene probabilmente

(17) L'art. 53 impone oneri di informazione e comunicazione concernenti le autorizzazioni accordate, che hanno come destinatario prevalente il Dipartimento per la Funzione Pubblica, e mirano pertanto alla realizzazione di forme di trasparenza *verticale*, finalizzata a consentire alle amministrazioni del "centro" di disporre dei dati indispensabili per conoscere l'evoluzione del fenomeno, quantificarne i costi, relazionare al Parlamento, proponendo anche gli eventuali correttivi. Forme di trasparenza *orizzontale* (ossia destinate alla diffusione generalizzata mediante pubblicazione via web) riguardano solo i dati concernenti i contratti di consulenza conferiti (comma 14). Questo evidente limite, con riferimento alla funzione della trasparenza in relazione alla capacità di attivare forme diffuse di controllo civico, è ora in buona misura colmato dagli obblighi di pubblicazione e diffusione previsti nel d.lgs. 33/2013 (c.d. Codice della trasparenza), ed in particolare dall'art. 18, ai sensi del quale "Le pubbliche amministrazioni pubblicano l'elenco degli incarichi conferiti o autorizzati a ciascuno dei propri dipendenti, con l'indicazione della durata e del compenso spettante per ogni incarico".

(18) Si noti, tuttavia, che manca nell'articolo (con specifico riferimento ai commi da 11 a 16, dedicati alle misure di trasparenza) un simmetrico onere di trasparenza con riferimento agli atti di *diniego* delle autorizzazioni, ciò che renderà meno agevole conoscere, e quindi classificare (come pure valutare) i casi nei quali le amministrazioni verificheranno (invece) la presenza (nel caso concreto) di una situazione di conflitto di interessi. Si potrà, cioè, operare solo per deduzioni *a contrario*, in base all'analisi delle autorizzazioni accordate (nelle quali è motivata l'assenza del conflitto di interessi). Non è chiaro, inoltre, se anche il conferimento di un incarico da parte di un'amministrazione pubblica comporti la verifica dell'insussistenza da parte dell'amministrazione di appartenenza. I dati positivi appaiono, infatti, contraddittori. Il comma 8 non ne fa cenno, diversamente dai commi 5 e 7 (che pacificamente si riferiscono anche all'autorizzazione per incarichi conferiti da amministrazioni pubbliche). Ma l'incertezza è determinata – soprattutto – dalla circostanza che in caso di inerzia a fronte di una richiesta di autorizzazione per incarico da svolgersi presso altra amministrazione pubblica, operi il meccanismo del silenzio assenso (a differenza degli altri casi, dove il silenzio equivale a diniego). Con la conseguenza che, in tali casi, l'incarico si direbbe autorizzato anche in assenza (o comunque, senza la richiesta esplicitazione) della verifica dell'insussistenza della situazione di conflitto di interessi.

già compresa nella formula che pretendeva, ai fini dell'autorizzazione, di "escludere casi di incompatibilità"¹⁹, appare oggi certamente rafforzata, sia in ragione del convergere della *ratio* sottesa alla complementare previsione degli incarichi vietati in assoluto; sia in ragione della esplicitazione della verifica dell'insussistenza del conflitto di interessi (anche solo potenziale) come *criterio guida* ai fini della autorizzabilità degli incarichi extra funzionali. Sì che, attualmente, si può affermare con un grado maggiore di sicurezza (sia quanto al contenuto del principio di esclusività, sia quanto alle conseguenti misure operative) che l'ordinamento consente ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni lo svolgimento dei soli incarichi esterni che *non configurano in alcun modo* situazioni di conflitto di interessi, anche solo potenziale (fatti salvi gli ulteriori profili in ordine alla tutela dell'esclusività *sub specie* efficienza).

