

Dal “principio della moglie di cesare” alle convenzioni internazionali contro la corruzione: il de praeterito e il de futuro del conflitto di interessi

FRANCESCO ARMENANTE

(Ricercatore confermato di Diritto amministrativo, Dipartimento di Scienze giuridiche, Università degli Studi di Salerno – Professore aggregato di Scienza dell'amministrazione)

Abstract

Il lavoro si occupa della recente normativa relativa al conflitto di interessi. Dopo un sintetico richiamo alle convenzioni internazionali ed alle matrici storiche dell'istituto, tese anche ad evidenziare la diversità ontologica con le fattispecie illecite e penalmente rilevanti, ci si è soffermati sulla novella recata dalla l. n. 190 del 2012, che ha introdotto l'art. 6 bis alla legge sul procedimento amministrativo. In particolare, richiamando pertinenti e recenti indirizzi giurisprudenziali sono stati forniti criteri interpretativi tesi a chiarire la portata applicativa dell'istituto in esame, in special modo nel settore degli affidamenti dei contratti pubblici, rispetto ai quali si registra anche l'intervento dell'Anac. Al contempo sono state evidenziate le possibili anomalie derivanti da un'impropria e generalizzata applicazione della disciplina, capaci di inibire gli stessi poteri gestionali qualora la sussistenza di un conflitto di interesse venga ancorata a situazioni ambientali e socio-economiche eccessivamente generiche e indeterminate.

The work is about the recent conflict of interest legislation. After a brief reference to the international conventions and to the historical matrices of the institute, aimed also at highlighting the ontological diversity with the illicit and criminally relevant cases, we have focused on the news presented by the L. n. 190/2012, which introduced the art. 6 bis to the law on administrative pro-

ceedings. In particular, recalling pertinent and recent jurisprudential addresses, interpretative criteria have been provided to clarify the applicative scope of the institution in question, especially in the field of awarding of public contracts, with respect to which there is also the intervention of the ANAC. At the same time the possible anomalies deriving from an improper and generalized application of the discipline have been highlighted, capable of inhibiting the same management powers if the existence of a conflict of interest is anchored to excessively generic and undetermined environmental and socio-economic situations.

1. La prevenzione dei fenomeni corruttivi rappresenta una sfida, storica e globale, che ordinariamente permea le plurime legislazioni afferenti l'organizzazione e l'azione della pubblica amministrazione. Tralasciando, nella presente sede, le, pur interessanti e stimolanti, ricostruzioni diacroniche e interdisciplinari, rispetto alle quali si registra una vastissima letteratura¹, l'analisi che segue riguarderà i più recenti pronunciati giustiziali, oltre che le discipline – di rango internazionale, comunitario e nazionale – che sono intervenute *in subiecta materia*.

In tale ottica la disciplina del conflitto di interessi costituisce uno degli approdi più recenti dell'ermeneutica, assunto a rango di principio generale dopo che il relativo paradigma è stato scolpito nella legge breve sul procedimento amministrativo oltre che trattato in fonti sovranazionali.

2. Su tale crinale assume valenza prodromica l'esame di un altro principio fondamentale in tema di assetto organizzativo degli enti pubblici, ovvero la separazione tra politica e gestione, la cui *ratio* è riconducibile alle medesime matrici di quelle poste a base dell'istituto quivi diviso.

Si deve all'art. 51 della l. n. 142 del 1990 (ora, art. 107 del d. lgs. n. 267 del 2000) l'introduzione di un principio innovatore nel riparto di competenze interne agli enti locali, ovvero il principio di separazione tra politica e gestione, poi ribadito anche nella legislazione di riforma del pubblico impiego (art. 3 del d. lgs. n. 29 del 1993, ora art. 4 del d. lgs. n. 165 del 2001), in tal modo assumendo la portata di un principio generale dell'ordinamento pubblicistico, non derogabile da leggi primarie, neppure se adottate da Regioni dotate di autonomia differenziata.

In virtù di tale principio, agli Organi di governo (Ministro, Presidente, Sindaco *et similia*) spetta l'adozione degli atti fondamentali, di organizzazione, normativi, pianificatori e di indirizzo, mentre all'apparato burocratico (dirigenti o, in assenza, funzionari apicali) restano attribuiti i compiti gestionali, mediante l'adozione di atti e provvedimenti, anche a contenuto discrezionale e con autonomi poteri di spesa.

¹ Tra i lavori che hanno maggiormente approfondito la tematica in esame, si segnalano: G. Iudica, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, Giappichelli, 2016; E. Lubrano, *Il conflitto di interessi nell'esercizio dell'attività amministrativa*, Giappichelli, 2018; F. Siciliano, *Conflitto di interessi e arte di amministrare. Contributo allo studio dell'art. 6 bis l. n. 241/90*, Giuffrè, 2018.

Si tratta di una separazione di competenze, non di autonomia operativa, visto che la gestione deve pur sempre rispettare e perseguire gli obiettivi e gli indirizzi dettati dagli Organi di governo.

