



ANAC
Autorità Nazionale Anticorruzione
Working Paper, 3

3



ANAC
Autorità Nazionale Anticorruzione

ANGELO LALLI - ARIANNA MORESCHINI - MARCO RICCI

L'ANAC E LA DISCIPLINA DEI CONFLITTI DI INTERESSI

A. LALLI - A. MORESCHINI - M. RICCI
L'ANAC e la disciplina dei conflitti di interessi



ESI



Edizioni Scientifiche Italiane

L'ANAC E LA DISCIPLINA DEI CONFLITTI DI INTERESSI

*Angelo Lalli, Arianna Moreschini, Marco Ricci**

SOMMARIO: *1. I conflitti di interessi in generale e la disciplina di cui al d.lg. 8 aprile 2013, n. 39: nozioni generali, disciplina, strumenti di intervento e criticità. Il conflitto di interessi c.d. strutturale. – 2. Le inconferibilità e le incompatibilità disciplinate dal d.lg. 8 aprile 2013, n. 39 come ipotesi tipizzate di conflitto di interesse. - 2.1 Premessa. - 2.2 Il ruolo e le funzioni del Responsabile della prevenzione della corruzione e trasparenza (RPCT) nel procedimento di accertamento delle inconferibilità e delle incompatibilità. - 2.3 Le attività di verifica del RPCT nell'ambito del procedimento sanzionatorio in materia di inconferibilità e incompatibilità. - 2.4 Le attività di vigilanza e i poteri di accertamento dell'ANAC in caso di incarichi inconferibili e incompatibili. - 2.4.1 L'accertamento nell'ambito dell'esercizio del potere dell'Autorità di sospendere la procedura di conferimento dell'incarico (art. 16, comma 2). - 2.4.2 L'accertamento di singole fattispecie di inconferibilità e di incompatibilità (art. 16, comma 1). - 2.5 Il mancato adeguamento da parte del RPCT all'accertamento dell'ANAC e il potere di ordine dell'Autorità. - 2.6 Sui poteri riconosciuti all'ANAC dal d.lg. n. 39 del 2013. – 3. La disciplina in materia di conflitti di interessi tipizzati dalla legge ma senza la previsione di specifici poteri per l'ANAC. - 3.1 Premessa. - 3.2 Il conflitto di interessi degli organi amministrativi e di controllo*

* Lo studio che si presenta è il frutto del protocollo siglato il 28 settembre 2018 dall'ANAC e dal Dipartimento di Scienze giuridiche per promuovere lo svolgimento di una ricerca inerente il tema della prevenzione e repressione dei conflitti di interessi. Referente designato dall'ANAC è stato il Consigliere Prof. Francesco Merloni; il referente per il Dipartimento di Scienze giuridiche è stato il Prof. Angelo Lalli. Il presente *working paper* si propone di approfondire il quadro normativo in materia di conflitto di interessi, avuto riguardo anche agli orientamenti dell'ANAC. Si è cercato di evidenziare anche quelli che sono apparsi come profili critici e problematici della disciplina vigente in materia. In questo contesto, si sono avanzate anche osservazioni e proposte volte a superare le criticità individuate. Un secondo *working paper* è stato dedicato alla prassi dell'Autorità, con particolare riferimento ai casi affrontati dall'ANAC relativamente al tema del conflitto di interessi. Lo studio è il frutto di riflessioni comuni che non impegnano in alcun modo l'ANAC e sono esclusivamente riferibili agli autori. I paragrafi 1 e 4 sono da attribuirsi ad Angelo Lalli. I paragrafi 2, 3.1 e 3.4 sono da attribuirsi ad Arianna Moreschini. Il paragrafo 3, eccezion fatta per i paragrafi 3.1 e 3.4, è da attribuirsi a Marco Ricci. Si ringrazia il Dott. Vittorio Scaffa dell'ANAC senza la cui preziosa assistenza questo lavoro non avrebbe potuto vedere la luce.

delle società a controllo pubblico. - 3.3 Le tipologie di conflitti di interessi del dipendente pubblico. - 3.3.1 Cenni sulla disciplina in materia di incarichi extralavorativi. - 3.3.2 Il divieto di pantouflage. 3.3.3 Il conflitto di interessi e il codice di comportamento dei dipendenti pubblici. - 3.3.4 Il conflitto di interessi dei docenti universitari. - 3.3.5 Il conflitto di interessi secondo il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti Locali in rapporto con il d.lg. n. 39 del 2013. - 3.4 Il conflitto di interessi nel Codice dei contratti pubblici. - 4. Criticità e alcune proposte

1. I CONFLITTI DI INTERESSI IN GENERALE E LA DISCIPLINA DI CUI AL D.LG. 8 APRILE 2013, N. 39: NOZIONI GENERALI, DISCIPLINA, STRUMENTI DI INTERVENTO E CRITICITÀ. IL CONFLITTO DI INTERESSI C.D. STRUTTURALE

La nozione di conflitto di interessi indica quella situazione in cui, nello svolgimento di un'attività di rilievo privato o pubblico, un individuo sia tenuto a realizzare un c.d. interesse primario che pertiene ad altri e che, per caso, può trovarsi in contrasto con un suo personale interesse (definito come secondario). Le società pluralistiche costituiscono uno dei contesti più adatti per le situazioni di conflitto di interessi; i principi di libertà, di autonomia dei privati singoli e associati, nonché l'assenza di verità assolute in campo etico, consentono a chiunque di perseguire i propri interessi, a condizione che ciò non determini un pregiudizio per il medesimo perseguimento da parte di chiunque altro¹. L'integrazione di un conflitto di interessi richiede lo svolgimento di un'attività che incida sull'interesse di un altro individuo. Tuttavia, il conflitto di interessi non è determinato da un comportamento pregiudizievole per l'interesse primario, costituendo *ab origine* una «condizione giuridica o di fatto dalla quale scaturisce un rischio di danno»². Non a caso, la giurisprudenza amministrativa ha evidenziato che la sussistenza del conflitto ricorre indipendentemente dal «concretizzarsi di un vantaggio»³.

Il legislatore ha predisposto un composito quadro normativo allo scopo di prevenire ed eliminare i conflitti di interessi nello svolgimento di incarichi amministrativi. Numerose sono le disposizioni contenute in svariate fonti normative; si pensi, ad esempio, al d.lg. n. 175 del 2016, che, tra i vari aspetti,

¹ Sia consentito il rinvio a A. LALLI, *Conflitti di interessi nel diritto privato e nel diritto pubblico. Una rassegna*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2016, 1, p. 155.

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

³ Cons. St., Sez. V, 11 luglio 2017, n. 3415; Cons. St., Sez. V, 14 maggio 2018, n. 2853.

disciplina anche il conflitto di interessi degli organi amministrativi e di controllo delle società pubbliche, ovvero al d.lg. n. 267 del 2000 (TUEL), che contiene norme inerenti al conflitto di interessi degli amministratori degli enti locali. Le fonti richiamate a titolo di esempio sono di ampio respiro, disciplinando tutti gli aspetti caratteristici di un dato ambito dell'ordinamento; al loro interno, il tema del conflitto di interessi viene affrontato in senso settoriale, in quanto parte di una disciplina generale.

Una diversa prospettiva si è aperta con l'introduzione dell'art. 6-*bis* della l. n. 241 del 1990, ad opera dell'art. 1, comma 41 della l. n. 190 del 2012. L'art. 6-*bis* prevede un generale obbligo di astensione del dipendente pubblico, nell'ambito del procedimento amministrativo, al ricorrere di una situazione di conflitto di interessi che possa interessarlo. Dunque, l'art. 6-*bis* della l. n. 241 del 1990 rappresenta una norma di ampia portata, che può essere considerata a tutti gli effetti come un punto di riferimento del sistema di prevenzione dei conflitti di interessi. Va ricordata, poi, l'introduzione di una disciplina dedicata in via diretta ed esclusiva al conflitto di interessi nello svolgimento di incarichi amministrativi, ovvero quella di cui al d.lg. n. 39 del 2013. Tale decreto, a differenza di altre fonti normative, si occupa organicamente del conflitto di interessi che può interessare i titolari di incarichi amministrativi. Al fine di garantire un'efficace attuazione del d.lg. n. 39 del 2013, il legislatore ha individuato nell'Autorità Nazionale Anticorruzione il soggetto competente a vigilare sulle eventuali violazioni del decreto stesso, di concerto coi Responsabili della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT) delle varie amministrazioni.

Il quadro degli strumenti di intervento avverso i conflitti di interessi è estremamente ricco, aspetto apprezzabile sotto diversi punti di vista. In primo luogo, va evidenziato che, a seconda del settore in cui il conflitto può verificarsi, il legislatore ha di volta in volta individuato una diversa autorità competente a vigilare. Il controllo sul rispetto del d.lg. n. 39 del 2013, come già anticipato, è affidato all'Autorità Anticorruzione, oltre che ai RPCT delle amministrazioni coinvolte; sui conflitti di interessi disciplinati da altre fonti normative, invece, sono le relative amministrazioni di riferimento a dover vigilare, soprattutto attraverso i propri RPCT.

Il rapporto tra l'ANAC e la figura del RPCT, con riferimento all'applicazione del d.lg. n. 39 del 2013, sta per altro vivendo una fase di progressiva e costante maturazione. In tal senso, determinante è il contributo della giurisprudenza amministrativa; negli ultimi tempi, quest'ultima sta fornendo una serie di importanti indicazioni di natura interpretativa, con le quali il riparto di competenze tra l'ANAC e il RPCT, nonché il rapporto tra l'Autorità e quest'ultimo, stanno trovando un assetto sempre più stabile e definito. Passando alle misure di contrasto ai fenomeni di conflitto di interessi, esse sono altrettanto numerose e diversificate, in base al tipo di conflitto che può venire alla luce. Il d.lg. n. 39 del 2013, ad esempio, ha previsto un differente regime tra le ipotesi di inconferibilità e quelle di incompatibilità degli incarichi amministrativi. Solo per citare le principali misure, si va dalla declaratoria di nullità degli atti di attribuzione degli incarichi inconferibili, alla decadenza dagli incarichi ricoperti in situazioni di incompatibilità. Per quanto riguarda le altre situazioni di conflitto di interessi che saranno oggetto d'esame nel presente lavoro, un esempio della varietà delle misure di contrasto può essere fatto con riferimento alla violazione del divieto di *pantouflage*, ovvero del divieto per gli ex dipendenti pubblici, per un arco temporale di tre anni, di andare a svolgere incarichi presso i soggetti privati che abbiano intrattenuto rapporti di vario genere, ad esempio contrattuali, autorizzatori o concessori, con le pubbliche amministrazioni di provenienza degli ex dipendenti stessi. In tal caso, è prevista la nullità dei contratti conclusi e degli incarichi conferiti, nonché il divieto di contrattare con le pubbliche amministrazioni, per l'ente privato che abbia concluso tali contratti o conferito detti incarichi, per i successivi tre anni. È altresì stabilito l'obbligo di restituire i compensi eventualmente percepiti e accertati per lo svolgimento dell'attività lavorativa o professionale in favore del soggetto privato.

Il contesto sin qui delineato nei suoi caratteri generali si presenta complesso e diverse sono le problematiche che ne derivano. Al fine di individuare e riflettere in senso critico su queste ultime, occorrerà esaminare il d.lg. n. 39 del 2013 e le altre fonti normative che disciplinano i conflitti di interessi, ciascuna singolarmente; inoltre, si osserverà come ulteriori profili

problematici scaturiscono dai rapporti intercorrenti tra le predette fonti. Infine, va segnalato il fenomeno del c.d. conflitto di interessi strutturale, ovvero quel conflitto che non è disciplinato da alcuna fonte normativa, ma che presenta i tratti caratteristici della nozione generale. Il presente *working paper*, come già evidenziato, si propone di ricostruire la disciplina dei conflitti di interessi nelle loro diverse caratterizzazioni. A fronte dell'estrema varietà ed eterogeneità che emergeranno dal quadro di riferimento, non potrà non spiccare la presenza di una nozione che, invece, ancorché dotata dei tratti caratteristici delle altre figure espressamente contemplate dal legislatore, risente della mancanza di una fonte normativa che se ne occupi espressamente.

2. LE INCONFERIBILITÀ E LE INCOMPATIBILITÀ DISCIPLINATE DAL D.LG. 8 APRILE 2013, N. 39 COME IPOTESI TIPIZZATE DI CONFLITTO DI INTERESSE

2.1. Premessa.– La fonte normativa di riferimento per l'ANAC in tema di prevenzione di situazioni ritenute, anche potenzialmente, portatrici di conflitto di interessi o, comunque, idonee a contrastare con il principio costituzionale di imparzialità, è il decreto legislativo dell'8 aprile 2013, n. 39, recante «*Disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico*»; il decreto è stato approvato in attuazione dell'art. 1, commi 49 e 50 della legge 6 novembre 2012, n. 190, recante le «*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*».

In materia di accesso e permanenza negli incarichi amministrativi, la l. n. 190 del 2012 ha riformato profondamente la precedente disciplina, in riferimento sia ai funzionari onorari (soprattutto i componenti di organi politici), sia ai funzionari amministrativi. La normativa precedente presentava alcuni limiti. In primo luogo, si era intervenuti con un approccio indifferenziato, che non permetteva di distinguere la particolare posizione dei titolari di incarichi amministrativi; in secondo luogo, si era preso in

considerazione esclusivamente lo *status* dei soli dipendenti pubblici; infine, ci si era limitati a qualificare il rapporto di lavoro subordinato nei confronti dell'amministrazione come permanentemente incompatibile con l'assunzione di qualunque altro incarico esterno; il tutto senza valutare se l'incarico stesso potesse presentare pericoli per l'imparzialità della funzione pubblica.

Il d.lg. n. 39 del 2013, tra gli incarichi da conferire (c.d. di destinazione) da sottoporre al nuovo regime, ha escluso i funzionari politici, cioè i componenti degli organi di indirizzo politico, e ha ricompreso, oltre agli incarichi dirigenziali, anche gli incarichi amministrativi di vertice; infatti, si è constatato che tali incarichi hanno spesso un'influenza rilevante sullo svolgimento dell'azione da parte dei dirigenti (si pensi ai compiti di coordinamento, spesso ravvicinato, dell'azione dei dirigenti). Altrettanto rilevante è stata l'inclusione, tra gli incarichi da disciplinare, dell'«*amministratore di enti pubblici e di enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico*». Si tratta di posizioni finora largamente trascurate sotto il profilo dell'imparzialità; quest'ultima, invece, deve essere assicurata anche rispetto all'operato dei titolari dei predetti incarichi, soprattutto in ordine allo svolgimento di compiti di cura di interessi pubblici, e specie con riferimento agli enti di diritto privato in controllo pubblico.

L'approccio del d.lg. n. 39 del 2013 è stato, dunque, quello di irrobustire la distinzione fra politica e amministrazione, attraverso più penetranti regole di incompatibilità e di inconfiribilità. A tal proposito, viene prevista una serie articolata di cause, con riferimento, più precisamente, alle seguenti tipologie di incarichi:

- «*incarichi amministrativi di vertice*» (art.1, comma 2, lett. i)), per i quali si intendono gli incarichi di livello apicale, quali quello di segretario generale, capo dipartimento, direttore generale o posizioni assimilate nelle pubbliche amministrazioni e negli enti di diritto privato in controllo pubblico, conferiti a soggetti interni o esterni all'amministrazione o all'ente che conferisce l'incarico, che non comportano in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione;

- *«incarichi dirigenziali o di responsabilità, interni ed esterni, nelle pubbliche amministrazioni e negli enti di diritto privato in controllo pubblico»* (art. 1, comma 2, lett. j) e k)), dove per interni si fa riferimento agli incarichi di funzione dirigenziale, comunque denominati, che comportano l'esercizio in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione, nonché gli incarichi di funzione dirigenziale nell'ambito degli uffici di diretta collaborazione, conferiti a dirigenti o ad altri dipendenti, ivi comprese le categorie del personale di cui all'art. 3 del d.lg. n. 165 del 2001, appartenenti ai ruoli dell'amministrazione che conferisce l'incarico ovvero al ruolo di altra pubblica amministrazione; per esterni, invece, si allude agli incarichi di funzione dirigenziale, comunque denominati, che comportano l'esercizio in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione, nonché gli incarichi di funzione dirigenziale nell'ambito degli uffici di diretta collaborazione, conferiti a soggetti non muniti della qualifica di dirigente pubblico o comunque non dipendenti di pubbliche amministrazioni;
- *«incarichi di amministratore di enti pubblici e di enti privati in controllo pubblico»* (art. 1, comma 2, lett. l)), ovvero gli incarichi di presidente con deleghe gestionali dirette, amministratore delegato e assimilabili, di altro organo di indirizzo delle attività dell'ente, comunque denominato, negli enti pubblici e negli enti di diritto privato in controllo pubblico.

Il legislatore, inoltre, è intervenuto sul regime previgente, non considerando più sufficiente la disciplina delle incompatibilità, introducendo un regime che disciplina l'accesso all'incarico, cioè la possibilità stessa di conferire l'incarico aspirato a soggetti che provengano da posizioni, sia pubbliche che private, le quali possano pregiudicarne un esercizio imparziale. La legge ha, dunque, introdotto una disciplina innovativa riferibile ad una situazione soggettiva ampliativa non ancora perfezionata.

In particolare, la legge, al fine di garantire l'imparzialità degli incarichi da conferire, ha introdotto un «periodo di raffreddamento» che impedisce all'aspirante all'incarico di accedere allo stesso senza soluzione di continuità,

non comportante, tuttavia, generalmente l'esclusione permanente dalla possibilità di svolgere l'incarico di destinazione ma la sola impossibilità temporanea.

Relativamente alle cause di inconferibilità, il legislatore ne prevede tre categorie. Pertinenti sono i Capi II (art. 3), III (artt. 4 e 5), IV (artt. 6-8), rispettivamente inerenti all'inconferibilità di incarichi in caso di condanna per reati contro la pubblica amministrazione, per i soggetti provenienti da enti di diritto privato regolati o finanziati dalle pubbliche amministrazioni, e, infine, per i soggetti provenienti da organi di indirizzo politico sia di livello nazionale che regionale⁴.

Ai sensi del d.lg. n. 39 del 2013, nel quale l'inconferibilità assume una dimensione di strumento di prevenzione della corruzione e di garanzia di imparzialità di portata generale, può costituire causa di esclusione dall'incarico aspirato l'aver avuto una condanna penale per reati contro la pubblica amministrazione, anche non definitiva, perché in grado di compromettere la fiducia nella sua imparzialità; l'aver avuto nel periodo immediatamente precedente all'incarico aspirato nell'amministrazione, un interesse privato in potenziale conflitto; infine, l'essere in provenienza, sempre immediata, da cariche in organi di indirizzo politico, per le quali l'esclusione non è fondata né su potenziali conflitti, né su pregressi comportamenti impropri, ma sulla compromissione dell'affidamento del cittadino sull'imparzialità di un funzionario che abbia ricoperto cariche politiche.

Per quanto concerne le cause di incompatibilità, rilevanti sono il Capo V, relativo all'incompatibilità tra incarichi nelle pubbliche amministrazioni e negli enti privati in controllo pubblico e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dalle pubbliche amministrazioni, nonché lo svolgimento di attività professionali, ed il Capo VI, relativo all'incompatibilità tra

⁴ Per una approfondita disamina delle cause di inconferibilità previste dal d.lg. n. 39 del 2013 e la prassi dell'ANAC sull'interpretazione e l'accertamento delle stesse si veda A. MORESCHINI, *La condanna penale per reati contro la pubblica amministrazione e le altre cause di inconferibilità*, in A. LALLI, A. MORESCHINI e M. RICCI (a cura di), *La prassi dell'ANAC in materia di conflitto di interessi*, Working Paper della Collana di studi ANAC, Edizioni Scientifiche Italiane (E.S.I.), Napoli, 2019.

incarichi nelle pubbliche amministrazioni e negli enti privati in controllo pubblico e le cariche di componenti di organi di indirizzo politico.

La nuova disciplina delle incompatibilità si fa carico, quindi, della posizione del titolare dell'incarico. Ciò avviene, da un lato, prendendo in considerazione i casi in cui il funzionario possa assumere, nel corso del mandato, direttamente, o per il tramite di congiunti, interessi in potenziale conflitto che pregiudichino la sua posizione di imparzialità soggettiva; dall'altro, valutando quelli in cui l'appartenenza ad un organo di indirizzo politico può pregiudicare l'immagine di imparzialità del funzionario e dell'amministrazione.

In merito, invece, al sistema di vigilanza sulle norme in materia di inconferibilità e incompatibilità contenute nel d.lg. n. 39 del 2013, la relativa competenza è demandata al Responsabile della prevenzione della corruzione e trasparenza e alla Autorità nazionale anticorruzione, i cui rispettivi ruoli sono descritti nel Capo VII (artt. 15-16).

Nel presente paragrafo ci si propone di delineare la disciplina in materia di inconferibilità e incompatibilità, mettendo in luce il procedimento che conduce al relativo accertamento e le sue conseguenze. Inoltre, ci si focalizzerà sulla natura e sui poteri esercitati dall'ANAC in tale contesto, anche in rapporto al RPCT cui è, insieme all'Autorità, attribuito un ruolo decisivo nella prevenzione e repressione di tali fattispecie.

