

CONFLITTO D'INTERESSI E CONTRATTI PUBBLICI: DINAMICHE EVOLUTIVE E FUTURE PROSPETTIVE DI IMPIEGO DELL'ISTITUTO

di Riccardo LOFFREDO*

ABSTRACT

Lo studio esamina l'istituto del conflitto d'interessi - muovendo da una breve disamina dei caratteri del principio di imparzialità - e si propone di mettere in luce il dibattito che si è registrato all'interno della giurisprudenza e della dottrina sul quadro normativo dell'istituto, sul bene giuridico tutelato dal conflitto d'interessi e sulla tassatività delle ipotesi conflittuali. Successivamente, con l'entrata in vigore del d. lgs. 50/2016, si è analizzata l'evoluzione di tale dibattito rispetto al settore dei contratti pubblici con una serie di conseguenti contrasti in giurisprudenza. L'analisi del conflitto d'interessi suscita una rinnovata attenzione, a seguito dell'entrata in vigore dell'attuale Codice dei contratti pubblici, quanto alle tecniche di tutela dell'immagine della pubblica amministrazione. Ci si soffermerà sulle ricadute derivanti dall'abrogazione dell'abuso d'ufficio sugli strumenti amministrativi di tutela dell'immagine dell'amministrazione, nell'ambito del più ampio rapporto tra tecniche di contrasto alla corruzione proprie del diritto penale e quelle proprie del diritto amministrativo.

The study examines the institution of conflicts of interest, starting with a brief analysis of the characteristics of the principle of impartiality. It aims to highlight the debate that has taken place within case law and doctrine regarding the regulatory framework of the institution, the legal interest protected by conflicts of interest, and the exhaustiveness of conflictual situations. Subsequently, with the entry into force of Legislative Decree 50/2016, the evolution of this debate in relation to public procurement contracts has been analyzed, with a series of resulting contradictions in case law. The analysis of conflicts of interest has sparked renewed attention following the enactment of the current Public Procurement Code, particularly concerning techniques for protecting the image of public administration. The focus will be on the implications arising from the repeal of the abuse of office in relation to administrative tools for protecting the administration's image, within the broader context of the relationship between anti-

corruption techniques in criminal law and those specific to administrative law.

SOMMARIO

1. Cenni sul principio di imparzialità: tra direzioni, esigenze e accezioni 1
2. Una questione di sistema: il bilanciamento tra la tutela dell'immagine dell'amministrazione e la certezza dell'azione amministrativa 4
3. Codice di comportamento dei dipendenti pubblici e legge Severino: l'art. 7 del D.P.R. 62/2013 e l'art. 6 bis della L. 241/90 7
4. Le innovazioni apportate dal d.lgs n. 50/2016: riflessioni sul carattere esemplificativo o tassativo delle ipotesi di conflitto d'interessi tipizzate dal legislatore 10
- 4.1. (segue) Dal d.lgs. 50/2016 al d.lgs. 36/2023: l'incisiva riformulazione della normativa 13
5. Conclusioni: quale futuro per il conflitto d'interessi dopo l'abrogazione dell'abuso d'ufficio? 16

1. CENNI SUL PRINCIPIO DI IMPARZIALITÀ: TRA DIREZIONI, ESIGENZE E ACCEZIONI

Il conflitto d'interessi è un istituto funzionale a prevenire i fenomeni di *maladministration*, le lesioni dell'immagine dell'amministrazione e il verificarsi di ipotesi corruttive nella pubblica amministrazione: per quest'attitudine il conflitto d'interessi si caratterizza fisiologicamente per un meccanismo di anticipazione della tutela che, come si vedrà, trova conferma anche nella normativa che disciplina in linea generale l'istituto in parola.

Il conflitto d'interessi può, dunque, essere definito come la situazione in cui ricorrano le condizioni per cui un interesse privato possa interferire con l'interesse pubblico che dev'essere perseguito dall'amministrazione, minando

* Dottore in Giurisprudenza.

l'imparzialità e la terzietà del soggetto preposto all'assunzione della decisione: assume, quindi, rilevanza la natura dell'interesse del privato e l'idoneità di quest'ultimo a interferire con la cura dell'interesse pubblico da parte dell'amministrazione.

L'interesse del privato non è stato oggetto di specificazione legislativa e, quindi, pare condivisibile ritenerlo ancorato a ogni tipo di utilità, anche astrattamente ritraibile dall'atto, sia patrimoniale che di altro tipo: a tal proposito l'ANAC ha accolto una nozione ampia di interesse privato, ritenendo che quest'ultimo "può essere di natura finanziaria, economica o derivante da particolari legami di parentela, affinità, convivenza o frequentazione abituale con i soggetti destinatari dell'azione amministrativa".

La definizione di conflitto d'interessi muove da un duplice presupposto: in primo luogo si deve constatare l'assenza di una definizione legislativa di conflitto d'interessi e, inoltre, si deve comprendere quale sia il legame tra il conflitto d'interessi e il principio d'imparzialità così come disciplinato dall'articolo 97 della Costituzione. Con riferimento alla definizione di conflitto d'interessi l'ANAC ha fornito tale definizione ponendosi in continuità con l'orientamento della giurisprudenza amministrativa, affermando come "la situazione di conflitto d'interessi si configura quando le decisioni che richiedono imparzialità di giudizio siano adottate da un pubblico funzionario che abbia, anche solo potenzialmente, interessi privati in contrasto con l'interesse pubblico alla cui cura è preposto"¹ e

confermando, quindi la latitudine di pericolo potenziale dell'istituto.

La presenza di interessi che minacciano di esercitare un'influenza indebita sull'attività amministrativa comporta una serie di risvolti e di problematiche che attanagliano l'esercizio dell'attività amministrativa: per questo motivo, il conflitto d'interessi² è un istituto che ancora non pare giunto alla conclusione di un percorso che possa dirsi compiuto.

Sulla definizione di conflitto d'interessi e sulla natura dell'interesse del privato non si registra un'unanimità di vedute, in quanto la definizione elaborata in sede europea non è stata accolta dalla giurisprudenza amministrativa³, sulla quale si tornerà, che è stata chiamata a sopperire all'assenza di una definizione legislativa dell'istituto.

Il conflitto d'interessi può essere strutturale o non strutturale: il conflitto d'interessi strutturale si manifesta quando dalla scelta della posizione da attribuire a un determinato funzionario nell'ambito dell'amministrazione di appartenenza derivi un conflitto d'interessi intrinseco che, pertanto, attiene all'inquadramento del dipendente nell'ente pubblico. Anche in questo caso il conflitto d'interessi opera al fine di prevenire di eventuali illeciti, anticipando l'operatività della tutela, affiancandosi alle tradizionali forme di repressione dell'illecito già verificatosi.

La latitudine di pericolo potenziale del conflitto d'interessi differenzia l'istituto in parola dalle ipotesi di corruzione della pubblica amministrazione, per la quale la risposta del sistema si esplica nella tutela repressiva successiva all'illecito.

¹ Tale definizione, così come quella dell'interesse del privato, è presente nel portale *anticorruzione.it*.

² Un inquadramento generale sul tema è svolto, tra i tanti, da S. CASSESE, *Conflitti di interessi: il fiume di Eraclito*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p.235 ss.

³ La Commissione europea nella Comunicazione sugli orientamenti sulla prevenzione e sulla gestione dei conflitti d'interessi a norma del regolamento finanziario (2021/C 121/01) ha definito, al paragrafo 3.2.1, il conflitto d'interessi come situazione che "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". Il

regolamento UE n. 966/2012 prevede che "esiste un conflitto d'interessi quando l'esercizio imparziale e obiettivo delle funzioni di un agente finanziario o di un'altra persona di cui al paragrafo 1, è compromesso da motivi familiari, affettivi, da affinità politica o nazionale, da interesse economico o da qualsiasi altra comunanza d'interessi con il destinatario". Rispetto al contenuto di tale Regolamento UE il Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, nel rendere il parere n. 667/2019 in merito allo schema delle Linee Guida Anac in tema di conflitto d'interessi nelle procedure di gara ha osservato che *'la definizione di cui al regolamento della UE è talmente generale e generica da ricomprendere, praticamente, qualsiasi rapporto umano che non sia puramente occasionale, e dunque si pone al di fuori della nostra tradizione giuridica che richiede una precisa individuazione dei casi di conflitto'*.

Anche per questa ragione il contributo aspira a delineare gli approdi è giunta la giurisprudenza amministrativa e a osservare come non sempre il legislatore si sia allineato agli stessi, disciplinando il conflitto d'interessi in maniera non sempre coerente con la natura di pericolo potenziale su cui si è assestata la giurisprudenza amministrativa.

Un lavoro che intenda analizzare l'istituto del conflitto d'interessi deve necessariamente muovere da alcune brevi riflessioni sul principio d'imparzialità, soprattutto in ragione della estrema latitudine ad esso attribuito alla luce del dibattito sviluppato sul concetto stesso di imparzialità. Tali considerazioni sono il presupposto del presente scritto, che tende a tracciare un quadro unitario della disciplina del conflitto d'interessi nell'ordinamento nazionale, muovendo da considerazioni di teoria generale per addivenire all'analisi dell'istituto in parola nel settore dei contratti pubblici, anche in considerazione delle recenti novità normative e degli orientamenti espressi da giurisprudenza e dottrina.

Il principio di imparzialità è menzionato, ma non definito, dall'articolo 97 della Costituzione: la mancata esplicitazione del suo contenuto, nonché il suo riferimento testuale all'organizzazione dei pubblici uffici, hanno dato vita a un dibattito inerente al contenuto e all'ambito di applicazione del principio stesso⁴. Partendo dall'analisi delle disposizioni costituzionali è utile richiamare

l'articolo 98 della Costituzione, poiché tale norma, nel prevedere che i pubblici impiegati siano al servizio esclusivo della Nazione, evidenzia una prima direzione del principio d'imparzialità.

L'imparzialità è, in base all'articolo 98, diretta verso l'alto per evitare una pressione che l'apparato politico potrebbe esercitare sull'apparato amministrativo al fine di orientarne il contenuto dell'attività.

Al tempo stesso, l'imparzialità amministrativa è, di riflesso, diretta verso il basso per evitare che pressioni politiche⁵ - esercitate "dall'alto" - conducano alla presenza di interessi indebiti, idonei a minacciare l'imparzialità dell'amministrazione nella sua attività.

Quanto al contenuto del principio d'imparzialità la dottrina aveva, inizialmente, fornito una lettura dell'imparzialità tale da sovrapporla al principio di eguaglianza⁶, e per la quale si riteneva che l'imparzialità fosse una regola di condotta dell'amministrazione nell'esercizio del potere discrezionale ad essa attribuito.