4. L'applicazione delle modifiche dell'art. 53 a Regioni ed enti locali

L'analisi delle condizioni di applicazione delle disposizioni appena esaminate – concernenti le modalità di regolazione dell'accesso dei dipendenti pubblici ad incarichi extrafunzionali – ai livelli di governo regionale e locale deve muovere da alcune aporie (o comunque, da aperte contraddizioni) presenti nel testo legislativo che le ha introdotte. Aporie dovute, con ogni probabilità ed in parte maggiore, alle condizioni, ai tempi ed ai vincoli del dibattito parlamentare in cui tale approvazione è maturata. Condizioni che sono efficacemente testimoniate dalla scelta (tutta legata alla tattica parlamentare, in relazione all'apposizione della questione di fiducia da parte dal governo), di trasformare un testo legislativo complesso, composto di circa ventisette articoli, in un testo con due soli articoli, nel quale l'art. 1 racchiude l'intero corpo normativo, per un totale di ottantatré commi. Quasi fisiologico, in simili condizioni, che le esigenze connesse alla tattica parlamentare abbiano finito per fare premio sulla coerenza del testo. Con riferimento alle modifiche all'art. 53 del d.lgs. 165/2001 (al pari delle altre misure anticorruzione introdotte nei commi da 1 a 57), esse

(19) Cfr. il comma 5 dell'art. 53, anche nella sua versione originaria, quale derivata dall'art. 58 del d.lgs. 29/1993.

sono qualificate dal legislatore come misure “di diretta attuazione del principio di imparzialità di cui all’art. 97 della Costituzione, [e] sono applicate in tutte le amministrazioni pubbliche di cui all’art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni”. Mediante questa formula, il legislatore intendeva assicurarsi l’uniforme applicazione di tali disposizioni con riferimento a tutti i livelli di governo, consapevole (e timoroso) che il rispetto del riparto ordinario di competenze normative variamente implicate dalle disposizioni in questione, e con specifico riferimento all’ambito materiale dell’organizzazione amministrativa (così fortemente *differenziabile*), avrebbe potuto ritardarne nel tempo l’entrata in vigore (dovendo riconoscere ai livelli di governo territoriale il tempo necessario per approntare le conseguenti modifiche ordinamentali), con il rischio anche di vederne diluita la portata precettiva. La strada prescelta non è, di per sé, immune da rischi, dal momento che la auto-qualificazione normativa non sottrae la disciplina statale al sindacato di costituzionalità in ordine al rispetto degli ambiti di competenza. E tuttavia, qui il problema sta anche nel fatto che, con riferimento all’individuazione *ex ante*, con atto normativo, degli incarichi comunque vietati, per un verso, la disciplina applicabile appare quella deliberata *al centro*, secondo il procedimento (e dagli attori) indicati nel comma 3-*bis*²⁰; per altro verso, il comma 60 demanda, invece, ad apposite intese in sede di Conferenza unificata la definizione degli adempimenti, con l’indicazione dei relativi termini, delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano e degli enti locali, nonché degli enti pubblici e dei soggetti di diritto privato sottoposti al loro controllo, volti alla piena e sollecita attuazione delle disposizioni della presente legge, con particolare riguardo: “... *b*) all’adozione, da parte di ciascuna amministrazione, di norme regolamentari relative all’individuazione degli incarichi vietati ai dipendenti pubblici di cui all’art. 53, comma 3-*bis*, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165”. Al di là della considerazione per cui il tenore testuale dell’articolo sembra

(20) I regolamenti governativi, infatti, sono chiamati ad individuare “gli incarichi vietati ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche di cui all’art. 1, comma 2”, e quindi – esplicitamente – anche con riferimento ai dipendenti di Regioni ed enti locali.

attribuire alle intese un compito quasi “sollecitatorio”, così da dare tempi certi alla piena attuazione degli adempimenti legislativi (quelli della legge 190/2012), resta il fatto che l’individuazione degli incarichi vietati appare compito riservato a ciascuna singola amministrazione locale, ciò che pare escludere la stessa praticabilità di una disciplina centralizzata di tali fattispecie, come invece previsto nel comma 3-*bis* (salvo a non immaginare un implicito meccanismo di sostituzione preventiva/cedevolezza, ciò che però pare smentito dai criteri che devono conformare tale opera, e che sembrano invece consigliare l’adozione di regolamenti *personalizzati* sulle esigenze dei singoli dicasteri interessati, con ciò che ne consegue in termini di estensibilità di tali disposizioni all’ambito regionale e locale).

