

La disciplina del conflitto di interessi nella prospettiva del nuovo codice dei contratti

Hadrian Simonetti

Consiglio di Stato, Italia

Abstract Conflict of interest is a classical topic in Italian law, well known in different fields, in civil law as well as in public law, including administrative law. In recent years the matter has been strongly influenced by the international and the European law, as part of a broader agenda to promote transparency and competition and to contrast corruption and frauds. Starting from this general context, the essay is focused on the regulation of the conflict of interest by the last Code of public contracts – a code based upon an approach that encourages the confidence and the achievements of objectives – underlying the similarities and differences with the past and the main questions that can arise.

Keywords Interest. Transparency. Competition. Corruption. Frauds.

Sommario 1 Premessa. La nozione e la rilevanza del conflitto di interessi nel diritto italiano. – 2 Il conflitto di interessi nel diritto civile e nel diritto societario. – 3 Il conflitto di interessi nel diritto costituzionale. – 4 Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo. – 5 Il conflitto di interessi nel diritto dei contratti pubblici. – 6 Il nuovo art. 16 del codice del 2023.

1 **Premessa. La nozione e la rilevanza del conflitto di interessi nel diritto italiano**

‘Conflitto di interessi’ è un’espressione sfuggente di cui si parla in ambiti e settori diversi del nostro ordinamento: nel diritto civile e in quello commerciale; nel diritto processuale, civile e penale; nel diritto pubblico, costituzionale e amministrativo.¹

Come, ancora prima, la stessa nozione di interesse è sfuggente.²

Si vedrà nel prosieguo di questa relazione come il conflitto di interessi possa tradursi tanto in una situazione statica quanto in un comportamento dinamico e come i rimedi per fronteggiarlo siano diversi.

2 **Il conflitto di interessi nel diritto civile e nel diritto societario**

Nel diritto privato, parlando di conflitto di interessi, la legge si riferisce alle situazioni in cui la persona è portatrice, da un lato, dell’interesse proprio e, dall’altro, di un interesse altrui, individuale o collettivo, di cui le incombe la cura o del quale è partecipe.³ Sono noti gli esempi del conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato e del contratto con se stesso (per i quali è dato il rimedio dell’annullabilità del contratto, ma nei limiti in cui il conflitto fosse conosciuto o conoscibile dal terzo - artt. 1394 e 1395), per la rappresentanza dei figli (320) e in caso di tutela dei fratelli (347), degli amministratori di società per azioni in conflitto di interessi (sui quali gravano obblighi dichiarativi e di astensione, con il possibile annullamento delle delibere - art. 2391), dei soci in assemblea (2373).

Si può cogliere una vicinanza tra il conflitto di interessi e l’abuso del diritto (la prima figura tende da ultimo a essere ricompresa nella seconda), e se ne tratta frequentemente nel discorso delle delibere assembleari e degli altri organi collegiali. Quanto alle tecniche di tutela, talune di esse sono ‘vicine’ a quelle pubblicitiche (l’eccesso

¹ Il tema assegnatomi è naturalmente quello dell’incidenza del conflitto di interessi sul piano giuridico, riferito alla medesima persona laddove portatrice di interessi appunto in conflitto; perché di conflitto di interessi si parla in diverse accezioni e direzioni, sia sempre in ambito giuridico, ma tra soggetti diversi, sia a livello politico e prima ancora sul terreno economico, come conflitto di interessi economici tra classi o gruppi sociali diversi tra di loro e al loro interno. Per restare all’ambito del diritto, per uno sguardo d’insieme si veda Lalli, «Conflitti di interessi nel diritto privato e nel diritto pubblico. Una rassegna», 155.

² Definito, ad esempio, da Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, 69, come «il valore relativo che un determinato bene ha per un certo soggetto»; e da Kaiser, *La rappresentanza degli interessi organizzati*, 37, come «una sostanza quasi indistruttibile, nonostante il cambiamento dei suoi oggetti e direzioni».

³ Rescigno, *Manuale di diritto privato italiano*, 205.

di potere è una di quelle), altre all'inverso dal campo privatistico nel tempo sono passate anche a quello pubblicistico (la regola di buona fede). Si registra quindi un'osmosi reciproca, a conferma delle possibili somiglianze (e interferenze) tra poteri privati e pubblici, nei modi in cui manifestano la loro forza e nei mezzi impiegabili per difendersi da essi.

Nella riforma del diritto societario del 2003 si prevedono rimedi preventivi successivi e, relativamente a questi ultimi, si cerca di non paralizzare la vita e il funzionamento della compagine sociale: nel nuovo art. 2373 non basta il conflitto di interessi ma occorre anche che il voto del socio in conflitto sia stato determinante e possa derivarne un danno alla società. Ancora più marcata è questa tendenza nella disciplina dell'art. 2391 sugli amministratori in conflitto, dove sono prescritti obblighi informativi; è rafforzato l'obbligo di motivazione della delibera; l'impugnazione è subordinata anche qui al carattere determinante del voto; alla possibilità di un danno e gioca un ruolo anche l'aver o non avere adempiuto agli obblighi informativi di cui sopra.

Un cenno anche all'art. 2497 e alla disciplina dei gruppi e in particolare all'abuso di direzione (e coordinamento): qui il conflitto si direbbe connaturato alla fattispecie, se è vero che la società madre approfitta per definizione delle società figlie per realizzare, nella migliore delle ipotesi, l'interesse del gruppo; ma qui la teoria dei vantaggi compensativi può servire a neutralizzare, ovvero a bilanciare, il pregiudizio.