Una prima lettura del principio d'imparzialità a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione è stata proposta da Barile, il quale riferiva l'imparzialità al dovere di non adottare una condotta discriminatoria, rendendo il principio in parola un corollario del principio di eguaglianza. Il problema di tale assunto, com'è stato evidenziato⁷, si rinveniva nell'assenza di riflessi in positivo sull'attività

⁴ Il tema del principio d'imparzialità ha da sempre impegnato le riflessioni della dottrina amministrativistica, sia sul contenuto del principio che sul concetto di amministrazione come parte imparziale: tra i tantissimi studi sul punto, si rinvia a P. BARILE, *Il dovere di imparzialità*, in Scritti in memoria di P. Calamandrei, IV, Padova, Cedam, 1958; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965; S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Giuffrè, Milano, 1973; F. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. Giur.*, Treccani, Roma, 1989; U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento secondo l'art. 97 della Costituzione*, (voce), in *Digesto delle discipline Pubblicistiche*, VIII, Torino, 1993; G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione, organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Giuffrè, Milano, 2003; I. TRUJILLO, *Imparzialità*, Giappichelli, Torino, 2003; Aa. Vv., (diretto da) S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006; F. VETRO', *Il principio di imparzialità*, in M. RENNA, F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012; A. CERRI, *Imparzialità e buon andamento della p.a.*, in *Diritto on line*, Treccani, 2013; A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*,

Giappichelli, Torino, 2018, I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto*, Maggioli, 2021.

⁵ L'imparzialità nel rapporto tra politica e amministrazione è stata definita come imparzialità in senso oggettivo. Sul tema si veda A. MARRA, *op. cit.*, pp. 92 e ss., in cui si definisce l'imparzialità nel rapporto tra politica e amministrazione come imparzialità in senso oggettivo. Inoltre, nell'analizzare il contributo fornito dalla giurisprudenza costituzionale per affermare alcuni criteri attuativi del principio di imparzialità in senso oggettivo si fa riferimento alla necessaria riserva di alcune competenze decisionali a soggetti esperti e alla distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie sono entrambi criteri con cui si esplica tale concezione oggettiva del principio d'imparzialità.

⁶ Sin dalle prime analisi in dottrina si era evidenziata la sovrapposibilità tra i due principi, sul punto si veda P. BARILE, *op. cit.*, in cui si afferma che l'imparzialità ha un "valore concreto ben individuabile" che consiste nella regola di condotta che impone all'Amministrazione di "trattare in modo eguale fattispecie eguali, in modo affine fattispecie affini, in modo egualmente diverso fattispecie diverse".

⁷ Secondo I. PIAZZA, *op. cit.*, la visione di Barile era in linea con la più generale concezione dell'epoca sul rapporto tra

amministrativa che andassero oltre rispetto al dovere di non *facere*.

A questa impostazione, esclusivamente rivolta all'applicazione della regola Weberiana per la quale il potere amministrativo dovesse essere esercitato *sine ira ac studio*, si è poi affiancata una lettura dalla quale emergeva l'accezione positiva dell'imparzialità⁸: si è, infatti, cominciato a ritenere che l'amministrazione sia una parte imparziale alla quale è attribuita la funzione di perseguire l'interesse pubblico, ragione per la quale tale funzione va esercitata ponderando tutti gli eventuali interessi privati coinvolti dalla decisione adottata dall'amministrazione.

Da questa ricostruzione è agevole ricavare che l'applicazione contenutistica dell'imparzialità si espliciti nella motivazione dei provvedimenti amministrativi, nel contraddittorio procedimentale e nell'ambito dell'attività istruttoria.

Pertanto, anche sulla scorta dell'innovativa tesi di Allegretti si è riconosciuta la doverosità di istituti che sono stati poi positivizzati soltanto con la l.241/90: è per questo che, come constatato⁹, l'accezione dell'imparzialità delineata da Allegretti ha rappresentato una svolta nel dibattito. Inoltre, questa ricostruzione afferma che l'imparzialità riferita all'organizzazione amministrativa è funzionale a garantire l'imparzialità dell'attività amministrativa e che l'imparzialità nell'attività amministrativa raggiunge, come scopo finale, la giustizia sociale.

Si colloca in continuità con tale indirizzo la sentenza della Corte costituzionale n. 453 del 1990¹⁰, che, analizzando un caso in materia di concorsi pubblici, ha affermato che l'imparzialità organizzativa incide direttamente sul buon andamento dell'azione amministrativa.

Dalle due ricostruzioni emerse emerge il carattere multiforme del principio d'imparzialità: l'imparzialità, nella sua dimensione attiva, va

ricondata alla ponderazione degli interessi, garantita attraverso la partecipazione democratica al procedimento e alla dimensione negativa, che emerge, nel divieto di discriminazione e nella previsione degli obblighi di astensione.

Il rischio di questa visione è che riduca l'imparzialità al ruolo di minimo comune denominatore degli istituti attuativi del principio stesso, rendendo l'imparzialità un tratto esteriore che finirebbe per essere privo di un'autonomia portata sostanziale¹¹.

Pertanto, l'esigenza affrontata è quella di riempire di contenuto autonomo il principio in questione e questa operazione si compie, inevitabilmente, anche tramite lo studio di istituti che ne costituiscono una diretta applicazione.

2. UNA QUESTIONE DI SISTEMA: IL BILANCIAMENTO TRA LA TUTELA DELL'IMMAGINE DELL'AMMINISTRAZIONE E LA CERTENZA DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA

Come si è tentato di evidenziare, il conflitto d'interessi riflette anche il contenuto del principio d'imparzialità inteso come composizione d'interessi¹².

La disciplina fornita dal legislatore a partire dalla l. n. 190/2012, su cui si tornerà, configura il conflitto d'interessi come istituto volto ad anticipare la tutela rispetto ai fenomeni corruttivi e, dunque, caratterizzato da una latitudine di pericolo potenziale, operante a prescindere dal verificarsi di un evento illecito.

Per questa ragione si pone l'esigenza di individuare il regime giuridico dell'atto adottato in conflitto d'interessi – e, quindi, lesivo dell'immagine della pubblica amministrazione – in casi in cui la

amministrazione e cittadino e, in tale contesto, l'A. si sofferma l'assenza di una declinazione in positivo dell'imparzialità.

⁸ Si esprime in quest'ottica U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit.

⁹ In dottrina è stato riconosciuto il fondamentale apporto del lavoro di Allegretti, a tal riguardo si vedano S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., p. 2938; S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione*

amministrativa come dovere, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

¹⁰ Corte costituzionale, 15 ottobre 1990, n. 453, in *cortecostituzionale.it*.

¹¹ Secondo I. PIAZZA, *op. cit.*, p. 33, la prospettiva da evitare è quella per cui l'imparzialità sia un fondamento comune a istituti che, diversamente, potrebbero non trovare una base di rango costituzionale.

¹² In tal senso vedi I. PIAZZA, *op. cit.*, p. 19 e ss.

presenza di una situazione conflittuale non abbia avuto ricadute sul contenuto dell'atto e, dunque, sulla relativa definizione del rapporto giuridico amministrativo.

La sovrapposizione tra interessi pubblici e interessi privati caratterizza numerosi settori dell'attività amministrativa e ha un impatto sull'organizzazione amministrativa: tale ampia sfera di rilevanza del conflitto d'interessi ha impegnato dottrina e giurisprudenza nella ricerca di un punto di equilibrio tra la tutela dell'immagine dell'amministrazione e la certezza dell'azione amministrativa.

A caratterizzare il conflitto d'interessi vi è sia la sua natura precedente e indipendente rispetto al verificarsi di un fenomeno corruttivo sia l'ontologico legame tra la prevenzione del conflitto d'interessi e la prevenzione anche di un eventuale fenomeno corruttivo.

Pertanto, ad assumere rilevanza è la definizione di conflitto d'interessi dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato: nel parere n. 667/2019 il Consiglio di Stato ha affermato che “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.” Tale definizione, condivisibilmente, esprime il rapporto di alternatività tra la cura dell'interesse pubblico e la soddisfazione dell'interesse del privato e conferma come il conflitto d'interessi sia un istituto caratterizzato dalla natura potenziale.

Nel parere n.667/2019, infatti, il Consiglio di Stato afferma, inoltre, che “Non rileva particolarmente se tale interesse derivi da situazioni affettive o familiari o economiche. Il conflitto di interessi non consiste quindi in comportamenti dannosi per l'interesse funzionalizzato, ma in una condizione giuridica o di fatto dalla quale scaturisce

un rischio di siffatti comportamenti, un rischio di danno”.

Dalla definizione del conflitto d'interessi dipende direttamente il problema della dimensione del conflitto stesso e del suo rapporto con i principi costituzionali che governano l'attività e l'organizzazione¹³ amministrativa.

Nel caso di conflitto d'interessi non strutturale il rimedio tendenzialmente individuato dall'ordinamento consiste nell'astensione obbligatoria, in quanto - applicando tale rimedio - la natura personale e non strutturale dell'interesse consente all'amministrazione di valutare con imparzialità la ponderazione degli interessi in gioco.

Sin dalle prime pronunce sull'obbligo di astensione la giurisprudenza¹⁴ sull'obbligo di astensione del funzionario ha esaminato la portata del principio di imparzialità di cui all'art. 97 della Costituzione, declinandola rispetto all'ipotesi in cui vi fosse un'incompatibilità del funzionario amministrativo ai sensi dell'art. 51 c.p.c. a cui, tuttavia, non era seguita l'astensione del funzionario del caso. L'Adunanza Plenaria del 1958, la prima a pronunciarsi sulla relazione tra violazione dell'obbligo di astensione e illegittimità del provvedimento impugnato, affermò che l'illegittimità del provvedimento andasse configurata a prescindere dall'effettiva influenza che l'incompatibilità avesse avuto sul contenuto dell'atto, aderendo alla prospettiva che lega l'illegittimità all'incompatibilità inerente all'ambito organizzativo¹⁵ del collegio, dato che non rileva l'influenza esercitata sul contenuto dell'atto.

Sulla scorta di tale orientamento, quindi, la violazione del dovere d'astensione rilevava anche laddove fosse connessa alla sola dimensione organizzativa a nulla rilevando l'impatto della regola di condotta sull'atto amministrativo. Tale prospettiva muove dalla circostanza per cui, se si onerasse il ricorrente di dimostrare in giudizio l'influenza del funzionario incompatibile sul contenuto dell'atto, si affiderebbe l'esigenza di tutelare l'interesse alla regolarità della condotta dell'amministrazione all'azione del privato che trae

¹³ I. PIAZZA, *op. cit.*, *passim*.

¹⁴ Cons. Stato, Adunanza Plenaria, n. 6/1958, in *giustizia-amministrativa.it*.

¹⁵ I. PIAZZA, *op. cit.*, p. 111.

un beneficio conseguente alla ricusazione e all'eventuale azione di annullamento. In altre parole, la scelta operata con la menzionata sentenza era volta a evitare che la tutela di un interesse pubblico preminente¹⁶ risultasse presidiata dal solo interesse del privato all'attribuzione del bene della vita, con evidenti problemi nel caso di atto adottato in conflitto d'interessi che, tuttavia, non avesse inciso negativamente su alcuna sfera giuridica soggettiva.

Tale scelta ha caratterizzato la successiva elaborazione della giurisprudenza maggioritaria¹⁷, che ha ritenuto che il conflitto d'interessi sia rilevante già solo per un danno d'immagine arrecato all'amministrazione, a cui può conseguire una lesione del rapporto di fiducia tra cittadini e amministrazione¹⁸.

Il Consiglio di Stato ha osservato come, ad avviso di un costante formante giurisprudenziale, il conflitto d'interessi consiste "in una condizione giuridica o di fatto dalla quale scaturisce un rischio di siffatti comportamenti, un rischio di danno"¹⁹. La dimensione del danno all'immagine dell'amministrazione sarebbe, dunque, rilevante già nella sfera del rischio che si leda l'immagine dell'amministrazione.

