

FOCUS

L'INCOMPATIBILITÀ DEGLI INCARICHI NELLA PREVISIONE DELLA L. 190/2012 E NEL D.LGS. 39/2013, riflessioni alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 98 del 4 giugno 2024

Enrica Olla*

Abstract: il presente lavoro intende affrontare l'argomento dell'incompatibilità degli incarichi, trattando la figura nel suo sviluppo evolutivo anche alla luce della disciplina in materia di anticorruzione, considerando gli orientamenti espressi in materia dall'ANAC, sino alle ricadute pratiche alla luce dell'ultima sentenza della Corte Costituzionale n. 98 del 4/06/2024.

SOMMARIO: 1. La repressione della corruzione: primi interventi normativi. - 2. Le previsioni del d.lgs. 39/2013: finalità e funzioni. - 3. La disciplina dell'art. 7, comma 2, del d. lgs. 8 aprile 2013, n. 39. Inconferibilità di incarichi a componenti di organo politico di livello regionale o locale. - 4. La sentenza della Corte Cost. n. 98 del 4/06/2024 e la pronuncia di illegittimità costituzionale. - 5. Conclusioni.

1. La repressione della corruzione: primi interventi normativi.

Il tema dell'incompatibilità è parte integrante dell'impianto di norme poste dall'ordinamento a presidio della legalità e costituisce uno dei pilastri su cui poggia il sistema dell'anticorruzione.

La tutela contro la corruzione, a sua volta rappresenta una clausola generale a tutela dei principi generali di buon andamento e imparzialità e più in generale di buona amministrazione¹.

La norma di riferimento, la l. del 6 novembre 2012 n. 190 «*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*», viene emanata in un

¹ * *Segretario comunale.*

B. LOCORATOLO, A. PEDACI, *Trasparenza e anticorruzione nelle Pubbliche Amministrazioni*, ed. Simone, 2020.

periodo storico particolare, in cui l'esigenza ordinamentale di prendere una posizione di fronte a fenomeni di cattiva o cattivissima amministrazione era diventata improcrastinabile².

All'epoca in cui è stata emanata la l. 190/2012, il contrasto alla corruzione viveva sul piano giuridico, una fase delicata. Da un lato, infatti, la Convenzione di Merida dell'Onu, ratificata dall'Italia nel 2009, era rimasta inattuata, così come le indicazioni OCSE in materia.

Dall'altro, mancava una disciplina nazionale, sebbene in Italia ci fosse un alto tasso di corruzione rispetto ad altri Paesi dell'Unione europea e non solo³.

Ciononostante, si andava maturando, anche a livello scientifico, una cultura della legalità e della trasparenza estesa a vari settori dell'organizzazione amministrativa.

Come precisato nella relazione illustrativa della norma, l'obiettivo del legislatore era la prevenzione e la repressione del fenomeno della corruzione attraverso un approccio multidisciplinare, nel quale gli strumenti sanzionatori si configurano solamente come alcuni dei fattori per la lotta alla corruzione e all'illegalità nell'azione amministrativa.

Ci si rese conto rapidamente della necessità di prevenire la corruzione innanzitutto circoscrivendola a fenomeni individuali, in quanto tali aggredibili, partendo dalla centralità dell'etica pubblica, intesa come generale regola di comportamento per i funzionari pubblici.

Nell'impianto delle misure di prevenzione e contrasto, la corruzione intesa come sistema di percezioni misurabili, in quanto manifestazioni di un costume esistenziale, politico ed economico mutevole nel tempo della storia nazionale, possiede una dimensione particolare e, diviene sinonimo di favoritismo, clientelismo, deviazione del sistema procedimentale di scelta degli interessi pubblici, a vantaggio di gruppi di interessi privati che ottengono posizioni di dominio contrattuale e di mercato⁴.

La società civile avverte la corruzione come declino sociale, logica di scambio, sistema di percezioni misurabili, ombra della politica e ombra dell'economia, e non solo come comportamento deviante, e da tempo richiede un sistema di relazioni con i pubblici poteri improntato ai tre principi indisponibili della legalità, del buon andamento e dell'imparzialità amministrativa⁵.

Solo mediante politiche basate su trasparenza, moralità pubblica e prevenzione sarebbe stato possibile combattere la corruzione in modo sistemico.

Si veniva diffondendo una consapevolezza, sul piano innanzitutto culturale, che l'operato della pubblica amministrazione dovesse fondarsi su valori di integrità e irrepremissibilità della condotta pubblica e sull'essere al servizio del bene comune⁶.