La disciplina è più severa nell'ambito dell'attività di intermediazione finanziaria, dove la fiducia del mercato e dei risparmiatori è prioritaria e dove rilevano interessi anche meramente potenziali e di natura non patrimoniale. I rimedi sono di vario genere: organizzativi, informativi, sanzionatori.

La regolazione del conflitto di interessi non è affidata solo alla legge (dello Stato, sebbene in molti ambiti le disposizioni siano di derivazione sovranazionale), ma anche a codici di condotta o deontologici, quindi a fonti di origine privatistica delle quali è da sempre discussa la natura e la rilevanza sul piano dell'ordinamento generale.⁴ Si possono richiamare, nella cornice della 'formazione negoziale del diritto' e seguendo le suggestioni di un 'diritto senza Stato', le vicende e gli esempi più noti degli ordini professionali, delle società quotate in borsa, dell'autodisciplina pubblicitaria. Sovente ci si muove all'interno di gruppi e di comunità ristrette, di quelle che Guido Rossi, mutuando una distinzione elaborata dagli antropologi, chiamava le società della 'vergogna' per contrapporle alle società della 'colpa':

⁴ In argomento si veda, volendo, Simonetti, *Codici di autoregolamentazione e sistema delle fonti*.

sottolineando come la principale e più temuta sanzione irrogata nelle prime, quando se ne violano i precetti, è la disistima sociale, l'infamia, ben più grave di una qualunque altra sanzione, e che può condurre sino all'espulsione dal gruppo.⁵

3 Il conflitto di interessi nel diritto costituzionale

Nella Costituzione non c'è un riferimento diretto al tema del conflitto di interessi.

Ci sono articoli che nell'insieme compongono una base di lavoro necessaria e probabilmente già più che sufficiente (a volerne trarre le conseguenze): gli articoli 97 sull'imparzialità, 98 sui pubblici impiegati al servizio della nazione, 54 sul dovere di fedeltà alla Repubblica. Vi aggiungerei anche i doveri di solidarietà di cui all'art. 2 e il dovere di concorrere al progresso materiale e spirituale della società di cui all'art. 4, comma 2.

Il discorso sul conflitto di interessi investe soprattutto il capitolo dei doveri costituzionali. In quanto tale può piacere di meno rispetto al più frequente discorso sui diritti.

Esula dal mio compito odierno dare conto di come, e fino a che punto, questi articoli siano stati tradotti nella legislazione statale. Ma almeno un cenno meritano le vicende legate alle invocate e avversate incompatibilità tra cariche pubbliche e determinate attività economiche. Un piano inclinato nel quale si è intervenuti per lo più escludendo la soluzione, il rimedio, più radicale dell'ineleggibilità del tipo di quelle di cui all'art. 10 del d.p.r. 361 del 1957; ma vale ricordare, prima ancora, la legge n. 60 del 1953, cd. legge Sturzo, si disse approvata all'epoca per impedire che Enrico Mattei, presidente dell'ENI, fosse contemporaneamente anche membro del Parlamento.⁶

Gli esempi più vicini ai giorni nostri, riferiti soprattutto alle attività di governo, in particolare la legge n. 215 del 2004 sulla titolarità di cariche pubbliche e sulle incompatibilità,⁷ offrono soluzioni più blande e attribuiscono la competenza a vigilare sulla loro applicazione all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato i cui compiti sarebbero, però, altri.

⁵ Cf. Rossi, *Il conflitto epidemico*.

⁶ Lo ricorda da ultimo Cassese, *Le strutture del potere*, 16.

⁷ Preceduta, al tempo della prima 'discesa in campo' di Silvio Berlusconi, dal disegno di legge n. 1082 del 2 novembre 1994 - lasciato poi cadere dalle forze politiche che avrebbero governato negli anni avvenire - che era il frutto dell'elaborazione di un comitato di saggi e che si ispirava a soluzioni già sperimentate nel diritto statunitense. La legge del 2004 configura peraltro il conflitto di interessi come una fattispecie di danno, e non come una situazione di pericolo, il che ha contribuito indubbiamente a renderla molto poco applicabile e, dunque, applicata.

Non vi sono, invece, previsioni relative ai parlamentari.

Nell'ambito della disciplina del conflitto di interessi dei pubblici funzionari in generale, presentano profili di particolare interesse talune categorie quali i magistrati (cui sono dedicati da sempre le regole dell'astensione e della ricusazione, nella dimensione processuale, e gli artt. 18 e 19 dell'ordinamento giudiziario in quella più organizzativa), i professori universitari (con le previsioni dettate nella legge Gelmini del 2010), i componenti delle Autorità amministrative indipendenti.

4 Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo

Il tema fa il suo ingresso già nelle legislazioni speciali, al principio del Novecento, sui servizi pubblici locali, gli enti locali, le opere pie:⁸ si direbbe dove la vicinanza con il territorio era maggiore. Per la stessa ragione l'altro ambito da sempre sensibile, e non di rado 'attraversato' dall'ombra del conflitto, è quello dell'adozione degli strumenti urbanistici.