Da tale assunto derivano ancor più forti esigenze di perimetrare il novero delle ipotesi di conflitto d'interessi rilevanti ai fini della disponibilità

di un rimedio volto a tutelare anzitutto l'immagine e il prestigio dell'amministrazione pubblica.

Le conseguenze del ritenere che il bene giuridico tutelato dalle norme sul conflitto d'interessi sia l'immagine dell'amministrazione attengono alle tecniche di tutela ipotizzabili e alla rilevanza della distinzione tra attività amministrativa discrezionale e vincolata²⁰.

Il problema posto dalla tale assunto è duplice: anzitutto, ci si deve chiedere se sia ammissibile una tutela dell'immagine dell'amministrazione differente dal ricorso alla tutela giurisdizionale e se, invece, tale tutela sia rappresentata dall'accesso alla tutela giurisdizionale come ciò sia compatibile con la natura soggettiva della giurisdizione amministrativa.

È pacifico²¹ che l'atto adottato in conflitto d'interessi abbia rilevanza anche sul piano dell'attività amministrativa ma vanno delineate le condizioni entro cui perimetrare la possibilità di annullare l'atto e il risultato ottenuto con l'annullamento: se il bene giuridico tutelato è l'immagine della pubblica amministrazione, al di là dell'effettiva lesione della sfera giuridica del privato destinatario dell'atto o controinteressato, il problema è quello della legittimazione a ricorrere del destinatario dell'atto nel caso in cui lo stesso non sia concretamente lesivo della sua sfera giuridica²².

¹⁶ La prospettiva scelta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato era coerente con l'interpretazione di allora, che attribuiva natura oggettiva alla giurisdizione amministrativa ma le basi della prospettiva stessa sono rimaste attuali nonostante sia attualmente appurata la, più o meno inderogabile, natura soggettiva della giurisdizione amministrativa.

¹⁷ Tra le sentenze più recenti sul punto si vedano Cons. Stato, Sez. V, 14 maggio 2018, n. 2853, in *giustizia-amministrativa.it* e Cons. Stato, sez. III, 2 aprile 2014, n. 1577, in *giustizia-amministrativa.it*.

¹⁸ Sull'osservazione per cui il conflitto d'interessi sia lesivo dell'immagine dell'amministrazione e, pertanto, sia idoneo a recidere il rapporto di fiducia che lega cittadini e amministrazione vi è una tendenziale unanimità di vedute: senza pretesa di esaustività, si rinvia a S. FREGO LUPPI, *L'obbligo di astensione nella disciplina del procedimento dopo la legge n.190 del 2012*, in *Dir. amm.*, n.4/2013, p. 671; A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, cit.; I. PIAZZA, *op. cit.*, p. 132 e ss.; R. CANTONE, F. MERLONI, *Conflitti di interesse: una diversa prospettiva*, in *Dir. pubbl.*, 2019, p. 886; 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.; A. LALLI, *I conflitti di interesse: tendenze e problemi aperti*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. spec. 3/2022, pp. 517-518.

¹⁹ Cons. Stato, sez. IV, 16 novembre 2023, n.9850, in *giustizia-amministrativa.it*.

²⁰ Si afferma che, sulla base di alcune pronunce della giurisprudenza tese a valorizzare il principio generale di conservazione dell'atto, si possa prevedere che l'atto vincolato adottato in conflitto d'interessi non sia annullabile in virtù di quanto dispone l'art. 21 *octies* comma 2 l. 241/1990. A tal proposito si veda S. FREGO LUPPI, *op. cit.*, p. 687.

²¹ Si rinvia a F. GAFFURI, *Il conflitto d'interessi nell'esercizio del potere amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 72 ss. In senso contrario, ma senza trovare condivisione, si è sostenuto che la rilevanza della norma sul conflitto d'interessi sia riferita a un piano prettamente organizzativo, negando che la situazione conflittuale possa essere di suo idonea a minare la validità dell'atto amministrativo. Si esprime così F. SICILIANO, *Conflitto d'interessi e arte di amministrare. Contributo allo studio dell'art. 6 bis l.241/90*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 227.

²² Come, condivisibilmente, osservato da I. PIAZZA, *op. cit.*, p. 112, questo scenario rischia di rispolverare le "antiche concezioni dell'interesse occasionalmente protetto" e l'annullamento dell'atto non è tecnica di tutela funzionale alle sole esigenze di apparenza d'imparzialità dell'amministrazione, dato che tali esigenze sono tutelate da strumenti di prevenzione delle ipotesi di conflitto e da forme di tutela demolitoria.

Il rischio consisterebbe nel non riuscire a tutelare l'immagine dell'amministrazione con l'annullamento dell'atto, che rischierebbe solo di porsi in contrasto con il principio generale di stabilità dell'azione amministrativa.

Si rischierebbe, inoltre, di dare rilevanza a ipotesi di conflitto meramente ipotetico in cui, come è stato osservato²³, sarebbe sufficiente per l'organo coinvolto la sola facoltà di astenersi in base a una valutazione di opportunità.

Pertanto, dottrina²⁴ e giurisprudenza²⁵ hanno cercato di individuare una via intermedia tra l'annullamento dell'atto come conseguenza della lesione dell'apparenza d'imparzialità e l'annullamento dell'atto che abbia concretizzato una lesione della sfera giuridica del privato: tale punto d'incontro si rinviene nell'annullabilità dell'atto in cui la situazione di conflitto d'interessi sia teoricamente idonea a incidere sul merito della scelta dell'amministrazione e, dunque, sul contenuto del provvedimento²⁶. Così facendo, si supererebbe il rischio di avvicinarsi alla natura oggettiva del processo amministrativo²⁷, restando comunque ferma la possibilità di agire internamente nei riguardi del funzionario che abbia violato l'obbligo di astensione, minando l'immagine dell'amministrazione, con l'accertamento di una responsabilità disciplinare del funzionario²⁸. Questa soluzione interpretativa sembrerebbe coerente con l'esigenza di salvaguardare l'efficacia dell'atto amministrativo nel caso in cui abbia un contenuto integralmente vincolato, dato che in tale ipotesi la tutela dell'immagine dell'amministrazione può

esplicitarsi anche soltanto con l'adozione di un provvedimento disciplinare²⁹.

3. CODICE DI COMPORTAMENTO DEI DIPENDENTI PUBBLICI E LEGGE SEVERINO: L'ART. 7 DEL D.P.R. 62/2013 E L'ART. 6 BIS DELLA L. 241/90

Per poter approfondire l'analisi dell'istituto del conflitto d'interessi occorre verificare se la sua natura di pericolo potenziale e la relativa idoneità ad anticipare la tutela siano espresse anche dalla normativa che disciplina in linea generale il conflitto d'interessi.

Tra il 2012 e il 2013 sono due le norme entrate in vigore che hanno innovato in modo significativo il quadro legislativo sul conflitto d'interessi. La legge Severino³⁰ risponde a sollecitazioni di matrice internazionale³¹, dato che l'introduzione dell'art. 6 bis della l. 241/90 è attuativa della Convenzione di Merida³², adottata nel 2003 e ratificata dall'Italia nel 2009, che all'articolo 8 obbliga ogni Stato aderente a predisporre misure che obblighino i pubblici ufficiali a dichiarare alle autorità competenti ogni ipotesi in cui dall'attività esterna potrebbe risultare un conflitto d'interessi.

L'articolo 6 bis, inoltre, recepisce le indicazioni del Consiglio d'Europa – che si è espresso con il gruppo 'GRECO', che opera all'interno del Consiglio – e dell'OECD, organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico, che ha fornito delle linee guida volte a prevenire il conflitto d'interessi nei servizi pubblici³³.

²³ F. GAFFURI, *Note in merito alla nozione di conflitto di interessi procedimentale*, cit., p.31.

²⁴ Il riferimento è ad A. LALLI, *op. cit.*, pp. 526-527.

²⁵ Si è espresso in tal senso il Consiglio di Stato con due decisioni recenti: Cons. Stato, Sez. VI, 22 marzo 2022, n.2069, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. VI, 18 ottobre 2022, n.8845, in *giustizia-amministrativa.it*

²⁶ Si veda I. PIAZZA, *La pretesa a un'amministrazione imparziale. note sul conflitto d'interessi nel diritto amministrativo*, in *Pa Persona e Amministrazione*, 2020, p.81.

²⁷ Su cui si rinvia a M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, p. 22.

²⁸ 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*, n.2/2020., p. 22 ss.

²⁹ S. FREGO LUPPI, *op. cit.*, p. 686 e ss.

³⁰ Il riferimento è alla l. n. 190/2012.

³¹ Analizza la rilevanza dello scenario sovranazionale F. GAFFURI, *Note in merito alla nozione di conflitto di interessi procedimentale*, cit., p.19.

³² Nell'esaminare l'impatto della Convenzione di Merida si è affermato come essa sia la prima convenzione internazionale in cui si prevedono misure preventive della corruzione: in tema, E. CARLONI, *L'anticorruzione. Politiche, regole, modelli*, Il Mulino, Bologna, 2023, p. 72.

³³ In armonia con la definizione di conflitto d'interessi fornita dal diritto europeo e internazionale, l'OECD ritiene che sussista conflitto d'interessi quando ricorre la seguente situazione: *'a conflict between the public duty and private interests of public officials have private-capacity interests which could improperly influence the performance of their official duties and responsibilities.'*

La legge n.190/2012 ha introdotto anche una serie di misure volte a prevenire la corruzione e i fenomeni di ‘*maladministration*’³⁴ tra cui un intervento sul divieto di *pantouflage*³⁵ e l’introduzione dell’art. 6 bis nella l.241/90³⁶: pertanto, il modello normativo attuato con la legge Severino ha introdotto un sistema di anticipazione delle tecniche di contrasto alla corruzione, che si affianca ai classici modelli di repressione successivi al verificarsi dell’illecito.

L’articolo 6 bis è una norma che non definisce la nozione di conflitto d’interessi ma si limita ricollegarne l’obbligo di astensione e di segnalazione che il funzionario pubblico deve fornire qualora vi sia un conflitto d’interessi anche di natura potenziale³⁷.

L’assenza di un contenuto normativo che predetermini definizione, casi e conseguenze del conflitto d’interessi ha dato adito a un dibattito dottrinale incentrato sull’utilità effettiva della norma, posto che, prima della l. n.190/2012, la giurisprudenza applicava comunque sia l’art. 97 della Costituzione che l’art. 51 c.p.c., ragione per cui l’ordinamento comunque godeva di una disposizione normativa da applicare in sede giurisdizionale per annullare gli atti adottati in conflitto d’interessi.

Secondo un primo orientamento³⁸ l’art. 6 bis, per come formulato, costituirebbe una norma priva di effettiva utilità nella misura in cui non determinerebbe il concetto di conflitto d’interessi ‘monosoggettivo’ e, dunque, non avrebbe apportato

miglioramenti nel contrasto e alla lesione dell’immagine dell’amministrazione e a una serie di fenomeni ritenuti prodromici alla corruzione.

