

I conflitti di interessi: tendenze e problemi aperti

Angelo Lalli

L'articolo illustra le evoluzioni più significative registratesi dall'approvazione della legge n.190/2012 ad oggi della normativa, della prassi applicativa dell'ANAC, della giurisprudenza e dei maggiori orientamenti dottrinari sul tema del conflitto di interessi e sulla connessa disciplina relativa agli incarichi nell'amministrazione pubblica. In particolare, si affrontano le questioni della nozione rilevante di conflitto di interessi, della tassatività delle fattispecie e della natura del vizio che colpisce l'atto adottato in violazione del divieto di agire in una situazione di conflitto. Viene dedicata attenzione all'evoluzione del sistema di vigilanza sull'accertamento dei conflitti di interessi e delle fattispecie di inconferibilità e incompatibilità, con particolare riferimento ai ruoli del responsabile della prevenzione della corruzione e dell'ANAC. Si discute la questione del conflitto degli organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico e si descrive la disciplina peculiare che riguarda i contratti pubblici, esponendo le novità contenute nel nuovo codice in corso di adozione. Infine, si evidenziano alcune criticità e lacune e si propongono alcune possibili soluzioni.

1. *Premessa*

Dall'entrata in vigore della legge 6 novembre 2012, n. 190 si è assistito al progressivo consolidamento della disciplina sul conflitto di interessi nell'ambito dell'organizzazione e dell'attività amministrative¹.

¹ Restano estranei alla presente trattazione le discipline dei conflitti di interessi dei titolari di carica governativa, dei parlamentari e dei magistrati che non sono state incise, se non margi-

Come noto, la legge ricordata, inserendo l'art. 6-*bis* nella legge 7 agosto 1990, n.241, poneva per la prima volta una normativa di principio² valevole in generale per l'amministrazione pubblica. Successivamente, in attuazione delle deleghe contenute nella medesima legge n.190/2012, sono state disciplinate con il d.lgs. 8 aprile 2013, n.39, le fattispecie delle incompatibilità rispetto agli incarichi pubblici e delle inconfirmità dei medesimi. Si tratta di una regolamentazione esplicitamente volta alla prevenzione dei conflitti di interesse in occasione dell'attribuzione o dello svolgimento di incarichi nell'amministrazione o anche nel momento dell'assunzione di incarichi in ambito privatistico per chi abbia appena lasciato un incarico pubblico. Rilevante poi è stata l'introduzione di norme specifiche sul conflitto di interessi nel D.P.R. 16 aprile 2013, n. 62, Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici e di una norma *ad hoc* anche nel codice dei contratti pubblici adottato, in attuazione delle direttive europee (art. 42 del d.lgs 18 aprile 2016, n. 50).

In questo decennio, giurisprudenza e dottrina hanno concorso ad affinare l'istituto e particolarmente importante è stata l'attività applicativa e interpretativa dell'ANAC che ha positivamente contribuito a rendere effettivo questo strumento di tutela anticipata nei confronti di fenomeni corruttivi. La trattazione che segue sarà dedicata a illustrare gli approdi più significativi e le maggiori problematicità ancora non risolte, dando per acquisito il quadro normativo di contesto e le questioni non controverse³.

nalmente, dalla legge n. 190 del 2012.

² Esistevano – ed esistono – disposizioni in tema all'art. 78, del d.lgs. n. 267/2000; all'art. 11, Dpr, 9 maggio 1994, n. 487, Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi e ovviamente l'art. 51 del c.p.c. che, come si vedrà, devono oggi essere interpretate in modo sistematico con il citato art.6-bis della legge n.241 del 1990.

³ Sul tema in generale, A. PERTICI, *Il conflitto d'interessi*, Torino, Giappichelli, 2002; S. CASSESE, *Conflitti d'interesse: il fiume di Eraclito*, in Riv. dir. priv., 2004, p.235 ss; si consenta il rinvio anche A. LALLI, *Conflitti di interessi nel diritto privato e nel diritto pubblico. Una rassegna, Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2016, pp. 155-188.

2. La nozione generale di conflitto di interessi giuridicamente rilevante e le conseguenze della violazione del dovere di astenersi per chi si trovi in conflitto

La netta separazione tra interessi pubblici e interessi privati è connaturata con i principi di fondo dei moderni stati di diritto. Pur non prevedendosi nella nostra Costituzione un richiamo esplicito all'istituto del conflitto di interessi, esistono alcune disposizioni da cui si ricava il principio della doverosa irrilevanza degli interessi personali del titolare di un ufficio pubblico, nel senso che tali interessi non devono in nessun modo influire nell'esercizio delle funzioni pubbliche a esso affidate.

Viene in considerazione in primo luogo l'art. 97 che, come noto, afferma che l'organizzazione dei pubblici uffici deve essere definita in modo da assicurare, oltre al buon andamento, l'imparzialità⁴. Questa costituisce pacificamente il contenuto di un principio regolatore anche dell'attività amministrativa⁵. Direttamente strumentale a garantire l'imparzialità è la disciplina positiva volta a evitare che la presenza in concreto di interessi personali del funzionario pubblico possa alterare o anche solo turbare l'esercizio della funzione pubblica ad esso affidata. Questa deve essere esclusivamente rivolta alla protezione di quegli interessi - pubblici e privati - che la legge ritiene rilevanti nelle varie fattispecie, tra i quali non rientrano mai gli interessi personali del funzionario⁶; l'occasionale presenza di questi ultimi impone anzi la predisposizione e l'attivazione di rimedi volti a garantire l'imparzialità anche in queste evenienze. La disciplina di contrasto ai conflitti di interessi è rivolta a tutelare anche l'immagine di imparzialità della pubblica amministrazione⁷: l'amministrazione deve essere ma anche apparire imparziale. L'esistenza di un conflitto di interessi in capo a un funzionario pubblico lede il prestigio

⁴ L. PALADIN, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Giuffrè, Milano, 1965, 254 ss. La Corte costituzionale ha ritenuto legittime solo le esclusioni dall'accesso alle cariche in nome di interessi di rilievo costituzionale. Si vedano le sentenze 3 marzo 1988, n. 235; 15-30 novembre 1989, n. 510; 23 aprile 6 maggio 1996, n. 141.

⁵ A. CERRI, *Imparzialità e buon andamento della p.a.*, Diritto on line, 2013.

⁶ S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 1973.

⁷ R. CANTONE, F. MERLONI, *Conflitti di interesse: una diversa prospettiva*, in *Dir. pubbl.*, 2019, p. 886 sottolineano che la prevenzione del conflitto di interessi è volta più in generale a tutelare l'immagine di imparzialità dell'amministrazione.

dell'amministrazione che è condizione affinché i cittadini possano confidare nell'amministrazione pubblica⁸ e, per tale ragione, essa è un bene giuridico immateriale autonomamente tutelato.

Occorre ricordare poi l'art. 98, che afferma l'esclusività del servizio dei pubblici impiegati alla Nazione, che è stato letto in continuità con l'art. 54 che, come noto, stabilisce il peculiare dovere di fedeltà alla Repubblica in capo ai cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche i quali, inoltre, hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore.

Più recentemente, ha acquisito uno specifico rilievo fondante delle discipline dei conflitti di interessi⁹ anche il principio costituzionale della tutela della concorrenza. Poiché l'esercizio di una funzione pubblica da parte di chi versi in situazione di conflitto di interessi può comportare anche l'alterazione del corretto funzionamento del mercato concorrenziale. Si pensi alla gestione di una procedura di appalto pubblico da parte di un funzionario che abbia interessi personali connessi con quelli di una delle imprese partecipanti. In questo caso, la vitale tensione concorrenziale si allenta e perde la sua funzione duplice di strumento per il conseguimento del miglior risultato per l'amministrazione stessa e di selezione delle imprese più efficienti. Un simile esito oggi è in contrasto palese con il valore dell'efficienza proprio del mercato concorrenziale riconosciuto nella Costituzione¹⁰.

Rileva, infine, l'art. 51 che afferma il diritto di tutti i cittadini di accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive, secondo i requisiti stabiliti dalla legge. La disposizione, nel garantire il più ampio accesso alle cariche pubbliche, consente al contempo quelle limitazioni necessarie per attribuire tutela ai principi sopra ricordati e, in particolare, consente la previsione di limiti all'accesso alle funzioni pubbliche e di cautele per il loro svolgimento anche allo scopo di prevenire e comunque gestire adeguatamente i conflitti di interessi.

⁸ Cfr. F. GAFFURI, *Note in merito alla nozione di conflitto di interessi procedimentale*, in *Rivista interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni pubbliche*, 3/2020, p. 20 e ss.

⁹ I. NICOTRA, *Il conflitto di interessi come declinazione del principio costituzionale d'imparzialità*, *Rivista AIC*, 3, 2020, p. 2 ss.

¹⁰ C. PINELLI, *La tutela della concorrenza come principio e come materia. La giurisprudenza costituzionale 2004-2013*, in *Rivista AIC*, 1, 2014.

L'ampia e interconnessa trama normativa espressa dalle disposizioni e dai principi illustrati costituisce il puntuale fondamento costituzionale delle discipline sull'etica pubblica in generale e, quindi, sulla prevenzione e gestione dei conflitti di interessi¹¹.

Un vincolo a istituire e mantenere un'adeguata disciplina sui conflitti di interessi deriva infine anche dall'41 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione ove si afferma il diritto di ogni individuo a che le questioni che lo riguardano siano trattate, tra l'altro, in modo imparziale ed equo. Dunque, la disciplina in parola riceve oggi anche un puntuale fondamento sovranazionale.

La disciplina del conflitto di interessi nell'attività amministrativa poggia sull'art. 6-*bis* della legge n.241/1990, a mente del quale, giova ricordare: «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».

La disposizione in realtà non descrive le fattispecie di conflitto¹², tuttavia la giurisprudenza maggioritaria¹³ e la dottrina¹⁴ prevalente hanno aderito a un'interpretazione secondo la quale essa deve essere letta in connessione con le altre norme presenti nell'ordinamento che hanno ad oggetto il medesimo tema, stante il rapporto di reciproca complementarietà che è stato ritenuto sussistere tra le stesse, come si chiarirà.

Giova premettere che la formulazione normativa ricalca le ampie definizioni di conflitto di interessi che provengono dalle istanze sovranazionali.

¹¹ V. CERULLI IRELLI, in *Etica pubblica e amministrazione* (intervento al convegno) «Etica pubblica e amministrazione», Roma, 16 novembre 2006, 2 ss.; G. SIRIANNI, *I profili costituzionali: una nuova lettura degli articoli 54, 97 e 98 della Costituzione*, in *La corruzione amministrativa: cause prevenzione e rimedi*, a cura di F. Merloni e L. Vandelli, Firenze, Passigli, 2010, pp. 129-134.

¹² S.A. FREGO LUPPI, *L'obbligo di astensione nella disciplina del procedimento dopo la legge n. 190 del 2012*, in *Dir. amm.*, 2013, pp. 683 -684.

¹³ Cons. Stato, Sez. Cons. per gli Atti Normativi, parere 31 gennaio 2019, n. 667 relativo allo Schema di Linee guida ANAC aventi ad oggetto «Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici», in attuazione dell'articolo 213, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

¹⁴ F. GAFFURI, *Il conflitto di interessi nell'esercizio del potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 30 e ss. E. LUBRANO, *Il conflitto di interessi nell'esercizio dell'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 40 ss.

zionali e dalla normativa dell'Unione europea¹⁵ che presentano tutte un approccio definitorio assai esteso ed elastico.