Questo spiega probabilmente l'attenzione che l'argomento ha sempre suscitato in dottrina e in giurisprudenza.⁹

Nella dottrina amministrativistica si ricorda la distinzione a suo tempo tracciata da Enrico Guicciardi tra le incompatibilità permanenti e quelle accidentali ovvero occasionali, dove le prime imporrebbero una regola di incandidabilità o di decadenza mentre le seconde potrebbero essere governate con il più semplice rimedio dell'astensione.¹⁰

Mario Nigro è stato tra i primi a ricondurre il conflitto di interessi a un vizio di legittimazione del soggetto che si trova in tale situazione.¹¹

Con Umberto Allegretti viene riconosciuto, una volta per tutte, il nesso tra conflitto di interessi e principio di imparzialità.¹²

Aldo M. Sandulli ha approfondito il tema della ricusazione nel procedimento amministrativo, previsto con riferimento ai procedimenti disciplinari già nel testo unico sugli impiegati civili del 1957,

⁸ Si veda, ad esempio, l'art. 290 del t.u. su comuni e province del 1915, l'art. 15 della l. 6972 del 1890.

⁹ Per un'ampia ricostruzione del dibattito, e dei vari interventi passati in rassegna nel testo, si rinvia a Iudica, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*; D'Angelo, *Conflitto di interesse ed esercizio della funzione amministrativa*.

¹⁰ Guicciardi, «Esercizio di pubbliche funzioni e interesse personale nei collegi amministratori», 129 ss.

¹¹ Nigro, «Sulla legittimazione degli organi amministrativi contenziosi», 74 ss.

¹² Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, 20 ss.

interrogandosi se sia un onere procedimentale, la cui mancata attivazione precluderebbe al privato di far valere in seguito il vizio del conflitto di interessi nel giudizio, potendosi tuttavia pur sempre dedurre l'eccesso di potere per disparità di trattamento.¹³

Sabino Cassese ha distinto l'imparzialità del giudice da quella del funzionario: nel primo l'imparzialità è scopo, nel secondo è mezzo.¹⁴

In giurisprudenza, l'Adunanza plenaria n. 6 del 1958 fu chiamata a scegliere tra due orientamenti differenti che sempre si fronteggiano: per uno il vizio di incompatibilità non è causa automatica di illegittimità del provvedimento ma occorre allegare e dimostrare se e quanto abbia inciso sul contenuto del provvedimento; per l'altro il vizio inficia il provvedimento in modo pressoché automatico.

La Plenaria di allora scelse il secondo orientamento.¹⁵

Il problema si poneva, e ancora si pone, più spesso all'interno degli organi collegiali, dove l'invalidità del singolo voto espresso in conflitto di interessi a determinate condizioni si riflette sulla deliberazione del collegio. Con la precisazione che in tali ambiti, secondo un indizzo più rigoroso, l'obbligo di astensione è riferito non solo alla partecipazione alla votazione ma anche alla discussione che la precede.¹⁶

Nei casi dell'astensione può sorgere, ove la legge taccia, il problema di come (e se) includere l'astenuito nel computo del quorum, sia in quello strutturale che in quello funzionale.

Avvicinandosi ai giorni nostri, l'art. 6 bis della l. 241/1990, introdotto dalla l. 190/2012 per dare attuazione alla Convenzione di Merida in ambito ONU e a raccomandazioni del Consiglio d'Europa, individua un obbligo di astensione a carico del responsabile unico del procedimento e dei titolari degli uffici, con riferimento non solo al provvedimento finale ma anche agli atti interno al procedimento (fa espressa menzione di pareri e valutazioni tecniche).

Di qui la rilevanza dell'art. 6 bis sul piano, prima ancora, dell'organizzazione amministrativa e la ricerca di soluzioni e modelli organizzativi che possano garantire integrità¹⁷ e fiducia.¹⁸ Nella convin-

13 Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, 568-9.

14 Cassese, *Imparzialità e sindacato giurisdizionale*, 85 ss; «Il conflitto di interessi. Il fiume di Eraclito», 235 ss.

15 In favore della soluzione più netta, nella dottrina più risalente, Orlando, «Consiglio comunale», 134.

16 Galateria, s.v. «Astensione», 941.

17 Il che richiama una prospettiva di etica del (e nel) diritto sviluppata particolarmente da Merloni, Pirni, *Etica per le istituzioni*.

18 Di fiducia, anche nel diritto, si parla sempre più spesso, specie tra i sociologi e i filosofi del diritto; ne sono testimonianza gli scritti, tra gli altri, di Resta, *Le regole della fiducia*; Greco, *La legge della fiducia*.

zione diffusa che conti non solo essere ma anche apparire distaccati da altri interessi che non siano la cura dell'interesse pubblico.¹⁹

La disciplina dell'art. 6 bis si traduce in un obbligo di segnalazione preventiva, quando il conflitto è ancora potenziale; e poi in un obbligo di astensione, quando diventa attuale.

Nella sua vaghezza l'art. 6 bis rimanda a un'idea di atipicità del conflitto di interessi. Spazi considerevoli sono lasciati quindi alle fonti secondarie o alle regole interne (tra di esse vale ricordare il Piano Triennale di Prevenzione della corruzione di cui all'art. 1, comma 9, l. 190 del 2012).

Nulla è detto, nella legge sul procedimento, sulla possibilità di ricusazione del funzionario, né sulla sorte del provvedimento ove adottato in una situazione di conflitto, ossia violando l'obbligo di astensione.