Tuttavia, anche a voler prendere per buona questa soluzione, certamente più rispettosa delle prerogative costituzionali degli enti territoriali²¹, essa apre più problemi di quanti non ne risolva. Infatti, mentre la previsione di distinti, “appositi” regolamenti per i diversi dicasteri risponde all’esigenza di differenziazione degli incarichi vietati in relazione alle (diverse) tipologie di interessi destinati ad entrare strutturalmente in conflitto con le finalità e gli interessi istituzionali perseguiti dai diversi plessi ministeriali, l’adozione di singoli regolamenti da parte di ciascuna Regione od ente locale non risponde alla medesima *ratio*, dal momento che le funzioni amministrative esercitate da ciascuno dei livelli di governo in questione sono sostanzialmente omogenee (per tipologia), ed in quanto tali non sembrano giustificare la potenziale differenziazione delle regole conseguente alla piena esplicazione di questo meccanismo. Insomma, essa sarebbe foriera di un trattamento differenziato di casi del tutto simili (se non identici) con ovvio impatto sull’efficacia delle politiche di prevenzione della corruzione, ma prima ancora sul principio di eguaglianza²². In que-

(21) Una preoccupazione manifestata da V. ANTONELLI, *L’applicazione della legge 190/2012 alle autonome territoriali*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, cit.

(22) Sulle dinamiche della differenziazione, e sul suo complesso rapporto con il principio di uguaglianza, si veda E. CARLONI, *Lo Stato differenziato. Contributo allo studio dei principi di uniformità e differenziazione*, Torino, Giappichelli, 2005.

sto senso, occorre attribuire alla sede dell'intesa un ruolo ben più pregnante di quello tratteggiato dal legislatore²³. È quella una sede *unitaria* nella quale appare possibile elaborare il contenuto essenziale della disciplina regionale e locale in questione, così da assicurarle non solo una pronta adozione, ma anche un contenuto uniforme. A questo punto, si potrebbe anche prevedere un termine per l'adozione degli appositi regolamenti locali, assistito dalla vigenza sussidiaria (a partire dalla scadenza del termine per l'adeguamento) e cedevole delle norme adottate in sede di intesa.

D'altra parte, l'adozione dei singoli regolamenti da parte di Regioni ed enti locali non apparirebbe priva di effetto (in quanto meramente ripetitiva dei contenuti dell'intesa), stando alla clausola di chiusura di cui al già richiamato comma 60, lett. *b*), in virtù della quale l'adozione dei regolamenti da parte di ciascuna amministrazione locale deve avvenire "ferma restando la disposizione del comma 4 dello stesso art. 53"²⁴. Ora, il richiamo di tale comma appare un po' forzato, non soltanto in termini soggettivi (la clausola si riferisce a regolamenti destinati a disciplinare gli incarichi extrafunzionali dei magistrati), ma anche con riferimento alle modalità di regolazione dell'accesso agli incarichi, dal momento che i regolamenti in questione sono destinati ad individuare non solo gli incarichi *vietati* ai magistrati, ma anche quelli loro *consentiti*, mentre quelli di cui al comma 3-*bis* sono chiamati ad individuare solo gli incarichi vietati ai dipendenti pubblici. L'effetto, tuttavia, è chiaro. In assenza dell'adozione dei regolamenti in questione (da parte di Regioni ed enti locali), il campo degli incarichi autorizzabili è destinato a restringersi in modo notevole, necessitando di una previa specifica previsione normativa. Una misura, anche qui, di carattere evidentemente *sollecitatorio*, che tuttavia rischia di far

(23) I compiti dell'intesa sembrano circoscritti dal legislatore ad assicurare la "piena e sollecita attuazione" delle disposizioni della legge 190/2012, ossia a dare tempi certi all'adozione delle misure di adeguamento (che, però, è cosa diversa dalla mera attuazione) da parte di Regioni ed enti locali.