L'orientamento della Commissione europea, in un contesto normativo che, come detto, prevede una definizione di conflitto ampia, appare tuttavia di recente divenuto più sensibile alla necessità di predeterminare con maggiore puntualità le situazioni che danno luogo ai conflitti rilevanti¹⁶. Questa sensibilità appare da sempre molto spiccata nel Consiglio di Stato¹⁷ che ha ritenuto che una nozione eccessivamente ampia si porrebbe «fuori dalla nostra tradizione giuridica che richiede una precisa individuazione dei casi di conflitto» e ha proposto la seguente definizione: «un conflitto di interessi si determina le volte in cui a un soggetto giuridico sia affidata la funzione di cura di un interesse altrui (così detto interesse funzionalizzato) ed egli si trovi, al contempo, ad essere titolare (*de iure vel de facto*) di un diverso interesse la cui soddisfazione avviene aumentando i costi o diminuendo i benefici dell'interesse funzionalizzato. Non rileva particolarmente se tale interesse derivi da situazioni affettive o familiari o economiche». Al fine di determinare in concreto le situazioni di conflitto rilevanti, come si avvertiva, è quindi stato proposto di interpretare sistematicamente tra di loro gli articoli, 6-bis della legge n.241/90; 51 del c.p.c., 6, 7, 13, 14 e 16 del d.P.R. n. 62/2013 e 42 del d.lgs. 50/2106. Le ipotesi tipiche sono state rintracciate nel primo comma dell'art. 51 del c.p.c e nelle disposizioni del Codice di comportamento dei dipendenti pubblici (d.P.R. n. 62/2013). Le diverse situazioni descritte da queste norme integrano l'art. 6-bis della legge n. 241/1990 e, per questa via, divengono fattispecie generali di conflitto di interessi rilevanti nell'attività

¹⁵ Si veda ad esempio la definizione ampia presente sia nelle Raccomandazioni Consiglio d'Europa n. 10/2000 relativa ai Codici di comportamento dei funzionari e nelle linee dell'OECD, *Managing Conflict of Interest in the Public Service*, Pubblicazioni OECD Parigi, 2004 e anche il regolamento Ue n. 966/2012 per la redazione del bilancio generale dell'Unione Europea sul quale si veda F. GAFFURI, *Note in merito alla nozione di conflitto di interessi procedimentale*, cit., p. 23 ss.

¹⁶ Commissione europea, Comunicazione sugli Orientamenti sulla prevenzione e sulla gestione dei conflitti d'interessi a norma del regolamento finanziario (2021/C 121/01). Si v. il p. 3.2.1. della Comunicazione: «Un conflitto d'interessi può sorgere anche se la persona non trae un beneficio effettivo dalla situazione, in quanto è sufficiente che le circostanze compromettano l'esercizio obiettivo e imparziale delle sue funzioni. Tali circostanze devono tuttavia avere un determinato legame identificabile e individuale con aspetti concreti della condotta, del comportamento o dei rapporti della persona o avere un impatto su tali aspetti».

¹⁷ Cons. Stato, Sez. Cons. per gli Atti Normativi, parere n. 667 del 2019 cit.

amministrativa. In questa logica, si è data una interpretazione restrittiva alla clausola residuale e in fondo aperta espressa dall'inciso «potenziale» presente nell'art. 6-*bis*. Quest'ultima espressione è stata letta, infatti, come sovrapponibile a «le gravi ragioni di convenienza» di cui fa parola il secondo comma dell'art.51 del c.p.c. Di entrambe le proposizioni, proprio per evitare una non tollerabile estensione delle situazioni che danno luogo a conflitto, si è affermata una lettura che circoscrive le ipotesi di conflitti apprezzabili mediante il riferimento alle situazioni tipizzate dal primo comma dell'art. 51 c.p.c. Le predette clausole hanno l'effetto di consentire un'interpretazione analogica delle situazioni di conflitto tipizzate. In altri termini, non sarebbe possibile qualificare conflitto di interessi situazioni che fossero del tutto scollegate dalle ipotesi descritte dal primo comma dell'art. 51 c.p.c. In questa logica, appare condivisibile la posizione¹⁸ che ritiene non legittima un'interpretazione dell'inciso «ogni situazione di conflitto» di cui all'art. 6-*bis* della legge n.241/90 tale da ritenere rilevante anche il conflitto c.d. apparente che ricorrerebbe quando un estraneo all'amministrazione potrebbe essere indotto a supporre, ragionevolmente, ma erroneamente, l'esistenza di interessi personali del funzionario.

Se, dunque, sul piano della tipicità delle situazioni rilevanti, si è consolidata un'interpretazione attenta a contenere un'indiscriminata estensione delle fattispecie, la nozione di conflitto rilevante è stata nondimeno svincolata dalla necessità che sia integrato – e quindi provato in sede applicativa – anche un danno effettivo e concreto alla funzione pubblica. La situazione di conflitto di interessi rilevante, quindi, non consiste in un comportamento del funzionario che debba necessariamente pregiudicare uno degli interessi pubblici o privati di cui legittimamente egli deve tenere conto nell'esercizio della specifica funzione pubblica, ma essa è data dalla mera compresenza, nella situazione considerata, dell'interesse personale del funzionario che deve appartenere a una delle categorie normativizzate.

¹⁸ F. GAFFURI, *Note in merito alla nozione di conflitto di interessi procedimentale*, cit., p.26.

La giurisprudenza amministrativa¹⁹ ha affermato in modo consolidato che la sussistenza del conflitto ricorre indipendentemente dal realizzarsi di un qualsivoglia vantaggio e/o svantaggio per la funzione pubblica o per taluno dei soggetti pubblici o privati implicati nella vicenda. Esso è stato inteso, infatti, come una «condizione giuridica o di fatto dalla quale scaturisce un rischio di danno» che rileva in quanto mero rischio; «il conflitto di interessi esiste a prescindere che a esso segua o meno una condotta impropria. Ontologicamente esso è, dunque, definito dalla categoria della potenzialità»²⁰.

In ultima analisi, il conflitto rilevante è stato inteso essere quella situazione concreta nella quale, del tutto occasionalmente, il funzionario si trovi a dover agire in presenza di interessi particolari a lui riferibili sul piano personale – individuati dal riferimento alle tipologie definite – e che possono essere incisi dalla sua azione amministrativa. Quando ciò accade, l'ordinamento presume che il processo valutativo e decisionale che il funzionario è tenuto compiere subisca un'alterazione rispetto allo schema legale tipico: l'interesse personale, infatti, come notato, non è considerato mai rilevante ai fini dell'esercizio della pubblica funzione; anzi esso è ritenuto sempre idoneo di per sé, per il mero fatto di esistere, a inquinare l'esercizio.

Non è stata dunque accolta la lettura secondo la quale per aversi conflitto di interessi sarebbe necessario accertare un danno ovvero un concreto pregiudizio alla funzione pubblica. Tale lettura si sarebbe – in ipotesi – potuta fondare sul richiamo all'art.3 della legge n. 20 luglio 2004, n. 215 che, con riguardo ai titolari di carica governativa, dichiara sussistere conflitto quando: «... l'atto o l'omissione ha un'incidenza specifica e preferenziale sul patrimonio del titolare, del coniuge o dei parenti entro il secondo grado, ovvero delle imprese o società da essi controllate, secondo quando previsto dall'articolo 7 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, con danno per l'interesse pubblico»²¹. Ma la disposizione è sempre

¹⁹ Da ultimo si v. Cons. Stato, Sez. VI, 22 marzo 2022, n. 2069.

²⁰ Cons. Stato, Sez. Cons. per gli Atti Normativi, parere n. 667 del 2019 cit. Sul punto, B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 90.

²¹ Su tale disposizione si v. C. MARCHETTA, *La legislazione italiana sul conflitto di interessi*, Milano, Giuffrè, 2013, p.40 e ss; M. ARGENTATI, *La disciplina italiana del conflitto di interessi in*

stata esclusa dall'interpretazione del conflitto valevole per tutto il resto della pubblica amministrazione.

Conclusivamente, il diritto vivente ha confermato, da un lato, che non è ammissibile una indiscriminata estensione delle situazioni che integrano il conflitto di interessi e, dall'altro, che il conflitto rileva nel momento in cui si verifica la situazione della compresenza dell'interesse personale dell'agente pubblico nella vicenda su cui deve operare, del tutto a prescindere dalla necessità di verificare l'effettiva incidenza concreta sulla decisione assunta.

Il dibattito pare, invece, ancora non del tutto sopito con riguardo al tema delle conseguenze dell'accertamento di una situazione di conflitto rilevante. Come visto, il conflitto è una situazione che si presenta indipendentemente dalla stessa volontà del funzionario. Il caso fa sì che egli si possa trovare in concreto ad avere un interesse personale che è connesso con l'esercizio della funzione che è chiamato svolgere. In presenza di questa situazione, la legge – sia l'art. 6 bis, sia l'art 42 del Codice dei contratti – lo obbliga a segnalare il conflitto e ad astenersi dal provvedere.

La sussistenza del conflitto apre dunque la questione della sua gestione²². Dalla situazione di conflitto derivano due obblighi di comportamento in capo al funzionario agente: la segnalazione all'amministrazione stessa – secondo i diversi ordinamenti o al superiore gerarchico o al responsabile – e l'astensione dall'esercizio la funzione nel caso di specie. Nulla dice la legge su che cosa accada all'atto amministrativo eventualmente adottato dal funzionario che si trova in conflitto e che non si sia astenuto.

Meramente teorica sembra rimasta la possibilità di qualificare l'atto in conflitto di interessi come nullo²³, in quanto le fattispecie previste dall'art.

una prospettiva di diritto comparato, in «Diritto pubblico», 3/2009, p. 957 e ss.

²² Come ricorda il GRECO nel 22nd General Activity Report (2021), p.12: «The system for managing conflicts of interest should be supplemented with clear provisions and guidance regarding (i) a requirement for persons exercising top executive functions to disclose conflicts ad hoc, and (ii) clear procedures, responsibilities and deadlines for solving situations of conflict of interest, including following complaints by the public or by other institutions».

²³ S.A. FREGO LUPPI, *L'obbligo di astensione nella disciplina del procedimento dopo la legge n. 190 del 2012*, cit., p. 694 ss., G. IUDICA, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 44 e ss.

21-*septies* della legge n.241/1990 come causa di nullità sono tassative e tra esse non rientra il conflitto di interessi.

È, quindi, ampiamente diffuso l'orientamento che ritiene l'atto adottato in situazione di conflitto annullabile. Ci si divide però sulla corretta qualificazione della causa dell'annullabilità. Sono state sostenute tutte le possibili ipotesi. L'atto adottato in situazione di conflitto è stato ritenuto viziato da incompetenza e/o difetto di legittimazione del soggetto agente²⁴; è stato poi inteso costituire espressione di eccesso di potere o, infine, è apparso come una mera violazione di legge²⁵. La qualificazione come atto adottato in difetto di competenza sembra non aderire alla realtà del peculiare vizio in esame, poiché il conflitto di interessi non incide tanto sulla competenza generale dell'organo, che non è in discussione, ma sulla situazione concreta dell'agente titolare dell'organo. L'eccesso di potere neanche appare adeguato a qualificare il vizio in parola poiché, come sopra illustrato, non dovrebbe essere necessario indagare sull'effettiva incidenza del conflitto sulla valutazione e sulla decisione del funzionario. L'atto dovrebbe essere considerato illegittimo a prescindere da ogni indagine ulteriore sul processo conoscitivo o valutativo dell'amministrazione. Più adeguato sembra quindi il richiamo ad una violazione di legge, in quanto l'atto adottato da chi nel concreto aveva il dovere giuridico di astenersi viola una essenziale disposizione legislativa di natura organizzativa.

In disparte il problema qualificatorio, il nodo concreto di maggiore rilevanza da sciogliere pare essere quello relativo all'esistenza di un onere di dimostrare l'effettiva disparità di trattamento al fine di poter ottenere o statuire l'annullamento.

Sul punto storicamente si sono fronteggiate due tesi principali. Da un lato, c'è chi sostiene che l'interessato all'annullamento dell'atto avrebbe l'onere di dimostrare in giudizio l'influenza della situazione di conflitto sul contenuto dell'atto e, quindi, la effettiva divergenza di quest'ultimo

²⁴ A CROSETTI, *Incompetenza (atto amministrativo)*, in *Dig. Disc. Pubbl.* 1993, p. 206.

²⁵ Sulle diverse qualificazioni date si v. E. LUBRANO, *Il conflitto di interessi nell'esercizio dell'attività amministrativa*, cit., p. 154, il quale propende per l'eccesso di potere.

dall'interesse pubblico²⁶. Dall'altro lato, si sostiene che l'esistenza del conflitto e la sua mancata previa soluzione mediante l'astensione del funzionario determinino, invece, di per sé un vizio insanabile della funzione. Questa seconda soluzione ha avuto un risalente - e però superato - autorevole avallo nella giurisprudenza del Consiglio di Stato²⁷, sul presupposto che l'esistenza del conflitto lede in ogni caso la stessa immagine dell'amministrazione pubblica, al di là del pregiudizio eventualmente recato agli interessi coinvolti nella sua azione.