Su questo secondo profilo si registrano tesi differenti: da quella che legge l'art. 6 bis come norma solo sull'organizzazione e quindi esclude che vi possano essere riflessi sull'atto, a quella che all'opposto ne teorizza la nullità; nel mezzo le tesi intermedie sull'annullabilità ma con idee molto diverse quanto alla natura del vizio: se sia un vizio assimilabile a quello di competenza, oppure un vizio procedimentale, o ancora una figura dell'eccesso di potere.²⁰

Avvicinare o ricondurre il conflitto di interessi all'incompetenza può avere conseguenze rilevanti sul piano processuale: il vizio potrebbe essere di quelli che impongono l'assorbimento obbligatorio degli altri motivi, limitando così l'accertamento del rapporto amministrativo in contestazione.

In senso del tutto diverso, la natura procedimentale del vizio ne permetterebbe la sanabilità nei casi e nei modi di cui all'art. 21 octies, comma 2, in nome del 'risultato'. Ma anche la ricostruzione come figura dell'eccesso di potere lascerebbe degli spazi di 'salvezza', tutte le volte in cui all'indizio, al sospetto, non faccia seguito la prova che vi sia stata una lesione in senso proprio.

C'è una indubbia matrice sovranazionale, si diceva, che si è tradotta nel caso dell'art. 6 bis in una previsione piuttosto generica e di cui l'Autorità nazionale anticorruzione (Anac) ha dato una lettura estensiva. Quasi ad avvalorare uno slittamento dal conflitto, anche potenziale, al conflitto (anche solo) apparente, con il rischio di (assecondare) una fuga dalla responsabilità.

L'innesto dell'art. 6 bis nella legge 241/1990 è parte di una serie di interventi realizzati tra il 2012 e il 2013 (la legge di delega 190/2012,

19 Il tema del conflitto di interessi ripropone l'interrogativo di sempre su cosa sia davvero l'interesse pubblico, e sulle sue molteplici declinazioni, come sottolinea Cioffi, «Moralità amministrativa e conflitto di interessi», 685 ss.

20 Iudica, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, 51 ss.

il d.lgs. 33/2013 sulla trasparenza, il d.lgs. 39/2013 sull'inconferibilità e incompatibilità rispetto agli incarichi amministrativi, il d.lgs. 235/2012 sull'incandidabilità rispetto a incarichi di natura politica) da cui sono derivati, oltre all'art. 6 bis ricordato, tra gli altri, gli artt. 35 bis e 54 bis del d.lgs. 165/2001. Su questa scia si colloca anche il testo unico sulle società pubbliche del 2016, che prevede talune regole di incompatibilità.

L'art. 6 bis, che enuncia ma non definisce il conflitto di interessi,²¹ è completato, come già accennato, dagli articoli 6 e 7 del d.p.r. 62 del 2013, regolamento che reca il codice di comportamento dei dipendenti pubblici e dei quali credo sia utile riportare il testo integrale:

Art. 6 Comunicazione degli interessi finanziari e conflitti d'interesse

1. Fermi restando gli obblighi di trasparenza previsti da leggi o regolamenti, il dipendente, all'atto dell'assegnazione all'ufficio, informa per iscritto il dirigente dell'ufficio di 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, precisando:
 - 1.a se in prima persona, o suoi parenti o affini entro il secondo grado, il coniuge o il convivente abbiano ancora rapporti finanziari con il soggetto con cui ha avuto i predetti rapporti di collaborazione;
 - 1.b se tali rapporti siano intercorsi o intercorrano con soggetti che abbiano interessi in attività o decisioni inerenti all'ufficio, limitatamente alle pratiche a lui affidate.
2. Il dipendente si astiene dal prendere decisioni o svolgere attività inerenti alle sue mansioni in situazioni di conflitto, anche potenziale, di interessi con interessi personali, del coniuge, di conviventi, di parenti, di affini entro il secondo grado. 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.

Art. 7 Obbligo di astensione

1. Il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri,

²¹ Come sottolineato da Carloni, *L'anticorruzione. Politiche, regole, modelli*, 151, al quale si rimanda per l'esame delle diverse misure volte a prevenire i conflitti.

ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza.

5 Il conflitto di interessi nel diritto dei contratti pubblici

Veniamo ora alla disciplina sul conflitto di interessi nel diritto dei contratti pubblici.

Nel codice del 2006 mancava una previsione generale sul punto. Il tema era affrontato per lo più dal lato delle commissioni giudicatrici e dei progettisti (vedi artt. 84 e 90 del d.lgs. 163/2006). L'art. 84, comma 4, vietava la nomina di commissari che avessero svolto altra funzione o incarico relativamente al contratto del cui affidamento si tratta(va) e, al comma 7, richiamava l'art. 51 c.p.c. sulle cause di astensione.²² L'art. 90, comma 8, che vietava sempre agli affidatari di incarichi di progettazione (ma anche a soggetti controllati o collegati a essi) di essere affidatari di appalti e di concessioni per i quali avessero svolto attività di progettazione, fu stigmatizzato dalla Commissione europea per la sua assolutezza e automaticità e per questo la regola fu mitigata nel 2014 introducendo il comma 8 bis (che dava modo di provare che dall'espletamento dell'incarico di progettazione non derivava un vantaggio tale da falsare la concorrenza con gli altri operatori). Agli articoli citati si aggiungeva, inoltre, il 141 sui collaudatori.