Di diverso avviso è la prospettiva dottrinale³⁹ per cui, invece, l’introduzione di una norma generale consente all’interprete di adattarne elasticamente l’applicazione al caso concreto, in base all’evoluzione del contesto normativo e amministrativo di riferimento.

L’assenza di una definizione di conflitto d’interessi caratterizza anche il diritto civile, dato che l’art. 1394 c.c. non definisce il contenuto del conflitto d’interessi ma, a differenza dell’articolo 6-bis, prevede che nel caso di conflitto d’interessi del rappresentante che contrae con sé stesso vi sia una presunzione relativa di annullabilità del contratto che può essere fatta valere dal rappresentato. La presunzione di annullabilità è relativa, dato che il rappresentato può evitarla con una specifica autorizzazione preventiva o con una determinazione del contenuto del contratto ai sensi dell’articolo 1395 del Codice civile.

In tale ottica il fattore comune alle due norme sta nella volontà di evitare l’indebita interferenza di interessi che siano idonei a minacciare una lesione dell’imparzialità⁴⁰. Sicuramente, anche alla luce della previsione espressa dall’art. 1394 c.c., una posizione intermedia rispetto alle due ora esposte può esplicitarsi nell’affermazione per cui sarebbe stato auspicabile che anche l’art. 6 bis l. n.241/90 prevedesse almeno il tipo di rimedio inerente

³⁴ Il tema è approfondito da S. CASSESE, ‘*Maladministration*’ e rimedi, in *Foro italiano*, 1992, parte V., p. 243.

³⁵ Per una disamina del “*pantouflage*” si rinvia a M. DE ROSA, *Il conflitto di interessi al termine del rapporto di pubblico impiego: il pantouflage*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2024, 361 ss.

³⁶ In dottrina si è ritenuto che la norma in esame sia disposizione riconducibile alla prospettiva che svincola la pretesa all’imparzialità dell’amministrazione dalla “connotazione pubblicistica”. Vedi I. PIAZZA, *L’imparzialità amministrativa come diritto*, cit., 124.

³⁷ Sulla scia di un orientamento consolidato, I. NICOTRA, *Il conflitto d’interessi come declinazione del principio di costituzionale di imparzialità*, in *Rivista AIC*, N. 3/2020, p.2, nota come il meccanismo introdotto dalla norma tenda all’anticipazione della soglia di tutela.

³⁸ Particolarmente critica è quella tesi per cui la norma non supera la ‘soglia minima di sufficiente determinatezza’ utile a comprendere quali siano le ipotesi di conflitto d’interessi monosoggettivo per le quali il sistema ritenga opportuna

l’applicazione di uno strumento rimediabile. Si fa riferimento a F. SICILIANO, *op. cit.*, 16.

³⁹ Si è affermato come l’art. 6 bis sia una “norma generale e di chiusura sul conflitto d’interessi” che dà rilevanza alla presenza di un interesse alieno rispetto a quello generale, per cui rileva anche la potenziale capacità dell’interesse “alieno” di “influenzare il processo decisionale pubblico, in esito al quale potrebbe non raggiungersi la massimizzazione dell’interesse pubblico primario, ma, al contrario, potrebbe conseguirsi un interesse privato”. Si esprime in tal senso E. LUBRANO, *Il conflitto d’interessi nell’esercizio dell’attività amministrativa*, Giappichelli, Torino, 142. Tale definizione data dall’autore è coerente con l’applicazione elastica della norma rinvenibile nelle pronunce della giurisprudenza amministrativa e con la rilevanza del conflitto d’interessi potenziale prevista dalla formulazione testuale della norma.

⁴⁰ I. PIAZZA, *L’imparzialità amministrativa come diritto*, cit., 126: l’autore afferma che sarebbe stato opportuno tracciare il perimetro delle ipotesi di conflitto d’interessi, alla luce dell’esigenza di garantire il rispetto del principio di prevedibilità.

all'atto adottato in violazione dell'obbligo di astensione e di segnalazione del conflitto d'interessi.

Inoltre, in dottrina⁴¹ si è evidenziata l'assenza di un potere di ruscare il responsabile del procedimento che si trovi in conflitto d'interessi: anche su questo profilo, l'applicazione analogica di dette norme conduceva, relativamente all'art. 51 c.p.c., al beneficio dell'elenco di una serie di casi in cui si riteneva sussistente il conflitto d'interessi del giudice e, relativamente all'art. 52 c.p.c., all'attribuzione alla parte del diritto di ruscare il giudice se ritenuto in conflitto d'interessi. La previsione attributiva del potere di ruscazione, secondo la giurisprudenza amministrativa⁴², si può ricollegare solo a previsioni legislative tassative di incompatibilità e il citato art. 6 bis non prevede, a differenza dell'art. 51 c.p.c., alcun elenco di ipotesi d'incompatibilità sulla cui tassatività si possa poi dibattere.

La legge n. 190/2012 ha previsto anche la delega al Governo per l'adozione di una serie di decreti, tra cui il d.p.r. n.62/2013, con cui è stato introdotto il codice di comportamento dei dipendenti pubblici. Gli articoli 6 comma 2 e 7 del d.p.r. n.62/2013, hanno introdotto una serie di ipotesi in cui l'astensione del dipendente pubblico sia obbligatoria e, condivisibilmente, ha anche introdotto la clausola generale che impone al dipendente pubblico di astenersi in ogni altro caso

in cui vi siano gravi ragioni di convenienza⁴³. Il codice⁴⁴ attribuisce centralità ai doveri morali dei dipendenti pubblici e prevede una serie di sanzioni disciplinari per le violazioni integrate dalle condotte dei dipendenti pubblici: la previsione della responsabilità disciplinare, di cui all'art. 54 del Testo Unico sul pubblico impiego, è espressiva della natura regolamentare del Codice.

In dottrina, tendenzialmente⁴⁵, si è ritenuto che gli articoli 6 comma 2 e 7 del d.p.r. n.62/2013 siano tra le norme, insieme all'art. 51 c.p.c. e al successivo art. 42 del Codice dei contratti pubblici del 2016, che integrano il contenuto dell'art. 6 bis l. n.241/90, tali da divenire suscettibili di applicazione generale all'attività amministrativa.

Le norme del d.p.r. n. 62/2013 in materia di dovere di astensione del dipendente pubblico disciplinano i doveri minimi⁴⁶ del dipendente pubblico e prevedono la possibilità, alle singole amministrazioni, di ampliare tali doveri in sede di adozione dei propri codici di condotta che possono prevedere obblighi più stringenti, rispetto a quelli fissati dal legislatore, per prevenire situazioni di conflitto d'interessi.

Con la previsione di questo meccanismo il legislatore si dimostra consapevole del nesso tra i doveri di comportamento dei pubblici dipendenti e l'immagine dell'amministrazione: nella sua dimensione esterna, la condotta del dipendente

⁴¹ Si rinvia a N. PAOLANTONIO, *Riscuzione del responsabile del procedimento per conflitto d'interessi*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 1/2019, 58; I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto*, cit,129.

⁴² Cons. Stato, sez. III, 2 aprile 2014, n. 1577, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁴³ Sottolinea come tale clausola generale abbia ampliato i 'margini valutativi degli organi disciplinari nel vagliare, come possibili illeciti, talune mancate astensioni per conflitto potenziale di interesse a fronte di evenienze non tipizzate, ma comunque sconsigliate' V. TENORE, *La nozione di conflitto d'interesse nel diritto amministrativo e nell'ambito della P.A.*, in *Rivista della Corte dei Conti*, N.1/2023, 27.

⁴⁴ Il GRECO aveva, già nell'occasione del monitoraggio sul sistema normativo italiano, affermato che 'standard etici coerenti e applicabili devono essere richiesti a tutti i funzionari che operano nelle pubbliche amministrazioni.' In merito, si veda E. CARLONI, *L'anticorruzione, Politiche, regole, modelli*, Il Mulino, Bologna, 2023, 183 ss.

⁴⁵ Si è sostenuto come l'integrazione tra l'art. 7 del d.p.r. n.62/2013 e l'art. 6 bis l.241/90 sia teoricamente prospettabile, ma vada considerata la diversità delle conseguenze dal punto di vista sanzionatorio, dato che alla violazione del dovere di astensione previsto dal 6 bis può conseguire l'illegittimità

dell'atto, mentre alla violazione dell'obbligo di astensione di cui all'art. 7 del d.p.r. n.62/2013 consegue la responsabilità disciplinare. Il riferimento è ad A. LALLI, *op. cit.*, 520; I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto*, cit., p.141; S. FREGO LUPPI, *op. cit.*, p. 683. Tuttavia, la diversità delle conseguenze della violazione non pare un elemento che possa ostacolare l'integrazione contenutistica tra le due citate norme, dato che la necessità di individuare i casi concreti di applicazione dell'art. 6 bis è slegata dall'analisi delle conseguenze della violazione della norma. In senso contrario all'affermazione di un'integrazione contenutistica tra le due norme si veda F. SICILIANO, *op. cit.*, p.6: per l'autore le norme del d.p.r. n.62/2013 non contribuirebbero a dare una 'particolare linfa vitale' all'art. 6 bis l.241/90.

⁴⁶ Sottolinea come una rilevante differenza rispetto al precedente Codice stia nel dato per cui il nuovo Codice esprima un 'contenuto minimo, necessariamente e doverosamente suscettibile di essere ampliato e specificato' e quindi obbliga le singole amministrazioni ad ampliare i contenuti operativi, mentre il Codice precedente al d.p.r. del 2013 lasciava quest'ipotesi nel campo dell'eventualità, E. CARLONI, *Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 2/2013, p. 395-396.

pubblico contribuisce inevitabilmente a rappresentare l'immagine dell'amministrazione agli occhi del cittadino e, dunque, è anche in tale ottica che si giustifica un regime di sanzioni disciplinari che disincentivi condotte non conformi al Codice di comportamento e ai singoli codici di cui si dotano le amministrazioni.

Con il d.P.R. n.81/2023, inoltre, è entrata in vigore una modifica del Codice di comportamento dei dipendenti pubblici, volta a inasprire il trattamento sanzionatorio riferito alle condotte poste in essere dai dipendenti pubblici che utilizzino scorrettamente i social network, arrecando un danno all'immagine dell'amministrazione di appartenenza.

4. LE INNOVAZIONI APPORTATE DAL D.LGS. N. 50/2016: RIFLESSIONI SUL CARATTERE ESEMPLIFICATIVO O TASSATIVO DELLE IPOTESI DI CONFLITTO D'INTERESSI TIPIZZATE DAL LEGISLATORE

La rilevanza sistematica dell'art. 7 del d.p.r. n.62/2013 è confermata dal previgente Codice dei contratti pubblici, il quale, all'articolo 42, comma 2, affermava che "in particolare, costituiscono situazione di conflitto d'interessi quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, 62."

In generale, con l'introduzione dell'art. 42 del Codice dei contratti pubblici del 2016 il legislatore ha recepito la nozione di conflitto d'interessi accolta dal diritto dell'UE, che non era stata positivizzata nel primo codice dei contratti pubblici.

La formulazione dell'articolo 42 ha attribuito un ruolo centrale al conflitto d'interessi potenziale e,

nel definirlo, menziona anche la percezione della minaccia⁴⁷ all'imparzialità, confermando inoltre la volontà - già perseguita dal legislatore con l'introduzione dell'art. 6 bis L.241/90 - di anticipare la soglia della tutela.