La l. n. 190 c.d. Severino è frutto di tale consapevolezza e della conseguente idea di intervenire sul fenomeno della corruzione in modo preventivo, sul piano delle politiche pubbliche e del miglioramento dell'organizzazione amministrativa, e non più soltanto repressivo.

Si passa, dunque, da una prospettiva meramente repressiva e penalistica, a una qualificazione amministrativistica del fenomeno, che ricomprende condotte anche

2 F. MASTRAGOSTINO, *Danno pubblico ed efficienza dell'amministrazione*, Bologna, 2016.

3 S. PILATO, *La responsabilità amministrativa dalla clausola generale alla prevenzione della corruzione*, Giappichelli, 2019.

4 Sull'impianto originario, si v. B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013.

5 R. CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2020.

6 E. CARLONI, *Corruzione (prevenzione della)*, in *Enciclopedia del diritto - I tematici, Funzioni amministrative*, Milano, Giuffrè, 2022, pp. 319-349.

penalmente irrilevanti, e talvolta nemmeno altrimenti sanzionabili, ma che lo Stato vuole evitare perché potrebbero condurre a illeciti⁷.

L'intervento del legislatore ha operato la costruzione di un sistema integrato di repressione e prevenzione, il cui perno è l'Autorità anticorruzione⁸. Quest'ultima è stata oggetto di diversi interventi normativi che hanno segnato da un lato l'eterogeneità delle funzioni, dall'altro le sovrapposizioni sul piano degli strumenti, in particolare nei rapporti tra piani della performance, della corruzione e della trasparenza.

Il sistema normativo delineato dalla L. 190/2012, tiene conto del fenomeno della commistione tra interessi pubblici e privati di chi svolge pubbliche funzioni.

Il conflitto di interessi si può definire come il capovolgimento del principio di imparzialità.

Un conflitto di interessi si determina quando ad un soggetto sia affidata la funzione di cura di un interesse pubblico ed egli contestualmente si trovi ad essere titolare di un interesse privato la cui soddisfazione avviene incrementando i costi o riducendo i benefici dell'interesse funzionalizzato.

Le norme che si occupano di evitare il conflitto di interessi costituiscono una manifestazione del principio di imparzialità previsto nell'art. 97 della Costituzione. Già la Costituzione repubblicana pone solide basi su cui sviluppare la regola d'imparzialità; secondo quanto recita l'art. 98 i pubblici impiegati sono "*al servizio esclusivo della Nazione*".

I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle "*con disciplina e onore*" (art. 54, 1 e 2 co.), insieme all'obbligo di fedeltà alla Repubblica cui sono tenuti tutti i cittadini.

Il dipendente pubblico è vincolato a svolgere i propri compiti senza abusare della posizione di cui è titolare; i poteri pubblici devono essere esercitati unicamente per finalità di interesse generale.

Ciò impone che le scelte del funzionario devono essere realizzate con l'osservanza del principio dell'equidistanza da tutti coloro che vengono in contatto con il potere pubblico. Per agevolare l'imparzialità degli impiegati, che non dovrebbero essere a disposizione di interessi di parte, ma esclusivamente al servizio della collettività nazionale, l'accesso deve avvenire, salvo ipotesi eccezionali, per concorso⁹.

La selezione meritocratica secondo regole predeterminate rafforza la dimensione dell'imparzialità e della cura esclusiva dell'interesse pubblico.

7 F. PATRONI GRIFFI, *Il contrasto alla corruzione a dieci anni dalla legge 190/2012 (cd. legge Severino)*, in Giustizia Amministrativa, 2023.

8 ROBERT KLITGAARD afferma che "*la corruzione è un reato basato sul calcolo, non sulla passione. Le persone tendono a corrompere o a essere corrotte quando i rischi sono bassi, le multe e punizioni minime, e le ricompense grandi*".

9 Il nostro Paese in ossequio alla Convenzione delle Nazioni Unite e alla Convenzione penale del Consiglio d'Europa, era chiamato a istituire un'autorità statale a livello centrale, che, in coordinamento con altri organi, fosse il riferimento nazionale delle politiche di contrasto alla corruzione. Tale ente fu individuato inizialmente nella CIVIT (Commissione per la valutazione, integrità e trasparenza delle amministrazioni), quanto di più pertinente offrì all'epoca il mercato, organismo che annoverava tra le sue missioni, in modo non del tutto sistematico, compiti di valutazione delle amministrazioni e di controllo su trasparenza e integrità.