Si segnala che, nell'esaminare il procedimento di accertamento, si è tenuto conto anche dalle considerazioni che l'Autorità ha svolto nella delibera n. 833 del 2016, contenente le «*Linee guida in materia di accertamento delle inconferibilità e incompatibilità degli incarichi amministrativi*»; col predetto provvedimento, sono stati compendati i principi emersi, nel corso del tempo, dalle singole pronunce sui casi pratici posti all'attenzione dell'Autorità, su cui è stata costruita la disciplina in esame.

2.2. Il ruolo e le funzioni del Responsabile della Prevenzione della Corruzione e Trasparenza (RPCT) nel procedimento di accertamento delle inconferibilità e delle incompatibilità.– Preliminarmente, giova esaminare il ruolo e le funzioni del RPCT in quanto, nell'ambito del procedimento di accertamento delle

inconferibilità e incompatibilità, egli può agire sia autonomamente, sia, come spesso accade, di concerto con l'Autorità. Dunque, al fine di delineare un modello decisionale «tipico», risulta fondamentale chiarire lo spazio attribuito al Responsabile e come tale figura si inserisca in un procedimento di accertamento svolto dall'ANAC.

Il RPCT è individuato dall'art. 15 del d.lg. n. 39 del 2013 come il soggetto titolare del potere di contestare le situazioni di inconferibilità o incompatibilità eventualmente accertate. Inoltre, Il Responsabile ha il compito di segnalare le violazioni del d.lg. n. 39 del 2013 all'Autorità nazionale anticorruzione, alla Autorità garante della concorrenza e del mercato e alla Corte dei conti.

Come si potrà notare, la previsione di cui all'art. 15 del d.lg. n. 39 del 2013 è applicabile sia all'accertamento delle fattispecie delle inconferibilità, che a quello delle incompatibilità. Tuttavia, i procedimenti hanno in comune solamente una prima fase di accertamento della fattispecie di inconferibilità/incompatibilità, che segue l'atto di contestazione; solo per il procedimento relativo all'inconferibilità è prevista un'ulteriore fase di accertamento, di cui si dirà di seguito.

Con specifico riferimento all'accertamento della fattispecie di inconferibilità, l'ANAC, nelle Linee guida di cui alla delibera n. 833 del 2016, ha dedotto dalla norma sopra citata che il procedimento viene avviato dal RPCT, non appena quest'ultimo sia venuto a conoscenza del conferimento di un incarico in violazione delle norme del d.lg. n. 39 del 2013; il procedimento, inoltre, viene instaurato fin da subito, tanto nei confronti del soggetto cui è stato conferito l'incarico, quanto nei confronti dell'organo conferente.

La contestazione, secondo questa interpretazione, costituisce l'atto iniziale del procedimento di accertamento che, di regola, viene svolto esclusivamente dal Responsabile (e non anche dall'ANAC se non nei casi cui si dirà nei paragrafi successivi) e che comprende, come anticipato, due distinti accertamenti: il primo, di tipo oggettivo, relativo alla violazione delle disposizioni sulle inconferibilità; il secondo, successivo al primo, destinato, in caso di sussistenza della inconferibilità (dunque solo eventuale), a valutare

l'elemento soggettivo, di dolo o colpa, anche lieve, ai fini dell'eventuale applicazione della sanzione interdittiva di cui all'art. 18 del d.lg. n. 39 del 2013 (di cui si darà di seguito).

L'art. 17 del d.lg. n. 39 del 2013 prevede espressamente, quale effetto dell'accertamento della sussistenza di una causa di inconfirmità dell'incarico, la nullità dell'atto di conferimento dell'incarico e del relativo contratto. Le conseguenze derivanti da tali nullità sono differenti⁵. La nullità del contratto produce effetti prevalentemente nei confronti del soggetto incaricato, effetti che incidono sulla retribuzione percepita in relazione allo svolgimento dell'incarico; in tal senso, la giurisprudenza amministrativa⁶ applica l'art. 2126 c.c.. Diversamente, la nullità dell'atto di conferimento dell'incarico dispiega effetti anche sulla validità ed efficacia degli atti adottati dall'organo. Invero, il soggetto cui è stato conferito l'incarico nullo, assimilabile alla figura del funzionario di fatto, è privo di un valido titolo di legittimazione a ricoprire l'incarico, agendo come «*un privato che non è mai stato investito del potere di agire in nome dell'ente pubblico*»⁷. Tale condizione pone, quindi, due scenari: quanto agli atti e ai provvedimenti ad effetti favorevoli per i terzi, in ragione dei principi di affidamento e buona fede, essi sono riferibili all'amministrazione; quanto, invece, agli atti ad effetti sfavorevoli, questi non possono che essere considerati nulli, e, dunque, privi di efficacia *ex tunc*.

Circa il soggetto competente alla dichiarazione della nullità degli atti di conferimento di incarichi, adottati in violazione delle disposizioni del d.lg. n. 39 del 2013, e dei relativi contratti, non vi è alcuna specifica indicazione di legge; l'art. 17 del d.lg. n. 39 del 2013 si limita solo ad indicare gli effetti della predetta dichiarazione. L'ANAC, dunque, in via interpretativa, afferma che tale competenza spetta al RPCT (così come anche nel caso in cui l'accertamento della sussistenza di una ipotesi di inconfirmità sia stato eseguito dall'ANAC nell'ambito dei suoi poteri, di cui si dirà di seguito).

⁵ Come già osservato da B. PONTI, *La vigilanza e le sanzioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 8-9, nota 18, pp. 823, 824.

⁶ V. Cons. St., Sez. V, 8 giugno 2011, n. 3464, che ribadisce quanto affermato da Cons. St., Ad. Plen., 8 aprile 1995, n. 7.

⁷ V. M. DE PALMA, *Sulla teoria del funzionario di fatto*, in *Urb. app.*, 2000, 4, p. 428.

Tale orientamento sembra essere confermato anche dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui è attribuito *«al R.P.C. dell'ente interessato ... qualora ritenga configurabile una violazione del d.lgs. n. 39/2013, il compito, ai sensi dell'art. 15, di accertare che la nomina sia inconferibile o incompatibile e, con specifico riferimento alle fattispecie di inconferibilità, di dichiarare la nullità, nonché di valutare se alla stessa debba conseguire l'applicazione delle misure inibitorie di cui all'art. 18»*⁸.

Sempre in merito alla dichiarazione di nullità da parte del RPCT, è opportuno precisare che, secondo l'interpretazione dell'ANAC e della giurisprudenza amministrativa, l'art. 17 del d.lg. n. 39 del 2013 *«individua un'ipotesi di potere vincolato, che obbliga il responsabile della prevenzione della corruzione a dichiarare la nullità degli atti di conferimento nelle ipotesi in cui ravvisi la violazione delle norme in tema di inconferibilità»*⁹. In altri termini, l'intervento ripristinatorio degli interessi pubblici violati ha natura vincolata, essendo correlato al mero riscontro della inconferibilità dell'incarico, e risponde all'esigenza di rimuovere il pregiudizio arrecato a preminenti interessi pubblici. Pertanto, una volta prodottosi l'effetto della nullità per il verificarsi della condizione normativamente prevista, al RPCT non rimane che adottare l'atto dichiarativo dell'intervenuta nullità¹⁰.

Per quanto concerne l'accertamento dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa dei soggetti che, all'atto della nomina, componevano l'organo che ha conferito l'incarico, anche in questo caso, secondo l'interpretazione dell'Autorità e della giurisprudenza amministrativa, avvenuta in mancanza di indicazioni chiare ed esplicite da parte del legislatore, il soggetto esclusivamente competente a svolgere tale accertamento è il RPCT¹¹.

⁸ Tar Lazio, Roma, 8 giugno 2016, n. 6593, con cui è stata confermata la legittimità delle delibere dell'ANAC nn. 66 e 68 del 2015, in materia di inconferibilità degli incarichi di cui all'art. 8 del d.lg. n. 39 del 2013.

⁹ Tar Lazio, Roma, 8 giugno 2016, n. 6593.

¹⁰ Cons. St., 14 gennaio 2019, n. 299, par. 2.3 e Cons. St., 15 gennaio 2018, n. 165.

¹¹ A tal riguardo, si riporta nuovamente il passaggio della sentenza del Tar Lazio, Roma, 8 giugno 2016, n. 6593, che riconosce tale attribuzione: *«L'art. 18 del d.lgs. n. 39/2013 attribuisce la competenza in ordine all'attività sanzionatoria, esclusivamente, al R.P.C. dell'ente interessato, il quale, qualora ritenga configurabile una violazione del d.lgs. n. 39/2013, accerta, ai sensi dell'art. 15, che la nomina sia inconferibile o incompatibile e, con specifico riferimento alle fattispecie di inconferibilità, dichiara la nullità e valuta se alla stessa debba conseguire l'applicazione delle misure inibitorie di cui all'art. 18»*.

Ai fini dell'accertamento della responsabilità dell'organo conferente, l'art. 18 del d.lg. n. 39 del 2013 non sembra richiedere la sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa; la norma si limita a prevedere la sanzione inibitoria, che consiste nel divieto all'organo conferente di affidare incarichi per un periodo pari a tre mesi. Tale sanzione sembra essere costruita quasi come conseguenza automatica della dichiarazione di nullità dell'incarico.

Tuttavia, l'Autorità ha ritenuto che non vi sia alcun automatismo al riguardo, e pur nel silenzio della legge, ha ritenuto necessario far precedere la sanzione inibitoria da una verifica del suddetto elemento psicologico¹².

D'altra parte, un'interpretazione secondo cui, nell'ambito del procedimento sanzionatorio avviato, nessuna indagine sull'elemento soggettivo fosse richiesta al RPCT, rischierebbe di porre in essere un procedimento incostituzionale; in particolare, sussisterebbe un contrasto con i principi di ragionevolezza e uguaglianza con altre sanzioni amministrative, con i principi generali in materia di sanzioni amministrative, applicabili in via generale in base all'art. 12 della l. n. 689 del 1981, e con il diritto di difesa e il principio di legalità dell'azione amministrativa, di cui agli articoli, rispettivamente, 24 e 97 cost.. Un simile procedimento si porrebbe, inoltre, in evidente contrasto anche con i principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e, in particolare, con l'art. 6, secondo l'interpretazione che più volte ne ha dato la Corte di Strasburgo¹³.

Anche la giurisprudenza amministrativa¹⁴, ritenendo legittimo, nel caso preso in esame, il comportamento del RPCT, riporta, a supporto motivazionale, un passaggio interpretativo formulato dall'Autorità, secondo cui *«malgrado il legislatore sembra aver costruito come automatica la sanzione inibitoria,*

¹² Secondo il citato art. 18, l'Autorità amministrativa competente ad operare in via sostitutiva nei suddetti tre mesi di sospensione è, per i Ministeri, il Presidente del Consiglio dei ministri e, per gli enti pubblici, l'amministrazione vigilante. Regioni, province e comuni, invece, entro tre mesi dall'entrata in vigore del d.lg. n. 39 del 2013 provvedono a adeguare i propri ordinamenti individuando le procedure interne e gli organi che, in via sostitutiva, possono procedere al conferimento degli incarichi nel periodo di interdizione degli organi titolari. In caso di inerzia di questi ultimi enti, trova applicazione la procedura sostitutiva di cui all'art. 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131; si v. anche la Delibera dell'ANAC n. 67/2015.

¹³ V., *ex multis*, Corte Edu, sez. II, 20 gennaio 2009, Sud Fondi S.r.l. ed Altri C. Italia; Corte Edu, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. e altri c. Italia.

¹⁴ Tar Lazio, Roma, 8 giugno 2016, n. 6593.

essa non possa essere irrogata - pena la sua incostituzionalità per contrasto ai principi di razionalità e pari trattamento, di cui all'art. 3 Cost., con altre sanzioni amministrative del diritto di difesa di cui all'art. 24 e di legalità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 e ai principi della convenzione EDU ed in particolare all'art. 6 come più volte interpretato dalla Corte di Strasburgo –senza che sia apprezzato anche il profilo psicologico di cd. colpevolezza da parte dell'autore. Tale profilo psicologico potrà essere costituito dal dolo o anche dalla colpa, ai sensi dell'art. 3 della l. n. 689/1981»¹⁵.

Va precisato che il giudice amministrativo¹⁶ ha evidenziato che, anche in tema di sanzioni amministrative, vige il principio della presunzione di colpevolezza secondo cui l'elemento soggettivo dell'illecito amministrativo si presume fino a che l'interessato, nel corso del procedimento sanzionatorio o nel corso del successivo giudizio, non fornisca la prova di aver agito senza colpa.

Da tali considerazioni si desume l'applicabilità dell'esimente della buona fede, applicabile anche all'illecito amministrativo quale causa di esclusione della responsabilità amministrativa, come avviene per la responsabilità penale, in tema di contravvenzioni, ma soltanto quando sussistano elementi positivi idonei ad ingenerare nell'autore della violazione il convincimento della liceità della sua condotta e risulti che il trasgressore abbia fatto tutto quanto possibile per conformarsi al precetto di legge, onde nessun rimprovero possa essergli mosso.

Invero, ai componenti degli organi di vertice delle amministrazioni è richiesto un grado di diligenza elevato, specifico per il ruolo, diverso da quello comune del buon padre di famiglia ex art. 1176 c.c.

In buona sostanza, la sanzione inibitoria, che vieta all'organo conferente di affidare incarichi di propria competenza per un periodo pari tre a mesi, è una sanzione personale, di natura interdittiva, fissa e non graduabile, che non può essere irrogata a prescindere da una indagine sull'elemento psicologico di chi deve subirla.¹⁷

¹⁵ V. la citata Delibera dell'ANAC n. 68/2015.

¹⁶ Cons. St., 14 gennaio 2019, n. 299, par. 2.2.

¹⁷ Sul punto, v. la Delibera dell'ANAC n. 68 cit., p. 2 e 3; v., inoltre, la Delibera dell'ANAC n. 67 cit.

In definitiva, secondo l'interpretazione dell'ANAC e della stessa giurisprudenza amministrativa, il RPCT è il soggetto cui la legge riconosce il potere di avvio del procedimento, di accertamento e di verifica della sussistenza della situazione di inconferibilità, di dichiarazione della nullità dell'incarico, nonché il successivo potere sanzionatorio nei confronti degli autori delle violazioni¹⁸.

Con riferimento alle garanzie procedurali, si osserva che entrambi i procedimenti di accertamento, secondo l'interpretazione dell'Autorità, devono svolgersi nel rispetto del principio del contraddittorio affinché possa garantirsi la partecipazione degli interessati. Più in particolare, l'atto di contestazione, come anticipato, va portato a conoscenza anche dei soggetti che hanno conferito l'incarico; inoltre, l'atto deve contenere una brevissima indicazione del fatto, della nomina ritenuta inconferibile e della norma che si assume violata, nonché l'invito a presentare memorie a discolta, in un termine congruo, tale da consentire, comunque, l'esercizio del diritto di difesa (tendenzialmente non inferiore a cinque giorni).

Passando, ora, al procedimento di accertamento della fattispecie di incompatibilità, preliminarmente, occorre richiamare le conseguenze derivanti dalla sussistenza della predetta situazione patologica.

L'art. 19, comma 1, del d.lg. n. 39 del 2013, nel caso di titolarità di incarichi tra loro incompatibili, prevede, in assenza di scelta da parte del titolare, la decadenza dello stesso dal secondo incarico assunto e la risoluzione del relativo contratto.

Il RPCT avvia un solo procedimento, ovvero quello di accertamento della situazione di incompatibilità, e, nel caso in cui la rilevi, la contesta all'interessato. Dalla data della contestazione decorrono i 15 giorni che impongono, in assenza di una opzione da parte dell'interessato, l'adozione

¹⁸ Tuttavia, trattandosi, di norma, di un dirigente dell'ente, è evidente che il RPCT non sempre gode di effettiva autonomia nei confronti dell'organo di indirizzo dell'ente stesso. E queste sono le ragioni per cui, come chiarito nella delibera n. 67 del 2015, l'ANAC, nell'esercizio del potere di vigilanza sull'attività svolta dal RPCT, si riserva di verificare non solo che l'esercizio del potere sanzionatorio avvenga nel rigoroso rispetto delle norme, ma anche che sia garantita al responsabile la massima autonomia e indipendenza e che lo stesso non sia sottoposto ad atti diretti e/o indiretti di influenza e/o ritorsivi, e ciò in attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento.

di un atto, su proposta del RPCT, con il quale viene dichiarata la decadenza dall'incarico. La decadenza costituisce, quindi, la conseguenza dell'inerzia del soggetto che, versante in una situazione di incompatibilità, non proceda nella scelta di uno degli incarichi a lui attribuito. Dunque, in questo caso, l'accertamento del RPCT è di tipo oggettivo: è sufficiente accertare la sussistenza di una causa di incompatibilità.

Nel caso, invece, di accertamento della sussistenza di incompatibilità da parte dell'ANAC, questa delibera che il RPCT contesti la predetta situazione al diretto interessato e lo inviti a scegliere uno dei due incarichi tra loro incompatibili. Il RPCT potrà provvedere a contestare quanto sopra e, decorsi quindici giorni dall'inerzia del diretto interessato, interverrà la decadenza dal secondo incarico assunto.

Dalla lettura della normativa emerge che, condizione per l'inizio della decorrenza del termine quindicinale entro cui scegliere uno degli incarichi tra loro incompatibili, sia proprio quella dell'avvio del procedimento di contestazione da parte del RPCT, eventualmente, nel caso di procedimento avviato dall' ANAC, dopo la delibera di quest'ultima.

La delibera dell'ANAC può costituire, pertanto, il presupposto per l'avvio del procedimento di competenza del RPCT; tuttavia, come già evidenziato, il Responsabile non è vincolato dalla delibera dell'Autorità. Infatti, spetta al RPCT il compito di intraprendere il procedimento di contestazione della sussistenza dell'incompatibilità e di portare quest'ultimo a termine, con valutazioni adottate in autonomia, pur se in contraddittorio con l'Autorità stessa.

2.3. Le attività di verifica del RPCT nell'ambito del procedimento sanzionatorio in materia di inconfiribilità e incompatibilità.— Nell'ambito dell'attività di accertamento assegnata al Responsabile, rilevante è la disposizione che impone al soggetto cui è conferito uno degli incarichi di cui alla presente disciplina di rilasciare, all'atto della nomina, una dichiarazione sulla insussistenza di eventuali cause di inconfiribilità o incompatibilità individuate dal d.lg. n. 39 del 2013. Si tratta di dichiarazioni che sono oggetto di apposita pubblicazione nel sito della pubblica amministrazione,

ente pubblico o ente di diritto privato in controllo pubblico che ha conferito l'incarico e che costituiscono condizione per l'acquisizione dell'efficacia dell'incarico stesso ¹⁹20.

La dichiarazione del soggetto cui è conferito l'incarico rileva solo nell'ambito dell'accertamento che il RPCT è tenuto a svolgere in sede di procedimento sanzionatorio avviato nei confronti dei componenti l'organo conferente; infatti, va tenuto conto che, pur costituendo un momento di responsabilizzazione del suo autore, il rilascio di tale dichiarazione non esonera chi ha conferito l'incarico dal dovere di accertare, nel rispetto dei principi di buon andamento e di imparzialità di cui all'art. 97 cost., i requisiti necessari alla nomina e l'assenza di cause di inconferibilità o incompatibilità in capo al soggetto che si vuole nominare. In altre parole, l'amministrazione conferente è tenuta ad usare la massima cautela e diligenza nella valutazione della dichiarazione richiesta all'art. 20, in quanto non è escluso che questa sia mendace, e ciò anche a prescindere dalla consapevolezza, in capo allo stesso autore, della sussistenza di una delle cause di inconferibilità o incompatibilità.

Con riferimento all'indagine sull'elemento psicologico, l'Autorità ha osservato, stanti le evidenti difficoltà che il RPCT può incontrare nell'accertamento del dolo o della colpa lieve in capo all'organo che ha conferito l'incarico, che quest'ultimo non può e non deve attenersi a quanto dichiarato dal soggetto incaricato; al contrario, l'organo conferente è tenuto a verificare, con la massima cautela, se, in base agli atti conosciuti o conoscibili, l'autore del provvedimento di nomina avrebbe potuto, anche con un accertamento delegato agli uffici e/o con una richiesta di chiarimenti al nominando, conoscere la causa di inconferibilità/incompatibilità.

Poste queste considerazioni, vanno affrontate le possibili conseguenze che si producono in caso di dichiarazioni mendaci.

¹⁹ V. art. 20 del d.lg. n. 39 del 2013.

²⁰ La dichiarazione sull'insussistenza di una delle cause di inconferibilità costituisce condizione di efficacia dell'incarico; tuttavia, è altamente auspicabile che il procedimento di conferimento dell'incarico si perfezioni solo all'esito della verifica, da parte dell'organo di indirizzo e della struttura di supporto, sulla dichiarazione resa dall'interessato, da effettuarsi tenendo conto degli incarichi risultanti dal *curriculum vitae* allegato alla predetta dichiarazione e dei fatti notori comunque acquisiti.