Il cambio di rotta segnato dalla legge 190/2012 è stato già ricordato, come anche la sua origine internazionale. Dal lato più specificamente del diritto dell'Unione europea, debbono ora richiamarsi le previsioni delle direttive del 2014 sui contratti pubblici (art. 35 della direttiva 23, art. 24 della direttiva 24, articolo 42 della direttiva 25). E con esse anche l'art. 94 del regolamento (CE, Euratom) n. 1605/2002 del Consiglio, del 25 giugno 2002, recante il *Regolamento finanziario*

²² Ma già in precedenza la giurisprudenza riteneva che l'art. 51 trovasse applicazione ai commissari di gara.

applicabile al bilancio generale delle Comunità europee, per gli appalti finanziati esclusivamente dal bilancio dell'Unione.²³

Nella direttiva 23 del 2014, sui servizi, è reso più esplicito, sin nella rubrica, il nesso tra prevenzione dei conflitti di interesse e lotta alla corruzione (e alle frodi). I conflitti di interesse sono considerati come fattori di possibile distorsione della concorrenza e di lesione della trasparenza e della parità di trattamento tra tutti i candidati e gli offerenti.

Già prima delle direttive del 2014, vi erano stati peraltro indirizzi del Giudice europeo su due aspetti fondamentali quali la qualificazione del conflitto di interessi, in particolare il suo livello di concretezza, e su come distribuire l'onere della prova.²⁴ La Corte di giustizia sotto il primo profilo aveva rimesso la scelta - tra conflitto statico o dinamico - agli Stati membri e, quanto all'onere della prova, raccomandava che l'operatore economico che denuncia il conflitto di interessi non fosse esposto a una *probatio* diabolica.

Le direttive del 2014, coerentemente con tali indicazioni, hanno in seguito fissato un contenuto minimo, o meglio una casistica minima, che coincide con le ipotesi nelle quali il personale amministrativo della stazione appaltante, che può influenzare il risultato della procedura (ossia l'esito), abbia direttamente o indirettamente un interesse finanziario, economico o personale tale da minacciarne l'imparzialità e l'indipendenza; per il resto rinviando (e delegando) agli Stati membri il compito sia di prevenire, che di individuare (le tipologie di conflitti e le modalità per il loro accertamento), che di porre rimedio ai conflitti di interesse.

L'obiettivo è soprattutto quello di evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici.

Si distingue il conflitto di interessi potenziale da quello identificato ovvero effettivo; si segue un criterio di proporzionalità nell'adozione

23 La Guida pratica OLAF citata richiama la definizione di corruzione elaborata dall'OCSE: «Un 'conflitto di interessi' implica un conflitto tra la missione pubblica e gli interessi privati di un funzionario pubblico, in cui quest'ultimo possiede a titolo privato interessi che potrebbero influire indebitamente sull'assolvimento dei suoi obblighi e delle sue responsabilità pubblici». L'OLAF richiama anche la posizione della UE, la quale, dal canto suo, all'art 57, paragrafo 2, del regolamento finanziario applicabile al bilancio generale dell'Unione europea (regolamento n. 966/2012), chiarisce che: «esiste un conflitto d'interessi quando l'esercizio imparziale e obiettivo delle funzioni di un agente finanziario o di un'altra persona di cui al paragrafo 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».

24 Si veda, già alla luce delle direttive del 2004, Corte di giustizia dell'Unione europea, 16 dicembre 2008, C-213/07, *Michaniki AE c. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis e Ypourgos Epikrateias*, punto 45; Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. V, 12 marzo 2015, C538/13 *eVigilo Ltd c. Priešgaisrines apsaugos ir gelbejimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*.

delle misure conseguenti e dei rimedi. Si coglie, al fondo, un'attenzione alla continuità e all'efficacia dell'azione amministrativa, nel senso che la disciplina del conflitto di interessi non dovrebbe rallentare l'azione amministrativa o finire per impedirne il buon andamento; necessità, quindi, di un punto di equilibrio tra imparzialità e buon andamento.

Gli articoli delle direttive del 2014 erano stati già recepiti con il codice del 2016 attraverso l'art. 42 (del d.lgs. 50), riferendo tuttavia il conflitto di interessi sia alla fase della procedura di aggiudicazione che a quella dell'esecuzione.

La previsione per il resto ricalcava quelle delle direttive e poggiava su obblighi di prevenzione, di segnalazione/astensione, di vigilanza.²⁵ La mancata astensione poteva comportare responsabilità disciplinare, oltre alla possibile responsabilità amministrativa e a quella penale (l'art. 323 punisce espressamente l'omessa astensione in presenza di un interesse proprio, purché tale condotta procuri intenzionalmente un vantaggio patrimoniale ovvero un danno ingiusto).

Ai fini della responsabilità amministrativa, trattandosi di una condotta omissiva, non dovrebbe applicarsi la limitazione di responsabilità introdotta (a seguito della disciplina temporanea introdotta con il d.l. 76 del 2020, ma già più di una volta prorogata).

Nella vigenza del vecchio codice dei contratti erano state approvate le Linee Guida Anac, con delibera 494 del 2019, sulla «individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici».

Su di esse è intervenuto il parere del Consiglio di Stato, sezione atti normativi, n. 667 del 5 marzo 2019, precisando come

occorra distinguere situazioni di conflitto di interessi da un lato conclamate, palesi e soprattutto tipizzate (quali ad esempio i rapporti di parentela o coniugio) che sono poi quelle individuate dall'art. 7 del D.P.R. n. 62 del 2013 citato; dall'altro non conosciute o non conoscibili, e soprattutto non tipizzate (che si identificano con le 'gravi ragioni di convenienza' di cui al penultimo periodo del detto art. 7 e dell'art. 51 c.p.c.).