Già prima dell'introduzione dell'art. 42 del d.lgs. 50/2016 la giurisprudenza amministrativa⁴⁸ affermava che non fosse necessaria, da parte del ricorrente, la prova dell'effettiva alterazione della parità di trattamento tra gli operatori economici partecipanti alla gara pubblica.

L'introduzione di una norma sul conflitto d'interessi nel previgente Codice dei contratti pubblici ha condotto a un dibattito inerente al tema della tassatività delle ipotesi conflittuali individuate dall'articolo 42. L'oggetto di tale dibattito non è stato modificato dall'articolo 16 del vigente Codice dei contratti che, sul punto, ha ripreso il contenuto dell'articolo 42.

La prima pronuncia significativa⁴⁹ della giurisprudenza amministrativa successiva all'introduzione del d.lgs. n. 50/2016 si è concentrata proprio sulla tassatività delle ipotesi conflittuali: tale decisione ha ritenuto esemplificativo l'elenco di casi in cui sussiste il conflitto d'interessi e quello dei soggetti interessati dal conflitto stesso, fondando l'assunto sulla base della locuzione 'in particolare' che l'art. 42 usa per rinviare⁵⁰ alle ipotesi conflittuali disciplinate dagli articoli 6, comma 2, e 7 d.p.r. n. 62/2013.

Come emerso dall'analisi⁵¹ della citata pronuncia del Consiglio di Stato del 2017, il conflitto d'interessi nelle gare pubbliche è un terreno privilegiato per una disamina della relazione tra imparzialità e certezza del diritto: la scelta della giurisprudenza di non considerare le ipotesi tipizzate di conflitto d'interessi come un numero chiuso è dovuta, evidentemente, alla *ratio* sottesa all'art. 42 del d. lgs. 50/2016, che consiste

⁴⁷ Secondo I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto*, cit.,143 non rileverebbe tanto l'effettiva lesione della parità di trattamento tra le imprese partecipanti alla gara bensì l'idoneità di un interesse personale, che la norma non riduce soltanto a un interesse di natura economica, a minacciare l'alterazione della parità di trattamento.

⁴⁸ Cons. Stato, sez. IV, 12 novembre 2015, n. 5137, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁴⁹ Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2017, n. 3415, in *giustizia-amministrativa.it* e, successivamente, si colloca su tale linea

Cons. Stato, sez. IV, 24 aprile 2023, n. 4129, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁵⁰ Nella lettura di I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto*, cit.,145, la locuzione 'in particolare' esprime un rinvio al codice di comportamento dei dipendenti pubblici che non è esclusivo.

⁵¹ Il riferimento è ad A. BERRETTINI, *Conflitto d'interessi e contratti pubblici: un difficile equilibrio tra (in)certeza del diritto e tassatività delle situazioni conflittuali*, in *Federalismi.it*, fasc. 21/2020, p.12 ss.

nell'avvertita esigenza di garantire effettivamente l'imparzialità amministrativa in un settore particolarmente esposto al rischio rappresentato dai fenomeni corruttivi.

D'altro canto, però, tale interpretazione presta il fianco una serie di rilievi critici: in primo luogo la giurisprudenza amministrativa precedente all'entrata in vigore del previgente codice del 2016 applicava, in alcune occasioni, tassativamente l'elenco delle ipotesi di astensione di cui all'art. 51 c.p.c. considerando l'esigenza di garantire la certezza del diritto e prevenendo eventuali utilizzi abusivi degli istituti che conducono all'astensione e alla ricusazione⁵².

Un secondo profilo problematico che emerge dall'orientamento contrario alla tassatività delle situazioni conflittuali si rinviene nella formulazione delle tre norme più rilevanti, quali l'art. 6 bis l.n.241/90, l'art. 7 d.p.r. n. 62/2013 e l'art. 42 del d.lgs. n.50/2016. Una delle ragioni che rende complessa la disamina del conflitto d'interessi si rinviene nella eterogeneità delle interpretazioni che il legislatore ha attribuito al conflitto d'interessi, che è alla base dell'utilizzo di clausole generali nella formulazione delle norme.

L'articolo 6 bis attribuisce rilevanza all'ipotesi di conflitto d'interessi soltanto potenziale, l'articolo 7 del codice di comportamento compie la stessa operazione rispetto a 'ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza', ed infine l'art. 42 replica questo meccanismo, introducendo il riferimento a un 'interesse finanziario, economico, o altro personale' che può essere percepito come una minaccia all'imparzialità. In tale ultimo caso, la menzione di ogni altro interesse personale, anche solo percepibile come una minaccia all'imparzialità, amplia significativamente il novero delle ipotesi coinvolte e conferma l'applicazione della logica di

anticipazione della tutela rinvenibile alla base delle norme inerenti al conflitto d'interessi.

Dall'analisi della formulazione testuale di queste tre normative si può evidenziare come sia presente la volontà legislativa sia caratterizzata da un filo conduttore consistente nell'idoneità del quadro normativo sul conflitto d'interessi a essere interpretato in via estensiva, al fine di tutelare l'immagine dell'amministrazione in ogni caso in cui essa possa essere da lesa dalle condotte del caso concreto.

Pertanto, in virtù dell'utilizzo di clausole generali di chiusura nelle norme esaminate si può affermare la fisiologica possibilità per l'interprete di ricondurre varie ipotesi conflittuali non espressamente considerate dal legislatore all'interno del perimetro applicativo delle norme, anche qualora non si adottasse una linea favorevole all'interpretazione estensiva delle ipotesi conflittuali.

Inoltre, come osservato⁵³, l'assenza di una tassatività delle ipotesi in cui sorge l'obbligo, gravante sul soggetto in conflitto d'interessi, di procedere alla segnalazione può portare a incertezze applicative e rischia anche di ledere la prevedibilità della sanzione disciplinare irrogata nei confronti del soggetto che ha violato il dovere di astensione.

Con specifico riferimento al previgente codice dei contratti pubblici, l'art. 80, comma 5, lett. c), faceva discendere dalla situazione di conflitto d'interessi di cui all'art. 42, comma 2, l'esclusione dell'operatore economico⁵⁴ che si trovasse in una posizione di conflitto d'interessi qualora la situazione conflittuale non fosse diversamente risolvibile. Con questa norma il legislatore ha ampliato il novero di ipotesi che conducano all'esclusione dell'operatore economico dalla gara, connettendolo anche all'ipotesi di conflitto d'interessi potenziale⁵⁵.

⁵² Tra le varie pronunce del Consiglio di Stato immediatamente precedenti all'entrata in vigore del d. lgs. 50/2016 ed espressive di tale orientamento si segnalano: Cons. Stato, sez. VI, 29 novembre 2022, n.10483, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. VI, 27 settembre 2016, n.3976, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. VI, 27 luglio 2015, n. 2119, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁵³ A. BERRETTINI, *Conflitto d'interessi e contratti pubblici: un difficile equilibrio tra (in)certezza del diritto e tassatività delle situazioni conflittuali*, cit., 17.

⁵⁴ A. GIACALONE, *Il conflitto d'interessi nei contratti pubblici*, in *Riv. Urb. e app.*, n. 4/2017, p. 549-550: l'autore analizza una sentenza del T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 9 gennaio 2017, n.21, in cui il giudice amministrativo aveva fatto applicazione estensiva del novero dei soggetti destinatari dell'obbligo di astensione all'interno di una procedura ad evidenza pubblica.

⁵⁵ G. IUDICA, *Il conflitto d'interessi degli operatori economici nel codice degli appalti*, in *Federalismi.it*, n.6/2019, pp. 2 ss.

Tale esito, che evidenzia il *favor* verso la prevalenza della *par condicio* sulla libertà d'iniziativa economica dell'operatore escluso, rappresenta la soluzione meno auspicata dallo stesso legislatore, che la prevede ove non sia possibile risolvere diversamente la situazione di conflitto d'interessi. Anche in considerazione dell'idoneità dell'ipotesi di conflitto d'interessi a condurre all'esclusione dell'operatore economico dalla gara pare difficile sostenere l'assenza di tassatività dei casi in cui vi è un conflitto d'interessi⁵⁶.

In tale contesto, però, l'attenzione deve essere rivolta alla funzione⁵⁷ che svolge l'art 42 d.lgs. 50/2016 all'interno dell'ordinamento, che è rivolta alla tutela dell'immagine dell'amministrazione: tale aspetto era già valorizzato dall'orientamento della giurisprudenza amministrativa, che in più occasioni ha ribadito come l'imparzialità dell'azione amministrativa, oltre ad esplicare effetti positivi sul buon andamento della medesima, sia funzionale a garantire che anche la stessa immagine dell'amministrazione risulti imparziale⁵⁸.

Di questo avviso è la sentenza n. 3415/2017 del Consiglio di Stato, in cui si esprime la prospettiva per la quale, rispetto all'art. 42 del d.lgs. 50/2016, vanno evitate quelle 'applicazioni formalistiche idonee a compromettere la capacità di tali norme di far conseguire gli obiettivi fissati e a favorire condotte elusive.'⁵⁹, a conferma della funzione preventiva che assolve il conflitto.

Va detto come il citato articolo 42 sia, per la propria formulazione testuale, una norma ancor più idonea a configurare la natura potenziale della nozione di conflitto d'interessi rispetto a quella contenuta nelle direttive tre europee del 2014 che hanno dato l'impulso dirimente per l'adozione del codice dei contratti pubblici del 2016⁶⁰. Sulla rilevanza fisiologicamente potenziale dell'istituto in parola il Consiglio di Stato si è espresso anche recentemente⁶¹.

Il Consiglio di Stato in una pronuncia⁶² sul conflitto d'interessi nei contratti pubblici ha, inoltre, osservato "la norma va intesa come operante indipendentemente dal concretizzarsi di un vantaggio"⁶³ e nell'impianto argomentativo menziona le linee guida dell'ANAC, che ha, infatti, adottato delle Linee guida aventi ad oggetto "individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici" in attuazione dell'art. 213, comma 2, del d.lgs. 50/2016.

Al paragrafo 2.6 delle Linee guida l'ANAC afferma che le situazioni di cui all'art. 7 del d.p.r. 62/2013 sono richiamate dall'articolo 42 del codice dei contratti pubblici a titolo meramente esemplificativo e rappresentano ipotesi predeterminate per le quali la valutazione della possibile sussistenza del rischio di interferenza dell'interesse privato nelle scelte pubbliche è operata a monte dal legislatore; inoltre, al paragrafo 2.1 delle Linee guida stesse si afferma che

⁵⁶ Alla base della tassatività delle ipotesi conflittuali vi è la considerazione dell'esigenza della consapevolezza, da parte dell'operatore partecipante alla gara, delle conseguenze della partecipazione stessa, dato che "diversamente, non conoscendo in preliminare le cause di conflitto d'interessi rilevanti nella singola procedura ad evidenza pubblica, non si consentirebbe al privato di assumere il rischio di una sua esclusione dalla gara se il conflitto non fosse altrimenti risolvibile". Si veda A. BERRETTINI, *op. cit.*, 20.

⁵⁷ C. CONTESSA, *Circa la nozione in senso funzionale di 'conflitto di interesse, nel nuovo 'Codice dei contratti', in Riv. Urb. e app.*, n.6/2017, p. 828.