10 IDA ANGELA NICOTRA, *Il conflitto di interessi come declinazione del principio costituzionale d'imparzialità*, Rivista AIC, n. 3/2020.

9 I.A. NICOTRA, *Diritto pubblico e costituzionale*, Torino 2019, 263.

2. Le previsioni del d.lgs. 39/2013: finalità e funzioni.

Il d.lgs. 39/2013, che ha dato attuazione alla delega contenuta nella l. 190/2012, si inserisce nel contesto politico e giuridico sopra evidenziato.

Nella norma sopra richiamata le disposizioni di delega in materia di inconferibilità e incompatibilità sono inserite in una politica volta a garantire l'imparzialità soggettiva del funzionario amministrativo che comprende anche la riscrittura dei doveri di comportamento dei dipendenti pubblici, ai quali è finalmente attribuito un sicuro valore giuridico: esso è fonte di responsabilità disciplinare.

I codici si fondano sull'idea di dare una nuova tipizzazione ai comportamenti corretti e a quelli vietati, presupponendo un funzionario in carica che non sia in gravi posizioni di conflitto di interessi.

Lievi conflitti di interesse possono essere superati con il dovere di dichiarazione preventiva e di astensione.

Con l'introduzione dell'art. 6 bis della l. n. 241 del 1990 il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale. Per prevenire il verificarsi del danno concreto all'ente occorre che il funzionario, portatore di utilità private (che possono essere di tipo economico o anche immateriale), informi l'amministrazione e si astenga dallo svolgimento di una determinata attività.

La tutela anticipata rispetto a fatti di cattiva amministrazione è divenuta un principio generale del diritto amministrativo.

Quanto, invece, all'accesso e alla permanenza negli incarichi amministrativi, la l. n. 190 sceglie di innovare radicalmente la precedente disciplina che, sia per i funzionari onorari, soprattutto i componenti di organi politici, sia per i funzionari amministrativi, presentava limiti evidenti, ampiamente segnalati.

La legge dedica attenzione a un sistema di preclusioni temporanee a talune cariche, nei confronti di soggetti che possono essere portatori di situazioni confliggenti con l'interesse pubblico a causa di vicende personali o professionali, pregresse, contestuali o successive, come nel caso dell'inconferibilità, dell'incompatibilità e del *pantouflage*.

Per realizzare compiutamente la "rimozione degli ostacoli" di cui parla l'art. 3, comma 2 della Costituzione che rischiano di far inabissare il principio di imparzialità, l'esercizio delle funzioni pubbliche deve rimanere indenne da contaminazioni da parte di convenienze private o personali dei suoi dipendenti. La disciplina del conflitto di interessi si interseca con il principio di eguaglianza, ponendosi l'obiettivo di neutralizzare situazioni che costituiscano un inciampo alla realizzazione della buona amministrazione.

In coerenza con i principi di buon andamento e imparzialità, l'azione amministrativa si deve basare sulla regola dell'equidistanza per cui nessun organo pubblico può porre in essere atti in favore di sé stesso o di terzi. Il conflitto di interessi concretizza improprie turbative alla effettiva eguaglianza degli amministrati, con la lesione del diritto ad una pubblica amministrazione imparziale.

Il principio di imparzialità, nel suo significato che vieta ogni discriminazione, rientra in quel patrimonio di regole che costituiscono tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e ha le sue radici nel Trattato dei diritti fondamentali dell'Unione Europea¹⁰.

Per i funzionari professionali il conflitto di interessi è regolato nel d.lgs. n. 39 del 2013 e trova attuazione attraverso l'inconferibilità e l'incompatibilità degli incarichi amministrativi di vertice e dirigenziali, presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, nei confronti di determinati soggetti¹¹.

Come scritto espressamente nell'art. 22, le norme in materia di inconferibilità e incompatibilità contenute nel d.lgs. n. 39 sono norme di attuazione degli articoli 54 e 97 della Costituzione.

In particolare, il filtro dell'inconferibilità impedisce il conferimento a causa della provenienza da situazioni personali o professionali che possono "inquinare" il corretto espletamento dell'azione amministrativa.

La disciplina sul conflitto di interessi ha predisposto una serie di strumenti che realizzano una sorta di "stop in entrata" per un tempo limitato rispetto alla attribuzione di incarichi pubblici nei confronti di determinati soggetti che versino in situazioni di difetto di imparzialità.