La giurisprudenza costituzionale² ha affermato che una «netta e chiara separazione tra attività di indirizzo politico-amministrativo e funzioni gestorie» costituisce una condizione «necessaria per garantire il rispetto dei principi di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa»³. Al principio di imparzialità sancito dall'art. 97 Cost. si accompagna, come «natural[e] corollari[o]», la separazione «tra politica e amministrazione, tra l'azione del "governo" – che, nelle democrazie parlamentari, è normalmente legata agli interessi di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza – e l'azione dell'"amministrazione" – che, nell'attuazione dell'indirizzo politico della maggioranza, è vincolata invece ad agire senza distinzione di parti politiche, al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obbiettivate dall'ordinamento»⁴.

Sempre il Giudice delle leggi ha affermato che la separazione tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo e funzioni di gestione amministrativa costituisce un principio di carattere generale, che trova il suo fondamento nell'art. 97 della Cost⁵.

A garantirne un'applicazione generalizzata è la cd. "formula interpretativa" di cui all'art. 107, comma 5, del t.u.e.l., in virtù della quale: «A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente testo unico, le disposizioni che conferiscono agli organi di cui al capo I titolo III l'adozione di atti di gestione e di atti o provvedimenti amministrativi, si intendono nel senso che la relativa competenza spetta ai dirigenti ...»⁶.

Ciò comporta che qualsiasi normativa pregressa, di rango primario o regolamentare, a prescindere da una espressa modifica o abrogazione, deve essere interpretata alla luce del predetto principio, con la conseguenza che, oggi, la competenza ad adottare un atto dipende dalla natura dell'atto e non dalla previsione normativa in ordine all'assetto delle competenze.

2 Corte cost., 3 maggio 2013 n. 81, che richiama la sent. n. 161 del 2008.

3 Corte cost., sentenze n. 304 del 2010, n. 390 del 2008, n. 103 e n. 104 del 2007.

4 Sentenza Corte cost., n. 453 del 1990.

5 Ne consegue un vincolo per lo stesso Legislatore di rispettare il criterio in esame nella definizione delle competenze relativamente alle singole leggi di settore.

6 In termini analoghi, si esprime l'art. 70, comma 6, del d. lgs. n. 165/2001: «A decorrere dal 23 aprile 1998, le disposizioni che conferiscono agli organi di governo l'adozione di atti di gestione e di atti o provvedimenti amministrativi di cui all'articolo 4, comma 2, del presente decreto, si intendono nel senso che la relativa competenza spetta ai dirigenti?».

Resta salvo il potere del Sindaco di emanare ordinanze contingibili⁷ e urgenti, come previsto dagli artt. 50 e 54 del t.u.e.l.⁸, ovvero provvedimenti a contenuto “atipico”⁹ che il Sindaco, sulla base di specifiche previsioni legislative, è abilitato ad adottare per fronteggiare situazioni eccezionali, anche derogando alla disciplina di rango primario ma pur sempre nel rispetto della Costituzione e dei principi generali dell’ordinamento, ivi compresi i principi generali del diritto dell’Unione europea.

In relazione ai risvolti sulla responsabilità penale ed amministrativa derivante dall’adozione di provvedimenti ed atti a rilevanza esterna, la Suprema Corte¹⁰ ha osservato che, in base al principio di separazione tra politica ed amministrazione, non si può automaticamente ed acriticamente imputare agli organi politici (in specie, Sindaco ed Assessori) di un Comune, ancorché di modeste dimensioni - e, *a fortiori*, quando si tratti di un Comune di dimensioni medio/grandi - qualsiasi violazione di norme, sanzionata penalmente o in via amministrativa, verificatasi nell’ambito dell’attività dell’ente territoriale, allorché sussista un’apposita articolazione burocratica preposta allo svolgimento dell’attività medesima, con relativo dirigente dotato di autonomia decisionale e di spesa¹¹.

7 Il carattere della contingibilità indica un fatto imprevedibile, eccezionale o straordinario che mette in pericolo la sicurezza e l’incolumità pubblica, rispetto al quale i mezzi giuridici ordinari appaiono inidonei ad eliminarli. Il carattere dell’urgenza indica la presenza di un pericolo imminente che deve essere fronteggiato immediatamente.

8 Mentre l’art. 50 circoscrive l’ambito di applicazione di tali ordinanze ai settori dell’emergenza sanitaria e dell’igiene pubblica a carattere locale, l’art. 54, comma 4, con una disposizione di più ampio respiro, dispone: “*Il Sindaco, quale ufficiale di Governo, adotta, con atto motivato provvedimenti, [anche] contingibili ed urgenti nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento, al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l’incolumità pubblica e la sicurezza urbana ...*”. Tale comma è stato dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale, con sentenza n. 115 del 7 aprile 2011, nella parte in cui comprende la locuzione «anche» prima delle parole «contingibili e urgenti», in tal modo impedendone un’impropria applicazione estensiva.