⁵⁸ Tra le varie sentenze aderenti all'orientamento per cui le ipotesi tipizzate di conflitto d'interessi hanno carattere esemplificativo, vi è la pronuncia del Consiglio di Stato, sez. V, 19 settembre 2006, n. 5444, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁵⁹ Si esprime così C. CONTESSA, *op.cit.*, p.829.

⁶⁰ Si esprimono sul punto M. DI RIENZO, A. FERRARINI, *La gestione del conflitto d'interessi nei contratti pubblici*, in *strategieamministrative.it*, 2021, p. 5.

⁶¹ Cons. Stato, Sez. VI, 16 giugno 2025, n. 5259, in *giustizia-amministrativa.it*, ad avviso di cui "la configurazione di una situazione di conflitto d'interessi rilevante prescinde dall'effettivo manifestarsi nel concreto della fattispecie essendo sufficiente che sussista potenzialmente".

⁶² Cons. Stato, sez. IV, 16 novembre 2023, n.9850, in *giustizia-amministrativa.it*: in tale pronuncia i giudici di Palazzo Spada affermano che il sistema normativo sul conflitto d'interessi, a partire dalla legge 190/2012, si è basato su di un modello di tutela anticipata, che affianca il classico modello sanzionatorio, il quale individua la situazione di pericolo già nell'ambito dell'organizzazione amministrativa.

⁶³ L'orientamento espresso dalla sentenza n. 9850/2023 è maggioritario ma non unanime all'interno della giurisprudenza. Depone in senso opposto e, dunque, favorevole alla necessità della concretizzazione di un vantaggio Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 2017, n. 189, in *giustizia-amministrativa.it*: in tale decisione si ritiene che si collochi in capo al ricorrente l'onere della prova della concretizzazione dell'indebito vantaggio derivante dal conflitto d'interessi.

“l’interferenza tra la sfera istituzionale e quella personale del funzionario pubblico, si ha quando le decisioni che richiedono imparzialità di giudizio siano adottate da un soggetto che abbia, anche solo potenzialmente, interessi privati in contrasto con l’interesse pubblico”.

Dunque, anche l’Autorità configura il conflitto d’interessi come un istituto volto a prevenire una minaccia naturalmente potenziale, a prescindere da una concreta lesione ascrivibile all’interferenza indebita di interessi privati.

Il Consiglio di Stato, nel rendere il citato parere normativo⁶⁴ richiesto dall’ANAC sulle dette Linee guida, ha affermato che ‘il conflitto d’interessi nell’ambito di gare d’appalto può essere tipico o atipico, considerando che non esiste un *numerus clausus* di situazioni che comportano incompatibilità’.

Da tale analisi sembra appurato il carattere non tassativo delle ipotesi di conflitto d’interessi previste dal legislatore.

Quanto alla rilevanza della natura “potenziale”⁶⁵ del conflitto d’interessi, che si era consolidata nell’ambito del previgente Codice dei contratti pubblici, si osserva e come sia stata superata dal nuovo Codice e come sia stata già la giurisprudenza in alcuni arresti antecedenti all’entrata in vigore del d. lgs. n. 36/2023 ad orientarsi in tal senso: il Consiglio di Stato, con più decisioni⁶⁶, aveva affermato come l’ipotesi del conflitto d’interessi necessiti dell’esistenza di elementi specifici che ne dimostrino l’esistenza.

4.1. (SEGUE) DAL D.LGS. 50/2016 AL D.LGS. 36/2023: L’INCISIVA RIFORMULAZIONE DELLA NORMATIVA

⁶⁴ Cons. Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, parere n.667 del 5 marzo 2019, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁶⁵ Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2018, n.2853, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. III, 14 gennaio 2019, n. 355, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. III, 29 marzo 2022, n.2309, in *giustizia-amministrativa.it* in tali pronunce si afferma come l’art. 42 comma 2 d.lgs. 50/2016 vada inteso come fattispecie di pericolo, riconoscendo la rilevanza della potenzialità del pregiudizio a cui consegue l’operatività delle previsioni normative.

⁶⁶ Si rinvia a Cons. Stato, sez. III, 26 marzo 2021, n. 2581, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2020, n. 2863, in *giustizia-amministrativa.it*.

Il codice dei contratti pubblici del 2023 ha rimodulato la fattispecie di conflitto d’interessi introducendo all’articolo 16 un sistema parzialmente differente da quello previgente⁶⁷.

Il primo comma dell’articolo 16 si colloca nel solco dell’atipicità dei soggetti destinatari dell’obbligo di astensione⁶⁸, confermando la tendenza già ricercata dal previgente articolo 42 e dalla giurisprudenza che ne aveva fornito un’interpretazione estensiva anche rispetto al versante soggettivo. L’atipicità connota anche le misure che devono essere adottate dalla stazione appaltante, ai sensi dell’ultimo comma della norma, per “individuare prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse”. La disposizione di cui al primo comma recepisce la nozione eurolunitaria di conflitto d’interessi.

La novità rinvenibile nel primo comma si ascrive all’eliminazione del rinvio, espresso dalla norma previgente, all’art. 7 del d.p.r. 62/2013⁶⁹ e nell’estensione a qualsiasi soggetto del dovere di astensione, recependo l’acquisizione della giurisprudenza amministrativa sul ruolo del soggetto esterno alla stazione appaltante o all’ente concedente.

Inoltre, l’art. 42 del previgente codice poneva in capo alle stazioni appaltanti l’onere di predisporre misure di contrasto alle frodi e alla corruzione, mentre la Relazione allo schema definitivo del Codice dei contratti afferma che l’assenza del riferimento a frodi e corruzione “non riduce il presidio anticorruzione (che anzi resta invariato e viene anche esteso con più chiarezza alla fase della esecuzione e ai soggetti non dipendenti dalla p.a.)”.

Tuttavia, nonostante questa puntualizzazione, è lo stesso secondo comma a far desumere il cambio di prospettiva sotteso alla formulazione del nuovo

⁶⁷ Analizzano le novità introdotte da tale norma F. GAFFURI, *la disciplina del conflitto di interessi nel codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, fasc. 10/2025, p. 98 e ss.; A. BERRETTINI, *Art. 16. Conflitto di interessi*, in R. VILLATA-M. RAMAJOLI (a cura di) *Commentario al codice dei contratti pubblici, D. lgs. 31 marzo 2023, n.36*, Pacini Giuridica, Pisa, 2024, p. 88 e ss.

⁶⁸ Sul punto, in senso confermativo, si veda il Parere Anac in funzione consultiva, n. 42/2024.

⁶⁹ La Relazione allo schema definitivo del Codice dei contratti pubblici afferma che si è inteso ‘evitare inutili ridondanze’ e ‘confusioni e sovrapposizioni’, anche se in realtà il rinvio poteva essere utile in un ‘ottica di complementarità della tutela.

art. 16 d. lgs. 36/2023, che è riconducibile alla volontà legislativa di attuare i principi del risultato e della fiducia in considerazione della loro funzione di limite e guida dell'esercizio del potere.

Infatti, a essere innovativa rispetto alla norma previgente è la formulazione del secondo comma dell'art. 16: "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"⁷⁰.

Questa disposizione ha condotto a una serie di proposte preventive di modifica da parte dell'ANAC⁷¹ che ha espresso "la necessità di non depotenziare la disciplina del conflitto d'interessi": l'Autorità, infatti, aveva proposto l'eliminazione del secondo comma, che appare chiaramente orientato a delineare il conflitto d'interessi come fattispecie di "pericolo concreto" e a porre in capo al ricorrente l'onere della prova⁷² della lesione di un interesse effettivo.

Una siffatta ricostruzione rischia di superare la funzione di tutela dell'immagine

dell'amministrazione che il conflitto d'interessi ha svolto sin dall'iniziale applicazione giurisprudenziale e soprattutto dall'introduzione dell'art. 6 bis nella l.241/90.

Mentre le osservazioni dell'ANAC sono state recepite quanto all'introduzione del quarto comma all'interno dell'art. 16, non hanno avuto riscontro le osservazioni sulla modifica sostanziale del secondo comma.

La riscrittura della norma, così come anticipato in sede consultiva dall'ANAC - per quanto siano stati espressi dubbi sul miglioramento apportato dall'ANAC nell'esercizio del ruolo di regia nel sistema dei contratti pubblici⁷³ - è effettivamente idonea a realizzare un esito che depotenzia l'istituto del conflitto d'interessi⁷⁴.

Nell'attesa che si consolidi un'applicazione della giurisprudenza⁷⁵ sulla nuova fattispecie, pare comunque accolta anche in dottrina⁷⁶ la valutazione sul secondo comma dell'articolo 16: la disposizione va letta nel senso di tendere all'attenuazione dell'illegittimità e dell'illiceità dell'atto adottato in conflitto d'interessi con cui il conflitto stesso diviene situazione di pericolo concreto⁷⁷, ma pur sempre di pericolo.

⁷⁰ In tema si veda Cons. Stato, sez. IV, 16 novembre 2023, n.9850, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁷¹ Osservazioni di ANAC in relazione all'Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n.19.

⁷² La collocazione dell'onere della prova in capo al ricorrente contrasta con il diritto dell'UE, dato che in una sentenza (causa C538/13 decisa in data 12 marzo 2015) la Corte di Giustizia ha stabilito che è competenza dell'amministrazione aggiudicatrice verificare l'esistenza di eventuali conflitti d'interesse e che non si può chiedere al privato ricorrente 'di provare concretamente la parzialità del comportamento degli esperti': quindi, sarà l'amministrazione a dover fornire la prova contraria in sede processuale.

⁷³ Secondo F. LIGUORI, *Gare, concorsi e giudice penale*, in *De Iustitia*, p.5, il contributo apportato dalle linee-guida dell'ANAC si è, talvolta, rivelato 'una fonte spuria di regole invasive che finirà per produrre ulteriori fattori di complessità e contraddizioni'. Vi sono state, inoltre, critiche rivolte all'ANAC per un impianto "accusato di fornire una prospettiva impropria (basata a sua volta su una percezione impressionistica e inesatta dello stesso fenomeno corruttivo, fuorviante in quanto centrata su una prospettiva patologica se non addirittura criminalizzatrice)". Si esprime così E. CARLONI, *L'anticorruzione e la trasparenza nel sistema di procurement pubblico: tendenze e prospettive ai tempi del PNRR*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 3/2020, p. 643 ss.

⁷⁴ Si è evidenziata la necessità di evitare che l'allocatione dell'onere della prova in capo al ricorrente porti a 'letture

restrittive che depotenzerebbero l'istituto: questo esito è da scongiurare'. Vedi A. LALLI, *op. cit.*, p.554.

⁷⁵ T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. V, 10 dicembre 2024, n. 3413/2024, in *giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Toscana, Firenze, sez. II, 22 marzo 2024, n. 341/2024, in *giustizia-amministrativa.it*: in entrambe le recenti sentenze i giudici affermano come il conflitto d'interessi sia un istituto connotato da 'concretezze e specificità' e, dunque, confermano la tendenza a prevedere la natura dell'istituto quale norma di pericolo concreto.