Per poi aggiungere che

rilevano sia palesi situazioni di conflitto di interessi, sia situazioni di conflitto di interessi (in questo senso) potenziali, perché tale

25 L'esigenza dell'obbligo dichiarativo di assenza di conflitti di interessi era stata evidenziata anche a livello europeo già nella Guida pratica per i dirigenti «Individuazione dei conflitti di interessi nelle procedure d'appalto nel quadro delle azioni strutturali» formulata dalla Commissione europea - Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF), § 2.2.

nozione include non soltanto le ipotesi di conflitto attuale e concreto, ma anche quelle che potrebbero derivare da una condizione non tipizzata ma ugualmente idonea a determinare il rischio.

L'art. 42 guardava solo alle sanzioni nei confronti del soggetto che non si fosse astenuto, non considerava le conseguenze suscettibili di determinarsi sulla sorte dell'atto compiuto (l'annullamento potrebbe essere, alle volte, una conseguenza eccessiva).

L'orientamento giurisprudenziale più recente, formatosi peraltro più sull'art. 6 bis della l. 241 che sull'art. 42 del codice dei contratti del 2016, non considera l'annullamento dell'atto come un esito inevitabile:

Sul versante delle conseguenze giuridiche del mancato rispetto di questo obbligo, si ritiene che la mancata astensione del funzionario comporta una illegittimità procedimentale che incide sulla legittimità dell'atto finale, a meno che non venga rigorosamente dimostrato 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.²⁶

Anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale si segue una linea di prudenza, che fa leva soprattutto sul criterio di proporzionalità,²⁷ quando non opera un bilanciamento con altri principi o altri valori, talvolta anche con esiti singolari.²⁸

Nel codice del 2016 oltre all'art. 42 vi erano poi disposizioni di dettaglio quali gli artt. 24, commi 3 e 7, sulla progettazione; l'art. 77, commi 4 e ss, sulle commissioni di gara; l'art. 102 a proposito del collaudo. Nell'insieme si abbracciavano i tre momenti della progettazione, della gara e dell'esecuzione.

Un punto sul quale la giurisprudenza si è soffermata più volte è stato quello del rapporto tra l'art. 42 e, a proposito delle cause di esclusione, l'art. 80, comma 5, lettera d). Sono disposizioni autonome che hanno però in comune l'elemento oggettivo del conflitto di interesse, sebbene perseguano finalità non del tutto coincidenti: l'art. 42 tutela l'imparzialità e il prestigio della stazione appaltante, l'art. 80, comma 5, lettera d), sempre l'imparzialità e in aggiunta anche la *par condicio* tra gli operatori. Differenti sono anche i rimedi per ovviare al problema: nel primo caso l'astensione del dipendente, nel secondo

26 Cons. Stato, IV, 24 marzo 2023, n. 4129.

27 Corte cost., 2 luglio 2008, n. 240, in materia di incompatibilità elettive.

28 Corte cost., 9 aprile 2019, n. 78, sull'art. 18, comma 1, lettera b), della l. n. 240 del 2010 in tema di procedimenti di chiamata dei professori universitari di prima e seconda fascia con specifico riferimento alla posizione del coniuge.

caso, quando manchino soluzioni meno drastiche, l'esclusione del concorrente. Se però guardiamo al diritto UE le differenze si riducono: l'esclusione è l'altra faccia della medaglia del conflitto di interessi, laddove non siano possibili misure meno forti.²⁹

La casistica giurisprudenziale rivela approcci differenti, spesso dovuti anche alle differenti fattispecie, in primo luogo in ordine alle caratteristiche del conflitto, se basti che sia potenziale o debba essere anche effettivo, e poi se sia sufficiente un accertamento in astratto oppure occorra procedervi in concreto.³⁰

Quanto all'ambito soggettivo, il conflitto è riferito al personale della stazione appaltante, al funzionario pubblico *uti singulis*, e non alla stazione appaltante in quanto tale, intesa come apparato. Non si guarda, cioè, alla stazione appaltante nel suo insieme neppure laddove la stessa si trovi a essere socio controllante di una società che partecipa alla gara indetta dall'amministrazione. È il caso della società partecipata che concorre per l'aggiudicazione di un contratto messo a gara dalla sua controllante e che suscita, non da oggi, una serie di domande: è forse, la società, in questo modo favorita nella competizione? La stazione appaltante ha un interesse proprio ad aggiudicare in suo favore? Il dipendente della stazione appaltante può dirsi condizionato (dal vertice politico della stazione appaltante) in tal senso, nelle sue valutazioni? Alcuni precedenti giurisprudenziali escludono questa terza ipotesi, ma per lo più sul rilievo che non vi sarebbe la base normativa per ritenere il contrario.³¹ Che vi possa essere tuttavia un conflitto di interessi lo riconosceva già AGCM nella sua segnalazione del 28 dicembre 2006, a proposito

dell'obiettiva situazione di conflitto d'interesse che tale modalità di affidamento (l'in house) - allo stesso modo, del resto, di quella nei confronti di società costituite secondo le modalità del c.d. partenariato pubblico-privato - determina in capo agli enti pubblici locali, i quali risultano essere al contempo affidatari del servizio, azionisti e amministratori della società di gestione di servizi, nonché componenti degli organismi chiamati a vigilare e disciplinare la medesima.³²

29 Si veda Presutti, «Il conflitto di interessi come causa di esclusione del nuovo codice», 548 ss.; Cioffi, «Il conflitto di interessi negli appalti pubblici», 457 ss.