In primo luogo, si osserva che dalla dichiarazione mendace deriva una responsabilità penale in capo al suo autore, essendo questa resa ai sensi dell'art. 76 del d.P.R. n. 445 del 2000.

In secondo luogo, tenuto conto che tale dichiarazione viene fornita anche ai sensi dell'art. 20 del d.lg. n. 39 del 2013, è proprio il comma 5 di quest'ultima norma a prevedere l'impossibilità, per il suo autore, di ricoprire, per un periodo pari a cinque anni, alcuno degli incarichi previsti dal decreto. L'Autorità, inoltre, ha ritenuto necessario che le amministrazioni accettino solo dichiarazioni alle quali venga allegata l'elencazione di tutti gli incarichi ricoperti dal soggetto che si vuole nominare, nonché delle eventuali condanne da questo subite per i reati commessi contro la pubblica amministrazione. Tale posizione, che tiene conto della buona fede che può caratterizzare l'autore della dichiarazione, cerca di rimediare al silenzio della legge, al fine di chiarire non solo la condotta da esigere dall'autore, ma anche l'ambito oggettivo della verifica richiesta all'organo conferente l'incarico.

Sarà allora onere dell'amministrazione, sulla base della fedele elencazione degli incarichi ricoperti, effettuare le necessarie verifiche circa la sussistenza di una causa di inconfiribilità o di incompatibilità. In questo modo, risulterà meno complicato accertare l'elemento psicologico del dolo o della colpa lieve in capo all'organo conferente.

Ne consegue che anche il compito del RPCT nell'ambito del procedimento sanzionatorio sarà più agevole. L'esito del procedimento, ad esempio, potrebbe essere quello di concludere per la responsabilità dell'amministrazione ogni volta che l'incarico dichiarato nullo sia stato conferito nonostante dalla elencazione prodotta fossero emersi elementi che, adeguatamente accertati, avrebbero potuto evidenziare cause di inconfiribilità o di incompatibilità. Inoltre, l'inclusione nel suddetto elenco anche di incarichi che rendono inconfiribile quello che si vuole affidare, escluderebbe in modo evidente la malafede dell'autore della dichiarazione. Con riferimento, però, a tale ultimo profilo, vale evidenziare che l'elemento psicologico del dichiarante non è preso in considerazione dal legislatore; quest'ultimo, come sopra chiarito, collega alla dichiarazione mendace, accertata dalla stessa amministrazione nel rispetto del diritto di difesa e del

contraddittorio dell'interessato, l'inconferibilità di qualsivoglia incarico, tra quelli previsti dal decreto, per il periodo di cinque anni.

2.4. Le attività di vigilanza e i poteri di accertamento dell'ANAC in caso di incarichi inconferibili e incompatibili.– Si premette che il ruolo e i poteri dell'ANAC, come quelli del RPCT, non sono delineati in modo esaustivo dalla normativa sulle inconferibilità e incompatibilità, le cui criticità sono state oggetto dell'atto di segnalazione della stessa Autorità al Governo e al Parlamento n. 5 del 9 settembre 2015. Pertanto, tenuto conto della funzione di controllo, di prevenzione e di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione, che la l. n. 190 del 2012 riconosce all'Autorità nazionale anticorruzione, è opportuno analizzare i confini e i limiti di intervento dell'attività di vigilanza e di accertamento che l'Autorità stessa può svolgere ai sensi del d.lg. n. 39 del 2013.

Preliminarmente, occorre richiamare le norme di riferimento del d.lg. n. 39 del 2013, riguardanti i poteri di vigilanza dell'Autorità.

In virtù dell'art. 16 del d.lg. n. 39 del 2013, l'Autorità «*vigila sul rispetto da parte delle amministrazioni pubbliche, degli enti pubblici e degli enti di diritto privato in controllo pubblico, delle disposizioni di cui al presente decreto, anche con l'esercizio di poteri ispettivi e di accertamento di singole fattispecie di conferimento degli incarichi*».

Il secondo comma, dell'art. 16 prevede, ancora, la possibilità, per «*l'Autorità nazionale Anticorruzione, a seguito di segnalazione (della Presidenza del Consiglio dei ministri – Dipartimento della funzione pubblica) o d'ufficio, di sospendere la procedura di conferimento dell'incarico con un proprio provvedimento che contiene osservazioni o rilievi sull'atto di conferimento dell'incarico nonché segnalare il caso alla Corte dei conti per l'accertamento di eventuali responsabilità amministrative. L'amministrazione, ente pubblico o ente privato in controllo pubblico che intenda procedere al conferimento dell'incarico deve motivare l'atto tenendo conto delle osservazioni dell'Autorità*». Inoltre, all'ANAC è attribuita un'ulteriore competenza, richiamata espressamente al comma 3 dell'art. 16, consistente nel rilascio di pareri obbligatori sulle direttive e le circolari ministeriali concernenti l'interpretazione delle disposizioni contenute nel d.lg. n. 39 del 2013, nonché l'applicazione di

dette disposizioni alle diverse fattispecie di inconferibilità degli incarichi e di incompatibilità.

In definitiva, dall'impianto normativo sopra descritto si può sinteticamente dedurre che il potere di vigilanza dell'Autorità si esprime : i) nell'accertamento nell'ambito dell'esercizio del potere dell'Autorità di sospendere la procedura di conferimento dell'incarico (art. 16, comma 2); ii) l'accertamento di singole fattispecie di inconferibilità e incompatibilità (art. 16, comma 1).

2.4.1. L'accertamento nell'ambito dell'esercizio del potere dell'Autorità di sospendere la procedura di conferimento dell'incarico (art. 16, comma 2).– Il potere di sospensione della procedura di conferimento dell'incarico è finalizzato a richiamare l'attenzione dell'amministrazione che sta conferendo l'incarico amministrativo di vertice o dirigenziale, sulla possibile esistenza di cause di inconferibilità o incompatibilità. L'intervento sospensivo dell'Autorità consente alla stessa di procedere ad una prima valutazione della situazione segnalata, diversa dall'accertamento di cui al comma 1. Si tratta, infatti, di una misura di tipo cautelare e collaborativo, che serve a richiamare l'amministrazione sul rispetto della disciplina in materia di inconferibilità e incompatibilità. Ciò è confermato dal fatto che l'amministrazione può comunque procedere al conferimento dell'incarico, naturalmente previa adeguata motivazione che tenga conto delle osservazioni e dei rilievi dell'ANAC che non potrà attivare alcuna iniziativa sanzionatoria²¹

Il potere riconosciuto all'Autorità di sospendere la procedura di conferimento dell'incarico si concretizza in un proprio provvedimento contenente osservazioni o rilievi sul predetto atto di conferimento, nonché nella segnalazione del caso alla Corte dei Conti per l'accertamento di eventuali responsabilità amministrative. L'Autorità, inoltre, disposta la sospensione del procedimento del conferimento, delibera che non deve darsi luogo alla sottoscrizione del contratto individuale di lavoro.

Dall'analisi della prassi provvedimentale dell'Autorità è emerso che questo tipo di provvedimento, definito nelle «*Linee guida in materia di accertamento delle*

²¹ V. Cons. St., 23 agosto 2018, n. 5031.

*inconferibilità e incompatibilità degli incarichi amministrativi*²² come «parere anticipato», è assai meno frequente dell'intervento *ex post* dell'Autorità²³.

2.4.2. *L'accertamento di singole fattispecie di inconferibilità e di incompatibilità (art. 16, comma 1).* – L'Autorità, ai sensi dell'art. 16, comma 1, ha il potere di procedere all'accertamento di singole e specifiche fattispecie di conferimento degli incarichi.

Detto potere può attivarsi su segnalazione di terzi, in occasione della richiesta di pareri da parte delle amministrazioni (sempre che il parere riguardi specifiche fattispecie), su segnalazione dello stesso RPCT (ai sensi dell'art. 15, comma 2), ovvero d'ufficio (come nel caso in cui l'ANAC, occupandosi di vicende diverse, venga a conoscenza di situazioni di possibile inconferibilità o incompatibilità). L'accertamento riguarda casi di incarichi già conferiti, a differenza del caso di cui all'art. 16 comma 2, che riguarda conferimenti *in itinere*.

L'Autorità, nelle citate Linee guida di cui alla Delibera 833 del 2016, ha affermato che il procedimento di accertamento è svolto nel rispetto del principio del contraddittorio, con una interlocuzione che si svolge con il RPCT dell'amministrazione interessata. L'accertamento si svolge sulla base dei documenti messi a disposizione dell'Autorità, con la possibilità, ove si riveli necessario, di procedere all'audizione degli interessati (RPCT, organo conferente, soggetto incaricato), secondo quanto disposto dal «*Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi nonché sul rispetto delle regole di comportamento dei pubblici funzionari*», approvato il 29 marzo 2017 dall'ANAC²⁴.

A tal riguardo, merita soffermarsi sulle garanzie di partecipazione al procedimento del diretto interessato. Il soggetto sulla cui posizione l'Autorità è chiamata a deliberare, a norma dell'art. 12 del Regolamento ANAC sopracitato, deve essere informato dell'avvio di un procedimento di

²² V. la delibera dell'ANAC n. 833 del 2016.

²³ Nel periodo preso in esame (2015-2019) si constatano tre sole richieste di parere anticipato: delibera n. 1103 del 2016, n. 924 del 2017 e n. 628 del 2017.

²⁴ Pubblicato sulla G.U.R.I. n. 91 del 19.4.2017.

vigilanza e, ai sensi dell'art. 13, comma 1, lett. a), è legittimato a partecipare alla fase istruttoria.

In relazione al rispetto del termine per la comunicazione di avvio del procedimento previsto dall'art. 12, comma 2, del Regolamento, l'ANAC ha fornito un'interpretazione della citata disposizione affermando che la stessa consente di ritenere ordinario il termine di avvio del procedimento, laddove prevede che *«Il termine per la comunicazione di avvio del procedimento a seguito di segnalazione, decorrente dalla data di ricevimento della stessa, è, di norma, di 60 giorni»*²⁵.

Tale lettura non contrasterebbe con la disposizione di cui all'art. 7, comma 3, del medesimo Regolamento laddove prevede una «archiviazione tacita» della segnalazione nel caso in cui l'Autorità non proceda alla comunicazione di avvio al procedimento nel termine previsto. Invero, tale disposizione andrebbe letta in combinato disposto con la disposizione di cui al successivo comma quarto, che, in ogni caso, consente l'esercizio dell'attività di vigilanza in caso di sopravvenuti elementi di fatto o di diritto, ovvero di diversa e ulteriore valutazione dell'Autorità, anche rispetto a segnalazioni già oggetto di archiviazione.

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

Passando ora all'interpretazione da parte dell'Autorità relativamente a tale potere, è possibile svolgere alcune considerazioni.

In riferimento al rapporto con gli analoghi poteri che la legge conferisce al RPCT dell'amministrazione interessata, l'ANAC osserva che, in virtù dell'esplicita attribuzione alla stessa di poteri di *«accertamento di singole fattispecie di conferimento degli incarichi»*, ad opera dell'art. 16, comma 1 del d.lg. n. 39 del

²⁵ V. delibera dell'ANAC n. 159 del 2019.

2013, tale disposizione andrebbe interpretata come attributiva di un potere destinato a superare eventuali diverse valutazioni dell'amministrazione conferente e del suo RPCT.

Ebbene, secondo l'Autorità, se la stessa viene chiamata, per volontà dell'amministrazione o su segnalazione di terzi, ad accertare specifiche fattispecie di incarichi già conferiti, questo accertamento non può che essere destinato «a fare stato», salva sempre la possibilità di ricorso al giudice amministrativo contro il provvedimento dell'ANAC. Ogni altra interpretazione sarebbe contraria al principio di economicità dell'azione amministrativa e renderebbe inutile l'accertamento e l'apposito procedimento che l'Autorità svolge adottando le garanzie del contraddittorio.

Nei casi di accertamento compiuto dall'Autorità, al RPCT si dovrebbe ritenere preclusa ogni altra azione di accertamento, sul piano oggettivo, di violazioni delle norme del d.lg. n. 39 del 2013. In capo al RPCT, pertanto, residuerebbero funzioni non secondarie e non attribuite all'ANAC: i) prendere atto dell'accertamento compiuto dall'Autorità e della conseguente automatica nullità dell'atto di conferimento, ovvero diffidare l'interessato ad optare tra incarichi dichiarati incompatibili; ii) avviare il procedimento sanzionatorio, ai fini dell'accertamento delle responsabilità soggettive e dell'applicazione della misura interdittiva prevista dall'art. 18 del d.lg. n. 39 del 2013 (per le sole inconferibilità).

Quella appena descritta, pur nella diversità degli esiti rappresentati, costituisce la procedura ordinaria di accertamento di una situazione di inconferibilità o incompatibilità degli incarichi. In una logica di opportuna ed efficace collaborazione tra soggetti chiamati a contrastare fenomeni di corruzione; dunque, il RPCT interviene a completare l'attività di prevenzione della corruzione avviata dall'ANAC con l'accertamento di una situazione di inconferibilità o incompatibilità. E vi interviene dichiarando la nullità dell'incarico inconferibile, ovvero diffidando l'interessato ad optare tra incarichi incompatibili; inoltre, nelle sole ipotesi di inconferibilità, viene verificata la sussistenza del presupposto indispensabile per l'irrogazione della sanzione inibitoria di cui all'art. 18 del d.lg. n. 39 del 2013.

Nel contesto delineato, il RPCT resta in via ordinaria il solo soggetto competente in materia di accertamento e di adozione dei provvedimenti conseguenti. L'ANAC interviene solo nell'esercizio dei suoi poteri di vigilanza e il suo eventuale accertamento non può che limitarsi alla valutazione della violazione oggettiva della legge, lasciando al RPCT ogni altro atto conseguente, ivi compreso lo svolgimento del procedimento sanzionatorio.

In definitiva, si può osservare che, secondo l'Autorità, le disposizioni di cui agli articoli 1, comma 3, della l. n. 190 del 2012 e 16 del d.lg. n. 39 del 2013, in combinato tra loro, attribuirebbero alla stessa un potere di vigilanza e intervento sul RPCT, per verificare la correttezza del suo operato nella contestazione dei casi di inconferibilità e incompatibilità e nella declaratoria di nullità degli incarichi ed eventuale irrogazione delle sanzioni; ciò allo scopo di dare corretta attuazione alla normativa, senza che se ne violi la *ratio* o ne siano elusi i divieti. Per l'ANAC, dunque, il dettato normativo andrebbe inteso nel senso che il potere di attuazione della disciplina sulla inconferibilità e incompatibilità degli incarichi è attribuito, anzitutto, al RPCT, quale organo interno alla pubblica amministrazione interessata; solo successivamente, il suddetto potere sarebbe conferito ad un organo esterno, l'ANAC, quale «estremo garante» del rispetto della normativa anticorruzione, nei casi di mancata attivazione del RPCT.

2.5. Il mancato adeguamento da parte del RPCT all'accertamento dell'ANAC e il potere di ordine dell'Autorità.— Resta ora da analizzare il caso in cui il RPCT resti inerte ovvero adotti, senza adeguata motivazione, un provvedimento non in linea con gli esiti dell'accertamento condotto dall'ANAC.

A tal riguardo, l'art. 16, nel conferire all'ANAC, come da quest'ultima ritenuto, un potere di accertamento con effetti prevalenti su altri eventuali accertamenti compiuti dall'amministrazione o dal suo RPCT, non disciplina l'ipotesi del mancato adeguamento. Tuttavia, secondo l'Autorità, sarebbe applicabile, in tali ipotesi, il potere di ordine ad essa conferito in via generale dalla l. n. 190 del 2012.

Più precisamente, l'Autorità sostiene che, in caso di inerzia o di mancato adeguamento da parte del RPCT agli accertamenti compiuti dall'amministrazione, essa può agire nell'esercizio del potere generale di ordine attribuito dall'art. 1, comma 3 della l. n. 190 del 2012. Secondo la predetta disposizione, *«per l'esercizio delle funzioni di cui al comma 2, lettera ff)²⁶, l'Autorità nazionale anticorruzione esercita poteri ispettivi mediante richiesta di notizie, informazioni, atti e documenti alle pubbliche amministrazioni, e ordina l'adozione di atti o provvedimenti richiesti dai piani di cui ai commi 4 e 5 e dalle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa previste dalle disposizioni vigenti, ovvero la rimozione di comportamenti o atti contrastanti con i piani e le regole sulla trasparenza citati»*; inoltre, l'ANAC agisce nell'esercizio dei poteri di vigilanza e di accertamento ad essa assegnati dal già esaminato art. 16, comma 1 del d.lg. n. 39 del 2013.

In merito al potere d'ordine, l'Autorità si è espressa nella delibera n. 146 del 2014 e nel Regolamento di vigilanza. In particolare, l'ANAC ha sostenuto che gli incarichi inconfiribili, di fatto nulli, non possono continuare a produrre effetti, così come i soggetti che li hanno attribuiti non possono non essere sanzionati, sussistendone i presupposti, per l'inerzia di colui che avrebbe dovuto svolgere la necessaria attività dichiarativa. L'intervento dell'Autorità, tramite l'esercizio del potere di ordine, è finalizzato a riportare l'azione dell'amministrazione al rispetto della legge, tanto che tale potere, che non ha un contenuto sanzionatorio, né carattere sostitutivo, viene definito come *«un potere conformativo e dissuasivo a scopo collaborativo»²⁷*. Se l'Autorità non avesse la possibilità di compulsare l'attività del RPCT mediante i poteri di ordine, l'accertamento della violazione delle regole sulla inconfiribilità dell'incarico sarebbe reso inutilmente e sarebbe frustrato l'obiettivo perseguito dalla legge.

Ne consegue che, ove l'ANAC abbia adottato atti di accertamento di situazioni di inconfiribilità e incompatibilità dotati, nel senso chiarito, di

²⁶ Ovvero, *«la vigilanza e il controllo sull'effettiva applicazione e sull'efficacia delle misure adottate dalle pubbliche amministrazioni ai sensi dei commi 4 e 5 del presente articolo e sul rispetto delle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa previste dai commi da 15 a 36 del presente articolo e dalle altre disposizioni vigenti»*.

²⁷ V. la delibera dell'ANAC n. 146 del 2014, par.1.

efficacia prevalente, l'amministrazione interessata e il suo RPCT sarebbero obbligati all'adozione degli atti conseguenti all'accertamento. Qualora non vi provvedessero, l'Autorità, cui non sono attribuiti poteri di tipo sostitutivo (quali la nomina di commissari *ad acta*), potrebbe esercitare il proprio potere di ordinare all'amministrazione e all'RPCT di adottare tali atti. In altri termini, l'ANAC potrebbe ordinare al RPCT inerte di confermare le risultanze emerse in sede di accertamento, oppure potrebbe ordinare la rimozione dell'atto che si discosti da quelle risultanze.

Inoltre, poiché il potere di ordine non è assistito da un potere sanzionatorio riconosciuto all'ANAC²⁸, quest'ultima si riserva, comunque, di coinvolgere, tramite apposita segnalazione, le autorità competenti per l'accertamento di responsabilità disciplinari o amministrative o penali del RPCT inerte o che adotta atti contrari agli accertamenti che essa ha già effettuato, e di pubblicare tali segnalazioni sul proprio sito. L'Autorità si riserva anche di segnalare i casi di inerzia alle amministrazioni titolari di poteri di vigilanza e di poteri sostitutivi nei confronti dell'amministrazione rimasta inerte per l'adozione dei provvedimenti di loro competenza.

In conclusione, l'ANAC, ai fini di tutela di un superiore interesse pubblico individuato nella prevenzione della corruzione, tende ad ampliare l'ambito di applicazione del potere di ordine, attribuitole da norme primarie, nelle ipotesi di inerzia o mancato adeguamento da parte del RPCT.

Si rinvia al paragrafo successivo per l'analisi del potere di ordine alla luce dell'orientamento giurisprudenziale e del conseguente adeguamento da parte dell'Autorità.

2.6. Sui poteri riconosciuti all'ANAC dal d.lg. n. 39 del 2013.— Delineata la posizione dell'Autorità sul potere di accertamento, nonché sul potere di ordine, occorre evidenziare i non pochi profili critici che emergono.

Per quanto concerne i poteri di accertamento dell'ANAC, si è espressa più volte e con orientamenti contrastanti, la giurisprudenza amministrativa. In

²⁸ Può, invece, accadere, come ad es. nel settore del credito, che al potere di vigilanza di un'autorità, in c.d. «posizione biunivoca» si accompagni quello sanzionatorio attribuito ad altra autorità o ad altra amministrazione pubblica.

un primo momento, infatti, il giudice amministrativo, nell'attribuire al RPCT la competenza della dichiarazione di nullità dell'incarico e del relativo contratto, ha chiarito che i pareri espressi dall'Autorità in merito all'interpretazione del d.lg. n. 39 del 2013, rientrano nella funzione di vigilanza alla medesima attribuita dal decreto stesso; tuttavia, dai suddetti poteri non scaturiscono effetti immediatamente e direttamente lesivi della sfera giuridica dei destinatari. Le attività svolte dall'Autorità in materia, essendo espressione di articolate funzioni di regolamentazione e tutela di peculiari interessi pubblici ed esplicandosi in una posizione di separatezza e di indipendenza, consistono in un controllo informale esterno, contemporaneo o successivo, sull'attività del controllato, trasfondendosi in un atto di denuncia e/o impulso, ma non integrando gli estremi di un provvedimento sanzionatorio²⁹.