Il primo ordine di considerazioni apparirebbe più coerente con l'idea che il contenuto della pretesa all'annullamento fatta valere dal ricorrente non sia - e non possa essere - l'astratta legalità dell'organizzazione e dell'attività amministrative, ma debba sempre e comunque essere connesso alla lesione effettiva di un interesse privato, giuridicamente tutelato. Se nella specie l'atto non ha effettivamente pregiudicato alcun interesse del ricorrente perché non si è realizzata a suo danno alcuna disparità di trattamento, non si vede a che titolo il medesimo potrebbe invocare la tutela giurisdizionale. Infatti, accedendo alla tesi secondo cui il privato potrebbe comunque far valere in tali casi l'interesse all'annullamento di un atto non concretamente lesivo nei suoi confronti, si ammetterebbe una sorta di azione esercitata nell'interesse oggettivo della legge, che appare distonica con il quadro del nostro ordinamento improntato sempre più a una dimensione soggettiva della tutela giurisdizionale²⁸.

D'altro canto, il secondo orientamento afferma con maggiore forza la cogenza delle norme in materia di conflitto di interessi. Infatti, esso evidenzia che simile disciplina non è posta soltanto a salvaguardia degli interessi privati, ma a protezione dell'interesse pubblico eminente a che l'esercizio della funzione pubblica non solo sia imparziale, ma appaia anche come tale: è in gioco, come già notato, anche l'immagine dell'imparzialità dell'amministrazione.

²⁶ S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 108, già sottolineava l'oscillazione della giurisprudenza sul punto; L. FERRARA, *Un errore di fondo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 919 e ss. In questa linea di pensiero, si domanda quale pretesa farebbe valere il privato se non fosse tenuto a dimostrarla una lesione effettiva dei suoi interessi per disparità di trattamento derivante dal conflitto.

²⁷ Cons. Stato Ad. plen., 30 giugno 1958, n. 6.

²⁸ M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 2021, p. 19 ss.

La giurisprudenza amministrativa più recente²⁹ sembra essersi assestata su una via mediana tra le due opposte tesi³⁰: si profila una soluzione secondo la quale il ricorrente avrebbe l'onere di dimostrare solo l'esistenza del conflitto giuridicamente rilevante, nel senso visto, mentre l'amministrazione pubblica – ed eventuali controinteressati – avrebbero una facoltà di dimostrare che nella specie il conflitto non avrebbe dato luogo a una lesione di alcun interesse - né pubblico, né privato - in gioco. Il vizio è esplicitamente definito come illegittimità procedimentale che, quindi, inciderebbe sull'atto solo in via derivata, ma non atterrebbe all'atto in quanto tale.

Per quanto concerne gli atti vincolati, un simile orientamento può giovare della regola stabilita dal comma 2 dell'art.21-*octies* della legge n.241/1990³¹. Per gli atti discrezionali, invece, la lettura giurisprudenziale ricordata può destare perplessità, in quanto sembra introdurre una valutazione giudiziale *ex post* sulla correttezza dell'assetto sostanziale degli interessi, non espressamente consentita dalla disposizione ricordata in tali evenienze.

Probabilmente la soluzione più lineare e più coerente anche con gli orientamenti sovranazionali ricordati sulla nozione del conflitto e sulla *ratio* della sua disciplina è quella di considerare la scelta discrezionale

²⁹ Cons. Stato, Sez. VI, 22.03.2022, n. 2069, cit., “La mancata astensione del funzionario comporta una illegittimità procedimentale che refluisce sulla validità dell'atto finale, a meno che non venga rigorosamente dimostrato (dall'Amministrazione procedente) che la situazione d'incompatibilità del funzionario non ha in alcun modo influenzato il contenuto del provvedimento facendolo divergere con il fine di interesse pubblico”; così anche CdS, VI, 18.10.2022 n.8845; Sez. III, 20.08.2020 n. 5151.

³⁰ Questa posizione di mediazione è criticata da G. D'ANGELO, *Conflitto di interessi ed esercizio della funzione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 163 ss.

³¹ F. FRACCHIA, M. OCCHIANA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-*octies*, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in: www.giustamm.it, p. 24 e ss; E. FOLLIERI, *L'annullabilità dell'atto amministrativo*, in *Urb. e app.*, fasc. 6/2005, p. 625, ss.; F. SAITTA, *Nuove riflessioni sul trattamento processuale dell'omessa comunicazione di avvio del procedimento: gli artt. 8, ultimo comma, e 21-*octies*, 2° comma, della legge n. 241 del 1990 a confronto*, in *Foro amm.-Tar*, 2006, p. 2295; D.U. GALETTA, *Notazioni critiche sul nuovo articolo 21-*octies* della legge n. 241/90*, in: Giustamm.it; L. FERRARA, *La partecipazione tra “illegittimità” e “illegaltà”*. *Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 103; P. LAZZARA, *Contributo alla discussione sui vizi di forma e di procedimento di cui all'art. 21-*octies*, l. 241 del 1990*, in *Foro amm.-CdS*, 2009, p. 190; F. TRIMARCHI, *Rilevanza condizionata dei vizi di illegittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 1117.

in ogni caso viziata - per definizione - dall'esistenza di un conflitto rilevante in capo al decidente e al ricorrente si può imporre il solo limitato onere di dimostrare l'astratta idoneità causale del conflitto, ma non la consumazione della disparità³². Tale conclusione è avvalorata proprio dalla lettera dell'art.6-*bis* della l. 241/90 citato che dà rilievo al conflitto anche potenziale.

Da questa ricostruzione, emerge un regime composito delle conseguenze derivanti dal conflitto di interessi non risolto con la comunicazione dello stesso e con l'astensione.

Nei confronti del funzionario scattano sempre e comunque le sue responsabilità disciplinari ed eventualmente amministrative³³. Nei confronti dell'atto amministrativo, invece, occorre valutare la concreta situazione e i margini per applicabilità dell'art. 21-*octies* della legge n. 241/1990. Tale assetto appare del tutto coerente con l'esigenza di affermare la piena effettività della disposizione che vieta in generale il conflitto di interessi, tenendo conto delle parimenti tutelate esigenze di efficienza della pubblica amministrazione³⁴.

3. La vigilanza sull'accertamento dei conflitti di interessi e delle fattispecie di inconferibilità e incompatibilità: i distinti e contigui ruoli del responsabile della prevenzione della corruzione e dell'ANAC

La legge ha disciplinato un sistema di applicazione delle disposizioni che definiscono i conflitti di interessi rilevanti che conosce le distinte competenze delle amministrazioni procedenti, del responsabile del procedimento, del responsabile della prevenzione della corruzione e della stessa ANAC. L'art. 6-*bis* della legge n. 241/1990 e l'art. 42 del Codice dei Contratti devono essere applicati dai rispettivi responsabili del procedimento e, su queste disposizioni, l'ANAC si limita a svolgere una funzione

³² Così puntualmente, I. PIAZZA, *La pretesa a un'amministrazione imparziale. note sul conflitto d'interessi nel diritto amministrativo*, in *Pa Persona e Amministrazione*, 2020, p. 81.

³³ Una recente e completa trattazione è in E. TRAVERSARI, *Il conflitto di interessi e l'inconferibilità degli incarichi extraistituzionali nel pubblico impiego italiano e nelle istituzioni europee*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 2, 2020, p. 22 ss.

³⁴ Così anche C. CONTESSA, *Circa la nozione in senso funzionale di "conflitto di interesse" nel nuovo "Codice dei contratti"*, in *Urb. app.*, 2017, p. 829.

di supporto ai responsabili della prevenzione della corruzione e della trasparenza (di seguito anche solo RPCT) e alle stazioni appaltanti³⁵. L'*enforcement* dei divieti connessi alle fattispecie di inconfiribilità e di incompatibilità, delineati dal d.lgs. n.39 del 2013, spetta in prima battuta al responsabile della prevenzione della corruzione. Tuttavia, proprio con riguardo a tali specifiche situazioni, si sono affermati nella pratica e sono stati convalidati dalla giurisprudenza alcuni poteri dell'Autorità sui quali quale vale la pena intrattenersi.

Giova ricordare sinteticamente che il d.lgs. n. 39 del 2013 tipizza alcune situazioni di conflitti di interessi e ne stabilisce una regolamentazione peculiare con riguardo all'assunzione e all'espletamento degli incarichi di vertice nella pubblica amministrazione e negli enti pubblici e di diritto privato sottoposti a controllo pubblico. La stessa legge delega (art. 1, commi 49 e 50 della legge 6 novembre 2012, n. 190) dichiara la *ratio* di questa disciplina, richiedendo la previsione esplicita dei casi di non conferibilità di incarichi dirigenziali, ad esempio, per coloro che sono stati condannati, anche con sentenza non passata in giudicato, per i reati previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale; per coloro che per un congruo periodo di tempo, non inferiore ad un anno, antecedente al conferimento, abbiano svolto incarichi o ricoperto cariche in enti di diritto privato sottoposti a controllo o finanziati da parte dell'amministrazione che conferisce l'incarico; per i soggetti estranei alle amministrazioni che, per un periodo di tempo non inferiore ad un anno, antecedente al conferimento, abbiano fatto parte di organi di indirizzo politico o abbiano ricoperto cariche pubbliche elettive. Inoltre, la legge delega ha anche stabilito che siano determinati i casi di incompatibilità tra i predetti incarichi amministrativi, una volta conferiti, e lo svolgimento

³⁵ Così la Delibera dell'ANAC n.25 del 2020: «Indicazioni per la gestione di situazioni di conflitto di interessi a carico dei componenti delle commissioni giudicatrici di concorsi pubblici e dei componenti delle commissioni di gara per l'affidamento di contratti pubblici» dove a pag. 3 si legge: «In materia di conflitto di interessi, come più volte evidenziato (si veda il PNA per l'anno 2019, pp. 49 e 50 e la Relazione al Parlamento dell'ANAC del 2018, p. 83), questa Autorità non dispone di specifici poteri di intervento e sanzionatori. L'intervento dell'Autorità Nazionale Anticorruzione ha una funzione preminentemente collaborativa; si svolge, cioè, in forma di ausilio all'operato degli RPCT di ciascun ente. Le singole amministrazioni e le singole stazioni appaltanti restano sempre competenti a prevenire e vigilare, nonché risolvere gli eventuali conflitti di interessi che riguardano i propri funzionari».

to di attività, retribuite o no, presso enti di diritto privato sottoposti a regolazione, a controllo o finanziati da parte dell'amministrazione che ha conferito l'incarico; o lo svolgimento in proprio di attività professionali, se l'ente o l'attività professionale sono soggetti a regolazione o finanziati da parte dell'amministrazione; o l'esercizio di cariche negli organi di indirizzo politico. Dai criteri di delega emerge la *ratio* evidente di regolamentazione volta non solo a sterilizzare eventuali conflitti di interesse nel senso detto, ma anche a riaffermare la dovuta separazione e distinzione tra l'attività amministrativa e quella di indirizzo politico.

In merito alle conseguenze del mancato rispetto della disciplina, come segnalato, la legge dispone che gli atti di conferimento di incarichi adottati in violazione delle disposizioni del decreto e i relativi contratti sono nulli (art. 17 del d.lgs. 39/2013); sono previste sanzioni in capo a coloro che conferiscano incarichi pubblici in spregio del divieto che possono integrare ipotesi di responsabilità disciplinare, erariale e la perdita della facoltà di attribuire incarichi per un tempo determinato (art.18 del d.lgs. 39/2013). In caso di svolgimento degli incarichi in una delle situazioni di incompatibilità delineate, la legge poi stabilisce la decadenza dall'incarico e la risoluzione del relativo contratto, di lavoro subordinato o autonomo, decorso il termine perentorio di quindici giorni dalla contestazione all'interessato, da parte del responsabile del piano anticorruzione, dell'insorgere della causa di incompatibilità (art.19 del d.lgs. 39/2013). I procedimenti di accertamento delle eventuali violazioni ai divieti posti dal d.lgs. n. 39/2013 sono stati disciplinati dall'ANAC³⁶.