A livello decentrato le «amministrazioni pubbliche», richiamate dall'art. 1. 1 comma 2 lett. a) del d.lgs. n. 39/2013, che rinvia all'art. 1 comma 2 del d. lgs. n. 165/2001, erano tenute, ai sensi dell'art. 18 comma 3 del decreto, «entro tre mesi dall'entrata in vigore del presente decreto ad adeguare i propri ordinamenti individuando le procedure interne e gli organi che in via sostitutiva possono procedere al conferimento degli incarichi nel periodo di interdizione degli organi titolari». Tale misura, attuativa della legge anticorruzione n. 190/2012, delinea il regolamento di cui ogni amministrazione si sarebbe dovuto dotare, quale elemento fondamentale delle misure anticorruzione poste in essere dall'ente, con espliciti richiami contenuti nel piano triennale di prevenzione della corruzione e trasparenza, oggi confluito nel piano integrato di attività e organizzazione, PIAO¹², che ogni ente deve adottare entro il 31 gennaio di ogni anno.

Perno del procedimento di rilevazione della sussistenza di una causa di inconferibilità ovvero di incompatibilità, nell'assunzione di funzioni o incarichi nell'Ente è il Responsabile per la Prevenzione della Corruzione e Trasparenza (RPCT) che negli enti locali, salvo rare e motivate eccezioni, è rinvenibile nella figura del Segretario Comunale¹³.

Il legislatore, consapevole dell'esistenza di situazioni di conflitto ineliminabili, ha quindi disposto un complesso di previsioni legate a determinate condizioni preclusive all'assolvimento degli incarichi eventualmente affidabili, decretandone l'inconferibilità temporanea o permanente, ovvero l'incompatibilità.

10 L'art. 41 TFUE, riconosce il diritto ad una buona amministrazione, «ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione».

11 F. PATERNITI, *La tutela preventiva dell'imparzialità della pubblica amministrazione nella nuova normativa anticorruzione*, in L'Autorità Nazionale Anticorruzione, I. A. NICOTRA (a cura di), Torino 2016, 98.

12 Introdotta dall'art. 6 del d. l. n. 80 del 9 giugno 2021, il PIAO è un documento unico di programmazione e governance che sostituisce una serie di Piani che finora le amministrazioni erano tenute a predisporre. Tra questi, i piani della performance, del lavoro agile (POLA) e dell'anticorruzione. L'obiettivo è la semplificazione dell'attività amministrativa e una maggiore qualità e trasparenza dei servizi pubblici.

13 F. PERRONE, A. LAMANNA, *Inconferibilità ed incompatibilità degli incarichi pubblici. L'applicazione della disciplina ed il ruolo del RPCT*, in Rivista web Diritto.it, 2020.

L'inconferibilità è definita dalla norma sopra citata come la preclusione, permanente o temporanea, a conferire incarichi a coloro che abbiano riportato condanne penali per i reati contro la P.A., 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 organo di indirizzo politico.

L'incompatibilità, invece, si sostanzia per il soggetto cui viene conferito l'incarico di scegliere, a pena di decadenza, entro un termine perentorio, tra la permanenza nell'incarico e l'assunzione e lo svolgimento di incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dalla p.a. che conferisce l'incarico, lo svolgimento di attività professionali ovvero l'assunzione della carica di componente dell'organo di indirizzo politico.

Le nomine degli incaricati seguono regole di procedimentalizzazione e di trasparenza, affinché siano affinate le misure di prevenzione della corruzione, escludendo zone franche per una lettura sostanziale del precetto normativo, osservando che il d.lgs. n. 39/2013 si disinteressa dei meccanismi rappresentativi e si concentra piuttosto, avendo riguardo alla visione anti corruttiva che lo ispira, sulle situazioni di inconferibilità/incompatibilità riferibili a chi riveste contemporaneamente incarichi politici e incarichi amministrativi o gestionali nell'ente partecipato, ed in quanto norma di rango primario, in ossequio al principio di gerarchia delle fonti ed al principio di temporalità prevale sulle previsioni dello statuto sociale, ed in ossequio al principio di temporalità, nonché di specialità su altre fonti.

Invero, la disciplina sulle inconferibilità e incompatibilità, oggetto di riordino della disciplina precedente si caratterizza per un'elevata complessità, oltre a comportare rilevanti limitazioni all'accesso al lavoro, il quale costituisce un fondamentale diritto di libertà della persona umana¹⁴.

Con l'art. 1, comma 49, della legge n. 190 del 2012, il Governo è stato delegato a modificare la disciplina vigente in materia di attribuzione di incarichi dirigenziali e di responsabilità amministrativa di vertice nelle amministrazioni pubbliche.