Secondo tale prima interpretazione, l'Autorità non potrebbe annullare il provvedimento di nomina, né irrogare alcuna sanzione, essendo tali azioni oggetto dei poteri sussistenti in capo al RPCT. All'ANAC rimarrebbe, quale attribuzione conferita dalle disposizioni di rango primario, il potere di esprimere il proprio qualificato orientamento al RPCT, invitandolo ad adottare, nel rispetto della propria autonomia organizzativa, le determinazioni cui è tenuto nel rispetto delle disposizioni di legge in tema di inconferibilità o incompatibilità.

Più di recente, e in contraddizione con quanto sopra illustrato, la giurisprudenza amministrativa, pur ritenendo legittima la prassi dell'ANAC circa la natura del provvedimento di accertamento, ha affermato che quest'ultimo costituisce un provvedimento costitutivo di effetti giuridici e, come tale, impugnabile. Nonostante l'ambiguità del *nomen iuris*, il potere di accertamento attribuito all'ANAC dall'art. 16, comma 1, consisterebbe nella valutazione della conformità a legge del conferimento ad un certo soggetto di un dato incarico dirigenziale o di vertice della pubblica amministrazione o degli altri soggetti per i quali la disciplina trova applicazione; tale valutazione non si esaurirebbe in una mera osservazione, ma sarebbe

²⁹ Tar Lazio, Roma, Sez. III, 19 giugno 2015, n. 2607.

produttiva di conseguenze giuridiche e, pertanto, dotata di carattere provvedimentoale³⁰.

Preso atto di questa evoluzione giurisprudenziale, emerge che accogliere l'uno o l'altro orientamento non è indifferente, avendo le richiamate tesi un diverso impatto, non solo sotto il profilo sistematico, ma anche dal punto di vista pratico.

Con riferimento a quest'ultimo punto, a titolo esemplificativo, si osserva che, in un caso, il provvedimento dell'Autorità può essere suscettibile di impugnazione in sede giurisdizionale, in quanto lesivo della sfera giuridica del destinatario; nell'altro, invece, tale provvedimento avrà un rilievo solamente interno, essendo impugnabile solamente l'atto adottato dal RPCT, in quanto unico atto lesivo.

Inoltre, da un lato, non è stata ritenuta sussistente una legittimazione del diretto interessato ad impugnare la delibera ANAC. Secondo questo orientamento, infatti, sarebbe l'atto conclusivo del procedimento avviato dal RPCT a poter essere, eventualmente, oggetto di impugnativa, ma non il provvedimento emanato da un organo terzo quale è l'ANAC; quest'ultimo costituirebbe un provvedimento non immediatamente lesivo per il diretto interessato medesimo³¹, nonché inidoneo ad integrare gli estremi di un provvedimento sanzionatorio. Conseguentemente, il suddetto provvedimento manterrebbe una natura propedeutica e di impulso, ma non dispositiva³². Dall'altro lato, invece, un orientamento successivo ha implicitamente ritenuto impugnabile la delibera dell'ANAC, viste e considerate le avvenute statuizioni relative ad un provvedimento dell'Autorità in materia di inconfiribilità; quest'ultimo, secondo il giudice amministrativo, origina da una *«valutazione che non si esaurisce in un opinamento, ma è produttiva di conseguenze giuridiche, perciò ha carattere provvedimentoale»*³³.

Passando ora all'esame del potere d'ordine che l'ANAC si attribuisce, si osserva che, in giurisprudenza, l'orientamento prevalente è contrario a

³⁰ Cons. St., Sez. V, 11 gennaio 2018, n. 126, par. 10.3.

³¹ Tar Lazio, Roma, ord. 19 giugno 2015, n. 2667. Sul punto v. anche la delibera dell'ANAC n. 68 del 2015, che si richiama proprio all'ordinanza poc'anzi citata.

³² Tar Lazio, Roma, Sez. III, 8 giugno 2016, n. 6593.

³³ Cons. St., Sez. V, 11 gennaio 2018, n. 126, par. 10.3.

quello dell'Autorità. Invero, secondo il giudice amministrativo, il potere di ordine esercitato dall'ANAC nei confronti del RPCT non troverebbe fondamento nell'art. 1, comma 3, della l. n. 190 del 2012. Quest'ultima norma si riferirebbe ad altra materia, ovvero al caso di inerzia delle pubbliche amministrazioni nell'adozione degli atti e dei provvedimenti che sono previsti dai piani di prevenzione della corruzione (comma 5, lett. a)), dagli atti generali, di coordinamento delle strategie di prevenzione e contrasto della corruzione (comma 4, lett. a)), dagli atti contenenti norme e metodologie comuni per la prevenzione della corruzione (comma 4, lett. b)), o, infine, dai modelli standard delle informazioni e dei dati occorrenti per il conseguimento degli obiettivi di prevenzione della corruzione (lett. d)) e dai criteri per assicurare la rotazione dei dirigenti nei settori esposti alla corruzione, oltre che dalle misure per evitare sovrapposizione di funzioni e cumuli di incarichi.

L'Autorità errerebbe, dunque, nel ricondurre il potere di ordine ad un potere generalizzato e funzionale al contrasto di condotte inerti o elusive dei Responsabili per la prevenzione della corruzione all'interno delle singole pubbliche amministrazioni, in relazione a tutte le disposizioni finalizzate alla prevenzione di eventi corruttivi, comprese quelle su inconfirmità e incompatibilità degli incarichi. Come è noto, il potere di ordine non è un potere di generale regolazione di un settore che ricorre come esplicazione di un rapporto di sovraordinazione gerarchica o para-gerarchica tra due organi interni a una medesima amministrazione, ovvero nella relazione tra soggetto pubblico vigilante ed ente vigilato. Il potere di ordine, invece, è un potere di amministrazione attiva, relativo a fatti puntuali. Tale potere, che sembrerebbe avere un contenuto di indirizzo, si manifesta tipicamente nell'adozione di direttive all'ente vigilato. Inoltre, in casi tipizzati dalla legge, il potere di ordine sfocerebbe nell'annullamento degli atti più rilevanti adottati dall'ente vigilato; si verificherebbero, dunque, delle forme di ingerenza del soggetto vigilante sul vigilato, in ragione del fatto che l'attività del secondo è rivolta alla cura dei medesimi interessi pubblici di cui si occupa il primo.

Poste queste considerazioni, il giudice amministrativo ha escluso, vista la diversità di interessi e la natura di autorità amministrativa indipendente dell'ANAC, che tra quest'ultima e le pubbliche amministrazioni, gli enti pubblici, gli enti privati soggetti a controllo pubblico, così come i RPCT all'interno dei singoli enti, ricorra un rapporto di sovraordinazione. Dunque, l'art. 16, comma 1 del d.lg. n. 39 del 2013, pur nominando l'attività di vigilanza, non intenderebbe riferirsi a quella specifica relazione che intercorre tra un soggetto pubblico e un ente vigilato, ma riguarderebbe *«un potere particolare, assegnato alle autorità amministrative indipendenti per verificare nell'interesse generale il rispetto delle regole in rapporto al loro settore (regole talora da esse stesse poste) da parte di operatori pubblici e privati ivi operanti»*³⁴.

Il potere di vigilanza assegnato all'ANAC, pertanto, non è quello che si riferisce alla relazione tra soggetto pubblico vigilante ed ente vigilato; d'altro canto, è indubbio che non possano ammettersi forme non nominate e non espressamente attribuite di ingerenza dell'Autorità nell'attività di altre pubbliche amministrazioni, sia pure in caso di inerzia o elusive di norme a tutela di interessi pubblici.

All'ANAC, pertanto, spetterebbe, in base agli artt. 15 e ss. del d.lg. n. 39 del 2013, un potere di vigilanza sul rispetto delle regole da parte delle amministrazioni pubbliche, enti pubblici ed enti privati soggetti a controllo pubblico, eventualmente anche con accertamento della violazione delle stesse, ma solamente tramite una sollecitazione ad attivarsi del RPCT³⁵; nella attività di vigilanza descritta non rientrerebbe il potere di rivolgere ordini agli organi interni delle altre pubbliche amministrazioni in caso di loro inerzia o di ritenuta elusione delle norme rivolte alla prevenzione dei fenomeni corruttivi. Al RPCT, invece, sarebbe attribuito il compito di contestare all'interessato la situazione di inconferibilità, con conseguente adozione delle sanzioni di cui all'art. 18, comma 1, d.lg. n. 39 del 2013.

Sul punto si potrebbe rilevare che il giudice amministrativo, pur in mancanza di espresso conferimento del potere da parte di norma primaria,

³⁴ Cons. St., 11 gennaio 2018, n. 126 ; si vv. in particolare, i par. 11.5.1, 11.5.2 e 11.5.3. Tale principio è stato ribadito da Cons. St., 9 aprile 2019, n. 2325, in sede di ottemperanza della sentenza n. 126/2018.

³⁵ Cons. St., 11 gennaio 2018, n. 126, par. 11.5.3.

ha tuttavia spesso ravvisato in capo ad autorità amministrative indipendenti poteri dedotti in via implicita dalle norme che regolano l'attività delle suddette autorità; si tratta dei c.d. poteri impliciti, la cui *ratio* è quella di garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla legislazione in materia, quando essa traccia un programma di intervento, più che definire precise competenze in capo a singoli organi³⁶.

Tuttavia, anche basandosi sui presupposti di cui a tale orientamento, non possono ravvisarsi poteri impliciti nel caso in esame, in cui, diversamente, si prevede espressamente che la finalità perseguita dalla legge è realizzata mediante la ripartizione delle attribuzioni tra soggetti diversi (l'ANAC e il RPCT)³⁷.

La ricostruzione dell'assetto istituzionale compiuta dal giudice amministrativo contrasta con gli argomenti addotti dall'Autorità e va a delineare un quadro complessivo in cui non sussiste un potere di ordine in capo all'ANAC, nemmeno ravvisabile come potere implicito, e viene riconosciuto al solo RPCT il potere di decidere in ordine alla inconfirmità o meno di un incarico.

A tal proposito si segnala che l'Autorità sembrerebbe oggi essersi conformata a tale orientamento, limitandosi a richiamare il RPCT al rispetto della legge³⁸. Tale sollecitazione viene descritta dal giudice amministrativo come un comportamento tutt'altro che acquiescente, ³⁹anche in considerazione del potere, ai sensi dell'art. 16 del d.lg. n. 39 del 2013, di segnalare il caso alla Corte dei conti per l'accertamento di eventuali responsabilità amministrative, nonché quello di informarne la competente Procura della Repubblica⁴⁰.

³⁶ Cons. St., Sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532; Cons. St., Sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5827, nonché per il richiamo ivi contenuto, Cons. St., Sez. VI, 1 ottobre 2014, n. 4874.

³⁷ Cons. St., Sez. V, 11 gennaio 2018, n. 126, par. 11.5.4.

³⁸ V. nota dell'ANAC del 6 luglio 2018 prot. n. 059765, nella quale l'Autorità invita il RPCT a conformare il proprio comportamento a quanto precedentemente deliberato dalla stessa, evidenziando che, in difetto procederà ad interessare la magistratura contabile per gli aspetti di competenza.

³⁹ V. Tar Lazio, Roma, 11 aprile 2019, n. 4780, par. 3.

⁴⁰ Si vedano rispettivamente, le note informative dell'ANAC prot. n. 65591 del 25 luglio 2018 e prot. n. 65584 del 25 luglio 2018.

Invero la lettura restrittiva delle norme primarie da parte del giudice amministrativo non implicherebbe «alcun vuoto di tutela né una potenziale sterilizzazione degli effetti perseguiti dalle norme in materia di anticorruzione, poiché l'atto adottato dal responsabile non si sottrae al possibile sindacato giurisdizionale di questo giudice e i suoi effetti potranno essere per questa via rimossi»⁴¹.

Il giudice amministrativo indica, dunque, quale rimedio per gli interessati quello giurisdizionale senza, tuttavia, fornire chiarimenti in merito a chi effettivamente possa accedere al predetto rimedio.

In effetti, la giurisprudenza amministrativa, occupandosi del tema, si è limitata ad escludere dall'indagine del caso concreto la questione dell'impugnabilità, anche da parte di ANAC, degli atti del RPCT laddove non si sia conformato ad un precedente accertamento dell'Autorità sull'avvenuta violazione delle regole in materia di conferibilità o compatibilità dell'incarico ed abbia così, ostacolato l'applicazione della sanzione⁴².

In quest'ottica, in cui la giurisprudenza non riconosce il potere di ordine in capo all'ANAC nemmeno in via implicita, ostando al riconoscimento di tale potere il limite dell'autonomia delle altre amministrazioni, si potrebbe pensare di attribuire all'Autorità una legittimazione straordinaria ad adire il giudice amministrativo. Tale soluzione manifesterebbe maggiormente la propria utilità proprio nei casi di mancato adeguamento del RPCT al parere dell'ANAC. In tali casi, invero, il soggetto titolare dell'incarico inconfiribile non avrebbe alcun interesse ad impugnare la delibera che renderebbe nullo l'atto di conferimento del suo incarico.

In queste situazioni, infatti, sulla base dell'attuale assetto ricostruito dalla giurisprudenza amministrativa, si riscontrerebbe un'elusione delle norme rivolte alla prevenzione dei fenomeni corruttivi, rimanendo potenzialmente in essere un incarico *contra legem* e non sussistendo alcuna modalità di correzione del fenomeno. Il rischio di tale violazione, non altrimenti rimediabile, potrebbe proprio essere arginato con la previsione di un potere

⁴¹ Cons. St., Sez. V, 11 gennaio 2018, n. 126, par. 11.5.5, che richiama quanto affermato nella sentenza appellata Tar Lazio, Roma, 14 novembre 2016, n. 11270.

⁴² Cons. St., Sez. V, 11 gennaio 2018, n. 126, par. 11.5.5; Tar Lazio, Roma, 11 aprile 2019, n. 4780, par. 3.

di azione in capo all'Autorità. A sostegno di questa ipotesi, si pensi che la legittimazione a ricorrere è stata in altri casi attribuita ad autorità indipendenti, tra cui anche la stessa ANAC. A tal proposito, si ricorda il potere di azione riconosciuto all'Autorità ai sensi dell'art. 211, commi 1-*bis* e 1-*ter* del d.lg. n. 50 del 2016; le norme qui richiamate assicurano l'effettivo rispetto dei principi che regolano gli appalti pubblici; la scelta legislativa, peraltro, è stata oggetto di parere positivo del Consiglio di Stato⁴³, che ha ritenuto tale potere di azione un'espressione dei più generali poteri di vigilanza collaborativa e di controllo delineati dall'art. 213 del Codice appalti, analogamente a quanto previsto con l'art. 21-*bis* della l. n. 287 del 1990 per l'AGCM, al fine di una più complessa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato.

Un riconoscimento di questo tipo all'Autorità anche in tale materia consentirebbe al quadro normativo relativo alla prevenzione della corruzione di raggiungere una maggiore completezza e, dunque, di assicurare un maggior grado di tutela.

3. LA DISCIPLINA IN MATERIA DI CONFLITTI DI INTERESSI TIPIZZATI DALLA LEGGE MA SENZA LA PREVISIONE DI SPECIFICI POTERI PER L'ANAC

3.1. Premessa. – All'Autorità Nazionale Anticorruzione, come precedentemente illustrato, sono espressamente riconosciuti dal d.lg. n. 39 del 2013 poteri di vigilanza in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso pubbliche amministrazioni ed enti di diritto privato in controllo pubblico di livello nazionale. Tuttavia, l'Autorità si è espressa anche in merito alla sussistenza di fattispecie ulteriori e diverse rispetto a quelle per cui essa ha un'espressa competenza, a norma del d.lg. n. 39 del 2013; ciò è avvenuto sia nel caso di segnalazioni di presunte ipotesi di

⁴³ V. il Parere del Consiglio di Stato 26 aprile 2018, n. 1119, nel quale si sostiene che il potere di azione riconosciuto all'ANAC dall'art. 211, commi 1-*bis* e 1-*ter*, è espressione dei più generali poteri di vigilanza collaborativa e di controllo delineati dall'art. 213 del Codice degli appalti per assicurare l'effettivo rispetto dei principi che regolano gli appalti pubblici.

inconferibilità o incompatibilità, ai sensi del decreto suddetto, che invece l'Autorità ha d'ufficio riqualificato diversamente, facendo riferimento alla più ampia categoria di «conflitto di interessi», sia nel caso di dirette segnalazioni di situazioni afferenti alla più ampia e generale «situazione di conflitto di interessi». Tali situazioni appaiono ai segnalanti affini a quelle di cui al d.lg. n. 39 del 2013 e per tale ragione l'ANAC viene investita della loro valutazione. Tuttavia, l'Autorità non possiede poteri di vigilanza in tale vasto ambito⁴⁴. Dunque, quando accerta l'esistenza di una situazione di conflitto di interesse, anche solo potenziale, esulando tali situazioni dai suoi poteri di vigilanza, l'ANAC rimette la decisione all'amministrazione vigilante sulla validità degli atti e/o dei provvedimenti adottati dal soggetto nella individuata situazione di interferenza.

Tali ipotesi di conflitto di interessi possono distinguersi in due categorie: da un lato, la categoria del c.d. «conflitto formale o normato», che ricomprende i casi che trovano espressamente un riferimento in una norma di legge e in cui il legislatore ha previsto una potenziale situazione di interferenza tale da influenzare l'esercizio indipendente, imparziale ed obiettivo della funzione rivestita; dall'altro, la categoria del c.d. «conflitto materiale/strutturale o non normato», in cui rientrano ipotesi che, invece, non trovano espressamente riferimento in una norma di legge, ma che l'Autorità ritiene pregiudichino l'esercizio indipendente, imparziale ed obiettivo della funzione rivestita; con riferimento ad entrambe le nozioni richiamate, va segnalata una corposa prassi dell'Autorità Anticorruzione⁴⁵.

⁴⁴ L'Autorità ha più volte evidenziato che in materia di conflitto di interesse non dispone di specifici poteri di intervento e sanzionatori, trattandosi di fattispecie non tipizzate da specifiche disposizioni normative. Si veda ad esempio, la Relazione al Parlamento del 2018, per l'anno 2017, pag. 83.

⁴⁵ Per un approfondimento sulla prassi dell'Autorità sul conflitto di interessi normato si v. M. RICCI, *Le decisioni sulle fattispecie di conflitti di interessi tipizzati dalla legge ma adottate in assenza della previsione di specifici poteri di intervento per l'autorità*, in A. LALLI, A. MORESCHINI, e M. RICCI, *La prassi dell'ANAC in materia di conflitto di interessi*, cit.. Per l'esame della prassi dell'ANAC in materia di conflitto di interessi strutturale si v. A. MORESCHINI, *Gli interventi dell'ANAC sui conflitti di interessi non tipizzati da fonti normative e in difetto di attribuzione di poteri in capo all'Autorità (c.d. conflitto di interessi strutturale)*, in A. LALLI, A. MORESCHINI, e M. RICCI, *La prassi dell'ANAC in materia di conflitto di interessi*, cit..

Per entrambe le categorie, l'ANAC, in veste collaborativa, svolge comunque un'attività di interpretazione della normativa posta alla sua attenzione, seppur con una conseguente mera dichiarazione della sussistenza delle fattispecie di conflitto di interessi.

In questa sede, si analizzerà la disciplina del c.d. conflitto d'interessi normato, nozione in cui rientrano, tra l'altro, le ipotesi previste dal d.lg. n. 175 del 2016, in materia di società a partecipazione pubblica, quelle previste dal d.lg. n. 165 del 2001 sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, nonché quelle del d.lg. n. 267 del 2000 sugli enti locali e l'obbligo di astensione di cui all'art. 6-*bis* della l. n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo.

3.2. Il conflitto di interessi degli organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico.— Le società pubbliche sono sottoposte ad una molteplicità di controlli⁴⁶, tra cui quelli sui conflitti di interessi dei relativi organi amministrativi e di controllo. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, due sono le norme di riferimento. In primo luogo, l'art. 11 del d.lg. 19 agosto 2016, n. 175, recante il «*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*»; in secondo luogo, l'art. 9, comma 1 del d.lg. n. 39 del 2013.

L'art. 11 del d.lg. n. 175 del 2016 disciplina gli organi di amministrazione e di controllo delle società pubbliche sotto vari aspetti, definendone ad esempio il numero dei componenti, i loro requisiti e i loro compensi. Il comma 8, in particolare, prevede che «*gli amministratori delle società a controllo pubblico non possono essere dipendenti delle amministrazioni pubbliche controllanti o vigilanti*». L'art. 9, comma 1 del d.lg. n. 39 del 2013 possiede un contenuto analogo all'art. 11, comma 8. Non a caso, l'ANAC, evidenziando la convergenza tra le due disposizioni, ha ritenuto che l'incompatibilità di cui all'art. 9, comma 1 del d.lg. n. 39 del 2013 sia riconducibile a quella di cui all'art. 11, comma 8 del d.lg. n. 175 del 2016⁴⁷. Le due fonti normative in esame possiedono ulteriori punti di contatto. Invero, il comma 1 dell'art. 11

⁴⁶ Per una visione d'insieme in tal senso si v. F. FRACCHIA, *I controlli sulle società pubbliche*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, pp. 855 ss..