9 Altro carattere proprio dell’ordinanza *extra ordinem* è quello dell’atipicità contenutistica, vale a dire l’idoneità della suddetta misura ad intervenire su un numero indefinito e non predeterminato di situazioni.

10 In termini, Cass., Sez. I civ., 27 settembre 2006 n. 21010.

11 Ivi si precisa ancora: “*In base al principio di separazione tra politica ed amministrazione negli enti locali, una responsabilità dell’organo politico di vertice è configurabile solo in presenza di specifiche condizioni, correlate alle attribuzioni proprie di tale organo: e, cioè, quando si sia al cospetto di violazioni derivanti da carenze di ordine strutturale, riconducibili all’esercizio dei poteri di indirizzo e di programmazione; ovvero quando l’organo politico sia stato specificamente sollecitato ad intervenire (in primis, dallo stesso funzionario preposto, il quale abbia segnalato difficoltà od ostacoli di natura*

3. La riconosciuta competenza “esterna” dell’apparato burocratico ha indotto ad occuparsi anche dei possibili conflitti in capo al titolare della funzione, sia se preposto all’unità organizzativa competente a decidere, sia se delegato, da questi, a svolgere le propedeutiche attività istruttorie.

Ne è conseguita, *inter alia*, la positivizzazione del conflitto di interessi¹².

La novella è ispirata all’esigenza di arginare il fenomeno della corruzione all’interno delle pubbliche amministrazioni, in linea con le previsioni della legge 6 novembre 2012, n. 190¹³, e con quanto sancito dall’art. 6¹⁴ della Convenzione dell’Organizzazione delle Na-

economico-finanziaria che solo gli organi politici potrebbero affrontare e risolvere); ovvero ancora quando sia stato a conoscenza della situazione anti-giuridica derivante dalle inadempienze dell’apparato competente e abbia ciò nondimeno ommesso di attivarsi, con i suoi autonomi poteri, per porvi rimedio”.

12 La disciplina generale del conflitto di interesse non è tipica solo della legge sul procedimento amministrativo, ma ha interessato plurime discipline di settore; in particolare, essa è oggetto delle disposizioni contenute nell’articolo 6-*bis* della legge n. 241/1990; nella legge n. 190/2012; nel d.lgs. n. 39/2013; negli artt. 3, 6, 7, 13, 14 e 16 del d.P.R. n. 62/2013; nell’articolo 53, comma 14, del d.lgs. 165/01; nell’articolo 78, del d.lgs. n. 267/2000; nell’art. 42 del d. lgs. n. 50/2016, recante il codice dei contratti pubblici [in proposito si rinvia anche alla DELIBERA ANAC del 5 giugno 2019 (in G.U. n. 182 del 5 agosto 2019) – di approvazione delle Linee guida n. 15, recanti «*Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*»].

13 In tale contesto va segnalato anche quanto approvato dal Parlamento Europeo, il 7 ottobre 2019, ovvero la nuova direttiva sulla “*Protezione degli individui che segnalano violazioni delle norme comunitarie*”, parzialmente innovando le norme sulla tutela del *whistleblower*, ovvero colui che segnala reati o irregolarità di cui sia venuto a conoscenza nel proprio ambito lavorativo, che sia la pubblica amministrazione o l’azienda presso cui lavora. La nuova direttiva protegge gli impiegati da eventuali ritorsioni in seguito alle segnalazioni. In generale, chi divulga informazioni su attività illegali o dannose acquisite nel contesto lavorativo sarà protetto più efficacemente anche attraverso l’accesso a consulenza gratuita e a mezzi di tutela adeguati. Le segnalazioni non saranno più ristrette agli illeciti di cui al d. lgs. n. 231/2001 o a violazioni del Modello adottato dagli enti, ma alle violazioni nelle materie indicate nella direttiva: appalti pubblici, servizi finanziari, riciclaggi di denaro e finanziamento del terrorismo, protezione dei consumatori, sicurezza dei prodotti, trasporti, reti e sistemi informativi, alimenti mangimi ed animali, tutela ambientale, sicurezza nucleare, salute pubblica, tutela della vita privata, protezione dei dati, norme sulla concorrenza, imposte sulle società, danni agli interessi finanziati dall’Unione Europea.

14 Il quale prevede che: “1. Ciascuno Stato Parte assicura, conformemente ai principi fondamentali del proprio sistema giuridico, l’esistenza di uno o più organi, secondo quanto necessario, incaricati di prevenire la corruzione mediante mezzi quali: a) l’applicazione delle politiche di cui all’articolo 5 della presente Convenzione e, se necessario, la supervisione ed il coordinamento di tale applicazione; b) l’accrescimento e la diffusione delle conoscenze concernenti la prevenzione della corruzione. 2. Ogni

zioni Unite contro la corruzione (UNCAC)¹⁵ e dagli artt. 20¹⁶ e 21¹⁷ della Convenzione penale sulla corruzione¹⁸.