⁷⁶ H. SIMONETTI, *La disciplina del conflitto di interessi nella prospettiva del nuovo codice dei contratti*, in G. FONDERICO (a cura di) *Trasparenza e prevenzione della corruzione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, p.70-71, Venezia, Edizioni Ca' Foscari, 2024: in linea generale, anche tramite l'analisi della collocazione della norma, l'Autore nota come 'l'investimento sull'istituto sia stato minore' rispetto alla previsione del codice previgente.

⁷⁷ La giurisprudenza amministrativa precedente all'entrata in vigore del d. lgs. 36/2023 aveva già affermato in varie pronunce la natura del conflitto d'interessi come fattispecie di pericolo in concreto: si vedano Cons. Stato, sez. V, 17 aprile 2019, n. 2511, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2020, n. 2863, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. III, 26 marzo 2021, n. 2581, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. II, 31 luglio 2023, n. 12917, in *giustizia-amministrativa.it*.

La volontà di “preservare la funzionalità dell’azione amministrativa” espressa dal secondo comma della norma può essere letta nell’ottica di dirimere il bilanciamento tra esigenze di certezza dell’azione amministrativa e tutela dell’immagine dell’amministrazione, optando chiaramente per la maggior considerazione dell’esigenza di stabilità dell’atto amministrativo adottato in conflitto d’interessi e lesivo della “sola” immagine dell’amministrazione.

La norma colloca in capo al privato un doppio onere della prova: in primo luogo richiede che la percepita minaccia all’imparzialità si riferisca a interessi effettivi, inoltre onera il ricorrente di dimostrare la relazione causale tra il conflitto d’interessi e la decisione assunta dall’ente aggiudicatore. Come osservato⁷⁸, tale previsione normativa rischia di tradursi in una denegata tutela giurisdizionale in ragione del fatto che la prova richiesta al privato, soprattutto ove si chieda di dimostrare che senza conflitto d’interessi si sarebbe assunta una decisione differente nell’ambito della gara pubblica, tale da ricondurre la rilevanza dell’istituto del conflitto d’interessi alla funzione ornamentale.

La formulazione del secondo comma della norma in parola enfatizza il richiamo al principio di fiducia⁷⁹ che, tuttavia, appare controverso: questo perché, da un lato, si richiede fiducia nei confronti dell’amministrazione, ma dall’altro fronte si indebolisce la tutela dell’immagine dell’amministrazione, che è alla base del rapporto di fiducia tra cittadini e amministrazione. Più in generale, non sembra che la fiducia verso l’amministrazione possa costituire un argomento utile per salvaguardare la stabilità dell’atto adottato in conflitto d’interessi ma non produttivo di lesioni concrete, potendo invece operare richiamo a tal

proposito i principi di economicità dell’attività amministrativa e di affidamento del soggetto sulla stabilità dell’atto.

Inoltre, la Relazione allo schema definitivo del vigente Codice dei contratti pubblici afferma che il principio ora codificato dall’art. 2 non si esplica in una fiducia “unilaterale e incondizionata” verso le scelte dell’amministrazione, anche in virtù del fatto che “la fiducia è legata a doppio filo a legalità, trasparenza e correttezza”.

Un principio così chiaramente inteso non può fungere⁸⁰ da strumento legittimante una collocazione dell’onere della prova che ha l’effetto di rendere evanescente la tutela giurisdizionale di cui potrebbe godere il privato che si ritenga leso dall’atto adottato in conflitto d’interessi.

La volontà legislativa sottesa al nuovo articolo 16, comma 2, potrebbe rinvenirsi nel prevenire una serie di ipotesi in cui il conflitto d’interessi possa divenire un motivo d’impugnazione degli atti di gara nonostante la situazione conflittuale non abbia, nel caso concreto, condotto a un’alterazione del contenuto degli atti di gara. Così facendo, si eviterebbero ricorsi che possano ritardare la stipulazione o l’esecuzione del contratto, in un’ottica ascrivibile al principio del risultato.

Tuttavia, questa prospettiva è agevolmente smentita dalla considerazione per cui la concorrenza tra i privati è funzionale al raggiungimento del miglior risultato⁸¹ e, dato che il conflitto d’interessi è potenzialmente lesivo della *par condicio* tra gli operatori economici, il depotenziamento sostanziale e processuale del conflitto d’interessi sarebbe controproducente rispetto al raggiungimento del miglior risultato.

Pertanto, la scelta legislativa di enfatizzare il principio di fiducia come fondamento della modifica sull’onere della prova non sembra

⁷⁸ Il secondo comma del citato art. 16 sottrae indirettamente, data l’impossibilità di rispettare un tale onere della prova, al sindacato del giudice “le ipotesi più comuni di incompatibilità del funzionario agente” e in virtù di ciò prospetta l’ipotesi dell’incostituzionalità della norma, per contrasto con gli artt. 24, 103 e 113 della Costituzione, dato che essa “riduce...i diritti di difesa del cittadino contro le determinazioni e le condotte scorrette, non trasparenti e lesive della *par condicio* tenute dalla pubblica amministrazione e dal suo personale”. In tal senso si veda F. GAFFURI, *la disciplina del conflitto di interessi nel codice dei contratti pubblici*, op. cit.

⁷⁹ Gli studi sul principio di fiducia sono molti, tra i tanti si rinvia a R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Il principio della fiducia nell’articolo 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in Aa.Vv. (a cura di) *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, AA.VV., Napoli, ES, pp.43 e ss.

⁸⁰ F. GAFFURI, *la disciplina del conflitto di interessi nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., p 107.

⁸¹ Il riferimento è, ancora, a F. GAFFURI, *la disciplina del conflitto di interessi nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., p..108-109.

condivisibile, in ragione dell'analisi condotta e della necessità, come si vedrà, di potenziare gli strumenti amministrativi di prevenzione della corruzione e di tutela dell'immagine dell'amministrazione. Quest'ultima finalità potrà, eventualmente, essere raggiunta dai piani anticorruzione ma questo scenario non sembra idoneo a fare da contrappeso all'irrigidito onere della prova fissato dal comma 2 dell'articolo 16, anche in considerazione della particolare collocazione dei piani anticorruzione all'interno dei PIAO⁸² che le amministrazioni devono adottare: come affermato da un parere del Consiglio di Stato⁸³ il PIAO si espliciti in una sede unica presso cui confluiscono delle disposizioni attinenti a contesti normativi non omogenei tra loro. Così facendo, non si avrebbero piani anticorruzione ponderati da ogni amministrazione e realmente idonei ad assolvere la loro funzione.

Più in generale, si può osservare come a fondamento della scelta legislativa di introdurre l'art. 16 sul conflitto d'interessi, come si evince chiaramente dalla relazione di accompagnamento al d.lgs. 36/2023, vi fosse la presenza dell'ordinamento di una risposta in sede penale alle ipotesi di conflitto d'interessi, rappresentato dall'art. 323 c.p. sull'abuso d'ufficio⁸⁴.

Tuttavia, tale scelta legislativa espressa nel nuovo codice dei contratti si è rivelata infelice, alla luce della successiva abrogazione del reato d'abuso d'ufficio avutasi con la legge n. 114/2024: a ben vedere, se si ritiene che l'abuso d'ufficio sia stato depotenziato in maniera irrimediabile a seguito della riforma del 2020⁸⁵ non si vede quale potesse essere il contrappeso atto a evitare un depotenziamento sostanziale delle norme che sono volte a prevenire la commistione tra interessi pubblici e interessi privati.

5. CONCLUSIONI: QUALE FUTURO PER IL CONFLITTO D'INTERESSI DOPO L'ABROGAZIONE DELL'ABUSO D'UFFICIO?

In base a una disamina della casistica si ricava come nel settore dei contratti pubblici vi stato sia un considerevole numero di procedimenti penali in cui al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio era stato contestato il delitto di abuso d'ufficio, soprattutto per l'omessa astensione "in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto", ai sensi del previgente articolo 323 del Codice penale. A prescindere dall'esito del procedimento penale, l'articolo 323 c.p. era una norma applicabile a ogni omissione di astensione e operava anche a prescindere dall'incisività dell'interesse provato ascrivibile al soggetto agente o a un suo prossimo congiunto: per questo tale fattispecie costituiva parte integrante di un modello normativo che caratterizzava il conflitto d'interessi per l'anticipazione della tutela rispetto alle ipotesi di reato più gravi che si potessero verificare nel settore dei contratti pubblici.

La centralità della figura dell'abuso d'ufficio nella disciplina del conflitto d'interessi era rilevante a tal punto che, in varie pronunce, la giurisprudenza penale⁸⁶ aveva ritenuto che il generale fondamento del dovere di astensione fosse rinvenibile nell'art. 323 del Codice penale⁸⁷. Inoltre, la norma sull'abuso d'ufficio era ritenuta dalla giurisprudenza dotata di una duplice funzione: da un lato assolveva una funzione dissuasiva, in virtù della finalità preventiva tipica della norma penale, della violazione dell'obbligo di astensione già prescritto da una norma di settore, e dall'altro lato assolveva una

⁸² Una disamina dell'argomento è svolta da P. LOMBARDI, *PIAO e prevenzione della corruzione: verso l'orizzonte del Valore Pubblico*, in *Federalismi.it*, n.19/2023, che svolge dei rilievi critici sul rischio che l'anticorruzione possa essere l'oggetto di un "ripiegamento dell'anticorruzione verso l'interno". Su di un diverso aspetto, e cioè con riferimento alla relazione sussistente tra conflitto d'interessi, abuso d'ufficio e piano nazionale anticorruzione, si sofferma S. M. SISTO, *Il conflitto d'interessi, l'abuso d'ufficio e la vincolatività del piano nazionale anticorruzione nelle procedure concorsuali per docenti universitari*, in *anticorruzione.it*.

⁸³ Cons. Stato, parere del 24 maggio 2022, n. 902, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁸⁴ G. M. ROCCA, *Abuso d'ufficio e contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, n.16/2024, p. 292 e ss.

⁸⁵ Sul tema si veda F. LIGUORI, *Gare, concorsi e giudice penale*, cit, p.9.

⁸⁶ *Ex multis*, Cass. Pen. Sez. VI, 15 marzo 2013, n.14457.

⁸⁷ Sulla configurazione dell'abuso d'ufficio a seguito della riforma del 2020 si veda, tra i tanti che hanno svolto considerazioni generali, S. PERONGINI, *L'abuso d'ufficio, contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione, con una proposta di integrazione della riforma introdotta dalla legge n.120/2020*, Giappichelli, Torino, 2020.

funzione ‘fondativa’ dell’obbligo stesso di astensione in capo al dipendente pubblico.

È per questo che, in una delle ordinanze⁸⁸ con cui è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale in merito alla legge n. 114/2024, si è sostenuto che l’abrogazione dell’abuso d’ufficio abbia inciso negativamente sulla tutela repressiva prevista per la situazione di conflitto d’interessi.

Sul ruolo dell’abuso d’ufficio nel sistema amministrativo del conflitto d’interessi si prospettava un sistema⁸⁹ in cui l’azione penale evidenziava una situazione di conflitto d’interessi che veniva successivamente valutata in sede amministrativa con le conseguenze del caso, tra cui l’annullabilità dell’atto, la responsabilità disciplinare del pubblico ufficiale e l’eventuale responsabilità erariale.