L'attenzione del legislatore delegante è stata rivolta agli incarichi «*che comportano funzioni di amministrazione e gestione*», con l'esplicito obiettivo «*della prevenzione e del contrasto della corruzione, nonché della prevenzione dei conflitti di interessi*». In tale contesto, tra gli incarichi oggetto di disciplina sono stati inclusi anche quelli presso gli «*enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico esercitanti funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici*¹⁵».

In tal modo, con approccio sostanziale, il legislatore delegante ha inteso coinvolgere tutti gli enti che sono chiamati a svolgere una funzione pubblica, a prescindere dalla natura giuridica pubblica o privata e, nel caso degli enti privati, dalla tipologia societaria prescelta. Allo stesso tempo, si è fatto leva su una nozione ampia di funzionario pubblico, tale da ricomprendere, nel solco dell'art. 54, secondo comma, Cost., tutti coloro cui sono affidate «*funzioni pubbliche*» di rilievo amministrativo, a prescindere dalla natura, pubblica o privata, dell'ente presso il quale l'incarico è ricoperto.

14 R. CANTONE E A. CORRADO, *La difficile applicazione della disciplina in tema di inconferibilità e incompatibilità degli incarichi*, in I.A. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità Nazionale Anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, cit., 123 ss.

15 Art. 1 comma 49, l. 190/2012.

3. **La disciplina dell'art. 7, comma 2, del d. l. 8 aprile 2013, n. 39. Inconferibilità di incarichi a componenti di organo politico di livello regionale o locale.**

La lettera d), dell'art. 7, comma 2, del d. l. 8 aprile 2013, n. 39, recante «*Inconferibilità di incarichi a componenti di organo politico di livello regionale o locale*», al quale si rimanda per brevità, disciplina, in attuazione della delega, il divieto di conferire incarichi 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, a soggetti 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.

La ratio della norma era chiaramente quella di impedire che lo svolgimento contemporaneo di determinate attività o funzioni possa pregiudicare l'imparzialità dei soggetti coinvolti.

La disciplina in esame distingue le inconferibilità applicabili al livello di governo regionale¹⁶ da quelle riguardanti, nello specifico, il livello di governo locale¹⁷.

Per entrambe le ipotesi vengono dettate previsioni similari, che si sostanziano nel divieto di conferire incarichi amministrativi di vertice o dirigenziali, qualora il soggetto interessato abbia ricoperto analoghe posizioni di provenienza entro un determinato intervallo temporale antecedente al conferimento, il cosiddetto periodo di raffreddamento.

Rispetto alle indicazioni della legge di delega, che aveva all'uopo indicato «*un congruo periodo di tempo, non inferiore ad un anno*»¹⁸, il legislatore delegato ha ritenuto di fissare il periodo di due anni, ovvero di un anno, a seconda che la nuova posizione sia conferita dalla stessa amministrazione, territoriale o locale, presso la quale era stato svolto il precedente incarico, ovvero da un'amministrazione diversa pur se appartenente al medesimo ambito regionale, così attestandosi su una soglia temporale non particolarmente estesa.

La soglia in assoluto più bassa, pari ad un solo anno, è stata individuata quale periodo di raffreddamento per l'ipotesi di inconferibilità che coinvolge sia dal lato degli incarichi di provenienza ostativi, sia dal lato di quelli di destinazione, gli enti di diritto privato in controllo pubblico.

A presidio delle ipotesi di inconferibilità, nonché di quelle di incompatibilità, previste dal Capo V e dal Capo VI del decreto legislativo, il legislatore delegato aveva introdotto un apparato di controllo e di sanzioni.

L'art. 17 del d.lgs. n. 39 del 2013 specifica le conseguenze giuridiche derivanti dalla violazione della disciplina sulle inconferibilità, sancendo che «*gli atti di conferimento di incarichi adottati in violazione delle disposizioni del presente decreto e i relativi contratti sono nulli*».

Per coloro che si siano resi responsabili della violazione del divieto, conferendo incarichi dichiarati nulli, il legislatore ha previsto la sanzione consistente nell'impossibilità per i tre

¹⁶ Art. 7, comma 1, D.lgs. 39/2013.

¹⁷ Art. 7, comma 2, D.lgs. 39/2013.

¹⁸ Art. 1 comma 50, l. 190/2012.

mesi successivi alla dichiarazione di nullità dell'atto, di conferire gli incarichi di propria competenza. Detta sanzione inibitoria si accompagna alla responsabilità per le conseguenze economiche degli atti adottati.