La l. n. 190 del 2012 prevede un sistema di tutela anticipata, che affianca il classico modello sanzionatorio imperniato su forme di tutela repressiva che, cioè, attendono ad un momento in cui il fenomeno della corruzione si è consumato.

La normativa anticorruzione, invece, si basa sul principio secondo il quale i fenomeni di corruzione all'interno delle amministrazioni pubbliche vanno affrontati e combattuti anche prima che i fenomeni corruttivi si siano consumati.

In altre parole, l'ambito di individuazione della situazione di pericolo, legata ai fenomeni della corruzione, è stato anticipato dal piano dell'azione amministrativa al piano dell'organizzazione amministrativa.

4. Con la l. n. 190/2012, l'azione preventiva della corruzione è divenuta un principio generale di diritto amministrativo; in virtù dell'introduzione dell'art. 6 *bis* alla l. n. 241/1990, il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento

Stato Parte, conformemente ai principi fondamentali del proprio sistema giuridico, concede all'organo od agli organi di cui al paragrafo 1 del presente articolo, l'indipendenza necessaria a permettere loro di esercitare efficacemente le loro funzioni al riparo da ogni indebita influenza. Le risorse materiali ed il personale specializzato necessari, nonché la formazione di cui tale personale può aver bisogno per esercitare le sue funzioni, dovrebbero essere loro forniti. 3. Ciascuno Stato Parte comunica al Segretario Generale delle Nazioni Unite il nome e l'indirizzo dell'autorità o delle autorità suscettibili di aiutare altri Stati Parte a mettere a punto ed applicare misure specifiche di prevenzione della corruzione”.

15 Adottata dall'Assemblea generale dell'ONU, il 31 ottobre 2003 e ratificata ai sensi della legge 3 agosto 2009, n. 116.

16 Per l'art. 20 (Autorità specializzate): “Ciascuna Parte adotta le misure necessarie per garantire la specializzazione di persone o di enti nella lotta contro la corruzione. Questi devono disporre, nel rispetto dei principi fondamentali del sistema giuridico della Parte, dell'indipendenza necessaria per poter esercitare le loro funzioni efficacemente e liberi da qualsivoglia pressione illecita. Le Parti provvedono affinché il personale degli enti summenzionati disponga di una formazione e di risorse finanziarie adeguate all'esercizio delle loro funzioni”.

17 L'art. 21, rubricato “Cooperazione tra autorità nazionali” prevede quanto segue: “Ciascuna Parte adotta le necessarie misure appropriate per garantire che le autorità pubbliche e i pubblici ufficiali cooperino, conformemente al diritto nazionale, con le autorità preposte alle indagini e al perseguimento dei reati penali: a. informando spontaneamente le autorità in questione, nei casi in cui vi siano motivi ragionevoli di ritenere che uno qualsiasi dei reati penali definiti in virtù degli articoli 2–14 sia stato commesso o fornendo, su richiesta, alle autorità in questione tutte le informazioni necessarie”.

18 Adottata a Strasburgo il 27 gennaio 1999, ratificata ex l. 28 giugno 2012, n. 110.

finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale.

Con l'introduzione di tale principio, da un lato, è stato ampliato lo spettro dei vizi che possono inficiare il provvedimento amministrativo, dall'altro, sono sorte criticità nell'individuazione della situazione di incompatibilità nel caso concreto, considerata l'ambiguità del concetto di "conflitto di interessi".

La tutela anticipatoria si realizza, *inter alia*, anche attraverso il conflitto di interessi, che non configura un'ipotesi di corruzione, essendo ontologicamente distinto da qualsiasi comportamento attivo rientrante nel concetto di abuso¹⁹.

Il Consiglio di Stato²⁰ ha rimarcato la non necessaria coincidenza tra conflitto e corruzione, affermando che *"Quanto all'interesse rilevante per l'insorgenza del conflitto, la norma ... va intesa come operante indipendentemente dal concretizzarsi di un vantaggio"*.

Detto diversamente: il conflitto di interessi esiste a prescindere che a esso segua o meno una condotta impropria.

Nell'ambito della normativa richiamata, la nozione di "conflitto di interessi" non è stata codificata con precisione.

La citata "Guida pratica OLAF" richiama la definizione di corruzione elaborata dall'OCSE: *"Un conflitto di interessi implica un conflitto tra la missione pubblica e gli interessi privati di un funzionario pubblico, in cui quest'ultimo possiede a titolo privato interessi che potrebbero influire indebitamente sull'assolvimento dei suoi obblighi e delle sue responsabilità"*.

L'articolo 57, paragrafo 2, del Regolamento finanziario applicabile al bilancio generale dell'Unione europea²¹ chiarisce che: *"... esiste un conflitto d'interessi quando l'esercizio imparziale e obiettivo delle funzioni di un agente finanziario o di un'altra persona di cui al paragrafo 1²², è compromesso"*

19 La "Guida pratica per i dirigenti - Individuazione dei conflitti di interessi nelle procedure d'appalto nel quadro delle azioni strutturali", elaborata dal gruppo di esperti degli Stati membri con il coordinamento dell'unità dell'OLAF "Prevenzione delle frodi", afferma che *"I conflitti di interessi e la corruzione non sono la stessa cosa. La corruzione prevede solitamente un accordo tra almeno due partner e una tangente/un pagamento/un vantaggio di qualche tipo. Un conflitto di interessi sorge quando una persona potrebbe avere l'opportunità di anteporre i propri interessi privati ai propri obblighi professionali"*.