⁴⁷ Si v. la delibera n. 232 del 2017, con cui l'Autorità ha espresso tale posizione esaminando un proprio precedente di cui alla delibera n. 1002 del 2016.

del d.lg. n. 175 del 2016 richiama la disciplina di cui all'art. 12 del d.lg. n. 39 del 2013; inoltre, da un punto di vista più generale, il comma 14 dell'art. 11 richiama le disposizioni di cui al d.lg. n. 39 del 2013.

L'esame del regime di prevenzione del conflitto di interessi degli organi amministrativi e di controllo delle società pubbliche richiede, preliminarmente, una sintetica ricostruzione del quadro normativo di riferimento.

La l. n. 190 del 2012 ha toccato solo ambigualmente il tema. Infatti, all'interno della stessa, le società pubbliche non sono state nominate espressamente tra i soggetti destinatari delle misure anticorruzione; la volontà di rivolgersi anche a tali società traspare solo da alcuni passaggi. Con il Piano Nazionale Anticorruzione del 2013, in capo agli enti di diritto privato in controllo pubblico e partecipati da pubbliche amministrazioni, anche in veste societaria, veniva previsto l'obbligo di dotarsi del Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione (PTPC). Il d.lg. n. 39 del 2013, nonché il d.lg. n. 33 del 2013, costituiscono le prime specifiche fonti normative in materia di conflitto di interessi, anche con riferimento alle società in partecipazione pubblica. Da ultimo, in attuazione della delega di cui alla l. 11 agosto 2014, n. 114, è stato emanato il d.lg. n. 175 del 2016, che, essendo specificamente dedicato alle società pubbliche, ha disciplinato anche il conflitto di interessi dei relativi organi amministrativi e di controllo. È stato osservato che quest'ultima fonte normativa non contiene espressi riferimenti al tema della prevenzione della corruzione, sebbene siano presenti disposizioni atte ad ostacolare le pratiche di cattiva amministrazione nelle società; inoltre, mancherebbero richiami alla l. n. 190 del 2012. Tuttavia, tali lacune sarebbero solo apparenti; infatti, indicazioni specificamente rivolte alla prevenzione della corruzione si trovano nel d.lg. 25 maggio 2016, n. 97, adottato sempre in attuazione della l. n. 114 del 2014. Il d.lg. n. 97 del 2016, per il tramite dell'art. 3, inserisce nel d.lg. n. 33 del 2013 l'art. 2-*bis*, inerente all'ambito soggettivo di applicazione, che è esteso alle società in controllo pubblico e alle società partecipate di cui al d.lg. n. 175 del 2016, ma non alle società quotate. L'art. 41 del d.lg. n. 97 del 2016, invece, modifica la l. n. 190 del 2012 introducendo un comma 2-*bis* nell'art.

1; così facendo, nel novero dei soggetti destinatari del PNA, oggi vengono fatti rientrare anche quelli di cui al citato art. 2-*bis* del novellato d.lg. n. 33 del 2013, ovvero le società pubbliche.

Sulla base di tale quadro normativo, è stato evidenziato che le società in controllo pubblico sono ormai annoverate a tutti gli effetti tra i soggetti tenuti all'adozione di misure anticorruzione, sebbene con modalità semplificate; infatti, alle società pubbliche viene consentito di non adottare un PTPC, ma di integrare i propri modelli di organizzazione e gestione in maniera più agevole. Inoltre, le disposizioni in materia di responsabilità amministrativa vengono applicate anche alle società pubbliche, controllate o partecipate.

Con l'adozione dei dd.lgg. nn. 175 del 2016 e 97 del 2016, nonché, in precedenza, dei dd.lgg. nn. 33 del 2013 e 39 del 2013, sono state colmate, almeno parzialmente, le lacune normative in materia di prevenzione della corruzione nelle società pubbliche. A tali lacune, in passato, ovviavano solo alcune isolate previsioni. Antecedentemente al d.lg. n. 39 del 2013, sono state emanate, e tutt'ora continuano ad essere in vigore, norme inerenti a situazioni ostative alle nomine. In particolare, possono essere citati, in primo luogo, l'art. 1, comma 734, della l. n. 296 del 2006, secondo cui non può essere nominato amministratore di un ente, istituzione, azienda pubblica, società a totale o parziale capitale pubblico, chi abbia ricoperto, nei precedenti cinque anni, incarichi analoghi riportando perdite per tre esercizi consecutivi; in secondo luogo, l'art. 248, comma 5 del TUEL, stabilisce che gli amministratori che la Corte dei Conti ha riconosciuto, anche in primo grado, responsabili di aver concorso al verificarsi del dissesto finanziario, non possono ricoprire, per i successivi dieci anni, fra gli altri, incarichi di rappresentante di enti locali presso altri enti, istituzioni ed organismi pubblici e privati. I sindaci e i presidenti di Provincia ritenuti responsabili, inoltre, non possono ricoprire, per un medesimo periodo di tempo, *«alcuna carica in enti vigilati o partecipati da enti pubblici»*⁴⁸.

⁴⁸ Per il quadro normativo delineato si v. R. CANTONE, *La prevenzione della corruzione nelle società a partecipazione pubblica: le novità introdotte dalla "riforma Madia" della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. soc.*, 2018, 1, pp. 233 ss.; S. MONZANI, *Partecipazione e responsabilità dei dipendenti pubblici nella funzione di prevenzione della corruzione*, in *Lav. p.a.*, 2016, 5-6, pp. 655 ss.; si v., infine, la scheda

La stretta correlazione tra il d.lg. n. 175 del 2016 ed il d.lg. n. 39 del 2013 non rende esente da disfunzioni il sistema di prevenzione dei conflitti di interessi degli organi amministrativi e di controllo delle società pubbliche. Invero, un'importante lacuna del sistema suddetto consiste nella mancata individuazione di un'autorità competente ad accertare le violazioni dell'art. 11, comma 8 del d.lg. n. 175 del 2016, norma che ricalca quanto previsto dall'art. 9, comma 1 del d.lg. n. 39 del 2013 ma che prevale su quest'ultima disposizione, avendo carattere di specialità. Allo stato attuale, dunque, ci si trova di fronte ad una situazione per cui entrambe le norme sopra citate possiedono un contenuto analogo; tuttavia, solo per le violazioni dell'art. 9, comma 1 vi è un'autorità competente a vigilare, ovvero l'ANAC, mentre per quelle dell'art. 11, comma 8 il legislatore non ha provveduto ad individuare alcun soggetto dotato di poteri di vigilanza. Il tutto, nonostante l'art. 11, comma 8 vada ad «assorbire» l'art. 9, comma 1 e, di fatto, a neutralizzare anche i relativi poteri di vigilanza dell'Autorità per quel che concerne gli incarichi attribuiti successivamente all'entrata in vigore del d.lg. n. 175 del 2016. Da tale quadro deriva l'inevitabile conseguenza per cui l'ANAC può effettuare valutazioni a titolo meramente collaborativo⁴⁹ in sede di applicazione dell'art. 11, comma 8, essendo al momento competenti a vagliare eventuali violazioni della norma di cui sopra le varie amministrazioni controllanti. A suo tempo, invece, il legislatore aveva attribuito all'Autorità un potere di vigilanza con riferimento ad una norma, quale l'art. 9, comma 1, del d.lg. n. 39 del 2013, di eguale contenuto rispetto

di lettura inerente al d.lg. n. 175 del 2016, disponibile presso il sito <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01043942.pdf>.

⁴⁹ Ciò è avvenuto, ad esempio, con la delibera n. 1203 del 2017, dove l'Autorità espressamente ribadisce la natura dei propri accertamenti all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 11, comma 8 del d.lg. n. 175 del 2016. Inoltre, con l'Atto di segnalazione n. 2 del 7 febbraio 2018, contenuto nella delibera n. 134 approvata nel medesimo anno, l'Autorità ha escluso la sussistenza di una propria competenza di vigilanza per violazioni della norma poc'anzi richiamata in virtù dell'impossibilità di un'interpretazione analogica del regime previsto dall'art. 16 del d.lg. n. 39 del 2013; a sostegno di tale posizione, l'Autorità ha posto il carattere eccezionale delle norme di cui al d.lg. n. 175 del 2016 rispetto al d.lg. n. 39 del 2013. L'applicazione dell'art. 11, comma 8 del d.lg. n. 175 del 2016 è avvenuta anche nella delibera n. 465 del 2017.

all'art. 11, comma 8⁵⁰. Il Consiglio dell'ANAC, inoltre, ha evidenziato alcune lacune normative in ordine alle caratteristiche del procedimento da doversi seguire e alle conseguenze di un'accertata incompatibilità ai sensi dell'art. 11, comma 8. Sussisterebbero incertezze anche in merito alla possibilità del pubblico dipendente in aspettativa di continuare a ricoprire la carica di amministratore, come sembrerebbe leggendo il comma 12 dell'art. 11⁵¹. L'entrata in vigore, dapprima, del d.lg. n. 39 del 2013 e, successivamente, del d.lg. n. 175 del 2016 ha comunque segnato un'importante inversione di tendenza per quel che concerne i criteri di nomina degli amministratori delle società pubbliche. Invero, il legislatore, antecedentemente al d.lg. n. 175 del 2016, aveva manifestato un orientamento favorevole non all'esigenza di garanzia dell'imparzialità del funzionario ma a quella di contenimento dei costi. I commi 4 e 5 dell'art. 4 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, recante «*Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini*», prevedevano che i Consigli di Amministrazione delle società dovessero esser composti, per la maggioranza, da dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione o titolare dei poteri di indirizzo e vigilanza per le società a partecipazione diretta, ovvero da dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione della società controllante o di poteri di indirizzo e vigilanza e dipendenti della stessa società a partecipazione diretta. Il principio di cui al d.l. n. 95 del 2012, dunque, «istituzionalizzava» il conflitto di interessi degli amministratori delle società pubbliche, scelta sulla cui giustificabilità la dottrina si è interrogata, in particolare in merito all'effettiva convenienza dei risparmi realizzati⁵². Circa il funzionamento di tale meccanismo in generale, inoltre, ci si è domandati se la nomina di un funzionario dell'amministrazione nel C.d.A. di un ente controllato possa consentire un rafforzamento del controllo o, piuttosto, determinare una «cattura» del funzionario stesso, dato il suo

⁵⁰ Si v., a tal proposito, la delibera n. 232 del 2017, con cui l'Autorità ha potuto ancora applicare l'art. 9, comma 1 del d.lg. n. 39 del 2013, pur cominciando ad evidenziare la riconducibilità della predetta norma all'art. 11 comma 8 del d.lg. n. 175 del 2016.

⁵¹ Per quanto riguarda la denuncia delle ulteriori disfunzioni della normativa in commento, si vedano la delibera n. 1203 del 2017 e, nuovamente, l'Atto di segnalazione n. 2 del 7 febbraio 2018.

⁵² B. PONTI, *La vigilanza e le sanzioni*, cit., p. 827.

possibile ruolo di garante degli interessi dell'amministrazione controllante⁵³. L'ambito di applicazione dei commi 4 e 5 dell'art. 4 del d.l. n. 95 del 2012 è stato ristretto dall'art. 22, comma 2 del d.lg. n. 39 del 2013, secondo cui le disposizioni di cui agli artt. 9 e 12 del decreto medesimo non si applicano agli incarichi presso le società che emettono strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati e agli incarichi presso le loro controllate. Successivamente, è intervenuto il d.l. n. 90 del 2014, che ha ridefinito l'obbligo di cui al d.l. n. 95 del 2012 in facoltà per le amministrazioni controllanti di nominare propri dipendenti nelle società controllate. Infine, i commi 4 e 5 dell'art. 4 del d.l. n. 95 del 2012 sono stati definitivamente abrogati dall'art. 28 del d.lg. n. 175 del 2016.

L'Autorità, nelle proprie «*Linee guida in materia di attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici*»⁵⁴, nonché nel Piano Nazionale Anticorruzione del 2016, si è pienamente allineata al mutato orientamento legislativo di cui ai dd.lgg. nn. 39 del 2013 e 175 del 2016. In particolare, le Linee guida citate prevedono l'onere per le amministrazioni controllanti di vigilare sull'adozione delle misure di prevenzione della corruzione e sulla nomina del RPCT nelle società controllate. La suddetta vigilanza non potrebbe che avvenire, principalmente, nei confronti dell'organo amministrativo delle società controllate, ovvero il Consiglio di Amministrazione. Pertanto, risulterebbe impossibile che un unico soggetto possa far parte, contemporaneamente, dell'amministrazione controllante e del C.d.A. dell'ente controllato. L'ANAC, inoltre, ha evidenziato che l'attività di prevenzione della corruzione, da parte dell'amministrazione controllante, riguarda anche le società partecipate, ivi comprese quelle *in house*, e «*non si limiti ai soli processi interni alla stessa amministrazione*»⁵⁵. Tuttavia,

⁵³ F. MERLONI, *Il regime delle inconfiribilità e delle incompatibilità nella prospettiva dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 8-9, p. 813.

⁵⁴ Determinazione n. 8 del 17 giugno 2015.

⁵⁵ Per un ulteriore approfondimento della tematica si v. A. BAUDINO, *L'amministrazione delle società a capitale pubblico per la gestione dei servizi pubblici locali. Lo "stato dell'arte", dopo le modifiche introdotte dal D.L. 95/2012 in tema di contenimento della spesa pubblica, dal D. Lgs. 39/2013 in tema di incompatibilità degli incarichi, dalla Legge di stabilità per il 2014 e dal D.L. 90/2014, contenente misure urgenti per l'efficienza della P.A.*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2015, 6.

investita di questioni sulle nomine di amministratori avvenute durante la vigenza del d.l. n. 95 del 2012, l'Autorità ha dovuto considerare le suddette nomine valide, sebbene non in linea con i propri orientamenti.

Un aspetto meritevole di attenzione riguarda l'identificazione delle cariche potenzialmente incompatibili con ruoli in enti di diritto privato regolati o finanziati. Al fine di individuare le cariche incompatibili con gli incarichi in enti di diritto privato regolati o finanziati dall'amministrazione o ente pubblico conferenti, va chiarito, preliminarmente, che l'attribuzione di poteri di vigilanza o controllo è determinante solo per l'individuazione di incompatibilità attinenti agli incarichi dirigenziali, non anche gli incarichi amministrativi di vertice. Invero, rispetto ai primi è necessario accertare specificamente l'eventuale svolgimento di un'attività di controllo dell'ente regolato o finanziato; rispetto ai secondi, invece, tale accertamento non sarebbe necessario, essendo i compiti propri degli incarichi amministrativi di vertice di per sé tali da consentire di interferire con l'esercizio del potere di controllo sull'ente regolato o finanziato.

A completamento dell'esame sin qui condotto, va evidenziato che l'art. 11 del d.lg. n. 175 del 2016 disciplina ulteriori aspetti legati alle cariche di amministrazione delle società partecipate. Va richiamato, in particolare, il comma 11, secondo cui nelle società di cui le amministrazioni pubbliche detengono il controllo indiretto non è consentito nominare nei Consigli di Amministrazione amministratori delle società controllate⁵⁶.

3.3. Le tipologie di conflitti di interessi del dipendente pubblico.— I conflitti di interessi che possono interessare il pubblico dipendente sono molteplici. In tal senso, il d.lg. 30 marzo 2001, n. 165, recante le «*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*», costituisce la base normativa di riferimento. Inoltre, a seconda della precisa tipologia di conflitto di interessi che venga presa in considerazione, occorre tener

⁵⁶ Il comma 11 prevede, altresì, delle deroghe rispetto al regime prospettato; in particolare, la nomina è consentita laddove vengano attribuite deleghe gestionali a carattere continuativo, ovvero sussista l'esigenza di rendere disponibili alla società controllata particolari e comprovate competenze tecniche degli amministratori della società controllante o l'esigenza di favorire l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

presenti ulteriori fonti normative. In particolare, il d.lg. n. 165 del 2001 va letto congiuntamente col d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62, contenente il «Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165». Inoltre, con specifico riferimento alla figura del docente universitario, è stata dettata un'apposita disciplina riguardante anche la materia dei conflitti di interessi. Ci si riferisce al d.P.R. 11 luglio 1980, n. 329, recante il «Riordinamento della docenza universitaria, relativa fascia di formazione nonché sperimentazione organizzativa e didattica», e alla l. 30 dicembre 2010, n. 240, contenente le «Norme in materia di organizzazione delle università, di personale accademico e reclutamento, nonché delega al Governo per incentivare la qualità e l'efficienza del sistema universitario».

3.3.1. *Cenni sulla disciplina in materia di incarichi extralavorativi.*— L'art. 53 del d.lg. n. 165 del 2001 disciplina l'incompatibilità e il cumulo di impieghi e di incarichi in capo ai dipendenti pubblici. La norma, al comma 1, effettua anche un richiamo ad ulteriori fonti normative, come ad esempio agli artt. 60 e ss. del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, ovvero il «Testo Unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato». Tra le attività incompatibili per il dipendente pubblico si trovano, ad esempio, lo svolgimento di cariche gestionali in società e l'esercizio di attività industriali, commerciali, professionali e artigianali⁵⁷. Ai sensi del comma 7 dell'art. 53, il dipendente pubblico può svolgere incarichi retribuiti se conferiti o autorizzati dall'amministrazione; il rilascio dell'autorizzazione è subordinato, in particolare, all'insussistenza di conflitti di interessi. La violazione della disciplina in materia di svolgimento di incarichi incompatibili è fonte di responsabilità disciplinare, eventualmente di più gravi sanzioni e, comunque, dell'obbligo di versamento dei compensi percepiti nel bilancio dell'amministrazione di appartenenza.

Con riferimento alla questione dell'autorizzazione allo svolgimento di incarichi extralavorativi, è possibile segnalare un orientamento dell'Autorità anticorruzione contenuto nella delibera n. 321 del 2018. L'art. 53, comma 7, infatti, prescrive che l'amministrazione di appartenenza debba verificare

⁵⁷ Si vv. gli artt. 60 e ss. del d.P.R. n. 3 del 1957.

la sussistenza di eventuali conflitti di interesse in capo al dipendente che richieda l'autorizzazione. Tuttavia, la norma non fornisce alcuna indicazione in ordine all'entità del periodo di tempo necessario a poter ritenere cessati eventuali interessi del dipendente e durante il quale, dunque, quest'ultimo debba astenersi dall'assumere incarichi extralavorativi. Sul punto, l'Autorità ha ritenuto applicabile la disciplina vigente in materia di inconfiribilità, ovvero la necessità di osservare un periodo di astensione di due anni.

3.3.2. *Il divieto di pantouflage.*— L'art. 53, comma 16-ter, del d.lg. n. 165 del 2001, introdotto dall'art. 1, comma 42 della l. n. 190 del 2012, disciplina il divieto di c.d. «*pantouflage*». La norma impedisce ai dipendenti pubblici, che abbiano esercitato per conto della pubblica amministrazione poteri autoritativi o negoziali, di intrattenere rapporti lavorativi, per un arco temporale di tre anni, con i soggetti privati destinatari dei poteri suddetti, pena la nullità dei contratti conclusi e il divieto per i datori di lavoro privati di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni.

Il divieto di *pantouflage* è stato definito dall'ANAC come una forma di «incompatibilità successiva» introdotta dall'art. 53, comma 16-ter del d.lg. n. 165 del 2001⁵⁸. La finalità della norma in commento, come evidenziato sin dal Piano Nazionale Anticorruzione del 2013, è quella di evitare la preconstituzione, da parte del dipendente pubblico in servizio, di situazioni lavorative vantaggiose al fine di procurarsi una successiva occasione lavorativa presso i soggetti privati con cui la pubblica amministrazione datrice di lavoro ha intrattenuto dei rapporti. In altre parole, il divieto di *pantouflage*, che parte della dottrina ha criticato quanto alla forma con cui è stato introdotto nell'ambito dell'ordinamento⁵⁹, mira ad evitare che il

⁵⁸ V. la delibera n. 207 del 2018.

⁵⁹ Il *pantouflage*, così come anche le figure dell'incompatibilità e dell'inconfiribilità, è stato criticato, in particolare, per la presunta eccessiva rigidità con cui il legislatore avrebbe tipizzato le condotte vietate dei pubblici dipendenti e, così facendo, avrebbe vincolato l'autonomia contrattuale di questi ultimi, anche a seguito dell'estinzione del rapporto di lavoro. Ci si è chiesti, dunque, se non sarebbe stato più idoneo introdurre un divieto come quello di cui all'art. 2105 c.c., norma che si contraddistingue per la non tipizzazione delle condotte e, più in generale, per il divieto per il lavoratore di trattare affari in concorrenza con l'imprenditore (si v. E. D'AVINO, *L'imperfetta contrattualizzazione del lavoro pubblico nel prisma della disciplina anticorruzione*, in *Lav. p.a.*, 2015, 2, pp. 282 ss.).

dipendente sfrutti il proprio potere all'interno dell'amministrazione per scopi legati non al perseguimento del pubblico interesse, ma alla prosecuzione della propria carriera lavorativa, successivamente alla conclusione dell'incarico pubblico.