(24) L'art. 53, comma 4 recita: "Nel caso in cui i regolamenti di cui al comma 3 non siano emanati, l'attribuzione degli incarichi è consentita nei soli casi espressamente previsti dalla legge o da altre fonti normative".

pagare ai dipendenti (in termini eccessivi, forse, anche considerando gli effetti di una attuazione a macchia di leopardo) le inadempienze ed i ritardi delle amministrazioni di appartenenza. Resta, peraltro, da capire se i regolamenti di cui si tratta sono solo quelli adottati successivamente alle modifiche dell'art. 53, ovvero se la condizione è soddisfatta anche in presenza di regolamenti locali (ed il caso è abbastanza frequente) che già in precedenza regolavano in qualche modo l'accesso agli incarichi esterni; e, in questo caso, se sia sufficiente una regolamentazione purchessia (ad es. recante l'esplicitazione dei "criteri oggettivi e predeterminati" di cui al comma 5 dell'art. 53), ovvero se essa debba contenere la previsione di almeno alcune ipotesi di *divieti assoluti*; fermo restando, in ogni caso, il dovere di adeguamento ai contenuti uniformi eventualmente deliberati (come auspicato) in sede di Conferenza unificata.

Il discorso è destinato a complicarsi ulteriormente con riferimento all'attuazione della previsione *de qua* negli ordinamenti regionali. Infatti, se pure il comma 60 fa riferimento a "norme regolamentari", è evidente che le Regioni ben potranno assolvere a tale incombenza anche mediante l'adozione di apposite leggi. Anzi, v'è da chiedersi se vi sia effettivamente spazio per l'adozione di norme regolamentari – a livello regionale – o se detta materia non debba (quantomeno in prima battuta) essere oggetto di una disciplina di rango legislativo. Le indicazioni provenienti dalla legge 190/2012 appaiono di senso contrario: la stessa disciplina statale è demandata a regolamenti governativi di cui all'art. 17, comma 2 della legge 400/1988, ossia a c.d. regolamenti "delegificanti", chiamati – cioè – a sostituire (abrogandola) la previa disciplina primaria in contrasto con le proprie previsioni. Al di là degli evidenti limiti di una simile tecnica di innovazione dell'ordinamento (soprattutto, in ragione della mancata indicazione dei principi e criteri cui conformare la disciplina di rango secondario, come imposto dal richiamato art. 17, comma 2), è evidente che essa può disporre solo con riferimento all'ordinamento statale, mantenendo integro il relativo spazio regolativo le Regioni (tanto più, in quanto direttamente afferente alla materia "organizzazione amministrativa"). La preferenza per la fonte primaria, tuttavia, apre anche ad alcune opportunità. Le Regioni, infatti, potrebbero approfittare di questa occasione per arti-

colare i divieti assoluti, nonché i criteri utili per la valutazione della situazione di conflitto d'interesse in sede di autorizzazione, secondo una logica più aderente alla *ratio* dell'esclusività (con specifico riferimento alla tutela dell'imparzialità), secondo la già richiamata direzione di marcia, che si allontana dal bruto criterio della *retribuzione* dell'incarico, per contemplare (e tenere conto di) ulteriori fattori di condizionamento dell'attività amministrativa (i meccanismi di condizionamento che abbiamo definito "per adesione"). Un'opportunità che le Regioni (a differenza degli enti locali) sembrano in condizione di cogliere, proprio in ragione della disponibilità della fonte primaria, e che consentirebbe loro di (tornare a) svolgere un ruolo di sperimentazione, così da saggiare le ulteriori conseguenze di approccio (diverso) già in parte delineato dalle disposizioni adottate nel corso della XVI legislatura.