20 Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2017, n. 3415 e 14 maggio 2018, n. 2853; *id.*, Sez. III, 2 aprile 2014, n. 1577.

21 Regolamento n. 966/2012.

22 In virtù del quale: *"Gli agenti finanziari e le altre persone partecipanti all'esecuzione del bilancio e alla gestione, compresi i relativi atti preparatori, alla revisione contabile o al controllo non adottano azioni da cui possa derivare un conflitto tra i loro interessi e quelli dell'Unione. Laddove"*

da motivi familiari, affettivi, da affinità politica o nazionale, da interesse economico o da qualsiasi altra comunanza d'interessi con il destinatario”.

Nel nostro ordinamento, sino alla entrata in vigore dell'art. 6 *bis* della l. n. 241 del 1990, non vi era una definizione generale del conflitto di interessi, ma solo l'elencazione di situazioni personali configuranti ipotesi di conflitto.

Al fine di perimetrarne l'ambito di applicazione, il Consiglio di Stato²³ ritiene che si debba procedere dalla stessa espressione lessicale, la quale evidenzia che il conflitto riguarda propriamente gli interessi, vale a dire la tensione verso un bene giuridico che soddisfi un bisogno.

La nozione non si riferisce, quindi, a comportamenti, ma a stati della persona²⁴.

Non rileva se tale interesse derivi da situazioni affettive, familiari o economiche; è sufficiente che sussistano due interessi in contrasto: quello funzionalizzato e quello, di qualsiasi natura, dell'agente.

Il Supremo Consesso sottolinea che il conflitto di interessi non consiste in comportamenti dannosi per l'interesse funzionalizzato, ma in una condizione giuridica o di fatto dalla quale scaturisce un ri-

esista un rischio di questo tipo, la persona in questione si astiene da tali azioni e ne informa l'ordinatore delegato, che conferma per iscritto l'esistenza di un conflitto d'interessi. La persona in questione informa altresì il suo superiore gerarchico. Qualora si accerti l'esistenza di un conflitto d'interessi, la persona in questione cessa ogni sua attività nella materia. L'ordinatore delegato intraprende personalmente qualsiasi altra azione appropriata”.

23 Cons. Stato, sez. cons. per gli atti normativi (adunanza del 31 gennaio 2019). Ivi si precisa che, in questa fase, è perseguito un ulteriore obiettivo diverso ma complementare, vale a dire la cura di un interesse immateriale della P.A. Tra gli interessi pubblici la cui cura è affidata al soggetto, infatti, emerge altresì quello del rispetto del principio di imparzialità anche sub specie del principio “*della moglie di Cesare*” che deve non solo essere onesta, ma anche apparire onesta. Si tratta di un interesse al medesimo tempo sostanziale e immateriale. Sostanziale, dal lato dei consociati, perché garantisce la giustizia attraverso la uguaglianza delle posizioni, la parità di trattamento e la conseguente tutela della concorrenza. Immateriale, dal lato della P.A., perché tutela l'immagine imparziale del potere pubblico.

24 Secondo il costante orientamento giurisprudenziale (come ribadito da T.A.R. Piemonte, sez. I, 14 agosto 2019 n. 948) le situazioni di conflitto di interessi, nell'ambito dell'ordinamento pubblicistico non sono tassative, ma possono essere rinvenute volta per volta, in relazione alla violazione dei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 Cost., quando esistano contrasto ed incompatibilità, anche solo potenziali, fra il soggetto e le funzioni che gli vengono attribuite. Per l'effetto, al di là delle singole disposizioni normative, ogni situazione che determini un contrasto, anche solo potenziale, tra il soggetto e le funzioni attribuitegli, deve comunque ritenersi rilevante a tal fine.

schio di siffatti comportamenti, un rischio di danno, ciò, in quanto, nessun organo amministrativo può compiere - in nome e per conto della persona giuridica di appartenenza - atti da cui possano derivare benefici propri o di terzi.

Si tratta, in altri termini, di una condizione giuridica che si verifica quando, all'interno di una pubblica amministrazione, lo svolgimento di una determinata attività sia affidato ad un funzionario che è contestualmente titolare di interessi personali o di terzi, la cui eventuale soddisfazione implichi necessariamente una riduzione del soddisfacimento dell'interesse funzionalizzato: in siffatta ipotesi sorge l'obbligo del dipendente di informare l'amministrazione e di astenersi.

Da ciò l'indicazione da parte del Legislatore di situazioni giuridiche le quali, per sé, importino, *a priori*, un pericolo di danno all'interesse funzionalizzato.