Il responsabile della prevenzione della corruzione e trasparenza (RPCT) è il soggetto titolare del potere di contestare le situazioni di inconferibilità o incompatibilità eventualmente accertate (art. 15 del d.lgs. n. 39/2013). Questi ha anche il compito di segnalare le violazioni del d.lgs. n. 39/2013 all'Autorità nazionale anticorruzione, alla Autorità garante della concorrenza e del mercato e alla Corte dei conti.

Con specifico riferimento all'accertamento della fattispecie di inconferibilità, l'ANAC, nelle Linee guida di cui alla delibera n. 833 del 2016, ha dedotto dalla norma sopra citata che il procedimento viene avviato

³⁶ Cfr. delibera n. 833 del 2016, contenente le Linee guida in materia di accertamento delle inconferibilità e incompatibilità degli incarichi amministrativi.

dal RPCT, non appena quest'ultimo sia venuto a conoscenza del conferimento di un incarico in violazione delle norme del d.lgs. n. 39/2013 ed è instaurato fin da subito tanto nei confronti del soggetto cui è stato conferito l'incarico, quanto nei confronti dell'organo conferente.

La contestazione costituisce l'atto iniziale del procedimento che, di regola, viene svolto dal RPCT e comprende due distinti accertamenti: il primo, che comporta un mero riscontro del fatto che è stato conferito un incarico ad una persona cui la legge vietava di assumerlo; il secondo, che segue eventualmente, ha ad oggetto la valutazione della sussistenza dell'elemento soggettivo, dolo o colpa, anche lieve, in capo al soggetto che ha conferito l'incarico vietato, ai fini dell'eventuale applicazione della sanzione interdittiva di cui all'art. 18 del d.lgs. n. 39/2013. Infatti, malgrado il legislatore sembra aver costruito come automatica la sanzione inibitoria, essa non può essere irrogata - pena la sua incostituzionalità per contrasto ai principi di razionalità e pari trattamento, di cui all'art. 3 Cost., con altre sanzioni amministrative del diritto di difesa di cui all'art. 24 e di legalità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 della Costituzione e ai principi della convenzione EDU ed in particolare all'art. 6 come più volte interpretato dalla Corte di Strasburgo - senza che sia apprezzato anche il profilo psicologico di cd. colpevolezza da parte dell'autore. Questa è la conclusione cui è giunta l'ANAC confortata dalla giurisprudenza³⁷. L'art. 17 del d.lgs. n. 39/2013 prevede espressamente, quale effetto dell'accertamento della sussistenza di una causa di inconferibilità dell'incarico, la nullità dell'atto di conferimento dell'incarico e del relativo contratto. La nullità del contratto produce effetti prevalentemente nei confronti del soggetto incaricato e riguardano anche la retribuzione percepita in relazione allo svolgimento dell'incarico, che dovrà essere restituita, nei limiti stabiliti dall'articolo 2126 c.c.

La nullità dell'atto di conferimento dell'incarico pone il problema di valutare la validità degli atti adottati dal funzionario. Invero, il soggetto cui è stato conferito l'incarico in sé nullo è da assimilare alla figura del funzionario di fatto. Egli, in quanto privo di un valido titolo di legittima-

³⁷ Cfr. Delibera dell'ANAC n. 68/2015 e TAR Lazio Roma, 8 giugno 2016, n. 6593 con cui è stata confermata la legittimità della delibera, in materia di inconferibilità degli incarichi di cui all'art. 8 del d.lgs. n. 39 del 2013.

zione a ricoprire l'incarico, agisce come un privato che non è mai stato investito del potere di agire in nome dell'ente pubblico. In ragione delle esigenze di garanzia della certezza delle relazioni di diritto pubblico e di tutela dell'affidamento dei terzi è da ritenere però, con la giurisprudenza prevalente³⁸, che la nullità della nomina di un funzionario per inconfiribilità non si comunichi agli atti da esso adottati, i quali devono intendersi non nulli, ma solo annullabili per difetto di legittimazione del titolare apparente dell'organo. E, pertanto, restano efficaci se l'atto di attribuzione dell'incarico – nullo di per sé – non sia impugnato insieme alle determinazioni assunte dal funzionario da parte di chi vi possa avere interesse.

Circa il soggetto competente alla dichiarazione della nullità degli atti di conferimento di incarichi, adottati in violazione delle disposizioni del d.lgs. n. 39/2013, e dei relativi contratti, non vi è alcuna specifica indicazione di legge. L'ANAC, dunque, in via interpretativa³⁹, ha affermato che tale competenza spetta al RPCT. L'orientamento è stato confermato dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui è attribuito «al R.P.C. dell'ente interessato (...) qualora ritenga configurabile una violazione del d.lgs. n. 39/2013, il compito, ai sensi dell'art. 15, di accertare che la nomina sia inconfiribile o incompatibile e, con specifico riferimento alle fattispecie di inconfiribilità, di dichiarare la nullità, nonché di valutare se alla stessa debba conseguire l'applicazione delle misure inibitorie di cui all'art. 18»⁴⁰. La dichiarazione di nullità da parte del RPCT, secondo l'interpretazione dell'ANAC e della giurisprudenza amministrativa, «individua un'ipotesi di potere vincolato, che obbliga il responsabile della prevenzione della corruzione a dichiarare la nullità degli atti di conferimento nelle ipotesi in cui ravvisi la violazione delle norme in tema di inconfiribilità»⁴¹. In altri termini, l'intervento ripristinatorio degli interessi pubblici violati ha natura vincolata, è correlato al mero riscontro della inconfiribilità

³⁸ Cons. Stato, Sez. V, sentenza 6 novembre 2017, n. 5092.

³⁹ Delibera dell'ANAC n. 68/2015.

⁴⁰ Tar Lazio, Roma, 8 giugno 2016, n. 6593, cit.

⁴¹ Tar Lazio, Roma, 8 giugno 2016, n. 6593, cit.

dell'incarico e risponde all'esigenza di rimuovere il pregiudizio arrecato ai preminenti interessi pubblici.

Anche per quanto concerne il procedimento di accertamento della fattispecie di incompatibilità, il RPCT lo avvia contestando all'interessato la situazione di incompatibilità. Dalla data della contestazione decorrono i 15 giorni che impongono, in assenza di un'opzione da parte dell'interessato, l'adozione di un atto, su proposta del RPCT, con il quale viene dichiarata la decadenza dall'incarico.

Il ruolo e i poteri dell'ANAC non sono delineati in modo esaustivo dalla normativa sulle inconferibilità e incompatibilità⁴², anche se la legge riconosce all'Autorità una forma di vigilanza generale.

In virtù dell'art. 16 del d.lgs. n. 39/2013, l'Autorità infatti «vigila sul rispetto da parte delle amministrazioni pubbliche, degli enti pubblici e degli enti di diritto privato in controllo pubblico, delle disposizioni di cui al presente decreto, anche con l'esercizio di poteri ispettivi e di accertamento di singole fattispecie di conferimento degli incarichi». Il secondo comma, dell'art. 16 prevede, ancora, la possibilità, per «l'Autorità nazionale Anticorruzione, a seguito di segnalazione (della Presidenza del Consiglio dei ministri – Dipartimento della funzione pubblica) o d'ufficio, di sospendere la procedura di conferimento dell'incarico con un proprio provvedimento che contiene osservazioni o rilievi sull'atto di conferimento dell'incarico nonché segnalare il caso alla Corte dei conti per l'accertamento di eventuali responsabilità amministrative. L'amministrazione, ente pubblico o ente privato in controllo pubblico che intenda procedere al conferimento dell'incarico deve motivare l'atto tenendo conto delle osservazioni dell'Autorità». Inoltre, all'ANAC è attribuita un'ulteriore competenza, richiamata espressamente al comma 3 dell'art. 16, consistente nel rilascio di pareri obbligatori sulle direttive e le circolari ministeriali concernenti l'interpretazione delle disposizioni contenute nel d.lgs. n. 39/2013, nonché l'applicazione di dette disposizioni alle diverse fattispecie di inconferibilità degli incarichi e di incompatibilità. In definitiva, dall'impianto normativo descritto, emerge che il potere di vigilanza dell'Autorità si esprime: nella potestà di accertare l'inconferibilità

⁴² Cfr. La segnalazione in merito a tali criticità della stessa Autorità al Governo e al Parlamento n. 5 del 9 settembre 2015.

o l'incompatibilità, nell'ambito dell'esercizio del potere dell'Autorità di sospendere la procedura di conferimento dell'incarico (art. 16, comma 2); e nell'eventuale accertamento di singole fattispecie di inconfiribilità e incompatibilità (art. 16, comma 1) che prescindono anche dall'attivazione del potere di sospensione.

L'intervento sospensivo consente all'Autorità di procedere a una prima valutazione della situazione segnalata. Si tratta di una misura di tipo cautelare e collaborativo che serve a richiamare l'amministrazione sul rispetto della disciplina in materia di inconfiribilità e incompatibilità. Ciò è confermato dal fatto che l'amministrazione può comunque procedere al conferimento dell'incarico, previa adeguata motivazione che tenga conto delle osservazioni e dei rilievi dell'ANAC, la quale non potrà però attivare alcuna ulteriore iniziativa. Il potere riconosciuto all'Autorità di sospendere la procedura di conferimento dell'incarico si concretizza in un provvedimento contenente osservazioni e rilievi sul predetto atto di conferimento, nonché nella segnalazione del caso alla Corte dei conti per l'accertamento di eventuali responsabilità amministrative. L'Autorità, inoltre, disposta la sospensione del procedimento del conferimento, delibera che non deve darsi luogo alla sottoscrizione del contratto individuale di lavoro.

Dall'analisi della prassi provvedimentale dell'Autorità, è emerso che questo tipo di provvedimento, definito nelle Linee guida in materia di accertamento delle inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi amministrativi come «parere anticipato» è assai meno frequente dell'intervento *ex post* dell'Autorità.

Come ricordato, l'Autorità, ai sensi dell'art. 16, comma 1, ha il potere di procedere all'accertamento di singole e specifiche fattispecie di illegittimo conferimento degli incarichi. Detto potere può attivarsi su segnalazione di terzi, in occasione della richiesta di pareri da parte delle amministrazioni, su segnalazione dello stesso RPCT (ai sensi dell'art. 15, comma 2), ovvero d'ufficio. L'accertamento riguarda casi di incarichi già conferiti. L'Autorità, nelle citate Linee guida di cui alla delibera n.833 del 2016, ha affermato che il procedimento di accertamento è svolto nel rispetto del principio del contraddittorio, con una interlocuzione che si svolge con il RPCT dell'amministrazione interessata. L'accertamento si svolge sulla base dei documenti messi a disposizione dell'Autorità, con la possibilità,

ove si riveli necessario, di procedere all'audizione degli interessati (RPCT, organo conferente, soggetto incaricato), secondo quanto disposto dal «Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi nonché sul rispetto delle regole di comportamento dei pubblici funzionari», approvato il 29 marzo 2017 dall'ANAC.

Il soggetto sulla cui posizione l'Autorità è chiamata a deliberare, a norma dell'art. 12 del Regolamento ANAC sopracitato, deve essere informato dell'avvio di un procedimento di vigilanza ed è legittimato a partecipare alla fase istruttoria. In relazione al rispetto del termine per la comunicazione di avvio del procedimento previsto dall'art. 12, comma 2, del Regolamento, l'ANAC ha fornito un'interpretazione della citata disposizione affermando che la stessa consente di ritenere ordinatorio il termine di avvio del procedimento, laddove prevede che «Il termine per la comunicazione di avvio del procedimento a seguito di segnalazione, decorrente dalla data di ricevimento della stessa, è, di norma, di 60 giorni⁴³». La lettura non contrasterebbe con la disposizione di cui all'art. 7, comma 3, del medesimo Regolamento laddove prevede una archiviazione tacita della segnalazione nel caso in cui l'Autorità non proceda alla comunicazione di avvio al procedimento nel termine previsto. Invero, la disposizione andrebbe letta in combinato disposto con la disposizione di cui al successivo comma quarto, che, in ogni caso, consente l'esercizio dell'attività di vigilanza in caso di sopravvenuti elementi di fatto o di diritto, ovvero di diversa e ulteriore valutazione dell'Autorità, anche rispetto a segnalazioni già oggetto di archiviazione.