L'art. 53, comma 16-ter si riferisce genericamente ai «*dipendenti*» pubblici. L'utilizzo di tale termine, unitamente a quello di «*servizio*» e cessazione del «*pubblico impiego*», ha indotto l'Autorità Anticorruzione a meglio definire l'ambito di applicazione soggettivo del divieto di *pantouflage*. Invero, l'ANAC, ravvisando il rischio di un'interpretazione dell'art. 53, comma 16-ter eccessivamente restrittiva, riferita cioè esclusivamente ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni a tempo indeterminato, ha evidenziato che tale ultima lettura non sia compatibile con il generale quadro normativo relativo alla materia dei conflitti di interessi. L'art. 53, comma 16-ter va letto in combinato disposto con l'art. 21 del d.lg. n. 39 del 2013, che chiarisce che il divieto di *pantouflage* riguarda tutti i «*soggetti titolari di uno degli incarichi di cui al decreto medesimo, ivi compresi i soggetti esterni con i quali l'amministrazione, l'ente pubblico e l'ente di diritto privato in controllo pubblico stabilisce un rapporto di lavoro, subordinato o autonomo*»⁶⁰. Occorre ricordare che l'art. 21 del d.lg. n. 39 del 2013, per l'applicazione del divieto di *pantouflage*, rinvia alle definizioni di cui all'art. 1, comma 2 del decreto medesimo⁶¹. Come emerso dall'attività provvedimentale dell'ANAC, all'interno di tali definizioni, per quel che riguarda il novero delle pubbliche amministrazioni, rientrerebbero anche le Autorità portuali che, a norma dell'art. 6 del d.lg. 4 agosto 2016, n. 169, sono state qualificate come «*ente pubblico non economico di rilevanza nazionale a ordinamento speciale*»⁶².

⁶⁰ V. l'orientamento n. 3 del 4 febbraio 2015.

⁶¹ V. il parere sulla normativa reso dall'Autorità in data 4 febbraio 2015 (AG/2/2015/AC), nonché l'orientamento n. 1 del 4 febbraio 2015. Si v. anche la delibera n. 766 del 2018, con cui l'ANAC ha ritenuto applicabile l'art. 53, comma 16-ter all'amministratore delegato di una società controllata dal Ministero della difesa; nel caso di specie, l'incarico sarebbe rientrato nella definizione di «*incarichi di amministratore di enti pubblici e di enti privati in controllo pubblico*» di cui all'art. 1, comma 2, lettera l) del d.lg. n. 39 del 2013.

⁶² In virtù di tale ragionamento, con la delibera n. 207 del 2018, avente ad oggetto l'applicazione del divieto di *pantouflage* nei confronti di un ex presidente di un'Autorità Portuale, l'ANAC ha ritenuto che quest'ultimo fosse obbligato al rispetto dell'art. 53, comma 16-ter.

Un secondo profilo chiarito dall'Autorità riguarda la definizione dei poteri autoritativi o negoziali che i dipendenti debbono aver esercitato per conto delle pubbliche amministrazioni. Oggetto di tali poteri può essere l'emanazione di provvedimenti amministrativi e il perfezionamento di negozi giuridici mediante la stipula di contratti in rappresentanza giuridica ed economica dell'ente⁶³. Alla stessa conclusione, per altro, si giunge anche esaminando quanto previsto dal Piano Nazionale Anticorruzione che, all'Allegato 1, par. B. 10, richiama la potestà o il potere negoziale nell'ambito del procedimento amministrativo. Dall'esercizio dei «*poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni*», l'Autorità ha ritenuto che derivino tanto dei provvedimenti di conclusione di contratti per l'acquisizione di beni e servizi per la pubblica amministrazione, quanto dei provvedimenti adottati unilateralmente da quest'ultima ed espressione del suo potere autoritativo. Concretamente, dunque, si farebbe riferimento, oltre che ai contratti di forniture, servizi, lavori e ai relativi atti prodromici, anche agli atti di autorizzazione, concessione, sovvenzione, sussidi e vantaggi economici⁶⁴. Secondo l'ANAC, inoltre, i dipendenti interessati dal divieto di *pantouflage* sono esclusivamente coloro i quali esercitano «*concretamente ed effettivamente, per conto della P.A., i poteri descritti*». In tal senso, può evidenziarsi che l'art. 53, comma 16-ter è applicabile anche a quei dipendenti privi dei poteri come sin qui descritti, ma competenti all'elaborazione di atti endoprocedimentali obbligatori e potenzialmente condizionanti il provvedimento finale, che verrà emanato da un altro funzionario⁶⁵. Nell'ambito degli enti di diritto privato in controllo pubblico, l'ANAC ha ritenuto che il divieto di *pantouflage* riguardi gli amministratori e i direttori generali, in quanto muniti di poteri gestionali. È stata invece esclusa un'estensione del divieto ai dipendenti e ai dirigenti ordinari; con riferimento a questi ultimi, tuttavia, un'eccezione deriva dal conferimento di

⁶³ V. l'orientamento n. 2 del 4 febbraio 2015.

⁶⁴ V. la delibera n. 88 del 2017, con cui l'Autorità, su richiesta del Ministero dello Sviluppo Economico, ha reso un parere sulla normativa che è andato ad ampliare l'ambito di applicazione oggettivo del divieto di *pantouflage*.

⁶⁵ V. l'orientamento n. 24 del 21 ottobre 2015, adottato a seguito della richiesta, da parte di INAIL, di un parere sulla normativa, poi adottato dall'ANAC con delibera AG74/2015/AC.

specifici poteri autoritativi o negoziali, in base allo statuto o a specifiche deleghe⁶⁶.

Una terza nozione oggetto di un'interpretazione che l'Autorità ha reso nella maniera più ampia possibile⁶⁷ è quella inerente ai soggetti privati, destinatari dell'attività della pubblica amministrazione e presso cui gli ex dipendenti di quest'ultima non possono svolgere attività lavorativa o professionale. Secondo l'ANAC, all'interno della nozione predetta devono rientrare non solo i soggetti privati a livello formale e sostanziale, ma anche i soggetti formalmente privati ma che siano partecipati da pubbliche amministrazioni o sottoposti al controllo di queste ultime; escludere le predette figure costituirebbe, oltre che una limitazione dell'ambito applicativo della norma, anche una disparità di trattamento, nonché una violazione dei principi di concorrenza e di parità delle condizioni. Un'unica eccezione, secondo l'ANAC, riguarderebbe gli incarichi presso società totalmente detenute dall'amministrazione di appartenenza. In tal caso, l'attribuzione dell'incarico di destinazione avverrebbe nell'interesse dell'amministrazione di provenienza e, quindi, non ricorrerebbe il «*dualismo di interessi pubblici/privati con conseguente rischio di strumentalizzazione dei pubblici poteri rispetto a finalità privatistiche*»⁶⁸.

Con riferimento ai limiti temporali di applicazione del divieto di *pantouflage*, l'art. 53, comma 16-ter si riferisce ai poteri autoritativi e negoziali esercitati nei tre anni precedenti alla cessazione dell'incarico e impone il divieto di assunzione di incarichi presso il soggetto privato nei tre anni successivi alla cessazione predetta. Le ragioni alla base di tale scelta legislativa sono due: in primo luogo, la necessità di bilanciare l'esigenza di imparzialità del pubblico dipendente con quella di quest'ultimo di intrattenere nuovi rapporti professionali, tenuto conto che l'operatività del divieto scatta al momento

⁶⁶ Si v. la delibera n. 1074 del 2018, recante l'Approvazione definitiva dell'Aggiornamento 2018 al Piano Nazionale Anticorruzione.

⁶⁷ Tale conclusione, unitamente a tutte le altre raggiunte dall'Autorità per quel che concerne l'aspetto definitorio, sono condivise da B. PONTI, *Le modifiche all'art. 53 del testo unico sul lavoro alle dipendenze della p.a.*, (art. 1, commi 39 – 40 e 42 – 43), in B.G. MATTARELLA e M. PELLISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, pp. 185 ss..

⁶⁸ V. la delibera n. 766 del 2018.

della cessazione dell'incarico pubblico; in secondo luogo, il bisogno di individuare una soglia temporale allo scadere della quale si possa ragionevolmente ritenere cessato il pericolo di un pregiudizio per l'imparzialità della p.a., derivante dalla posizione di interesse potenzialmente sussistente in capo al dipendente durante lo svolgimento delle funzioni pubbliche⁶⁹.

L'art. 53, comma 16-*ter* del d.lg. n. 165 del 2001 stabilisce che la violazione del divieto di *pantouflage* comporta le sanzioni della nullità dei contratti conclusi e degli incarichi conferiti in violazione della norma, nonché del divieto di contrattare con le pubbliche amministrazioni per il soggetto privato che abbia concluso tali contratti o conferito detti incarichi per i successivi tre anni. È anche previsto l'obbligo di restituire i compensi eventualmente percepiti e accertati per lo svolgimento dell'attività lavorativa o professionale in favore del soggetto privato. L'Autorità Anticorruzione ha espresso alcune perplessità in ordine a tali previsioni. In particolare, è stato evidenziato come la terza sanzione non determini alcun pregiudizio per la controparte che abbia intrattenuto rapporti col privato esercente l'attività lavorativa o professionale; senza contare la dubbia conformità della suddetta sanzione con l'art. 2126 c.c. e con l'art. 36, comma 1, cost.⁷⁰.

Direttamente ricollegata al tema delle sanzioni è la questione dei poteri detenuti dall'Autorità in materia di *pantouflage*. L'art. 1, comma 2, lett. e) della l. n. 190 del 2012 conferisce all'ANAC il potere di esprimere dei pareri facoltativi in ordine all'autorizzazione allo svolgimento di incarichi esterni da parte dei dirigenti amministrativi dello Stato e degli enti pubblici nazionali, con particolare riferimento proprio all'applicazione dell'art. 53, comma 16-*ter* del d.lg. n. 165 del 2001. Al fianco di tale attività *ex ante*, si porrebbe un'attività di vigilanza che, secondo l'Autorità, condurrebbe ad un accertamento dotato di effetti costitutivi circa le violazioni del divieto di *pantouflage*; a questo punto, però, sussisterebbe una lacuna normativa consistente nella mancata individuazione del soggetto che adotti la

⁶⁹ Per tali considerazioni si veda il parere sulla normativa reso dall'Autorità in data 4 febbraio 2015 (AG/2/2015/AC).

⁷⁰ V. il parere sulla normativa reso dall'Autorità in data 4 febbraio 2015 (AG/2/2015/AC).

decisione finale in ordine alla nullità dei contratti conclusi e degli incarichi conferiti, nonché sulla preclusione alla partecipazione alle procedure di affidamento di appalti pubblici. Tale ricostruzione, tuttavia, non è stata condivisa da un orientamento giurisprudenziale di prime cure. In un recente caso oggetto di una sentenza del Tar Lazio⁷¹, il tema è stato affrontato prendendo in esame un provvedimento dell’Autorità che aveva accertato la violazione del divieto di *pantouflage* da parte di colui che, dopo aver ricoperto l’incarico di presidente di un’Autorità Portuale, veniva assunto da una società capogruppo, i cui soggetti controllati avevano intrattenuto con la stessa Autorità Portuale alcuni rapporti concessori ed autorizzatori; l’accertamento della violazione dell’art. 53, comma 16-*ter* riguardava altresì anche il soggetto privato che aveva assunto l’ex dipendente pubblico. Secondo tale pronuncia, su cui allo stato attuale pende appello innanzi al Consiglio di Stato, i poteri dell’Autorità Anticorruzione, nell’ambito del divieto di *pantouflage*, non avrebbero gli stessi contorni prospettati dall’ANAC stessa. Quest’ultima, infatti, non possiede poteri di vigilanza e di accertamento della violazione dell’art. 53, comma 16-*ter* nei confronti di soggetti privati. L’Autorità è titolare di poteri esercitabili unicamente nei confronti delle amministrazioni pubbliche, degli enti pubblici e degli enti di diritto privato in controllo pubblico e, dal punto di vista oggettivo, con riferimento all’incarico pubblico precedentemente ricoperto da un privato che sia poi assunto da un soggetto che abbia intrattenuto rapporti con la p.a. L’oggetto del potere di vigilanza dell’Autorità che può condurre ad un accertamento di natura costitutivo – provvedimentale, infatti, è l’adozione, da parte delle pubbliche amministrazioni, degli opportuni provvedimenti avverso le violazioni del divieto di *pantouflage*. In particolare, l’attività *ex post* dell’Autorità dovrà consistere nell’ispezione e nella vigilanza nei confronti delle sole p.a. sul rispetto della norma, nei sensi di cui al Piano Nazionale Anticorruzione, che si riferisce all’inserimento di apposite clausole negli atti di assunzione di personale «pubblico», o del Documento di Gara Unico Europeo, che individua le cause di esclusione da una procedura pubblica. Da tale quadro d’insieme, deriva che l’interdittiva a contrarre per l’impresa

⁷¹ Tar Lazio, Roma, Sez. I, 27 novembre 2018, n. 11494.

inadempiente non necessiterà di un'autorità specificamente competente, essendo a ciò rivolti sia il PNA che il DGUE, i quali dovranno essere applicati dalle singole amministrazioni. La nullità del contratto stipulato dall'ex dipendente, invece, potrà dovrà essere fatta valere nelle opportune sedi.

Un ultimo aspetto caratteristico dell'art. 53, comma 16-ter, attiene all'inserimento, all'interno dei bandi di gara o degli atti prodromici agli affidamenti, della condizione soggettiva di cui alla predetta norma, nonché della previsione della sanzione dell'esclusione dalle procedure di affidamento, anche mediante procedura negoziata, per i soggetti che non abbiano rispettato il divieto di *pantouflage*. Il Piano Nazionale Anticorruzione, a tal proposito, ha espressamente previsto che le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lg. n. 165 del 2001 debbano impartire apposite direttive interne al fine di garantire il rispetto di quanto sopra⁷². A sua volta, il Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione 2014 – 2016 ha stabilito che, in ogni contratto stipulato dalle p.a., sia necessario anche l'inserimento di un'apposita dichiarazione con cui l'operatore economico attesti l'insussistenza delle condizioni di cui all'art. 53, comma 16 ter. Il rilascio della suddetta dichiarazione è previsto, ad esempio, dal bando tipo n. 2, approvato dall'Autorità il 2 settembre 2014; nel bando tipo n. 1, approvato con la Delibera del 22 novembre 2017, è stata invece prevista l'esclusione dalle gare per gli operatori economici che abbiano affidato incarichi in violazione del divieto di *pantouflage*⁷³. Tale regime è applicabile anche nel caso di una violazione dell'art. 53, comma 16-ter sopravvenuta a seguito dell'entrata in vigore della norma. Tuttavia, dalla suddetta situazione non deriveranno conseguenze pregiudizievoli per

⁷² Si veda, a tal proposito, il par. 3.1.9 del PNA, reperibile al sito http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Attivitadocumentazione/Anticorruzione/PianoNazionaleAnticorruzione/_piani?id=7bac8baf0a77804244cfd88ec4fb0248.

⁷³ Va infatti ricordato che, ai sensi dell'art. 64, comma 4-bis del previgente codice dei contratti pubblici di cui al d.lg. n. 163 del 2006, le stazioni appaltanti predispongono i bandi di gara in base ai modelli approvati dall'ANAC e possono discostarsi dai modelli suddetti solo con apposita motivazione contenuta nella delibera a contrarre; l'obbligo poc'anzi richiamato è contenuto nell'art. 71 dell'attuale codice dei contratti pubblici di cui al d.lg. n. 50 del 2016. L'Autorità ha avuto modo di pronunciarsi anche in ordine a richieste di parere relative all'inserimento delle clausole da parte delle amministrazioni.

la validità del contratto stipulato dall'ex dipendente pubblico; si andrà ad integrare, infatti, unicamente una causa impeditiva per la partecipazione, da parte del nuovo datore di lavoro privato, a gare pubbliche indette dall'ex amministrazione di appartenenza del dipendente⁷⁴. Infine, l'obbligo di cui alla normativa sopra citata è applicabile anche alle stazioni appaltanti italiane operanti in Paesi esteri e, quindi, nel caso in cui la procedura di gara si svolga in uno Stato diverso dall'Italia⁷⁵.

3.3.3. Il conflitto di interessi e il codice di comportamento dei dipendenti pubblici.— L'art. 54 del d.lg. n. 165 del 2001, così come sostituito dall'art. 1, comma 44 della l. n. 190 del 2012, al comma 1 ha previsto la predisposizione, da parte del Governo, di un codice di comportamento dei dipendenti pubblici; il codice avrebbe dovuto contenere una serie di disposizioni, valevoli anche per i dirigenti, funzionali a garantire il regolare svolgimento delle funzioni pubbliche da parte del personale impiegato presso le amministrazioni. In attuazione dell'art. 54, è stato approvato il d.P.R. n. 62 del 2013. Tale regolamento, come evidenziato dall'ANAC, contiene il «*codice di comportamento generalmente applicabile nel pubblico impiego privatizzato*» e «*deve costituire la base minima e inderogabile di ciascun codice di comportamento adottato dalle varie amministrazioni*»; infatti, ciascuna amministrazione deve adottare un proprio codice di comportamento, attuando una delle «*azioni e misure*» preventive della corruzione a livello decentrato⁷⁶.

L'attuale codice di comportamento costituisce il punto di arrivo di un percorso di evoluzione legislativa e rappresenta una delle maggiori espressioni della volontà del legislatore di moralizzare l'operato del dipendente pubblico, in linea con quanto previsto dagli artt. 54 e 98 cost.⁷⁷. Già alla fine dell'Ottocento, si verificavano episodi di cattiva

⁷⁴ Tar Puglia, Lecce, Sez. II, 12 maggio 2016, n. 808.

⁷⁵ Tale precisazione è stata fornita dall'Autorità in occasione del rilascio del parere sulla normativa AG/02/2015/AC, reso in data 4 febbraio 2015.

⁷⁶ Si vedano, in tal senso, le «*Linee guida in materia di codici di comportamento delle pubbliche amministrazioni*», contenute nella delibera n. 75 del 2013, adottate dalla Commissione Indipendente per la Valutazione, la Trasparenza e l'Integrità delle amministrazioni pubbliche.

⁷⁷ S. MONZANI, *Partecipazione e responsabilità dei dipendenti pubblici nella funzione di prevenzione della corruzione*, cit..

amministrazione da parte dei pubblici dipendenti, ma l'ordinamento si trovava sprovvisto di regole etiche e di meccanismi disciplinari; tale situazione proseguirà sino alla metà del secolo successivo. Lo sviluppo di una prima disciplina sui doveri dei dipendenti pubblici avviene grazie all'art. 54 cost. e ad alcune previsioni del d.P.R. n. 3 del 1957, segnatamente gli artt. 11 – 17 (inerenti alla condotta dei dipendenti), 18 – 30 (relativi alla responsabilità civile e contabile) e 78 e ss. (attinenti alla responsabilità disciplinare derivante dalla violazione dei doveri del dipendente). Successivamente, vista la previsione dell'introduzione di codici di comportamento per i funzionari elettivi e per quelli di carriera nel programma del Governo Ciampi, nel 1993, in base a quanto previsto dall'art. 58-*bis* del d.lg. 23 dicembre 1993, n. 546, venne emanato il primo codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, modificato poi con il d.m. 28 novembre 2000⁷⁸.

Con il codice di comportamento di cui al d.P.R. n. 62 del 2013, il legislatore, ispiratosi alle più importanti pratiche internazionali in materia di prevenzione dei conflitti d'interessi, ha individuato un livello essenziale e minimo di doveri in capo al pubblico dipendente; ciò al fine di prevenire l'insorgere dei conflitti stessi, anche di natura non economica. All'organizzazione amministrativa sono stati imposti esclusivamente limiti esterni; infatti, il d.P.R. n. 62 del 2013 lascia alle amministrazioni il compito di integrare la disciplina di base da esso posta, non prevedendo alcun modello organizzativo specifico. In tal modo, viene resa possibile una differenziazione dei doveri del dipendente, tenuto conto delle caratteristiche specifiche dell'amministrazione di appartenenza. Va anticipato che, ai sensi dell'art. 6 del codice, è previsto l'obbligo di comunicazione, da parte del dipendente, della sussistenza di una situazione di conflitto, con conseguente obbligo di astensione; allo stesso tempo, grazie alle informazioni che l'amministrazione, in virtù degli obblighi di trasparenza, è tenuta a porre a

⁷⁸ Per ulteriori approfondimenti in merito al quadro normativo previgente si v. E. D'ALTERIO, *I codici di comportamento e la responsabilità disciplinare (art. 1, commi 44, 45 e 48)*, in B.G. MATTARELLA e M. PELLISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, cit., pp. 212 ss..

disposizione, viene anche garantito un diffuso controllo sociale da parte dei cittadini e della stampa⁷⁹.