Perché il conflitto sorga è dunque necessario che si sia alla presenza di veri e propri interessi (utilità sia di natura patrimoniale che immateriali), vale a dire che effettivamente sussista un bisogno da soddisfare e che tale soddisfazione sia raggiungibile effettivamente subordinando un interesse all'altro.

5. Come detto, l'art. 6 *bis* della l. n. 241 del 1990 prevede l'obbligo di astensione dell'organo amministrativo in conflitto di interessi "anche potenziale".

Sorge così il problema di individuare la portata delle norme e il significato dell'aggettivo "potenziale", e dell'espressione "gravi ragioni di convenienza".

Uno spunto esegetico è stato tratto dall'art. 7²⁵ del d.P.R. n. 62 del 2013²⁶ - che riguarda specificatamente il conflitto a carico dei di-

25 Rubricato "Obbligo di astensione" e per il quale: "Il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza".

26 Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (G.U. 4 giugno 2013, n. 129).

pendenti pubblici - il quale, oltre a recare l’elencazione di conflitti tipizzati (rapporto di coniugio, parentela, tutoraggio etc.), reca una norma di chiusura riguardante “gravi ragioni di convenienza”.

Se ne è tratta una distinzione tra situazioni di conflitto di interessi conclamate e tipizzate (rapporti di parentela o coniugio, *et similia*²⁷) e quelle non conosciute o non conoscibili, soprattutto non tipizzate (che si identificano con le “gravi ragioni di convenienza” di cui al penultimo periodo dell’art. 7 e dell’art. 51 c.p.c.²⁸).

In sostanza, rilevano sia palesi situazioni di conflitto di interessi, sia situazioni di conflitto di interessi potenziali, perché tale nozione include non soltanto il conflitto attuale e concreto, ma anche quello che potrebbe derivare da una condizione non tipizzata ma ugualmente idonea a determinare il rischio.

Le situazioni di “potenziale conflitto” sono, quindi, in primo luogo, quelle che, per loro natura, pur non costituendo allo stato una delle situazioni tipizzate, siano destinate ad evolvere in un conflitto tipizzato (ad es. un fidanzamento che si risolve in un matrimonio determinante la affinità con un concorrente).

Ciò con riferimento alle previsioni esplicite riguardanti sia il rapporto di coniugio, parentela, affinità e convivenza, sia alla possibile insorgenza di una frequentazione abituale, sia al verificarsi delle altre situazioni contemplate nel detto art. 7 (pendenza di cause, rapporti di debito o credito significativi, ruolo di curatore, procuratore o agente, ovvero di amministratore o gerente o dirigente di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti). Si devono inoltre aggiungere quelle situazioni le quali possono per sé favorire l’insorgere di un rapporto di favore in relazione a rapporti pregressi (si è indicata, ad esempio, una situazione di pregressa frequentazione abituale, quale quella di un vecchio compagno di studi) che potrebbero riconsolidarsi (dove la potenzialità) o comunque ingenerare dubbi di parzialità (dunque le gravi ragioni di convenienza).

Entrambi i tipi di situazione, quelle che evolvono *de futuro* verso il conflitto e quelle favorevoli *de praeterito* il conflitto, costituiscono la declinazione delle gravi ragioni di convenienza di cui agli artt. 7 e 51 citati in cui si risolvono, ed anche del “potenziale conflitto” di cui agli articoli 6 *bis* e 53 citati.

In conclusione si è osservato che la qualificazione “potenziale” e

27 Quelle individuate dal citato art. 7 del d.P.R. n. 62 del 2013.

28 In cui si declinano i casi di astensione del Giudice

le “gravi ragioni di convenienza” sono espressioni equivalenti perché teleologicamente preordinate a contemplare i tipi di rapporto destinati, secondo l’*id quod plerumque accidit*, a risolversi (potenzialmente) nel conflitto per la loro identità o prossimità alle situazioni tipizzate.

6. Il settore di elezione per l’analisi dell’istituto in esame è senza dubbio quello della contrattualistica pubblica²⁹.

In particolare l’art. 42, 2° comma, del d. lgs. n. 50/2016³⁰, definisce il conflitto di interessi rilevante in sede di appalti pubblici mentre il 4° comma lo estende alla fase di esecuzione dei contratti pubblici, imponendo alla stazione appaltante un obbligo di vigilanza, sia in fase di aggiudicazione che in fase di esecuzione.

L’ampia portata del dettato normativo consente di ricomprendere nel suo ambito di applicazione tutti coloro che con qualsiasi modalità e anche senza intervenire nella procedura (predisponendone gli atti o facendo parte della commissione giudicatrice) siano in grado di influenzarne il risultato: e ciò anche quando il concorrente si sia potuto avvalere dell’apporto di conoscenze e di informazioni del progettista (esterno alla stazione appaltante e dalla stessa incaricato della redazione del progetto posto a base di gara) “al fine di predisporre un’offerta tecnica meglio rispondente alle esigenze ed agli obiettivi della stazione appaltante”.