Dalla lettura del dato normativo sembrerebbe che l'Autorità non sia tenuta a comunicare all'interessato il provvedimento finale adottato; l'art. 20, comma 1 del Regolamento sopra citato individua, infatti, quali soggetti destinatari della comunicazione dell'atto adottato il RPCT, l'amministrazione interessata e i soggetti che abbiano presentato la segnalazione. È bene evidenziare, in ogni caso, che, dalle delibere in materia, si evince solitamente che il diretto interessato risulta essere anch'esso destinatario del provvedimento adottato dal Consiglio dell'Autorità.

⁴³ Delibera dell'ANAC n. 159 del 2019.

Nella prassi si è posto il problema del rapporto tra i descritti poteri dell'ANAC e le competenze del RPCT.

L'ANAC⁴⁴ ha sostenuto la lettura secondo la quale, in virtù dell'esplicita attribuzione alla stessa, ad opera dell'art. 16, comma 1 del d.lgs. n. 39/2013, del potere di accertamento di singole fattispecie di conferimento degli incarichi in violazione di legge, tale accertamento sarebbe anche idoneo a superare eventuali diverse valutazioni dell'amministrazione conferente l'incarico e del suo RPCT. Secondo l'Autorità, se la stessa viene chiamata, per volontà dell'amministrazione o su segnalazione di terzi, ad accertare specifiche fattispecie di incarichi già conferiti, questo accertamento non potrebbe che essere destinato 'a fare stato'. Quindi, nei casi di accertamento compiuto dall'Autorità, al RPCT si dovrebbe ritenere preclusa ogni altra ulteriore attività di accertamento delle violazioni delle norme del d.lgs. n. 39 del 2013. In capo al RPCT, peraltro, secondo questa lettura residuerebbero funzioni non secondarie e pacificamente non attribuite all'ANAC, quali: prendere atto dell'accertamento compiuto dall'Autorità e della conseguente automatica nullità dell'atto di conferimento, ovvero diffidare l'interessato ad optare tra incarichi dichiarati incompatibili; avviare il procedimento sanzionatorio, ai fini dell'accertamento delle responsabilità soggettive e dell'applicazione della misura interdittiva prevista dall'art. 18 del d.lg. n. 39/2013 (per le sole inconferibilità).

In una logica di efficace collaborazione tra soggetti chiamati a contrastare fenomeni di corruzione, il RPCT dovrebbe intervenire a completare l'attività di *enforcement* avviata dall'ANAC con l'accertamento di una situazione di inconferibilità o incompatibilità. E ciò dovrebbe fare dichiarando senz'altro la nullità dell'incarico inconferibile, ovvero diffidando l'interessato ad optare per l'incarico preferito; inoltre, nelle sole ipotesi di inconferibilità, dovrebbe anche verificare la sussistenza del criterio di imputazione soggettivo, presupposto indispensabile per l'irrogazione della sanzione inibitoria di cui all'art. 18 del d.lg. n. 39/2013.

La legge, tuttavia, non stabilisce che cosa accada nelle ipotesi in cui il RPCT non intenda aderire alle valutazioni effettuate dall'ANAC nell'accertamento iniziale.

⁴⁴ Delibera n. 146 del 2014 e nel Regolamento di vigilanza, cit.

Dal canto suo, l'Autorità ha ritenuto di poter argomentare l'esistenza in capo ad essa di una sorta di potere di ordine. Ove l'ANAC abbia adottato atti di accertamento di situazioni di inconferibilità e incompatibilità, questi sarebbero dotati di efficacia prevalente con la conseguenza che l'amministrazione destinataria e il suo RPCT sarebbero obbligati all'adozione degli atti conseguenti all'accertamento. Qualora non vi provvedessero, l'Autorità, cui non sono attribuiti poteri di tipo sostitutivo, potrebbe esercitare il proprio potere di ordinare all'amministrazione e all'RPCT di adottare gli atti conseguenti di loro competenza.

Il giudice amministrativo non ha accolto questa lettura⁴⁵, pur avendo ritenuto sussistente in capo all'Autorità in questo settore un potere di accertamento che non si esaurisce in una «mera ricognizione di situazioni in fatto e in diritto» ma si esprime in «un provvedimento di accertamento costitutivo di effetti giuridici (come tale impugnabile in giustizia amministrativa): tanto che ne possono derivare iniziative conseguenti»⁴⁶.

Nondimeno, che l'ANAC sia titolare di un potere di ordine in senso tecnico è stato escluso. Secondo i giudici amministrativi, in modo condivisibile, non è possibile fondare un simile potere sull'art. 1, comma 3, della l. n. 190/2012. Quest'ultima norma si riferisce al diverso caso dell'inerzia delle pubbliche amministrazioni nell'adozione degli atti e dei provvedimenti che sono previsti dai piani di prevenzione della corruzione (comma 5, lett. a)), dagli atti generali, di coordinamento delle strategie di prevenzione e contrasto della corruzione (comma 4, lett. a)), dagli atti contenenti norme e metodologie comuni per la prevenzione della corruzione (comma 4, lett. b)), o, infine, dai modelli standard delle informazioni e dei dati occorrenti per il conseguimento degli obiettivi di prevenzione della corruzione (lett. d)). Un potere di ordine non può essere ricavato neanche postulando l'esistenza di un rapporto gerarchico. Infatti, non sussiste alcun rapporto di sovraordinazione gerarchica

⁴⁵ Cons. Stato, Sez. V, 11 gennaio 2018, n. 126; si vv. in particolare, i par. 11.5.1, 11.5.2 e 11.5.3; nella specie l'ANAC, dopo aver accertato la sussistenza dell'ipotesi di inconferibilità, aveva disposto l'annullamento dell'atto di archiviazione adottato dal Responsabile per la prevenzione della corruzione e ordinato di avviare il procedimento sanzionatorio di cui all'art. 18, comma 2, d.lgs. n. 39 del 2013 nel termine di trenta giorni. Tale principio è stato ribadito da Cons. Stato, 9 aprile 2019, n. 2325, in sede di ottemperanza della sentenza n. 126/2018.

⁴⁶ Cons. Stato, n. 126/2018, cit.

o para-gerarchica tra l'ANAC e le altre pubbliche amministrazioni. Non sussiste poi neanche un rapporto di vigilanza, specifico e tipizzato, non potendo ammettersi forme non nominate e non espressamente definite dalla legge di ingerenza dell'Autorità nell'attività di altre pubbliche amministrazioni. Né, infine, un potere di ordine può essere considerato implicito nel generale potere di regolazione e vigilanza attribuito dal d.lgs. n.39/2013, poiché nella specie una simile lettura comporterebbe l'invasione di competenze espressamente attribuite dalla legge ad altri soggetti di amministrazione – il RPCT – in contrasto palese con il principio di legalità dell'azione amministrativa.

L'Autorità appare essersi conformata all'orientamento, limitandosi nella sua prassi a richiamare genericamente il RPCT al rispetto della legge⁴⁷. Si potrebbe pensare, *de iure condendo*, ad estendere la legittimazione attiva dell'Autorità a contestare l'eventuale atto del RPCT – o la sua inerzia – quando non conformi ai propri accertamenti in materia di inconferibilità e incompatibilità.

A opposte conclusioni giunge la giurisprudenza amministrativa riguardo il distinto potere dell'ANAC di accertare le ipotesi di incompatibilità successiva di cui all'art. l'art. 53, comma 16-ter del d.lgs. n. 165 /2001, richiamata nel testo del d.lgs. n. 39/2013. Si tratta del c.d. divieto di '*pan-touflage*', finalizzato a prevenire il rischio che coloro che esercitano poteri autoritativi o negoziali alle dipendenze di un'amministrazione pubblica possano avvantaggiarsi della propria posizione attuale per precostituirsi il vantaggio di un futuro incarico dal soggetto privato destinatario dell'attività della medesima amministrazione pubblica. L'istituto mira a evitare che determinate posizioni lavorative, subordinate o autonome, possano essere anche solo astrattamente occasione di possibili fenomeni corruttivi, limitandosi per un tempo ragionevole, l'autonomia negoziale del funzionario dopo la cessazione del rapporto di servizio con la pubblica amministrazione.

⁴⁷ Cfr. nota dell'ANAC del 6 luglio 2018 prot. n. 059765, nella quale l'Autorità invita il RPCT a conformare il proprio comportamento a quanto precedentemente deliberato dalla stessa, evidenziando che, in difetto procederà ad interessare la magistratura contabile per gli aspetti di competenza.

L'affermazione del potere dell'Autorità di accertare la violazione del divieto in esame appare particolarmente rilevante, in quanto il soggetto nei cui confronti avviene l'accertamento è ormai uscito dall'organizzazione amministrativa pubblica e opera in un contesto privato. In una simile situazione, nel silenzio della legge, escludere il potere dell'Autorità avrebbe comportato l'assenza di qualsiasi forma di vigilanza pubblica. In tal caso, la giurisprudenza⁴⁸ ha ritenuto che il potere dell'Autorità sussista in quanto del tutto coerente con la *ratio* della disposizione di divieto. La sanzione della nullità del contratto, conseguente alla violazione del divieto di *pantouflage* è posta a tutela della funzione di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione. Da ciò si fa derivare la configurabilità di un chiaro «nesso finalistico fra la norma assistita dalla sanzione amministrativa e le funzioni attribuite all'Autorità» con la conseguenza che: «... si deve convenire che, nella specie, per le peculiari ragioni logico-sistematiche ora esposte, l'art. 13 del d.lgs. n. 39/ 2013 sancisce una specifica, ancorché non testuale, attribuzione di competenza in favore dell'ANAC anche in ordine all'accertamento della nullità dei contratti di cui si tratta (in quanto naturale e coerente predicato dell'attribuzione della competenza ad accertare le violazioni del sistema)»⁴⁹.

4. Il conflitto di interessi nel codice di comportamento dei dipendenti pubblici; il rapporto tra il d.lgs. n. 39/2013, il TUEL e la normativa precedente; il conflitto di interessi degli organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico

Una puntuale disciplina del conflitto di interessi, come anticipato, è stata accolta anche nel codice di comportamento dei dipendenti pubblici, adottato ai sensi dell'art. 54 del d.lgs. n. 165/ 2001, così come sostituito dall'art. 1, comma 44 della l. n. 190 del 2012, al comma 1. Tale codice indica le norme di comportamento generalmente applicabili nel pubblico impiego privatizzato e costituisce la base minima e indefettibile di ciascun codice di comportamento adottato dalle varie amministrazioni.

⁴⁸ Cons. Stato, Sez. V, 29 ottobre 2019, n. 7411.

⁴⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez VI, n. 7411/2019, cit.

Ciascuna amministrazione deve adottare, infatti, un proprio codice di comportamento anche come misura di azione preventiva della corruzione a livello decentrato⁵⁰. La disciplina posta da tale codice si giova del rango regolamentare⁵¹ che deve essere ad esso attribuito, a differenza dei precedenti codici di comportamento del pubblico impiego⁵², e non è quindi necessario che il dipendente lo approvi con la firma del contratto⁵³. La violazione dei doveri contenuti nel Codice di comportamento è fonte di responsabilità disciplinare; è rilevante ai fini della responsabilità civile, amministrativa e contabile e costituisce elemento di valutazione anche in sede di misurazione della *performance*. Il coordinamento tra il codice e il sistema di misurazione e valutazione della *performance* è garantito dagli Organismi Indipendenti di Valutazione.

L'attuale codice di comportamento assolve quindi a una funzione anche repressiva⁵⁴ oltre che preventiva, essendo previste specifiche sanzioni al ricorrere di violazioni che, se reiterate e gravi, possono giustificare anche l'applicazione della sanzione del licenziamento disciplinare.

Il Codice ha un ambito di applicazione molto vasto, estendendosi anche a tutti i collaboratori o consulenti, con qualsiasi tipologia di contratto o incarico, ai titolari di organi o incarichi negli uffici di diretta collaborazione delle autorità politiche e, infine, a coloro che collaborano con imprese fornitrici di beni o servizi operanti al servizio dell'amministrazione.