Il potere di accertamento della causa di inconfiribilità spetta all'RPC, il quale dichiara la nullità della nomina¹⁹.

Inoltre, il Responsabile dell'anticorruzione procede alla verifica dell'elemento soggettivo del dolo e della colpa dei soggetti che componevano l'organo che ha conferito l'incarico, ai fini dell'applicazione della sanzione inibitoria. Il RPC è dunque il dominus del procedimento sanzionatorio, ancorchè egli non sempre goda di effettiva autonomia nei confronti dell'organo di indirizzo dell'ente stesso.

4. La sentenza della Corte Cost. n. 98 del 4/06/2024 e la pronuncia di illegittimità costituzionale.

L'impianto normativo sopra descritto, in particolare, il comma 2 dell'art. 7 del d.lgs. n. 39 del 2013, che delinea le ipotesi di inconfiribilità degli incarichi amministrativi nello scenario delle amministrazioni di livello locale province, comuni e relative forme associative, è stato oggetto di diverse pronunce del Giudice Amministrativo²⁰, ove la questione di legittimità costituzionale per eccesso di delega non era stata sollevata.

In quei casi, infatti, l'autorità giudiziaria aveva ritenuto che l'ulteriore previsione, contenuta nell'art. 1, comma 50, lettera d), numero 3), della legge n. 190 del 2012, aveva indicato al legislatore delegato di ricomprendere, tra gli incarichi da regolare, quelli di amministratore di enti pubblici e di enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico.

In segno nettamente opposto, la recente sentenza della Corte cost. n. 98 del 4 giugno 2024 ha dichiarato, per contrasto con gli artt. 3, 4, 5, 51, 76, 97, 114 e 118 della Costituzione, l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, comma 2, lettera f), e 7, comma 2, lettera d), del decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39, nella parte in cui non consentono di conferire l'incarico di amministratore di ente di diritto privato che si trovi sottoposto a controllo pubblico da parte di una provincia, di un comune con popolazione superiore a quindicimila abitanti o di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione in favore di coloro che, nell'anno precedente, abbiano ricoperto la carica di presidente o amministratore delegato di enti di diritto privato controllati da amministrazioni locali.

La disciplina censurata, distingue le inconfiribilità applicabili al livello di governo regionale, previste dall'art. 7, comma 1, da quelle riguardanti, nello specifico, il livello di governo locale, disciplinate al comma 2.

Per entrambe le ipotesi vengono dettate previsioni simili, che si sostanziano nel divieto di conferire incarichi amministrativi di vertice o dirigenziali, qualora il soggetto interessato abbia ricoperto analoghe posizioni di provenienza entro un determinato intervallo temporale antecedente al conferimento, il cosiddetto "periodo di raffreddamento".

¹⁹ Il procedimento di accertamento dell'elemento soggettivo della colpevolezza in capo all'organo conferente l'incarico deve svolgersi nel rispetto del principio del contraddittorio, coinvolgendo tutti i componenti che erano presenti al momento della votazione. Gli astenuti e i dissenzienti sono, infatti, esenti da responsabilità ai sensi del comma 1, dell'art. 18 del d.lgs. n.39/2013.

²⁰ Cons. Stato, 5 ^, 11/01/2018, n. 126, Cons. Stato 27/03/ 2020, 5 ^, n. 2149, TAR Emilia Romagna, 1^, 19/07/2018, n. 578.

Rispetto alle indicazioni della legge di delega, che aveva all'uopo indicato «*un congruo periodo di tempo, non inferiore ad un anno*», il legislatore delegato ha ritenuto di fissare il periodo di due anni, ovvero di un anno, a seconda che la nuova posizione sia conferita dalla stessa amministrazione, territoriale o locale, presso la quale era stato svolto il precedente incarico, ovvero da un'amministrazione diversa pur se appartenente al medesimo ambito regionale, così attestandosi su una soglia temporale non particolarmente estesa.

La soglia in assoluto più bassa, pari ad un solo anno, è stata individuata quale "periodo di raffreddamento" per l'ipotesi di inconfiribilità che coinvolge sia dal lato degli incarichi di provenienza ostativi, sia dal lato di quelli di destinazione gli enti di diritto privato in controllo pubblico.

La Corte Cost. giunge alla pronuncia di illegittimità costituzionale partendo dalla verifica di conformità della norma delegata a quella delegante.