30 Per il secondo approccio vedi Cons. Stato, V, 17 aprile 2019, n. 2511; Cgars, 30 settembre 2022, n. 972.

31 Cons. Stato V, 7 settembre 2020, n. 5370, richiamando il parere della sezione atti normativi 5 marzo 2019, n. 667, e 17 aprile 2019, n. 2511.

32 AGCM, AS 3075 del 28 dicembre 2006. Per un cenno al problema, anche nei casi di società mista, Clarich, «Comunicazione», 165.

6 Il nuovo art. 16 del codice del 2023

Il comma 1 è in parte fedele al testo delle direttive e riproduce parzialmente il testo del vecchio art. 42, comma 2. Rispetto al codice previgente, è venuta meno la previsione introduttiva, di principio, sul contrasto alle frodi e alla corruzione.

Nella nuova disciplina il perimetro soggettivo parrebbe potenzialmente più ampio, laddove si parla di «un soggetto che, a qualsiasi titolo, interviene con compiti funzionali nella procedura»; in realtà la formulazione codifica opportunamente la giurisprudenza già formata sul codice precedente. Quanto al perimetro oggettivo, il mancato richiamo all'art. 7 del d.p.r. 62 del 2013, facendo venir meno la formula di chiusura delle 'gravi ragioni di convenienza', ne ha ridotto l'estensione. A meno di non valorizzare, in chiave sostitutiva, l'espressione 'altro interesse personale'. Di qui il dubbio se il conflitto di interessi resti ancora atipico come prima.

In effetti il secondo comma del nuovo art. 16 sembra riorientare la disciplina esigendo che - in coerenza con il principio della fiducia e per preservare la funzionalità dell'azione amministrativa (e quindi, in un certo senso, in omaggio al 'nuovo' principio del risultato):³³

la percepita minaccia all'indipendenza e all'imparzialità sia provata da chi invoca il conflitto sulla base di presupposti specifici e documentati e deve riferirsi a interessi effettivi, la cui subordinazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro.

Tutto questo attiene al regime degli atti e dei comportamenti posti in essere e vale in una certa misura a contenere illegittimità e illiceità. Sembra soprattutto una regola di giudizio, sull'onere della prova (e prima ancora sull'onere delle allegazioni). Ed è una regola non del tutto coincidente con quella che da sempre governa l'istruzione del giudizio impugnatorio (che è retta, sappiamo, dal principio dispositivo con metodo acquisitivo). Ancor meno si concilia con la regola probatoria nel procedimento, dove vige il principio inquisitorio. Soprattutto rischia di non essere coerente con la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (la sentenza del 2015 già ricordata).

È una regola all'apparenza non del tutto in linea neppure con quella generale, di cui all'art. 6 bis della l. 241/1990, che pure si applica in relazione ai procedimenti di gara sulla base del rinvio esterno operato dall'art. 12 del codice. A ben vedere il comma 1 dell'art. 16 è compatibile con l'art. 6 bis nella parte in cui disciplina il presupposto

³³ Su questi due principi, con i quali si apre il codice del 2023 e sui quali si sono concentrate le maggiori attenzioni nei primi commenti, si rinvia, per chi volesse, a Fantini, Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, 40-3.

dell'obbligo di segnalazione e di astensione. Dove, invece, potrebbe non essere compatibile è relativamente al regime delle conseguenze, che peraltro l'art. 16 contempla e sul quale l'art. 6 bis, come si è visto, tace del tutto.

Il conflitto di interessi, non di meno, rimane una situazione di pericolo, sebbene di pericolo concreto.

La nuova formulazione ha sollevato alcune critiche da parte dell'Anac, espresse con particolare riferimento al caso degli affidamenti diretti, dove la questione rischia di diventare cruciale. L'art. 16 ha subito un intervento correttivo (in conversione al d.l. 132 del 2023) con l'eliminazione, per l'elemento della minaccia indicato al comma 1, della necessità che la stessa sia (e debba quindi essere provata come) concreta ed effettiva.

Vale, anche nel nuovo codice, quanto già sottolineato in precedenza sul collegamento tra la norma generale (ora all'art. 16) e la disciplina sulla possibile esclusione dell'operatore economico la cui partecipazione alla procedura determini una situazione di conflitto di interessi (ora art. 95, comma 1, lettera b).

Nel codice del 2023 il conflitto di interessi riceve una collocazione diversa rispetto a quella che aveva nel codice del 2016. In questo, essendo subito dopo gli articoli sulla qualificazione delle stazioni appaltanti, si poteva dire che fosse un tassello del più ampio programma di rafforzamento delle stesse.

Nel nuovo codice trova spazio nella prima parte del Libro I, ma è separato dalla disciplina sulla parte pubblica e ricollocato in una zona per così dire di passaggio, incastonato tra il RUP e gli artt. 17 e 18 che disegnano le fasi della procedura e il contratto.³⁴

Viene da pensare che l'investimento sull'istituto sia stato minore, condividendo un po' la stessa sorte, declinante, del dibattito pubblico.

Eppure – si potrebbe osservare, anche a mo' di chiusura – la maggiore discrezionalità, consentita ovvero richiesta ora alle stazioni appaltanti e ai loro funzionari, parrebbe presupporre o comunque necessitare di una più forte credibilità delle stesse stazioni appaltanti e dei loro funzionari. Per scegliere, e perché la scelta sia poi accettata, specie quando presenta margini di opinabilità, bisogna essere credibili.