⁵⁰ Si vedano, in tal senso, le «Linee guida in materia di codici di comportamento delle pubbliche amministrazioni», contenute nella delibera n. 75 del 2013, adottate dalla Commissione Indipendente per la Valutazione, la Trasparenza e l'Integrità delle amministrazioni pubbliche.

⁵¹ Il codice è stato emanato nelle forme previste per i regolamenti governativi dall'art. 17 l. n. 400/1988, con l'approvazione con d.P.R. previa deliberazione del Consiglio dei Ministri.

⁵² E. CARLONI, *Ruolo e natura dei c.d. "codici etici" delle amministrazioni pubbliche*, in *Diritto Pubblico*, n. 1, 2002, pp. 319 – 361 evidenzia la debolezza formale del precedente Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni adottato con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione pubblica, 28 novembre 2000 e facendo comunque rinvio alla contrattazione collettiva.

⁵³ Così S. BATTINI, *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici*, in *Riv. Trim. dir. pub.*, 1/2015.

⁵⁴ B.G. MATTARELLA, *Il nuovo codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 10, 2013, pp. 928-929; F. MERLONI, *L'applicazione della legislazione anticorruzione nelle Regioni e negli enti locali tra discipline unitarie e autonomia organizzativa*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2, 2013, p.365 e ss; E. CARLONI, *I codici di comportamento "oltre" la responsabilità disciplinare*, in *Law. p.a.*, 2017, p. 160.

Esso, come anticipato, ha contribuito a definire le tipologie di conflitti di interesse e i legami del pubblico dipendente rilevanti a tali fini; stabilisce, infatti, che il conflitto può riguardare interessi di qualsiasi natura, anche non patrimoniali, come quelli derivanti dall'intento di voler assecondare pressioni politiche, sindacali o dei superiori gerarchici; le tipologie di legami considerati sono quelli del coniuge, dei conviventi, dei parenti e degli affini entro il secondo grado; per quanto concerne gli interessi finanziari, il dipendente è tenuto, in ogni caso, a comunicare tutti i rapporti, diretti o indiretti, di collaborazione con soggetti privati, in qualunque modo retribuiti che lo stesso abbia o abbia avuto negli ultimi tre anni (art.6).

In questo torno di tempo che ci separa dall'approvazione della legge n.190/2012 e delle altre fonti attuative, si è posta un'interessante questione relativamente al rapporto tra il d.lgs. n. 39/2013, le norme del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (il c.d. TUEL) e le leggi regionali, eventualmente con il primo contrastanti. L'ANAC ha ritenuto in generale⁵⁵ che le norme contenute nel decreto legislativo n.39/2013 debbano prevalere, realizzandosi un fenomeno di abrogazione implicita e ha riaffermato l'orientamento in occasione del rilascio di un parere ritenendo che dovesse essere ritenuta abrogata anche la legge regionale che consentiva i comportamenti vietati dal predetto d.lgs. n.39/2013⁵⁶. Viene attribuita al dl.gs. n.39/2013 la natura di disciplina generale e di principio che, quindi, si impone nei confronti di norme di pari rango ad essa precedenti e, in assenza di disposizioni di abrogazione esplicita,

⁵⁵ Atto di segnalazione n. 7/2015.

⁵⁶ AG 60/2015/AC del 2015. La questione riguardava la possibilità di nominare, nell'ambito di consorzi industriali provinciali istituiti ai sensi dell'art. 31, comma 4, TUEL, alcuni rappresentanti degli enti locali, costituenti i predetti consorzi, a presidente e componenti dei relativi C.d.A., così come previsto da una legge regionale. L'Anac ha osservato che a differenza del TUEL, il d.lgs. n. 39 del 2013 è stato emanato in virtù della necessità di evitare il conferimento di incarichi, anche nel caso in cui l'attribuzione sia avvenuta ex lege, in potenziali situazioni di conflitto d'interesse – che possono crearsi fra controllore (organo politico) e controllato (amministrazione o società controllata) – ovvero di evitare che fra tali soggetti possano sussistere fenomeni d'eccessiva contiguità, in grado di agevolare l'elusione dell'obiettivo dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa e, in generale, dei principi di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa.

è da ritenere anche nei confronti di quelle di pari rango successive. La giurisprudenza amministrativa sembra confermare tale impostazione⁵⁷. In origine la legge n.190/ 2012 non conteneva espressi riferimenti al tema della prevenzione della corruzione riguardo le società partecipate dai pubblici poteri. Tuttavia, indicazioni normative specificamente rivolte alla prevenzione della corruzione nel settore, si sono avute nel d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, adottato in attuazione della l. n. 114/2014. Il d.lgs. n. 97/2016, per il tramite dell'art. 3, ha inserito nel d.lgs. n. 33/2013 l'art. 2-*bis*, inerente all'ambito soggettivo di applicazione, che è stato esteso appunto alle società partecipate di cui al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (c.d. Testo unico società partecipate), con la sola esclusione delle società pubbliche quotate nei mercati regolamentati. L'art. 41 del d.lgs. n. 97/2016, invece, ha modificato la l. n. 190/2012 introducendo un comma 2-*bis* nell'art. 1; così facendo, nel novero dei soggetti destinatari del PNA, sono state incluse anche le società pubbliche.

La successiva normativa ha quindi imposto anche alle società partecipate dai pubblici poteri l'osservanza delle misure anticorruzione, sebbene con modalità semplificate; infatti, alle società pubbliche viene consentito di non adottare un piano triennale di prevenzione della corruzione, ma di integrare opportunamente i propri modelli di organizzazione e gestione ex d.lgs. n.231/2001.

Tale quadro normativo presenta, tuttavia, una criticità. L'art. 11, comma 8 del d.lgs. n. 175/2016, che stabilisce il divieto per gli amministratori delle società a controllo pubblico di essere dipendenti delle amministrazioni pubbliche controllanti o vigilanti, ricalca quanto previsto dall'art. 9, comma 1 del d.lgs. n. 39/2013, ma avendo la prima disposizione carattere di specialità è da ritenere che prevalga su quest'ultima disposizione. Ora, mentre le violazioni dell'art. 9, comma 1 del d.lgs. 39 /2013 restano sotto la vigilanza dell'ANAC, le violazioni – di identico contenuto – dell'art. 11, comma 8 del d.lgs. n.175/2016 fuoriescono dall'ambito della suddetta vigilanza.

In questo settore, perciò l'Autorità si è limitata ad effettuare valutazioni a titolo meramente collaborativo⁵⁸. Al momento, infatti, risulterebbero

⁵⁷ Tar Sardegna, 29 luglio 2015, n. 972.

⁵⁸ Cfr. Delibera n. 1203 del 2017, dove l'Autorità ha ribadito la natura collaborativa dei propri accertamenti all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 11, comma 8 del d.lgs. n. 175/2016.

competenti ad applicare l'art. 11, comma 8, citato solo le rispettive amministrazioni controllanti in quanto titolari dei pacchetti azionari e tramite l'esercizio dei poteri dell'azionista.

5. Il conflitto di interessi c.d. 'strutturale' e dei titolari dei collegi delle Autorità indipendenti

Emerge dalla prassi dell'ANAC una figura di conflitto non tipizzato da fonti normative e nei confronti dei quali, *a fortiori*, l'Autorità non è dotata di formali poteri di accertamento che possano conseguire effetti giuridici cogenti. Si tratta di situazioni che rientrano nella nozione generale di conflitto di interessi, sopra ricostruita, ma che non sono risolvibili con la mera astensione dell'interessato.

Si possono richiamare alcuni esempi.

È stato ritenuto esservi conflitto tra la carica di presidente di un ente pubblico economico e quella di amministratore unico della società *in house* controllata dal primo, nel momento in cui il bilancio di quest'ultima società doveva essere approvato dall'ente controllante⁵⁹; un conflitto è stato individuato tra le cariche presso un'Autorità portuale, implicanti l'esercizio di poteri di controllo, e le posizioni presso soggetti privati legati da un rapporto strumentale all'Autorità portuale stessa⁶⁰; un conflitto è stato profilato tra la carica di presidente di un ente pubblico non economico e quella di presidente di una società privata vigilata, regolata e controllata dal primo⁶¹.

In tutti questi casi l'Autorità ha ravvisato «un rapporto di immedesimazione tra ente controllore e ente controllato, il tutto a scapito dell'imparzialità che deve permeare l'*agere* dell'amministratore pubblico»; pertanto, su

Inoltre, con l'Atto di segnalazione n. 2 del 7 febbraio 2018, contenuto nella delibera n. 134 approvata nel medesimo anno, l'Autorità ha escluso la sussistenza di una propria competenza di vigilanza per violazioni della norma poc'anzi richiamata in virtù dell'impossibilità di un'interpretazione analogica del regime previsto dall'art. 16 del d.lgs. n. 39/2013; a sostegno di tale posizione, l'Autorità ha posto il carattere eccezionale delle norme di cui al d.lgs. n. 175 del 2016 rispetto al d.lgs. n. 39/2013. L'applicazione dell'art. 11, comma 8 del d.lgs. n. 175/2016 è avvenuta anche nella delibera n. 465 del 2017.

⁵⁹ V. il parere dell'Autorità n. AG 76/15/AC del 2015.

⁶⁰ V. la Delibera n. 179 del 2017 e la delibera n. 378 del 2016.

⁶¹ V. la delibera n. 756 del 2017.

tale presupposto, nonché in virtù del carattere generale e permanente del conflitto, non è stato ritenuto sufficiente il rimedio dell'astensione ex art. 6-bis della l. n. 241/1990, istituto applicabile esclusivamente in casi di conflitti di interessi episodici.

In questo ambito, rientra anche il caso dell'affermato conflitto tra il ruolo di presidente della Consob e lo *status* di azionista di una società britannica operante nei mercati finanziari⁶².

Quest'ultimo caso è anche paradigmatico per illustrare un'altra lacuna normativa che riguarda l'assenza di efficaci rimedi ai conflitti di interessi dei titolari degli organi decisionali delle Autorità indipendenti.

Nel caso ricordato, l'ANAC ha specificato che l'amministrazione competente a individuare un possibile conflitto di interessi era – e a legislazione vigente è – esclusivamente la Consob, così come del resto accade anche per le altre Autorità indipendenti, e si è limitata, dunque, ad affermare la situazione di conflitto di interessi sotto un duplice profilo. Un primo profilo emergeva in considerazione del caso in cui la società in questione e gli strumenti finanziari dalla stessa emessi sul mercato fossero rientrati nella sfera di esercizio dei poteri di regolazione e di vigilanza di Consob. Sebbene, invero, nella specie la Consob avesse affermato di non aver mai esercitato poteri nei confronti della società stessa, l'ANAC ha, correttamente, ritenuto di non poter escludere che l'attività del fondo di investimento in questione avrebbe potuto un giorno essere svolta anche sul mercato italiano e, pertanto, sarebbe potuta rientrare nella sua sfera di controllo. L'Autorità ha, tuttavia, anche precisato che questa prima tipologia di conflitto di interessi, derivante dalla immedesimazione tra il controllore e il controllato si configura come un conflitto puntuale, limitato a singole decisioni del controllore nei confronti del soggetto controllato al quale è legato da un interesse attinente alla sfera privata e che è neutralizzabile con il rimedio dell'astensione del controllore. La seconda tipologia di conflitto di interesse, invece, veniva invece evidenziata con riferimento alla possibilità per il presidente di Consob di avere accesso a informazioni riservate utili per la gestione del fondo stesso, a prescindere del tutto quindi dall'esercizio concreto della vigilanza da par-

⁶² V. la delibera n. 192 del 2019.

te della stessa Consob sul fondo stesso. Ferma restando la configurabilità di fattispecie illecite penali o amministrative conseguenti all'utilizzo di tali informazioni, la mera possibilità del funzionario pubblico, titolare di interessi privati in società che operano quotidianamente nell'ambito dei mercati azionari, di acquisire informazioni riservate relative ai medesimi mercati, in virtù dell'esercizio del proprio *munus*, a opinione dell'ANAC, evidenzia una situazione di conflitto di interessi strutturale non risolvibile con l'astensione.