In ossequio alla giurisprudenza formatasi sul punto, la sentenza ribadisce che la verifica in parola richiede lo svolgimento di un duplice processo ermeneutico che, condotto in parallelo, tocca, da una parte, la legge di delegazione e, dall'altra, le disposizioni stabilite dal legislatore delegato, da interpretare nel significato compatibile con la delega stessa.

Al legislatore delegato può ben essere riconosciuto un margine di discrezionalità²¹, tale da consentirgli di introdurre norme che rappresentino un coerente sviluppo e, se del caso, anche un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante²².

Con riguardo alla discrezionalità del Governo, la pronuncia afferma che la valutazione in proposito debba essere condotta in relazione al grado di specificità dei criteri fissati dalla legge di delega e in coerenza con la *ratio* sottesa a questi ultimi²³.

Tanto più, come nel caso in esame, ove la delega, abbia ad oggetto il riordino della disciplina già esistente in una materia caratterizzata dall'elevata complessità, e tale da comportare rilevanti limitazioni all'accesso al lavoro, il quale costituisce un «profilo particolare del "diritto al lavoro" di cui all'art 4 della Costituzione, più volte qualificato, anche con riferimento ai pubblici uffici, come "fondamentale diritto di libertà della persona umana" ²⁴.

All'esito del percorso argomentativo, la Corte Cost. ha stabilito che nella specie, deve escludersi che le disposizioni delegate di cui si tratta rappresentino un coerente sviluppo delle scelte della legge di delegazione.

Infatti, sulla base delle parole impiegate dal legislatore, gli «incarichi oggetto della disciplina», così indicati dalla lettera *d*), altro non sono che quelli che la legge delega intende proteggere dalle interferenze esterne, e cioè gli incarichi di destinazione.

21 Corte Cost, sent. n. 100 del 27/05/2020.

22 Corte Cost, sent. n.150 del 16/06/2022.

23 Corte Cost, sent. n. 166 del 27/07/2023.

24 Corte Cost, sent. n. 45 del 9/06/1965, ove la Corte Cost. ha sancito che «*il diritto al lavoro, riconosciuto ad ogni cittadino, è da considerare quale fondamentale diritto di libertà della persona umana, che si estrinseca nella scelta e nel modo di esercizio dell'attività lavorativa. A questa situazione giuridica del cittadino - l'unica che trovi nella norma costituzionale in esame il suo inderogabile fondamento - fa riscontro, per quanto riguarda lo Stato, da una parte il divieto di creare o di lasciar sussistere nell'ordinamento norme che pongano o consentano di porre limiti discriminatori a tale libertà ovvero che direttamente o indirettamente la rinneghino, dall'altra l'obbligo - il cui adempimento è ritenuto dalla Costituzione essenziale all'effettiva realizzazione del descritto diritto - di indirizzare l'attività di tutti i pubblici poteri, e dello stesso legislatore, alla creazione di condizioni economiche, sociali e giuridiche che consentano l'impiego di tutti i cittadini idonei al lavoro*».

Pertanto, la «disciplina» di cui si discute è quella indicata dalla norma di apertura, il comma 49, che, per l'appunto, delega il Governo a «modificare la disciplina vigente in materia di attribuzione di incarichi».

Nell'individuare gli incarichi di provenienza ostativi, la legge delega si è limitata ad indicare solo quelli di natura «politica» (comma 50, lettera *c*), con esclusione di quelli di natura amministrativo-gestionale (salvo il caso, già ricordato, di cui al comma 50, lettera *b*).

Al contempo, «gli incarichi di amministratore [...] di enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico», di cui alla lettera *d*), numero 3), dello stesso comma 50, assumono rilievo, nella logica della legge delega, solo in quanto incarichi di destinazione, che il comma 49 rende oggetto della disciplina delegata.

D'altra parte, come evidenziato dall'ANAC nell'ambito della sua attività istituzionale di segnalazione e di impulso al Parlamento e al Governo, nelle cariche di presidente e di amministratore, tanto degli enti pubblici, quanto degli enti privati in controllo pubblico, «non si riscontra [...] la titolarità di funzioni di indirizzo politico, ma piuttosto di funzioni di indirizzo politico-amministrativo per gli enti pubblici e di indirizzo politico "aziendale", per gli enti di diritto privato in controllo pubblico».

La conseguenza di tale ragionamento non poteva essere dunque diversa dall'eliminazione di tali posizioni dal novero di quelle che comportano inconfiribilità, proprio al fine di ricondurre le previsioni del d.lgs. n. 39 del 2013 alla delega della legge n. 190 del 2012²⁵.