Quanto all’interesse rilevante per l’insorgenza del conflitto, va inteso come operante indipendentemente dal concretizzarsi di un vantaggio, per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale possa determinare, a salvaguardia della genuinità della gara, da assicurare (non solo mediante gli obblighi di astensione espressamente previsti dal terzo comma, ma anche) attraverso la prescrizione del divieto di partecipazione; peraltro, quando la situazione di conflitto non sia altrimenti risolvibile, l’art. 80, comma 5, lett. d), dello stesso codice prevede, come *extrema ratio*, che sia l’operatore economico a sopportarne le conseguenze con l’esclusione dalla partecipazione alla procedura d’appalto.

²⁹ Per gli indirizzi interpretativi ed applicativi di tale disposizione, si rinvia alle Linee Guida ANAC n. 15 (recanti: “*Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici?*”) approvate dal Consiglio dell’Autorità con delibera n. 494 del 5 giugno 2019.

³⁰ Recante il codice dei contratti pubblici.

7. Anche la giuspubblicistica ha avuto modo di sanzionare situazioni inscrivibili nella normativa in esame, con conseguenziale declaratoria di illegittimità di affidamenti disposti in presenza di conflitti di interessi, anche potenziali.

Si è ritenuto legittima l'esclusione di una ditta da una gara nel caso in cui sia stato accertato che sussisteva la presenza di un dipendente della P.A. appaltante nel gruppo di lavoro dell'impresa esclusa; ciò proprio perché il vantaggio competitivo, così come l'asimmetria informativa, possono anche solo essere potenziali, in quanto la norma del d. lgs. n. 50/2016 è *lato sensu* una “norma di pericolo”, nel senso che le misure che contempla (astensione dei dipendenti) o le sanzioni che comporta (esclusione dell'impresa concorrente ai sensi dell'art. 80 comma 5, lett. “d”) operano per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale possa determinare³¹.

Di recente, dopo aver premesso che il riferimento alle ipotesi previste dall'articolo 7 del d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62, contenuto nell'art. 42 del d. lgs. n. 50 del 2016, costituisce un rinvio ampliativo ed esemplificativo e non limitativo (come si evince dall'uso della locuzione “in particolare”), si è statuito che al di là delle singole disposizioni normative, ogni situazione che determini un contrasto, anche solo potenziale, tra il soggetto e le funzioni attribuitegli, deve ritenersi rilevante³².

Al contempo, si è ribadito che l'obbligo di astensione sussiste anche a fronte di un conflitto solo “potenziale” ovvero per il solo fatto che il soggetto sia portatore di interessi distinti e particolari, atti ad inverare una posizione di conflittualità o anche di divergenza rispetto all'interesse generale, affidato alle cure dell'amministrazione, indipendentemente dalla circostanza che non vi sia la prova di un effettivo e concreto condizionamento³³.

Si è osservato³⁴ che la disposizione in argomento è rivolta a prevenire influenze perturbatrici nell'ambito del procedimento amministrativo e con riferimento alla posizione di dirigenti e funzionari che esercitano poteri decisori o anche soltanto consultivi in vista

³¹ In termini, Cons. Stato, sez. III, 14 gennaio 2019 n. 355.

³² E' quanto affermato dal TAR Piemonte n. 948 del 2019, cit. Nel caso esaminato si è ritenuta sussistente una situazione di conflitto di interessi, in quanto - indipendentemente dalla dimostrazione del vantaggio conseguito - l'amministratore delegato dell'aggiudicatrice era dipendente della Stazione appaltante.

³³ Così TAR Roma, sez. III *ter*, 30 luglio 2019, n. 10132.

³⁴ Cons. Stato, sez. IV, 17 settembre 2019, n. 6193.

dell'adozione del provvedimento finale; cosicchè non troverebbe applicazione per i componenti di organi amministrativi elettivi, per i quali provvede direttamente e esclusivamente l'art. 78, comma 2, del d. lgs. n. 267/2000³⁵.

In ordine alla portata applicativa (ed estensiva) della norma in esame si è osservato che: *“L'articolo 6 bis prevede un obbligo di astensione generale per tutti i procedimenti amministrativi per cui, essendo norma sopravvenuta e di pari forza rispetto all'articolo 11, comma 1, del d.P.R. n. 487 del 1994, lo integra, nel senso che deve ritenersi che i componenti della commissione, una volta presa visione dei nominativi dei candidati, abbiano l'obbligo di segnalare all'amministrazione non solo le cause tipiche di incompatibilità fissate nell'articolo 51, comma 1, del c.p.c. ma anche ogni situazione atipica di potenziale conflitto di interessi”*³⁶.