Il nuovo codice di comportamento introduce diverse novità rispetto alla disciplina previgente. In particolare, vanno evidenziati il mutamento della forma con cui il codice del 2013 è stato emanato, ovvero un atto del Governo e non un singolo decreto ministeriale, nonché la previsione della sottoscrizione del codice da parte del dipendente, non essendo più sufficiente la sola consegna a quest'ultimo. Inoltre, sono cambiati anche i fini ed il contenuto minimo del codice. In particolare, i primi sono rappresentati, ad esempio, dalla qualità dei servizi, dalla prevenzione dei fenomeni di corruzione, dal rispetto dei doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell'interesse pubblico, il tutto con riferimento sia all'esercizio diretto delle funzioni pubbliche (si pensi, ad esempio, ai dirigenti e alla loro competenza per gli atti di amministrazione e gestione), sia all'esercizio indiretto (è il caso dei funzionari e delle funzioni di supporto da essi svolte). Per quanto riguarda i contenuti, una delle novità è stata quella della previsione di una sezione dedicata ai doveri dei dirigenti. La stessa necessità dell'adozione di un codice da parte delle singole amministrazioni costituisce un'innovazione, rientrando tale obbligo nella logica della «pianificazione a cascata», tipica della l. n. 190 del 2012. Infine, non va dimenticata la nuova vocazione dell'attuale codice di comportamento; quest'ultimo assolve ad una funzione non più unicamente preventiva, ma anche repressiva, essendo previste delle sanzioni al ricorrere di violazioni⁸⁰. In tal senso va inquadrata anche la previsione di cui all'art. 15, comma 1, lett. a) del d.lg. 25 maggio 2017, n. 75, recante alcune modifiche al d.lg. n. 165 del 2001 tra cui, per quel che interessa in questa sede, l'introduzione nel comma 1 dell'art. 55-*quater* di una nuova lettera f) *bis*; tale integrazione normativa implica che «*gravi o reiterate*

⁷⁹A. LALLI, *Conflitti di interessi nel diritto privato e nel diritto pubblico*, cit., pp. 161 ss.; F. MERLONI, *L'applicazione della legislazione anticorruzione nelle Regioni e negli enti locali tra discipline unitarie e autonomia organizzativa*, in *Istituzioni del federalismo*, 2013, 2, pp. 366-367.

⁸⁰B.G. MATTARELLA, *Il nuovo codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 10, pp. 928-929; F. MERLONI, *L'applicazione della legislazione anticorruzione nelle Regioni e negli enti locali*, cit.; E. CARLONI, *I codici di comportamento "oltre" la responsabilità disciplinare*, in *Lav. p.a.*, 2017, p. 160.

violazioni dei codici di comportamento» conducono alla sanzione del licenziamento. È stato osservato, al tal proposito, che il riferimento ai «*codici*» di comportamento al plurale implichi che il licenziamento possa derivare anche da violazioni dei codici delle singole amministrazioni⁸¹. La valenza del nuovo codice di comportamento, pertanto, può essere considerata duplice. Da un lato, vi è la volontà di impartire delle generali linee guida idonee ad essere integrate dalle singole amministrazioni può essere interpretata in termini etici; allo stesso tempo, però, la coerenza e la sanzionabilità delle violazioni del codice impongono di andare oltre l'attribuzione di un valore esclusivamente etico a quest'ultimo⁸². Da ultimo, va evidenziato che anche l'ambito di applicazione soggettiva del codice appare notevolmente mutato in senso espansivo; tra i soggetti tenuti al rispetto di quest'ultimo rientrano anche tutti i collaboratori o consulenti, con qualsiasi tipologia di contratto o incarico, i titolari di organi o incarichi negli uffici di diretta collaborazione delle autorità politiche e, infine, coloro che collaborano con imprese fornitrici di beni o servizi operanti al servizio dell'amministrazione. L'estensione del novero soggettivo dei destinatari del codice di comportamento ha indotto la dottrina ad interrogarsi in ordine alla nozione di «servizio esclusivo della Nazione», la quale sembra essersi ampliata⁸³.

La violazione del codice di comportamento dei dipendenti pubblici, come previsto dal comma 3 dell'art. 54, «...è fonte di responsabilità disciplinare. La violazione dei doveri è altresì rilevante ai fini della responsabilità civile, amministrativa e contabile ogniqualvolta le stesse responsabilità siano collegate alla violazione di doveri, obblighi, leggi o regolamenti. Violazioni gravi o reiterate del codice comportano l'applicazione della sanzione di cui all'articolo 55-quater, comma 1». Il procedimento di accertamento delle violazioni del codice di comportamento è di competenza dei dirigenti delle amministrazioni di appartenenza e deve

⁸¹G. D'ALESSIO, *La legislazione anticorruzione: l'impatto sui rapporti di lavoro*, in *Lav. p.a.*, 2017, p. 108.

⁸²E. CARLONI, *I codici di comportamento "oltre" la responsabilità disciplinare*, cit., pp. 179 ss..

⁸³C. GALBIATI, *Il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, 4, pp. 1181 ss.. L'autrice si richiama anche al contributo di C. DE FIORES, *I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione? Considerazioni sulla dimensione costituzionale del pubblico impiego tra privatizzazione del rapporto di lavoro e revisione del Titolo V*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 1, p. 149.

svolgersi nel rispetto dei principi di gradualità e proporzionalità delle sanzioni. La singola amministrazione, inoltre, in base a ciascuna infrazione, può specificare il tipo e l'entità della sanzione disciplinare, individuata tra quelle previste dalla legge, dai regolamenti e dai contratti collettivi, oltre a quelle espulsive nei casi indicati dai commi 2 e 3 dell'art. 16 del codice generale. Va ricordato che le violazioni dei codici di comportamento costituiscono elemento di valutazione anche in sede di misurazione e valutazione della *performance*. Il coordinamento tra il codice e il sistema di misurazione e valutazione della *performance* è garantito dagli Organismi Indipendenti di Valutazione⁸⁴.

Il d.P.R. n. 62 del 2013 disciplina il conflitto di interessi del pubblico dipendente mediante una serie di disposizioni. Una delle più importanti è quella di cui all'art. 7, relativo all'obbligo di astensione del dipendente dalla partecipazione all'adozione di decisioni o attività che possano coinvolgere gli interessi propri, o di varie categorie di soggetti, tra cui, ad esempio, i parenti, gli affini entro il secondo grado, il coniuge ma anche gli enti, le associazioni non riconosciute, i comitati, le società o gli stabilimenti di cui sia amministratore, gerente o dirigente. L'obbligo di astensione di cui alla norma predetta, su cui si è formata una vera e propria prassi dell'ANAC, ha condotto l'Autorità Anticorruzione a ritenere necessario il coordinare l'art. 7 con l'art. 6-*bis* della l. n. 241 del 1990⁸⁵. Tale ultima norma, secondo cui *«il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale»*, è stata definita dall'Autorità *«una regola di carattere generale che non ammette deroghe ed eccezioni»*, qualora sussista un conflitto di interessi, anche

⁸⁴ V. le *«Linee guida in materia di codici di comportamento delle pubbliche amministrazioni»*, contenute nella delibera n. 75 del 2013.

⁸⁵ Su tale aspetto si v. S.A. FREGO LUPPI, *L'obbligo di astensione nella disciplina del procedimento dopo la legge n. 190 del 2012*, in *Dir. amm.*, 2013, 4. L'autrice, nell'inquadrare il tema dell'obbligo di astensione, si sofferma, inoltre, su molteplici altri aspetti connessi all'obbligo suddetto, tra cui, ad esempio, quello della sorte degli atti adottati in violazione dell'art. 6-*bis*, ritenuti, in linea generale e salvo casi specifici, annullabili; in accordo con tale prospettazione si v. anche A. LALLI, *I rimedi ai conflitti di interessi come strumento di prevenzione della corruzione*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, 2016, p. 175.

potenziale⁸⁶. L'art. 7 del d.P.R. n. 62 del 2013 si colloca in un percorso normativo di cui fa parte anche l'introduzione dell'art. 6-*bis* nella l. n. 241 del 1990 ad opera della l. n. 190 del 2012, scelta da doversi contestualizzare nell'ambito della crescente importanza attribuita al principio di imparzialità e di trasparenza dell'azione amministrativa⁸⁷. La qualificazione dell'obbligo di cui all'art. 6-*bis* quale norma di carattere generale ha fatto sì che l'Autorità abbia valutato quest'ultima in relazione a tutti i casi di conflitto di interessi ad essa sottoposti. Tuttavia, non sempre l'obbligo di astensione è stato ritenuto sufficiente a sanare il conflitto.

Oltre all'art. 7, va ricordato anche l'art. 10 del d.P.R. n. 62 del 2013 inerente al comportamento del dipendente nei rapporti privati. Secondo tale previsione *«nei rapporti privati, comprese le relazioni extralavorative con pubblici ufficiali nell'esercizio delle loro funzioni, il dipendente non sfrutta, né menziona la posizione che ricopre nell'amministrazione per ottenere utilità che non gli spettino e non assume nessun altro comportamento che possa nuocere all'immagine dell'amministrazione»*.

Infine, l'art. 13 del d.P.R. n. 62 del 2013 reca *«Disposizioni particolari per i dirigenti»*. L'art. 13 impone al dirigente di dichiarare, prima dell'assunzione delle funzioni, la sussistenza di eventuali interessi finanziari contrastanti con l'esercizio della funzione pubblica, nonché di rapporti di parentela con soggetti che possano entrare in contatto con l'ufficio o che siano coinvolti nelle decisioni o nelle attività dell'ufficio stesso. Relativamente alla predetta norma, l'Autorità ha evidenziato che *«l'obbligo di comunicazione di conflitti di interessi, anche solo a livello potenziale, è previsto come un obbligo comportamentale di carattere generale, operante per tutti i dipendenti. pubblici che sussiste anche laddove vi sia la mera possibilità di favorire interessi esterni in conflitto con la funzione pubblica rivestita»*⁸⁸.

3.3.4. Il conflitto di interessi dei docenti universitari.— La prevenzione dei conflitti di interessi che possono interessare i docenti universitari costituisce un tema

⁸⁶ Si vedano gli Orientamenti n. 95 del 7 ottobre 2014 e n. 78 del 23 settembre 2014.

⁸⁷ In tal senso, v. il parere sulla normativa AG 76/15/AC del 4 novembre 2015.

⁸⁸ Delibera n. 740 del 2018.

che è stato oggetto di una stratificazione normativa. In via preliminare, si evidenzia che l'argomento andrà trattato secondo due linee direttrici. Una prima, relativa alle incompatibilità del docente universitario; una seconda, inerente ai conflitti di interessi che possono pregiudicare l'imparzialità delle procedure selettive del personale docente.

Originariamente, la fonte normativa di riferimento, per i docenti universitari e, più in generale, anche per tutti i dipendenti pubblici, era rappresentata dal d.P.R. n. 3 del 1957. Successivamente, col d.lg. n. 165 del 2001 vengono dettate nuove norme valevoli sempre per tutto il personale dipendente della p.a., tra cui nuovamente i professori e i ricercatori universitari (art. 3, comma 2).

Come già anticipato, l'art. 53 del d.lg. n. 165 del 2001 individua una serie di attività incompatibili per il dipendente pubblico, mentre per alcuni incarichi retribuiti è necessaria un'apposita autorizzazione, come previsto dal comma 7; i professori e i ricercatori universitari non fanno eccezione. Ai sensi del comma predetto, l'individuazione dei criteri e delle procedure per il rilascio dell'autorizzazione ai professori universitari a tempo pieno è demandata agli statuti o ai regolamenti degli atenei. Va poi ricordato che la violazione della disciplina in materia di svolgimento di incarichi incompatibili è fonte di responsabilità disciplinare, eventualmente di più gravi sanzioni e, comunque, dell'obbligo di versamento dei compensi percepiti nel bilancio dell'amministrazione di appartenenza. La necessità di ottenere un'autorizzazione allo svolgimento degli incarichi è funzionale a garantire il corretto esercizio delle funzioni del docente a tempo pieno e la sua violazione è fonte di responsabilità amministrativa la cui giurisdizione spetta alla Corte dei conti⁸⁹. L'autorizzazione allo svolgimento di incarichi costituisce adempimento da effettuarsi in via preventiva; di conseguenza, un'eventuale autorizzazione rilasciata *ex post* non può avere efficacia sanante⁹⁰.

⁸⁹ Corte conti, Sez. Giurisdiz. Liguria, 22 ottobre 2015, n. 83; Corte conti, reg. Campania, 30 marzo 2015, n. 305.

⁹⁰ Tar Calabria, Reggio Calabria, 14 marzo 2017, n. 195, che ha specificato come il regolamento del singolo ateneo debba contenere disposizioni compatibili con la normativa disciplinante gli incarichi extralavorativi svolti dai docenti universitari, normativa il cui spirito

In tale contesto generale vanno collocate le due fonti specificamente attinenti alla figura del personale accademico, ovvero il d.P.R. n. 382 del 1980 e la l. n. 240 del 2010. Le incompatibilità dei docenti universitari, nell'ambito del d.P.R. n. 382 del 1980, sono disciplinate dagli artt. 13, 14 e 15. L'art. 13 prevede il collocamento d'ufficio in aspettativa del docente universitario per la durata della carica, del mandato o dell'ufficio in una serie di casi tra cui, ad esempio, quello della nomina a presidente di società in partecipazione pubblica; l'art. 14 impone il collocamento in aspettativa nel caso di assunzione di un nuovo impiego presso un'altra amministrazione, per tutto il periodo di prova richiesto per la conferma in ruolo; l'art. 15, infine, stabilisce le conseguenze derivanti dall'inosservanza del regime delle incompatibilità, quali la cessazione di diritto dall'ufficio di professore, nel caso di violazione del divieto di cumulo con altri impieghi pubblici o privati, ovvero la diffida da parte del Rettore e, poi, l'eventuale azione disciplinare o la decadenza dall'ufficio, decorsi quindici giorni dalla diffida e in assenza di cessazione dell'incompatibilità, nel caso di cumulo con impieghi privati. Con specifico riferimento all'art. 13, la giurisprudenza ne ha individuato la *ratio* nella «*plausibile e ragionevole considerazione della impossibilità del contemporaneo svolgimento, in modo adeguato, dell'attività di docente universitario nei compiti nuovi e complessi derivante dalla riforma dell'ordinamento universitario e dei compiti di notevole impegno connessi ad alcune cariche pubbliche... detta regola, sollevando il titolare dell'incarico dalle incombenze connesse al suo status di docente, gli consente di dedicare tutto il suo impegno al migliore espletamento dell'incarico, senza privarlo del suo posto di lavoro*»⁹¹. Le previsioni di cui al d.P.R. n. 382 del 1980 sono rimaste inalterate all'indomani dell'entrata in vigore dall'art. 6, comma 9 della l. n. 240 del 2010; quest'ultimo disciplina differenti ipotesi di incompatibilità dei docenti universitari. In particolare, l'art. 6, comma 9 della l. n. 240 del 2010 stabilisce l'incompatibilità tra la posizione di professore e di ricercatore e l'esercizio del commercio e dell'industria, salvo alcune limitate deroghe inerenti alla costituzione di società con caratteristiche di *spin off* o di *start up*

è quello di garantire il rilascio di un'autorizzazione allo svolgimento dei suddetti incarichi in via preventiva.

⁹¹ Cons. St., Sez. VI, 23 dicembre 2008, n. 6511, che richiama Cons. St., Sez. VI, n. 7945/2003.

universitarie⁹²; l'esercizio di attività libero – professionale, inoltre, è incompatibile con il regime a tempo pieno⁹³. Con riferimento ai divieti di cui al d.P.R. n. 382 del 1980, va ricordato che l'art. 11 prevede una clausola di compatibilità in virtù della quale il professore in regime a tempo pieno può svolgere perizie giudiziarie, partecipare ad organi di consulenza tecnico – scientifica dello Stato, degli enti pubblici territoriali e degli enti di ricerca e effettuare attività, comunque svolte, per conto di amministrazioni dello Stato, enti pubblici e organismi a prevalente partecipazione statale, purché prestate in quanto esperto nel proprio campo disciplinare e compatibilmente con l'assolvimento dei propri compiti istituzionali. Relativamente a tale clausola, l'Autorità anticorruzione ha precisato che l'espressione di «attività, comunque svolte» si riferisce a situazioni di rilevanza limitata, come ad esempio «un'attività di consulenza prestata dal professore nel campo disciplinare nel quale lo stesso è esperto»⁹⁴.

L'art. 10 della l. n. 240 del 2010 regola alcuni aspetti in merito alla competenza disciplinare e al piano procedimentale, mentre permangono immutate le previgenti previsioni in merito alle tipologie di illeciti e di sanzioni disciplinari applicabili ai docenti universitari. Le maggiori novità sono rappresentate, in primo luogo, dal decentramento del potere disciplinare presso i singoli atenei; in particolare, viene prevista l'istituzione, presso ogni università, di un Collegio di disciplina con compiti istruttori e decisori. In secondo luogo, la competenza sanzionatoria è stata attribuita al Consiglio di Amministrazione, al contrario di quanto previsto dalla l. n. 18 del 2006, che la attribuiva al Rettore.

⁹² Nella delibera n. 1349 del 2016, l'Autorità evidenzia l'assolutezza del divieto per i professori a tempo pieno ricollegandosi ad una pronuncia della Corte conti (n. 305/2015), la quale rinvia ad una serie di precedenti arresti giurisprudenziali, tra cui Cass. Civ., Sez. III, n. 1349/2000 e n. 10397/2001, Cass. Sez. Lav. n. 16555/2003, Cass. Sez. un. lav. n. 3386/1998. Conseguentemente, l'ateneo di appartenenza non può rilasciare alcuna autorizzazione.

⁹³ Per una rassegna delle possibili ipotesi applicative della normativa si v. R. MORZENTI PELLEGRINI, *Il regime di incompatibilità proprio dei docenti universitari a tempo pieno*, in *Lav. p.a.*, 2016, 3-4, pp. 431 ss.. Un caso di applicazione della normativa è contenuto nella sentenza del Tar Sardegna, Cagliari, Sez. I, 27 aprile 2015, n. 1212.

⁹⁴ V. la delibera n. 841 del 2017.

Proprio con riferimento a tale ultima figura, sono sorte delle perplessità in ordine ad una lacuna della normativa, la quale non prevede l'applicabilità delle fattispecie di incompatibilità al Rettore. Invero, l'art. 10 della l. n. 240 del 2010 afferma che l'avvio del procedimento disciplinare spetta al Rettore stesso e, dunque, qualora sia quest'ultimo a violare la normativa in commento, non sarebbe disciplinata alcuna forma di contestazione nei suoi confronti; tale situazione non convince, data la sostanziale esistenza di un'immunità in capo al Rettore⁹⁵. Anche l'ANAC ha manifestato le proprie riserve in merito, con specifico riferimento alle carenze dei codici di comportamento adottati dalle università. L'Autorità, infatti, ha evidenziato la lacuna delle discipline adottate dai singoli atenei, che non considerano ipotesi di conflitto di interessi di cui sia parte il Rettore⁹⁶. L'ANAC, pertanto,

⁹⁵ Sul punto si v. L. FELUGA, *I doveri dei professori e ricercatori universitari e il regime delle sanzioni tra norme disciplinari e codici etici*, in *Lav. p.a.*, 2016, 3-4, pp. 457 ss.. L'autrice rinvia, inoltre, alle considerazioni svolte da L. VIOLA, *Spigolature di legislazione universitaria: la sostanziale immunità disciplinare dei Rettori delle Università*, in *Lav. p.a.*, 2011, 5, pp. 853 ss..

⁹⁶ Si prenda in esame il codice di comportamento dell'università «Sapienza». L'art. 2 del codice predetto disciplina l'ambito di applicazione soggettivo e si riferisce a tutto il personale dipendente tecnico – amministrativo, ai dirigenti, ai professori e ricercatori (per i quali le norme del codice costituiscono principi generali di comportamento in quanto compatibili con le disposizioni dei rispettivi ordinamenti), a tutti i soggetti che intrattengono rapporti con l'Ateneo e ai soggetti controllati o partecipati dall'università. La figura del Rettore è contemplata in alcune disposizioni tra cui, ad esempio, l'art. 4, che vieta di richiedere o accettare regali, compensi ed altre utilità da parte del dipendente di «Sapienza»; la vigilanza sul rispetto della norma, con specifico riferimento al Rettore, spetta al Senato Accademico e al Consiglio di Amministrazione. L'art. 5 disciplina la partecipazione ad associazioni e organizzazioni da parte del dipendente e, sempre con riguardo al Rettore, impone di comunicare le suddette circostanze al Senato Accademico e al Consiglio di Amministrazione. Il medesimo obbligo di comunicazione per il Rettore, in merito però alla sussistenza di interessi o di rapporti di collaborazione con soggetti privati, è disciplinato dall'art. 6. Sussistono poi ulteriori disposizioni del codice di comportamento che, riferendosi al Rettore, attribuiscono la competenza di vigilanza al Senato Accademico e al Consiglio di Amministrazione. A fronte di tali previsioni, tuttavia, l'art. 15 del codice di comportamento della «Sapienza» prevede che la vigilanza sull'applicazione del d.P.R. n. 62 del 2013 e del codice di comportamento stesso spetta ai Direttori delle Aree, ai Presidi di Facoltà, ai Direttori di Dipartimento e Centro, a tutti i responsabili di posizioni organizzative, al Responsabile della prevenzione della corruzione, agli uffici preposti ai procedimenti disciplinari, al Direttore Generale e al Rettore (art. 15, comma 1); inoltre, si prevede che gli uffici per i procedimenti disciplinari curano l'esame delle segnalazioni di violazione delle disposizioni del d.P.R. n. 62 del 2013 e del codice di comportamento (art. 15, comma 4). L'art. 16, comma 3 prevede che le sanzioni disciplinari applicabili sono quelle previste dalla legge, dai regolamenti, dallo Statuto e dai regolamenti della «Sapienza», nonché dai contratti

ha ritenuto necessario che i codici di comportamento delle università, ove siano rivolti solo ai dipendenti tecnico-amministrativi, contengano «*un espresso riferimento al codice etico per quanto riguarda il personale docente, ivi compreso il rettore. Occorre inoltre che i codici etici contengano regole di condotta e misure concrete di controllo, in conformità ai principi del d.P.R. n. 62/2013, anche con riguardo al rettore*»⁹⁷.