L'esigenza di garantire anche l'apparenza dell'imparzialità forma oggetto di una protezione ampiamente anticipata, che trova la propria giustificazione nella natura "politica" della precedente posizione ricoperta dal funzionario, considerata potenzialmente confliggente con tale esigenza. Ciò costituisce l'esito di un bilanciamento operato dal legislatore delegante, che ha ritenuto di sacrificare, entro un certo limite, le istanze pur ricollegabili a interessi costituzionalmente protetti, come l'efficienza dell'agire amministrativo e l'accesso al lavoro dei professionisti, a fronte dell'interesse a garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa, anche nella forma ampiamente anticipata della "apparenza" di imparzialità.

L'ulteriore estensione della garanzia preventiva anche ad ipotesi prive di qualsiasi percepibile collegamento con lo svolgimento di cariche o incarichi "politici" appare, dunque, estranea all'obiettivo perseguito dal legislatore delegante e finisce, anzi, per pregiudicarlo.

Sotto questo profilo, pertanto, si coglie l'aspetto di maggiore frizione della legge delegata rispetto alle previsioni della legge n. 190 del 2012, in quanto l'enucleazione delle ipotesi di inconfiribilità è stata estesa lungo un versante per l'appunto, quello degli incarichi privi di connotazione politica, che non era stato voluto dal legislatore delegante.

Le disposizioni del d.lgs. n. 39 del 2013 avrebbero dovuto prediligere una interpretazione restrittiva delle cause di inconfiribilità che si mantenesse entro i binari indicati dalla legge di delega.

Al contrario, esse hanno incluso, tra le ragioni di inconfiribilità di nuovi incarichi, l'esercizio di pregresse esperienze di natura non politica, anche mediante l'introduzione della definizione di «componenti di organi di indirizzo politico» (di cui all'art. 1, comma 2,

²⁵ Comm. di studio ANAC per la revisione della disciplina vigente in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza, luglio 2015, Relazione finale sulla revisione della disciplina vigente in materia di inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, punto n. 6.

lettera *f*, del d.lgs. n. 39 del 2013), la quale, in modo improprio, si riferisce anche alle persone che abbiano preso parte a organi privi di rilevanza politica, quali, per quanto in questa sede interessa, quelli di indirizzo «di enti di diritto privato in controllo pubblico».

In tal modo, si è operata una commistione tra incarichi politici e incarichi di mera gestione amministrativo-aziendale, che devono invece essere tenuti distinti.

5. Conclusioni.

La pronuncia della Corte Cost. oggetto di questa breve riflessione, lungi dal riguardare unicamente il tema dell'incompatibilità, che pure è centrale, pone diverse questioni che non sono trascurabili agli occhi degli operatori giuridici.

Tra queste la riaffermazione dei limiti della delega normativa e il bilanciamento tra i principi fondamentali, in primo luogo l'efficienza dell'agire amministrativo e il diritto all'accesso al lavoro dei professionisti.

Le due questioni, sebbene apparentemente di natura diversa sono tra loro intimamente connesse.

Con riguardo alla prima questione concernente i limiti della delega normativa, sebbene per ragioni di economia dello scritto non si possa in questa sede affrontare compiutamente l'argomento, cionondimeno è doveroso osservare come nelle argomentazioni della Consulta emerga l'esigenza di riaffermare il dovere del legislatore delegato di mantenersi, nell'esercizio della delega, all'interno di essa.

Qualsiasi eccezione alla stretta osservanza del principio in parola, può esitare in ingiustificate limitazioni di altri diritti, egualmente oggetto di tutela costituzionale.

Infine, una breve considerazione deve essere dedicata alle implicazioni della pronuncia sul lato pratico.

Normalmente gli incarichi in parola richiedono competenze tecniche che oltre ad afferire alla preparazione culturale dell'operatore, spesso sono anche frutto delle pregresse esperienze acquisite in incarichi similari presso altri enti.

Assimilare gli incarichi di direzione a quelli di natura strettamente politica, ha limitato fortemente la possibilità di avvalersi di professionalità esperte, con la conseguenza in converso, di attribuire posizioni di grande responsabilità a persone prive della necessaria competenza.

Gli effetti distorsivi di tale orientamento sono duplici, da un lato aver implicitamente svalutato l'esperienza acquisita, dall'altra, aver legato ancora di più all'influenza politica, quei funzionari incaricati,, ottenendo così proprio ciò che il legislatore aveva voluto evitare sin dal principio.