L'episodio, come premesso, illustra una situazione comune a tutti i collegi delle autorità indipendenti ai quali certamente si applicano le norme generali in materia di conflitti di interessi, ma in relazione a cui non sussistono poteri di vigilanza di alcuna autorità esterna e diversa dai collegi medesimi. Si tratta, infatti, sempre di una forma di autovigilanza. In definitiva, nelle ipotesi illustrate, l'ANAC ha ritenuto, a ragione, integrate ipotesi di conflitti di interessi che, seppur non previste espressamente dal dettato normativo sono in grado di influenzare l'esercizio indipendente, imparziale e obiettivo della funzione pubblica rivestita e, per tale ragione, quindi sarebbe forse auspicabile una normativa *ad hoc*.

6. Il conflitto di interessi nel codice dei contratti pubblici (d.lgs. n.50/2016) e nel nuovo Codice dei contratti pubblici, in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78

Ai sensi dell'art. 42, comma 2, del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n.50/2016) «Si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interessi quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, 62».

La giurisprudenza, come già ricordato al paragrafo 1, ha avuto modo di chiarire che l'ipotesi di conflitto d'interessi, in questo settore, «deve

essere supportata da elementi da elementi concreti, specifici ed attuali»⁶³ e, con riferimento all'art. 42, comma 2 citato, ha affermato che «per le sue descritte caratteristiche funzionali, la disposizione in parola è quindi da intendersi come norma *lato sensu* “di pericolo”, in quanto le misure che essa contempla (astensione dei dipendenti) o comporta (esclusione dell'impresa concorrente) operano per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale può determinare»⁶⁴.

Si è già chiarito al paragrafo 1 come sia invalsa un'interpretazione sistematica dell'art. 42 d.lgs. n. 50/2016 con le altre fonti normative che disciplinano il conflitto di interessi e che ha condotto al risultato di ritenere che anche le fattispecie non tipizzate dovrebbero sempre essere circoscrivibili a situazioni almeno analoghe a quelle tipizzate.

L'art. 42 citato ha costituito una novità nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici. La previsione è in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia⁶⁵ che attribuisce alle amministrazioni aggiudicatrici un ruolo attivo nell'applicazione dei principi di aggiudicazione degli appalti pubblici. Secondo tali orientamenti, l'amministrazione aggiudicatrice è, in ogni caso, tenuta a verificare la sussistenza di eventuali conflitti di interessi e ad adottare le misure adeguate al fine di prevenire, di individuare i conflitti e di porvi rimedio.

Il legislatore nazionale ha previsto che, qualora il soggetto operante in nome o per conto della stazione appaltante versi in una delle ipotesi di cui al comma 2 dell'art.42, questi ha l'obbligo di darne comunicazione alla stazione appaltante e di astenersi dal partecipare alla procedura di aggiudicazione. La mancata osservanza, fatte salve le ipotesi di responsabilità amministrativa e penale, costituisce fonte di responsabilità disciplinare a carico del dipendente pubblico.

L'ambito oggettivo di applicazione dell'articolo 42 del vigente Codice dei contratti pubblici si estende a tutte le procedure di aggiudicazione di

⁶³ Cons. St, Sez. III, 26 marzo 2021, n. 2581.

⁶⁴ Così Cons. Stato, Sez. III, n. 355 del 2019 e Sez. V, n. 3048 del 2020; Sez. III, 20 agosto 2020, n. 5151 e 29 marzo 2022, n. 2309.

⁶⁵ Corte giust., 16 dicembre 2008, C-213/07, *Michaniki AE c. Ethniko Symvoulio Radiotileorasis e Ypourgos Epikrateias*, punto 45; Corte giust., Sez. V, 12 marzo 2015, C538/13 *eVigilo Ltd c. Priešgaisrines apsaugos ir gelbejimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*.

appalti e concessioni nei settori ordinari, sopra e sotto soglia; agli appalti nei settori speciali, in quanto compatibile, e agli appalti assoggettati al regime particolare di cui alla parte II, titolo VI, in forza dell'articolo 114, comma 1 del Codice; nonché ai contratti esclusi dall'applicazione del Codice medesimo, i quali, in virtù dell'art. 4, del medesimo Codice devono essere, in ogni caso, affidati nel rispetto dei principi di imparzialità e parità di trattamento⁶⁶.

In riferimento all'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 42, la giurisprudenza amministrativa ha specificato che con l'espressione «personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi» di cui alla norma in questione, debbano intendersi non solo i dipendenti in senso stretto (lavoratori subordinati dei soggetti giuridici ivi richiamati), ma anche tutti coloro che, in base a un valido titolo giuridico, legislativo o contrattuale, siano in grado di impegnare l'ente nei confronti dei terzi o comunque rivestano, di fatto o di diritto, un ruolo tale da poterne obiettivamente influenzare l'attività esterna⁶⁷. In definitiva, dunque, l'articolo 42 si applica ai soggetti che siano coinvolti in una qualsiasi fase della procedura di affidamento o che possano influenzarne in qualsiasi modo l'esito in ragione del ruolo ricoperto all'interno dell'ente⁶⁸.

L'articolo 42 del Codice dei contratti pubblici deve essere coordinato con l'articolo 80, comma 5, lettera d) del medesimo Codice, secondo il quale l'operatore economico è escluso dalla gara quando la sua partecipazione determini una situazione di conflitto di interessi ai sensi dell'articolo 42, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, che non sia diversamente risolvibile.

⁶⁶ Cfr. Linee Guida dell'ANAC n. 15, approvate con delibera n. 494 del 2019, «Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici», par. 3 «Ambito di applicazione oggettivo dell'art. 42 del codice dei contratti pubblici». Il testo delle Linee Guida è stato elaborato tenendo conto delle istruzioni operative fornite dalla Commissione Europea - Ufficio Europeo per la lotta antifrode (OLAF) nella guida pratica per i dirigenti recante «Individuazione dei conflitti di interessi nelle procedure d'appalto nel quadro delle azioni strutturali», adottate nel novembre del 2013 e dei contributi pervenuti dai soggetti intervenuti alla consultazione pubblica eseguita dall'ANAC a partire dal 18 ottobre 2019 ed è stato sottoposto al parere del Consiglio di Stato n. 667/2019 datato 05/03/2019.

⁶⁷ V. Cons. Stato, Sez. V, n. 3415/2017, e nello stesso senso, TAR Campania, Salerno, n. 524/2018.

⁶⁸ Cfr. il Piano nazionale anticorruzione per il 2022 in corso di approvazione.

Per dare un'applicazione costituzionalmente orientata alla lett. d) del comma 5 dell'art. 80, l'esclusione del concorrente dalla gara, ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera d) del codice, deve essere una misura da disporre solo come *extrema ratio* quando sono assolutamente e oggettivamente impossibili sia la sostituzione del funzionario dipendente che versa nella situazione di conflitto di interessi, sia l'avocazione dell'attività al responsabile del servizio, sia il ricorso ad altre formule organizzative alternative. Inoltre, l'impossibilità di sostituire il dipendente, di disporre l'avocazione dell'affare o di ricorrere a formule alternative dovrebbe essere assoluta, oggettiva, motivata e dimostrata.

Merita un richiamo la disciplina relativa alla composizione della commissione aggiudicatrice contenuta nell'art.77 del Codice dei contratti pubblici e sistematizzata dall'Autorità in specifiche Linee Guida cui la giurisprudenza amministrativa sembra avere espressamente aderito.

Ai sensi dell'art. 77, comma 9 del Codice, incombe sui commissari di gara l'obbligo di dichiarare, al momento dell'accettazione dell'incarico, o in una fase antecedente, l'inesistenza di cause di incompatibilità o di astensione⁶⁹. L'assenza delle stesse deve persistere per tutta la durata dell'incarico e presuppone la sussistenza di un interesse attuale e diretto per potersi ravvisare un obbligo di astensione, imponendo, inoltre, l'allegazione di concreti elementi dai quali desumere l'effettiva incompatibilità, non potendo farsi riferimento ad elementi presuntivi e generici. Tali cause sono contemplate dai commi 4, 5 e 6 dello stesso articolo.

I commissari devono dichiarare di non aver svolto, né svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta, ai sensi del comma 4; di non aver ricoperto cariche di pubblico amministratore (componente di organo amministrativo, incarichi amministrativi di vertice), nel biennio antecedente alla procedura di aggiudicazione per l'amministrazione che ha indetto la gara, ai sensi del comma 5; e, in particolare, per quanto in questa sede interessa, l'assenza di qualsiasi causa di conflitto di interessi di cui all'art. 42 del Codice degli appalti, in virtù del rinvio operato allo stesso dal comma 6.

⁶⁹ Tale obbligo dichiarativo è stato interpretato dalla giurisprudenza amministrativa in termini alquanto stringenti Cons. Stato, Sez. III, 7 novembre 2018, n. 6299.

I principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa in tema di nomina di commissari incompatibili nella commissione aggiudicatrice sono stati di recente estesi anche alle ipotesi di commissari in conflitto di interessi. Anche in tali casi, il Consiglio di Stato⁷⁰ ha ritenuto non ammissibile la semplice sostituzione di un componente in capo al quale sussiste un conflitto di interessi, affermando la necessità della sostituzione di tutti i commissari, così scongiurando ogni possibile influenza che l'attività di uno dei commissari in conflitto possa aver avuto nei confronti degli altri commissari durante le operazioni di gara. Quanto poi agli effetti di tale sostituzione sugli atti anteriori, la medesima giurisprudenza ha affermato che vengono travolti per illegittimità derivata tutti gli atti successivi alla nomina della commissione sostituita, ma non anche gli atti anteriori, in ossequio al principio generale per il quale l'invalidità ha effetti nei confronti degli atti a valle e non nei confronti degli atti a monte.

Inoltre, i giudici amministrativi⁷¹, anche con riferimento all'accertamento della sussistenza dell'eventuale conflitto di interessi dei commissari, hanno ribadito il ruolo attivo che deve caratterizzare l'operato dell'amministrazione appaltante, normativamente previsto dall'art. 77, comma 9, del Codice degli appalti. Invero la circostanza che il soggetto designato presidente della commissione non abbia compiutamente e preventivamente rappresentato alla stazione appaltante l'esistenza di una situazione di potenziale conflitto di interessi non è idonea ad evitare che possa essere poi invalidata la determinazione di nomina della commissione ovvero l'intera procedura di gara.

Infine, deve essere richiamata la disciplina sulle consultazioni di mercato disposta dall'articolo 67 del d.lgs. n. 50/2016 perché è volta a contrastare situazioni di possibile vantaggio a favore degli operatori economici che abbiano partecipato alla consultazione preliminare o alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto. Le consultazioni preliminari sono un istituto di uso facoltativo da parte della stazione appaltante

⁷⁰ V. Cons. Stato, n. 6299/2018 cit., ove si rinvia ai principi espressi da Cons. Stato, Sez. III, 6 agosto 2018, n. 4830.

⁷¹ V. Cons. Stato, n. 7170/2018, par. 4.3. Lo stesso principio è stato affermato dal Cons. Stato, n. 6299/2018, laddove si legge che «il fatto che il rilievo di eventuali legami sia rimesso all'auto-dichiarazione dei commissari medesimi, non rende il motivo di incompatibilità meno stringente o vincolante per l'Amministrazione, cui comunque è rimesso il controllo».

che risponde all'esigenza di consentire ad essa l'acquisizione di informazioni di mercato utili soprattutto per il caso di appalti aventi ad oggetto una spiccata componente tecnologica o innovativa. L'art. 66 del d.lgs. 50 del 2016 chiarisce che la consultazione del mercato avviene prima dell'avvio della procedura al fine di preparare l'appalto, di predisporre i requisiti e le specifiche dello stesso. In sede di parere sulle Linee Guida ANAC n. 14, il Consiglio di Stato ha chiarito che «*la naturale collocazione dell'istituto è nella fase successiva alla programmazione anche per evitare che si possa influire, in modo più o meno trasparente, proprio sull'atto di programmazione che, come è noto, è cruciale per la successiva attività della stazione appaltante*»⁷².