34 La collocazione, nella prima parte del codice, dovrebbe indurre a dare risposta positiva alla domanda se la disciplina sul conflitto di interessi si applichi a tutti i contratti pubblici. In particolare, per quanto riguarda i sotto soglia vale la previsione di cui all'art. 48, comma 1, del codice che fa rinvio al Libro I, parti I e II (l'art. 16 si trova nella parte II). Per i settori speciali ci sarebbe comunque l'art. 42 della direttiva 25, come anche per le concessioni l'art. 35 della direttiva 23. Quanto ai contratti esclusi (in house compreso), anche per loro la risposta dovrebbe essere positiva nella misura in cui la disciplina del conflitto di interessi sia considerata espressione del principio di imparzialità e di quello di concorrenza e quindi tra i principi del nuovo codice e sul presupposto che tali principi trovino applicazione anche ai contratti esclusi.

Va dunque ribadito il nesso tra la disciplina del conflitto di interessi e quella dell'aggregazione e qualificazione, in sintesi della maggiore professionalità, delle stazioni appaltanti.³⁵ Come anche tra il conflitto di interessi e la lotta alla corruzione,³⁶ sebbene nel codice manchi un raccordo tra i due ambiti, probabilmente perché quest'ultimo, forse ispirandosi al personaggio di Pangloss che credeva di vivere nel migliore dei mondi possibili, mostra di avere un po' in uggia la seconda.

Bibliografia

- Allegretti, U. *L'imparzialità amministrativa*. Padova: Cedam, 1965.
- Carloni, E. *L'anticorruzione. Politiche, regole, modelli*. Bologna: il Mulino, 2023, 151 ss.
- Cassese, S. «Il conflitto di interessi. Il fiume di Eraclito». *Rivista diritto privato*, 2004, 235 ss.
- Cassese, S. *Imparzialità e sindacato giurisdizionale*. Milano: Giuffrè, 1973.
- Cassese, S. *Le strutture del potere*. Roma; Bari: Laterza, 2023, 16 ss.
- Cioffi, A. «Il conflitto di interessi negli appalti pubblici. A proposito dell'art. 42 del codice». *Nuove Autonomie*, 2018, 457 ss.
- Cioffi, A. «Moralità amministrativa e conflitto di interessi». *Diritto amministrativo*, 2017, 685 ss.
- Clarich, M. «Comunicazione». Domenichelli, V. (a cura di), *La società 'pubblica' tra diritto privato e diritto amministrativo*. Padova: Cedam, 2008, 163 ss.
- D'Angelo, G. *Conflitto di interesse ed esercizio della funzione amministrativa*. Torino: Giappichelli, 2020.
- Fantini, S.; Simonetti, H. *Le basi del diritto dei contratti pubblici*. 4a ed. Milano: Giuffrè, 2024.
- Fonderico, G. «I soggetti: le stazioni appaltanti e gli operatori economici». Fantini, S.; Simonetti, H. (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine*. Piacenza: La Tribuna – Il Foro italiano, 2023, 9 ss.
- Galateria, L. s.v. «Astensione». *Enc. dir., III*. Milano: Giuffrè, 1958, 941.
- Greco, T. *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*. Roma; Bari: Laterza, 2021.
- Guicciardi, E. «Esercizio di pubbliche funzioni e interesse personale nei collegi amministrativi». *Rivista amministrativa*, 1948, 129 ss.
- Iudica, G. *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*. Torino: Giappichelli, 2016.
- Kaiser, J. *La rappresentanza degli interessi organizzati*. Milano: Giuffrè: 1993.
- Lalli, A. «Conflitti di interessi nel diritto privato e nel diritto pubblico. Una rassegna». *Rivista trimestrale di diritto pubblico – IRPA*, 1, 2016, 155 ss.
- Merloni, F.; Pirni, A. *Etica per le istituzioni. Un lessico*. Roma: Donzelli Editore, 2021.

35 Che resta uno dei punti chiave anche del nuovo codice, sul quale si veda Fonderico, «I soggetti: le stazioni appaltanti e gli operatori economici», 77 ss.

36 Cf. ancora, Carloni, *L'anticorruzione. Politiche, regole, modelli*.

- Nigro, M. «Sulla legittimazione degli organi amministrativi contenziosi». *Foro italiano*, 3, 1952, 74 ss.
- Orlando, V.E. «Consiglio comunale». *Digesto italiano*, vol. 8. Torino: Unione tipografica editrice, 1896, 134-5.
- Presutti, L. «Il conflitto di interessi come causa di esclusione del nuovo codice». *Urbanistica e appalti*, 4, 2018, 548 ss.
- Rescigno, P. *Manuale di diritto privato italiano*. A cura di P. Cirillo. Milano: Ipsoa, 2000.
- Resta, E. *Le regole della fiducia*. Roma; Bari: Laterza, 2009.
- Rossi, G. *Il conflitto epidemico*. Milano: Adelphi, 2003.
- Sandulli, A.M. *Manuale di diritto amministrativo*. 14a ed. Napoli, 1984.
- Santoro-Passarelli, F. *Dottrine generali del diritto civile*. 8a ed. Napoli: Jovene, 1964.
- Simonetti, H. *Codici di autoregolamentazione e sistema delle fonti*. Napoli: Jovene, 2009.
- Tarantino, L. «Conflitti di interesse». Sandulli, M.A.; Nictolis, R. (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. 2. Milano: Giuffrè, 2009, 305 ss.