Con un siffatto sistema, l’abrogazione dell’abuso d’ufficio rende probabile un arretramento sul fronte della tutela repressiva del conflitto d’interessi: il tema riflette la spinosa questione dell’autonoma rilevanza e sufficienza delle norme amministrative volte a rimediare all’illegalità⁹⁰ e a reprimere la corruzione rispetto alle norme penali sui delitti di corruzione⁹¹.

In tale contesto si osserva come il presidente dell’Anac Busia, nell’ambito della Relazione tenuta alla Camera dei Deputati il 20 maggio 2025, abbia sottolineato⁹² come siano ancora troppi i casi di

conflitto d’interessi nel sistema nazionale che, anche in considerazione dell’abrogazione dell’abuso d’ufficio, incidono sulle procedure di gara. Specificamente sul conflitto d’interessi, non pare che il sistema amministrativo sia in grado di fornire lo stesso grado di tutela del sistema penale, anche rispetto all’emersione del conflitto stesso: il punto sta nella difficoltà dell’amministrazione a scoprire l’esistenza del conflitto d’interessi qualora il soggetto obbligato violi il dovere di astensione e di segnalazione del conflitto.

Un conseguente aspetto problematico rilevante del sistema amministrativo si rinviene, inoltre, nella tecnica di tutela: nel caso di atto, adottato in conflitto d’interessi, favorevole al destinatario che aveva presentato un’istanza volta al rilascio di un provvedimento ampliativo⁹³ e non di concorso o gara pubblica (a meno che a questi ultimi non partecipi un solo candidato o un solo operatore economico) vi potrebbe non essere un controinteressato che abbia interesse a esperire l’azione di annullamento e, conseguentemente, l’atto amministrativo adottato in conflitto d’interessi sarebbe destinato a consolidarsi.

Dall’analisi condotta si può constatare la difficoltà del sistema amministrativo rispetto al prevenire e contrastare corruzione⁹⁴ e conflitto d’interessi in maniera efficace e autonoma rispetto al sistema penale.

⁸⁸ Ordinanza del Tribunale di Firenze, sez. III, 25 ottobre 2024: tale ordinanza solleva la questione di legittimità costituzionale inerente alla legge Nordio, l. n. 114/2024. Il giudice penale ritiene leso anche l’articolo 97 della Costituzione poiché l’abrogazione dell’abuso d’ufficio avrebbe realizzato un arretramento della tutela in merito all’obbligo di astensione del pubblico ufficiale che si trovi in conflitto d’interessi.

⁸⁹ Si è affermato che già prima della riforma Nordio il quadro normativo del conflitto d’interessi nel diritto amministrativo fosse ‘susceptibile di un ampio margine di miglioramento’ e ‘complessivamente poco efficiente’. In tema si rinvia a E. CARLONI, *Conflitto di interessi e abuso di ufficio: problemi aperti tra amministrazione e costituzione, in sistemapenale.it*, fasc. 12/2024, p.7.

⁹⁰ La questione è analizzata da B. G. MATTARELLA, *I rimedi amministrativi all’illegalità nella pubblica amministrazione*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 2, 1° giugno 2024, p.757 e ss.

⁹¹ E. CARLONI, *L’abuso di potere tra contrasto penale e contrasto amministrativo: i limiti dell’anticorruzione amministrativa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 2/2024, p.643-644.

⁹² Il presidente dell’ANAC ha poi osservato che “a fronte della evidenziazione dei vuoti di tutela lasciati dall’abrogazione del

reato di abuso d’ufficio si era risposto che l’eliminazione della sanzione penale sarebbe stata compensata da un rafforzamento delle tutele amministrative. Purtroppo, tale compensazione non c’è stata, e si è registrato un progressivo indebolimento delle garanzie amministrative poste a presidio dell’indipendenza e della correttezza dell’agire pubblico.” Da questa affermazione si ricava la centralità della tutela prevista dal sistema amministrativo, di cui è auspicabile un rafforzamento.

⁹³ Evidenzia questa possibilità E. CARLONI, *L’abuso di potere tra contrasto penale e contrasto amministrativo: i limiti dell’anticorruzione amministrativa*, cit., p.645, in cui si menziona il caso emblematico di un permesso di costruire, attribuito dal funzionario in conflitto d’interessi, senza arrecare danno a un terzo che sarebbe legittimato in astratto a proporre l’azione di annullamento.

⁹⁴ Si rinvia a M. DEL SIGNORE, M. RAMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l’illusione di un’amministrazione senza macchia*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n.1/2019, p. 69 e ss.; E. CARLONI, *L’anticorruzione e la trasparenza nel sistema di procurement pubblico: tendenze e prospettive ai tempi del PNRR*, in *Diritto amministrativo*, fasc. n. 3/2022, p. 643 e ss.;

In questo contesto, una volta abrogata la norma penale, due sembrano le soluzioni prospettabili nell'ambito del sistema amministrativo: in primo luogo un investimento sugli strumenti di prevenzione del conflitto d'interessi, successivamente un intervento normativo inerente alla patologia dell'atto, che conduca dall'annullabilità alla nullità dell'atto adottato in conflitto d'interessi. Sul primo aspetto la novità legislativa è l'introduzione nel 2023 del d.l. n. 24/2023⁹⁵ che ha potenziato lo strumento della segnalazione dell'illecito, fornendo maggiori tutele al soggetto segnalante, storicamente esposto al rischio di condotte vendicative, che erano una tra le cause principali dello scarso utilizzo di tale strumento. Con l'introduzione del d.l. n. 24/2023 si sono precisate le categorie di soggetti interessate dalla disciplina e si è operata una parziale tipizzazione delle condotte idonee a determinare una violazione che possa essere segnalata.

La protezione del *whistleblower*⁹⁶ è sicuramente un mezzo idoneo ad aumentare le possibilità che l'amministrazione venga a conoscenza della presenza di un conflitto d'interessi di un suo funzionario senza dipendere dall'apertura di un'indagine preliminare in sede penale.

L'utilità di tale strumento si rinviene nella possibilità di contribuire all'autonomia delle misure di prevenzione di conflitto d'interessi e della corruzione nell'ambito del sistema del diritto amministrativo. Quanto alla tutela repressiva dei fenomeni corruttivi, la nullità dell'atto adottato in conflitto d'interessi è sempre stata esclusa dalla dottrina, anche in virtù del fatto che la volontà legislativa con l'introduzione dell'art. 21-septies nella l. 241/90 è stata quella di collocare le ipotesi di carenza di potere in concreto tra le cause di annullabilità⁹⁷.

Tuttavia, tale orientamento si basava sia sull'esistenza dell'articolo 323 c.p., ed inoltre su di una diversa consistenza dell'onere della prova che grava sul soggetto che deve esperire l'azione di annullamento: come detto, per quanto attiene ai contratti pubblici, prima del d.lgs. 36/2023 era sufficiente la prova dell'idoneità dell'atto a costituire una minaccia per l'imparzialità.

Alla luce dell'attuale quadro normativo, il profilo problematico che si rinviene nella tecnica di tutela rappresentata dall'annullabilità dell'atto adottato in conflitto d'interessi consiste nell'onere della prova dell'effettiva lesione dell'imparzialità, in ragione del fatto che un tale onere della prova per il privato si tradurrebbe in una *probatio diabolica*, in contrasto con quanto sostenuto dalla citata sentenza della Corte di Giustizia dell'UE. In tale decisione si è affermata l'impossibilità di collocare in capo al ricorrente la prova della parzialità del comportamento dell'amministrazione.

Potrebbe, teoricamente, riaprire il dibattito sulla sorte dell'atto adottato in conflitto d'interessi l'approvazione di una proposta di legge⁹⁸ attualmente in discussione e presentata alla Camera il 13 ottobre 2022 con cui si prevede la nullità testuale dell'atto adottato in conflitto d'interessi.

È la relazione di accompagnamento ad affermare che tale legge mira a introdurre un sistema di prevenzione e contrasto del conflitto d'interessi più efficace rispetto a quello vigente per i titolari di cariche politiche, attualmente disciplinato dalla l. n. 215/2004, che è ritenuta insufficiente perché 'ancora la sussistenza del conflitto d'interessi a requisiti particolarmente stringenti e di difficile verifica pratica'.

Infatti, l'art. 9 della proposta di legge prevede sia la nullità degli atti compiuti dal titolare della carica di governo che versa in una delle situazioni di incompatibilità di cui all'art. 4, sia la nullità delle

⁹⁵ Per un'analisi generale del *whistleblowing* e dell'impatto del d.l. 24/2023 si veda P. RUBECCHINI, *Della delazione virtuosa. La segnalazione di illecito quale strumento di protezione dell'interesse generale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n.2/2024, p.421.

⁹⁶ G. GRASSO - A. RIPEPI, *Il whistleblowing: un istituto in evoluzione nel disegno (dai tratti incerti) del legislatore*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2023, 7-8.

⁹⁷ S. FREGO LUPPI, *op. cit.*, p. 684; G. IUDICA, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, *cit.*, p. 44 ss.; A. LALLI, *op. cit.*, p.523-524.

⁹⁸ La proposta di legge in questione, n. 304/2022, introdurrebbe 'disposizioni in materia di conflitto d'interessi e delega al Governo per l'adeguamento della disciplina relativa ai titolari di cariche governo locali e ai componenti delle autorità indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione, nonché disposizioni concernenti il divieto di erogazioni provenienti da Stati esteri da parte dei titolari di cariche pubbliche'.

deliberazioni degli organi collegiali di cui il titolare della carica fa parte.

Tale proposta di legge ha il merito di dare risposta a esigenze di tutela dell'immagine dell'alta amministrazione titolare della funzione di governo, offrendo spunti interessanti sulla delibera degli organi collegiali in cui l'astensione del soggetto in conflitto d'interessi potrebbe non bastare a dare serenità di giudizio ai restanti componenti dell'organo collegiale. Tale proposta di legge non andrebbe a incidere sull'attività amministrativa in senso stretto ma potrebbe comunque dare impulso ad una riflessione sul conflitto d'interessi non solo nel caso in cui gli atti dei soggetti di riferimento vengano qualificati come atti di alta amministrazione⁹⁹, ma anche considerando che si rivolge anche ai componenti delle autorità indipendenti.

In definitiva, si può ritenere attualmente recessiva l'esigenza di tutela dell'immagine dell'amministrazione in virtù dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio e della previsione di cui all'art. 16 comma 2 d.lgs. 36/2023.

È, dunque, auspicabile un intervento del legislatore che ritorni sul bilanciamento tra tutela dell'immagine dell'amministrazione e stabilità dell'atto amministrativo e che sia teso ad attenuare l'onere della prova richiesto ai privati, quasi sempre concretamente difficili da assolvere.

Diversamente, a risentirne irrimediabilmente sarebbe il già minato¹⁰⁰ rapporto di fiducia tra cittadini e pubblica amministrazione.

⁹⁹ Si veda V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2023, p.810 e ss., in cui si analizza la tendenza giurisprudenziale ad ampliare il perimetro applicativo della figura dell'atto di alta amministrazione.

¹⁰⁰ Sulla percezione comune che si ha riguardo all'amministrazione si veda F. LIGUORI, *L'azione amministrativa, argomenti e questioni*, ES, Napoli, 2023, p. 11 e ss.