Un simile istituto, spesso molto utile alla stazione appaltante, non può produrre l'effetto di falsare la concorrenza tra i potenziali candidati. E perciò l'art.67 stabilisce che la stazione appaltante è chiamata ad adottare misure «adeguate per garantire che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione del candidato o dell'offerente stesso» e il comma 2 dell'art. 67 precisa che «qualora non sia in alcun modo possibile garantire il rispetto del principio della parità di trattamento, il candidato o l'offerente interessato è escluso dalla procedura» (cfr. art. 80, comma 5, lett. e) d.lgs. n.50/2016). L'esclusione del candidato o dell'offerente deve intendersi come una *extrema ratio*⁷³.

Questione delicata e controversa è quella di stabilire quando in concreto possa considerarsi legittima l'esclusione di un offerente che abbia partecipato alle consultazioni preliminari di mercato. Un criterio di orientamento è quello secondo il quale la stazione appaltante dovrebbe procedere a escludere l'operatore economico che ha intenzionalmente influenzato l'esito dell'indagine di mercato⁷⁴, «non potendosi imputare all'operatore

⁷² Cons. Stato, parere 14 febbraio 2019, n. 445.

⁷³ La norma applica l'art. 41 della direttiva 2014/24/UE che ha positivizzato il principio affermato dalla Corte di giustizia, nella sentenza 3 marzo 2005, C-217/03, in base al quale l'aver partecipato ad una consultazione preliminare o alla preparazione della procedura non deve pregiudicare la partecipazione alla gara se l'operatore economico non ne ha ottenuto un vantaggio concorrenziale rispetto agli altri offerenti; ciò a patto che l'amministrazione sia in grado di garantire, attraverso misure adeguate, che la concorrenza non sia falsata. Sul punto si v. anche le Linee guida ANAC n.14, delibera del 161 del 6 marzo 2019, punto 4.4.

⁷⁴ Così le linee guida Anac n.14.

economico l'eventuale effetto distorsivo della concorrenza a titolo di responsabilità oggettiva». In questa logica è stata ritenuta illegittima l'esclusione disposta ai danni di un offerente per il semplice fatto di aver partecipato alla fase di predisposizione dei criteri di aggiudicazione dell'appalto, in assenza nella motivazione di qualsiasi valutazione dell'esclusione riguardo l'apporto partecipativo concretamente addebitabile e suscettibile di influenzare il risultato finale⁷⁵. Coerentemente si è ritenuto necessario che il ricorrente interessato all'esclusione dell'aggiudicatario che ha partecipato alle consultazioni debba dimostrare che la partecipazione abbia procurato al medesimo aggiudicatario un concreto vantaggio concorrenziale⁷⁶. In ogni caso, deve sempre essere data agli interessati la possibilità di dimostrare che la loro partecipazione alla fase di consultazioni non abbia falsato la concorrenza⁷⁷.

In definitiva, la disciplina illustrata sembra profilare una fattispecie peculiare di conflitto di interessi derivante dall'indebito vantaggio concorrenziale ottenuto a causa della partecipazione alle consultazioni, ma che non si può esaurire nel mero fatto della partecipazione. Infatti, in questa fattispecie – a differenza di quanto visto riguardo alle situazioni di conflitto di interessi disciplinate come tali – l'illegittimità procedimentale – e quindi l'annullabilità dell'atto – si determina solo se si dimostra che dalla partecipazione alla consultazione è derivato un vantaggio concorrenziale concreto.

Il nuovo codice dei contratti, adottato in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici, di cui allo stato si conosce la versione in corso di esame parlamentare, stabilisce all'art. 16 la nuova disciplina del conflitto di interessi nelle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici.

Nel testo attuale la nuova disposizione recita: «1. Si ha conflitto di interessi quando un soggetto che, a qualsiasi titolo, interviene con compiti funzionali nella procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione degli appalti o delle concessioni e ne può influenzare, in qualsiasi modo,

⁷⁵ TRGA Trentino-Alto Adige, Bolzano, Sez. I, 20 aprile 2020, n. 98.

⁷⁶ TAR Molise, Sez. I, 3 febbraio 2021, n. 31.

⁷⁷ Cons. Stato, Sez. V, 17 gennaio 2023, 561.

il risultato, gli esiti e la gestione, ha direttamente o indirettamente un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia concreta ed effettiva alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione.

2. In coerenza con il principio della fiducia e per preservare la funzionalità dell'azione amministrativa, la percepita minaccia all'imparzialità e indipendenza deve essere provata da chi invoca il conflitto sulla base di presupposti specifici e documentati e deve riferirsi a interessi effettivi, la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro.

3. Il personale che versa nelle ipotesi di cui al comma 1 ne dà comunicazione alla stazione appaltante o all'ente concedente e si astiene dal partecipare alla procedura di aggiudicazione e all'esecuzione».

La disposizione recepisce e consolida gli orientamenti giurisprudenziali ricordati al paragrafo 2. È stato un intento dichiarato dei codificatori quello di «perimetrare e rendere tassativa la nozione comunitaria, recependo gli insegnamenti della giurisprudenza nazionale in materia»⁷⁸ ciò in ragione del fatto che le situazioni di conflitto di interessi determinano gravi conseguenze giuridiche per l'interessato e per la pubblica amministrazione. Quanto al primo, incombe su di esso l'obbligo di dichiarazione che, se non assolto, integra una violazione di rilievo disciplinare e penale (323 c.p.). Per questa ragione, riprendendo alcuni spunti contenuti nel parere del Consiglio di Stato n. 667 del 5 marzo 2019 (reso sulle Linee guida ANAC in materia di conflitto di interessi), il nuovo comma 2 precisa che un conflitto di interessi si determina le volte in cui a un soggetto sia affidata la funzione di cura di un interesse altrui ed egli si trovi, al contempo, ad essere titolare di un diverso interesse la cui soddisfazione avviene aumentando i costi o diminuendo i benefici dell'interesse funzionalizzato. È, quindi, riaffermato il principio secondo cui 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 rischio di

⁷⁸ Relazione illustrativa allo Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", elaborato dalla Commissione presso il Consiglio di Stato, 7 dicembre 2022.

siffatti comportamenti, un rischio di danno. L'essere in conflitto e abusare effettivamente della propria posizione restano sono due aspetti distinti. Peculiare attenzione merita la connessione tra il nuovo principio di fiducia (anch'esso positivizzato nel nuovo codice all'art. 2⁷⁹), il principio di efficienza dell'azione amministrativa e la definizione di un inedito e specifico onere probatorio che incombe su chi invoca il conflitto. Questi deve dimostrare la minaccia all'imparzialità e all'indipendenza sulla base di presupposti specifici e documentati e deve riferirsi ad interessi effettivi, la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro.

Va avvertito che sul punto il nuovo testo potrebbe in astratto presentarsi a letture restrittive con ciò depotenziandosi l'efficacia dell'istituto. Il testo in corso di esame, infatti, soprattutto per gli oneri probatori che impone rischia di introdurre nel delicato settore dei contratti pubblici una nozione di conflitto più ristretta di quella esposta nell'art. 6-*bis* della legge n.241/1990 e che potrebbe essere in contrasto con le direttive europee⁸⁰. Si osserva che il problema potrebbe essere particolarmente acuto in considerazione della ribadita affermazione dell'esigenza di disciplinare adeguatamente il conflitto di interessi che si trova nel Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza. Ad oggi non esiste nel nostro ordinamento una disciplina specifica del conflitto di interessi

⁷⁹ Cfr. Articolo 2. del nuovo Codice dei contratti pubblici: «Principio della fiducia.

1. L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici.

2. Il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato.

3. Nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, ai fini della responsabilità amministrativa costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività».

⁸⁰ Particolarmente critica sul testo è l'ANAC. Si vedano le Osservazioni di ANAC in relazione all'Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 19: «Schema di decreto legislativo recante codice dei contratti pubblici» (articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78) depositate nel febbraio 2023.

per le attività finanziate sul PNRR alle quali, dunque, si applicano le regole generali illustrate⁸¹: sarà pertanto fondamentale che le nuove regole in corso di approvazione non inducano una dequotazione del divieto di agire in conflitto. In caso di mancata modifica del testo esaminato, spetterà, pertanto, alle amministrazioni appaltanti e alla giurisprudenza mantenere l'effettività del divieto che sino ad oggi è stata garantita.

7. Conclusioni

A dieci anni dalla legge n.190/2012, si può affermare che la disciplina del conflitto di interessi abbia raggiunto nell'ordinamento un elevato grado di compiutezza ed effettività. L'attività applicativa e interpretativa dell'ANAC e della giurisprudenza amministrativa, sopra ricordate, hanno contribuito a definire la fisionomia dell'istituto e a delineare le conseguenze della violazione del divieto di agire in conflitto sia per il funzionario e sia per l'attività amministrativa da esso compiuta. Importanti affermazioni giurisprudenziali hanno poi riguardato i poteri dell'Autorità stessa nell'ambito del d.lgs. n.39/2013.

Nondimeno, è possibile evidenziare alcune criticità anche alla luce della prassi applicativa dell'ANAC.

La disciplina generale del conflitto di interessi di cui all'art. 6-*bis* della legge n.241/90 non è stata accompagnata da una disciplina altrettanto

⁸¹ Si v. il Decreto ministeriale dell'11 ottobre 2021, Procedure relative alla gestione finanziaria delle risorse previste nell'ambito del PNRR di cui all'articolo 1, comma 1042, della legge 30 dicembre 2020, n. 178. Il d.l. n. 77 del 2021 recante "Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure" (conv. con modificazioni dalla L. 29 luglio 2021, n. 108) prevede all'art. 8 che le Amministrazioni centrali titolari degli interventi previsti nel PNRR provvedano al coordinamento, monitoraggio, rendicontazione e controllo delle relative attività di gestione. A tal fine, dette amministrazioni possono avvalersi di una struttura di livello dirigenziale generale di riferimento, scelta fra quelle esistenti, o istituire un'apposita unità di missione di livello dirigenziale generale fino al completamento del PNRR. Il comma 4 della disposizione in esame, prevede poi che tale Struttura/Unità di missione "vigila sulla regolarità delle procedure e delle spese e adotta tutte le iniziative necessarie a prevenire, correggere e sanzionare le irregolarità e gli indebiti utilizzi delle risorse. Adotta le iniziative necessarie a prevenire le frodi, i conflitti di interesse ed evitare il rischio di doppio finanziamento pubblico degli interventi". Il funzionamento del sistema di gestione e controllo è sottoposto al controllo dell'Unità di Audit del PNRR istituita presso il Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato (RGS).

Sul punto poi interviene anche il nuovo Piano nazionale anticorruzione del 2022 in corso di approvazione.

generale della ricusazione del funzionario pubblico incompatibile per conflitto di interessi⁸². Il superamento di tale lacuna potrebbe essere utile per garantire un più soddisfacente equilibrio tra garanzia di imparzialità e tutela dell'efficienza e della continuità dell'attività amministrativa, sollecitando il privato a operare in via preventiva e collaborativa.

Si registra poi un'incoerenza tra l'attribuzione all'Autorità del potere di accertare la nullità di un atto di conferimento dell'incarico in violazione delle regole poste dal d.lgs. n.39 del 2013 – accertamento qualificato come costitutivo di effetti giuridici – e la possibilità per il RPCT stesso di non conformarsi a tale accertamento. Una soluzione, tuttavia, potrebbe consistere nel riconoscere all'Autorità una legittimazione speciale ad agire innanzi al giudice amministrativo per far accertare l'eventuale illegittimità dell'attività – o dell'inerzia – del RPCT.

Manca poi una norma di chiusura del sistema che consenta di intervenire nei confronti dei c.d. 'conflitti strutturali', come anche non appare adeguatamente risolto il conflitto di interessi dei componenti dei collegi delle Autorità indipendenti. Infine, il nuovo codice dei contratti pubblici in corso di approvazione ridisciplina l'istituto. La lettera delle disposizioni, specialmente in tema di onere probatorio posto in capo al ricorrente, potrebbe in astratto prestarsi a letture restrittive che depotenzierebbero l'istituto: questo esito è da scongiurare.

⁸² In merito, si v. N. PAOLANTONIO, *Ricusazione del responsabile del procedimento per conflitto di interessi tra dimensione organizzativa e pretese dei privati*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 1, 2019, p. 53 ss.