Da ultimo, merita menzione un interessante arresto giustiziale le cui argomentazioni consentono di prevenire o evitare gli effetti distortivi che potrebbero riconnettersi ad interpretazioni eccessivamente ampliative; ivi si precisa che l'alveo applicativo dei menzionati principi va ricondotto essenzialmente alle determinazioni dal contenuto discrezionale, che implicano quindi apprezzamenti di stampo soggettivo che ben possono, anche solo in astratto, essere condizionati dal fatto che chi concorre all'adozione dell'atto versa nella vicenda un interesse personale, ma non anche quando l'atto si fondi sulla oggettiva verifica di requisiti, presupposti o condizioni predeterminati da rigide previsioni normative³⁷.

8. Proprio condividendo queste ultime considerazioni, si ritiene di poter rassegnare le seguenti conclusioni.

Per quanto sia ineluttabile il processo di evoluzione della disciplina appena esaminata, anche in ragione di un'evidente matrice sovranazionale, la sua applicazione non può prescindere dai contesti istituzionali in cui deve applicarsi.

L'ampia e indeterminata formula usata dal legislatore (“anche potenziale”), qualora riferita a qualsiasi circostanza che possa alimen-

³⁵ A tenore del quale: *“Gli amministratori di cui all'art. 77, comma 2, devono astenersi dal prendere parte alla discussione ed alla votazione di delibere riguardanti interessi propri o di loro parenti o affini sino al quarto grado. L'obbligo di astensione non si applica ai provvedimenti normativi o di carattere generale, quali i piani urbanistici, se non nei casi in cui sussista una correlazione immediata e diretta fra il contenuto della deliberazione e specifici interessi dell'amministratore o di parenti o affini fino al quarto grado”*.

³⁶ In termini si è espresso il TAR Piemonte, Sez. I, 16 maggio 2019 n. 601.

³⁷ TAR Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 21 novembre 2019 n. 676.

tare un sospetto e laddove ancorata a situazioni di mera contiguità familiare, territoriale o professionale rischia di minare *radiciter* qualsiasi azione o comportamento degli organi di vertice dell'apparato amministrativo.

Basta considerare che in molti contesti istituzionali, vuoi per le “esigue” dimensioni demografiche della comunità degli amministrati, vuoi per la ridotta dotazione organica degli Enti locali, unitamente alla generalizzata titolarità (da parte di questi ultimi) delle funzioni amministrative (alla luce del principio, costituzionalizzato, della sussidiarietà verticale, anch'esso di chiara derivazione euro-unitaria) è sin troppo agevole rinvenire circostanze e condizioni capaci di ingenerare il “dubbio” sotteso al suindicato dovere di astensione.

Tuttavia, ove ciò dovesse accadere, da un lato, si esporrebbe l'apparato burocratico a censure più o meno pertinenti di violazione del divieto di cui al più volte menzionato art. 6 *bis*, dall'altro, si alimenterebbero comportamenti fuorvianti, sinanche elusivi dell'obbligo di provvedere, posto che per il Responsabile del provvedimento sarebbe agevole (ed anche strumentale) richiamare una datata frequentazione, anche scolastica o socio-ambientale, per astenersi dall'assumere una decisione delicata o controversa.

Così operando l'azione amministrativa resterebbe inesorabilmente esposta a rimedi giustiziali e sanzionatori, ma soprattutto l'amministrato, per conseguire il bene della vita auspicato, sarebbe costretto, sempre e suo malgrado, ad invocare poteri sostitutivi o interventi commissariali.

Un primo rimedio a tale applicazione degenerativa del conflitto di interessi appare la richiamata distinzione tra attività discrezionale e attività vincolata, dovendosi ritenere sussistente un “*aller?*” in presenza di affidamenti diretti (preceduti da selezioni informali dei contraenti o da semplificate indagini di mercato), piuttosto che in caso di aggiudicazione di una procedura di gara ordinaria (c.d. meccanica) sulla scorta del criterio del minor prezzo (salvo provare che, in tale ultima ipotesi, l'affidatario abbia beneficiato di un'impropria asimmetria informativa).

Analogamente, risulterebbe rilevante verificare la compresenza di situazioni di conflitto in capo all'Organo chiamato a rilasciare un permesso di costruire in deroga o ad applicare una sanzione per la quale sono previsti minimi e massimi edittali; meno scalfibile, invece, sarebbe l'adozione di una misura sanzionatoria vincolata nell'*an* e nel *quomodo* - come l'ordine di ripristino di un manufatto radical-

mente abusivo - per la quale l'assenza di qualsiasi discrezionalità rende del tutto irrilevante attenzionare il profilo soggettivo del sottoscrittore.

Solo adottando tali bilanciamenti e contrappesi la misura in esame concorrerebbe realmente ad arginare fenomeni corruttivi, sempre dilaganti in alcuni settori dell'azione amministrativa, favoriti da normative incerte ed ambigue, impropriamente sovrabbondanti, oggetto di interpretazioni "pretorie" e divergenti, certamente tra le cause principali di comportamenti *contra legem* e della diffusa concezione di un'Amministrazione spesso - troppo spesso - considerata (aprioristicamente) pervasa da atteggiamenti sviati o elusivi e - troppo approssimativamente - ritenuta il terreno fertile di illeciti da fronteggiare.