Considerata l'importanza di un'efficace politica di prevenzione dei fenomeni corruttivi in seno alle istituzioni universitarie, l'ANAC si è dedicata specificamente al tema in occasione dell'aggiornamento al Piano Nazionale Anticorruzione del 2017⁹⁸. Con tale provvedimento, l'Autorità ha fornito un quadro generale delle problematiche del sistema universitario e ha formulato delle proposte di soluzione, consapevole del fatto che al predetto sistema è riconosciuto un forte grado di autonomia (art. 33, comma 6, cost.). Le proposte sono state estese alle università non statali, sebbene la giurisprudenza amministrativa abbia escluso che a queste ultime debba essere riconosciuta la natura di ente pubblico⁹⁹. A giudizio dell'ANAC, le misure di cui all'aggiornamento al Piano Nazionale Anticorruzione del 2017 dovrebbero riguardare anche le università non statali, anzi tutto, con riferimento allo svolgimento di attività di pubblico interesse (ad es. il reclutamento dei professori e dei ricercatori); invero, l'esecuzione di tali attività implicherebbe il rispetto delle regole già applicabili alle università statali. Per quel che concerne l'osservanza delle misure di trasparenza, invece, l'Autorità ha preso atto che l'applicazione dell'art. 2-*bis*, comma 3 del d.lg. n. 33 del 2013 alle università non statali sia

collettivi, ivi incluse quelle espulsive. Dall'esame di tutte le citate disposizioni emerge dunque che, sebbene il Rettore sia destinatario degli obblighi di cui al codice di comportamento della «Sapienza», tuttavia permane l'assenza di una norma che consenta di contestare al Rettore stesso le violazioni di cui al codice di comportamento.

⁹⁷ Si v. il Comunicato del Presidente dell'Autorità del 9 novembre 2016, avente ad oggetto il codice di comportamento delle università pubbliche. A tale comunicato ha fatto riferimento anche la delibera n. 1349 del 2016, relativa alla nomina di un Rettore, nonché professore ordinario in regime di impegno a tempo pieno, a presidente di due società in controllo pubblico. Un ulteriore riferimento è contenuto nell'aggiornamento del 2017 al Piano Nazionale Anticorruzione di cui alla delibera n. 1208 del 2017.

⁹⁸ Delibera n. 1208 del 2017 «*Approvazione definitiva dell'Aggiornamento 2017 al Piano Nazionale Anticorruzione*».

⁹⁹ Cons. St., Sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3043.

incerta; tuttavia, è stato caldeggiato un adeguamento di queste ultime anche a tale disciplina.

In primo luogo, l'Autorità Anticorruzione si è dedicata ai profili organizzativi funzionali alla prevenzione della corruzione. A tal proposito, anche nelle istituzioni universitarie è centrale la figura del RPCT. L'ANAC, considerato in via generale che all'interno delle università tale incarico possa essere affidato al direttore generale, si è dimostrata consapevole del fatto che alcuni atenei possono disporre di un organico con poche figure dirigenziali o in cui il direttore generale sia l'unica figura apicale. In questi casi, stante il rischio di concentrazione dei poteri decisionali in capo ad una o poche figure, sarebbe necessario un bilanciamento delle funzioni e dei poteri. In alternativa, occorrerebbe adottare controlli mirati o ricorrere alla c.d. «segregazione delle funzioni». Ad ogni modo, quale che sia la figura investita della funzione di RPCT, tale soggetto deve essere indipendente dalla sfera politico – gestionale e, al contempo, coinvolto in tutte quelle attività afferenti ai controlli e alle verifiche interne. Il RPCT deve dialogare col Collegio dei revisori dei conti, col Nucleo di valutazione, col sistema di controllo di gestione e audit interno e altri eventuali sistemi di verifica. Inoltre, il RPCT deve poter accedere alle fonti informative interne, nonché avere a disposizione una struttura tecnica che gli consenta di svolgere i propri compiti di verifica e controllo. Sempre in ottica organizzativa, un secondo aspetto riguarda i caratteri del Piano triennale della prevenzione della corruzione e della trasparenza adottato da ciascuna università, il quale deve coordinarsi con i Piani della *performance* e con gli altri strumenti di programmazione, mantenendo però una propria autonomia; dunque, l'Autorità ha segnalato l'esigenza di superare la pratica dell'adozione di un Piano onnicomprensivo (c.d. «Piano integrato»). Un ruolo fondamentale è rivestito dal RPCT, competente a predisporre il PTCP; la verifica della coerenza tra i diversi strumenti sopra citati spetta invece al Nucleo di valutazione, ai sensi dell'art. 44 del d.lg. n. 33 del 2013.

L'ANAC si è dedicata poi al tema della ricerca universitaria, ambito in cui, in linea generale, si è posto l'accento sulla forte frammentazione della disciplina, specie con riferimento ai soggetti finanziatori e al quadro dei

finanziamenti pubblici esistenti. Tale caratteristica costituirebbe fonte di rischi corruttivi, ragion per cui l'Autorità ha raccomandato una programmazione generale dell'entità e della destinazione del budget per la ricerca, sia a livello nazionale, sia per ciascun ateneo. In tal senso, le misure e gli strumenti di coordinamento già previsti dovrebbero essere ulteriormente rafforzati, anche dal punto di vista della semplificazione burocratica, sulla falsariga di quanto avvenuto per gli enti di ricerca.

Quello della ricerca universitaria è un settore ricco di implicazioni problematiche. Dunque, al fine di meglio descrivere queste ultime, l'ANAC ha individuato quattro fasi in cui le decisioni pubbliche più rilevanti vengono adottate: la progettazione della ricerca; la valutazione dei progetti e il loro finanziamento; lo svolgimento della ricerca; la pubblicazione degli esiti. Nell'ambito di ciascuna fase, l'Autorità ha segnalato i possibili rischi, suggerendo, altresì, alcuni correttivi da poter adottare. La fase della valutazione e del finanziamento dei progetti è stata giudicata come quella più delicata; invero, l'Autorità ne ha denunciata la generale scarsa trasparenza, riscontrabile dalla disomogeneità delle procedure di adesione, delle modalità di predisposizione e presentazione dei progetti, dei criteri di selezione, dei parametri e delle modalità di valutazione *ex ante* dei progetti. Inoltre, sussisterebbero rischi in ordine ai procedimenti di selezione dei valutatori, qualora si candidino per tale ruolo soggetti portatori di interessi e, al contrario, decidano di non proporsi soggetti più idonei, nel caso in cui i procedimenti riguardino i settori disciplinari più marginali. Secondo l'ANAC, alcuni rimedi per le situazioni poc'anzi descritte potrebbero consistere, ad esempio, in una migliore circolazione delle informazioni, nonché in meccanismi di incentivazione e regolarizzazione delle procedure di selezione dei valutatori; i codici etici e di comportamento possono rivelarsi utili per concretizzare i suggerimenti di cui sopra.

Un'ulteriore complessa questione è quella dell'organizzazione della didattica. In tale ambito, l'Autorità ha ravvisato delle possibili disfunzioni nei processi di accreditamento dei corsi di studio e delle sedi, nonché in alcune condotte dei docenti che potrebbero non consentire un adeguato apprendimento degli studenti. Per quanto concerne il primo aspetto,

L'ANAC ha riscontrato la necessità di migliorare le procedure per la formazione delle competenti commissioni dell'ANVUR, al fine di evitare i conflitti di interessi dei componenti e le possibili influenze improprie su di essi. In merito alla seconda questione, da un punto di vista esemplificativo, l'Autorità ha fatto riferimento alle *«interferenze degli interessi personali del docente con lo svolgimento dei propri compiti istituzionali di didattica e ricerca, situazioni di conflitto di interesse nello svolgimento di esami di profitto o in altre funzioni didattiche anche in veste di componente di commissioni»*. Al fine di risolvere tali inefficienze, occorrerebbe puntare sui codici etici e di comportamento, nonché su di una maggiore responsabilizzazione dei direttori dei dipartimenti circa la vigilanza sui comportamenti dei docenti.

L'ANAC si è poi occupata di analizzare le misure funzionali a garantire l'imparzialità dei docenti e del personale universitario, individuando tre aree di rischio, ovvero quelle del rapporto tra codici etici e codici di comportamento, dell'applicazione delle cause di incompatibilità nei singoli atenei e dei procedimenti disciplinari. In linea generale, l'Autorità ha richiesto una maggiore coerenza del quadro normativo. Più nello specifico, è stato auspicato un miglior coordinamento tra codici etici e codici di comportamento, con questi ultimi che non dovrebbero limitarsi a riprodurre meramente i codici etici stessi. Per quanto riguarda le cause di incompatibilità e di conflitto di interessi, l'ANAC ha evidenziato alcuni aspetti negativi, sia dal punto di vista dell'interpretazione delle varie fattispecie di incompatibilità legislativamente previste, sia con riferimento alla redazione dei singoli statuti e regolamenti da parte degli atenei; emblematica è la sovrabbondanza di formule giuridiche indeterminate. In merito ai procedimenti disciplinari, l'Autorità ha ribadito la già descritta criticità consistente nella sostanziale immunità del Rettore, nei confronti del quale non sarebbe stato individuato alcun soggetto competente ad attivare un procedimento disciplinare. Inoltre, è stata evidenziata la necessità di predeterminare, mediante i regolamenti e gli statuti, la composizione e la disciplina del Collegio di disciplina, specie relativamente al requisito dell'indipendenza degli organi disciplinari.

L'Autorità si è focalizzata anche sul fenomeno dell'esternalizzazione di alcune attività di competenza delle università a soggetti privati, constatando, in primo luogo, il progressivo aumento di tali soggetti; gli enti partecipati sono costituiti per svolgere funzioni proprie dell'università (ad esempio i servizi resi agli studenti), oppure per erogare servizi a favore di quest'ultima (ad esempio, le manutenzioni) o, infine, per svolgere attività di ricerca o altre attività tecniche (c.d. *spin - off* o *start - up*). Per ciascuna tipologia di ente sussisterebbero delle anomalie che, in linea generale, possono essere ricondotte a fenomeni di corruzione e *mala gestio*. Dunque, l'Autorità ha ritenuto opportuno un monitoraggio costante dell'attività di tali enti, sin dal momento della loro costituzione.

Un cenno è stato dedicato anche alle università telematiche, alla luce del regime derogatorio da esse beneficiato rispetto alla disciplina delle università statali. Sul punto, l'ANAC ha proposto svariate misure riconducibili tutte ad una omogeneizzazione del regime delle università telematiche a quello delle università statali.

L'Autorità Anticorruzione si è occupata anche del reclutamento dei docenti universitari. Un primo rischio rilevato riguarderebbe il condizionamento delle commissioni per l'abilitazione scientifica nazionale derivante da pressioni di interessi esterni o locali; in tale contesto, il sistema di classificazione delle riviste scientifiche costituisce un aspetto estremamente delicato, data l'incidenza dello stesso sull'operato delle commissioni per l'abilitazione. Secondo l'ANAC, dunque, l'ANVUR dovrebbe selezionare i gruppi di lavoro mediante *call* pubbliche, predeterminando i criteri di scelta e prevedendo clausole finalizzate a prevenire i conflitti di interessi. Sempre in materia di reclutamento, l'Autorità si è soffermata sulle procedure di selezione di livello locale, evidenziandone la maggiore esposizione a pressioni indebite (specie quelle di cui all'art. 24, comma 6 della l. n. 240 del 2010). Conseguentemente, l'ANAC ha richiesto di ricorrere con parsimonia a tali procedure, limitandone l'uso anche attraverso delle specifiche previsioni regolamentari da parte delle università. Per quanto attiene alla programmazione dei reclutamenti (a livello di ateneo e di dipartimento),

L'Autorità ne ha sottolineata l'importanza sia della predisposizione, sia dei contenuti.

Nell'ambito del tema in commento, l'aspetto più critico è rappresentato dai conflitti di interessi dei partecipanti alle procedure di reclutamento con il personale a diverso titolo presente nell'ateneo. Il tema deve essere affrontato dall'angolo visuale del partecipante alla procedura selettiva e da quello di colui che venga chiamato a far parte di una commissione giudicatrice. Dal primo punto di vista, la norma di riferimento è l'art. 18, comma 1, lett. b) e c) della l. n. 240 del 2010. La lett. b) individua una causa di preclusione, alla partecipazione ai procedimenti di chiamata di professori e ricercatori e di conferimenti di assegni di ricerca e contratti a qualsiasi titolo erogati dall'ateneo, nella sussistenza di un grado di parentela o di affinità, fino al quarto grado compreso, con un professore della stessa struttura che abbia effettuato la chiamata, ovvero col rettore, il direttore generale o un componente del consiglio di amministrazione dell'ateneo. Secondo la giurisprudenza amministrativa, l'ambito di applicazione della norma richiamata avrebbe dovuto essere interpretato estensivamente, ricomprendendovi anche il rapporto di coniugio e quello di convivenza *more uxorio*. Invero, il rapporto di "familiarità" tra candidato e valutatore raggiungerebbe la sua massima intensità proprio con il rapporto di coniugio, le cui conseguenti esigenze non prevarrebbero né sul principio di eguaglianza, né su quello di imparzialità amministrativa, assurgendo il coniugio, invece, a «*situazione genetica della medesima incompatibilità*»¹⁰⁰. Un discorso analogo andrebbe svolto anche per il rapporto di convivenza *more uxorio*¹⁰¹. L'ANAC ha aderito al suddetto orientamento, raccomandando agli atenei l'adozione di disposizioni regolamentari conformi a quest'ultimo. Tuttavia, recentemente, la Corte costituzionale ha diversamente interpretato l'art. 18, comma 1, lett. b) della l. n. 240 del 2010¹⁰². In particolare, è stato escluso che la norma si riferisca anche ai rapporti di coniugio e di convivenza *more uxorio*. La scelta interpretativa della Corte è stata fondata sul diverso tipo di bilanciamento tra il diritto di ogni cittadino a partecipare

100 Cons. St., Sez. VI, 4 marzo 2013, n. 1270.

101 Tar Puglia, Bari, Sez. I, 7 marzo 2019, n. 367.

102 Corte cost., 9 aprile 2019, n. 78.

ai concorsi universitari e le ragioni dell'imparzialità, qualora debba essere considerata l'ulteriore variabile della sussistenza di un rapporto coniugale. Le situazioni che, ai sensi dell'art. 18, comma 1, lett. b) della l. n. 240 del 2010, impediscono la partecipazione a procedure selettive determinano, in via generale, la prevalenza delle esigenze dell'imparzialità amministrativa sul diritto di ogni cittadino a partecipare ai concorsi universitari. Nel caso del coniugio, invece, il bilanciamento poc'anzi richiamato richiede di contemperare con gli aspetti summenzionati le ragioni afferenti all'unità familiare, anch'esse tutelate in Costituzione. Conseguentemente, è necessario adottare una diversa soluzione, consistente nel garantire l'accesso ai concorsi anche al coniuge di uno dei soggetti indicati dall'art. 18, comma 1, lett. b) della l. n. 240 del 2010. Secondo la Corte costituzionale, nel caso in cui il candidato sia coniuge o convivente di un commissario valutatore, occorrerebbe fare affidamento su dei meccanismi di garanzia dell'imparzialità che non impediscano la partecipazione alle procedure selettive, ma che riguardino l'individuazione dei valutatori stessi. In tal senso, si rivela determinante l'art. 51 c.p.c., che, affianco al rapporto di parentela e di affinità fino al quarto grado, disciplina esplicitamente anche il coniugio. L'interpretazione della Corte costituzionale è destinata a influenzare, in senso modificativo, le scelte di quegli atenei che, nei propri regolamenti, abbiano incluso il coniugio tra le cause preclusive alla partecipazione ai concorsi universitari. Tale circostanza, tuttavia, non va ad intaccare il principio di autonomia sancito dall'art. 33, comma 6 cost.. Quest'ultima norma attribuisce alle università autonomia nella definizione dei propri ordinamenti, ma nei limiti di cui alle leggi dello Stato. Ne consegue che l'art. 18, comma 1, lett. b) della l. n. 240/2010 dovrà legittimamente costituire un limite per gli atenei, qualora la recente interpretazione che la Consulta ne ha fornito contrasti con le scelte compiute da questi ultimi a livello regolamentare.

Ricostruito il tema dei conflitti di interessi dei partecipanti alle procedure di reclutamento con il personale a diverso titolo presente nell'ateneo dall'angolo visuale dei primi, si può ora affrontare l'argomento dal punto vista della composizione delle commissioni giudicatrici. L'art. 51 c.p.c.,

relativo alle cause di astensione del giudice, costituisce la norma di riferimento. Invero, come evidenziato dall'ANAC¹⁰³, l'attuale quadro normativo non disciplina specificamente le modalità di composizione delle commissioni di concorso, specie per quel che riguarda gli eventuali conflitti di interessi dei relativi componenti. L'unica disposizione che, con riferimento all'accesso agli impieghi pubblici e alle modalità di svolgimento dei concorsi in generale, si occupa del tema è l'art. 11, comma 1 del d.P.R. n. 487 del 1994; la norma prevede che i componenti delle commissioni, visionato l'elenco dei candidati, sottoscrivono la dichiarazione di insussistenza di incompatibilità, ai sensi degli artt. 51 e 52 c.p.c.; la presenza di una situazione di incompatibilità in capo ad uno dei commissari, impone di astenersi dalla procedura, mentre l'amministrazione avrà l'obbligo di sostituire il componente, onde evitare l'illegittimità degli atti del procedimento (Circolare n. 3/2005 del Dip. della Funzione Pubblica).

La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che le cause di incompatibilità di cui all'art. 51 c.p.c. possono applicarsi a tutti i campi dell'azione amministrativa, rivestono carattere tassativo e, dunque, non possono essere interpretate in termini di estensione analogica, giusta l'esigenza di garantire la certezza dell'azione amministrativa¹⁰⁴. La stessa giurisprudenza amministrativa, inoltre, ha fornito una serie di indicazioni circa l'applicabilità dell'art. 51 c.p.c. ai componenti delle commissioni di concorso, ivi comprese quelle per il reclutamento del personale docente in ambito universitario. In primo luogo, non costituiscono ipotesi di astensione del valutatore quelle dell'appartenenza allo stesso ufficio del

¹⁰³ Per il presente quadro di approfondimento si v. le Delibere dell'ANAC n. 209 dell'1 marzo 2017, n. 384 del 29 marzo 2017 e n. 190 del 27 febbraio 2019.

¹⁰⁴ Cons. St., Sez. VI, 3 marzo 2007, n. 1011; Cons. St., Sez. VI, 26 gennaio 2009, n. 354; Cons. St., Sez. VI, 19 marzo 2013, n. 1606; Cons. St., Sez. VI, 30 luglio 2013, n. 4015; Cons. St., Sez. III, 2 aprile 2014, n. 1577; Tar Lazio, Roma, Sez. III-*bis*, 25 maggio 2015, n. 7435; Cons. St., Sez. III, 28 aprile 2016, n. 1628. L'ultima sentenza citata è intervenuta in riforma di una pronuncia del Tar Abruzzo, Pescara, 22 ottobre 2015, n. 402, la quale aveva invece affermato la sussistenza di un obbligo di astensione di carattere generale in capo ai componenti delle commissioni di concorso, basato sull'art. 6-*bis* della l. n. 241 del 1990; quest'ultima norma avrebbe dovuto essere ritenuta prevalente sull'art. 51 c.p.c., riguardando tutti i procedimenti amministrativi e essendo intervenuta successivamente grazie alla modifica operata dalla l. n. 190 del 2012.

candidato e del legame di subordinazione tra i componenti della commissione e il candidato stesso¹⁰⁵. In secondo luogo, non configurano un dovere di astensione i rapporti personali di colleganza o di collaborazione tra alcuni componenti della commissione e determinati candidati, qualora non ricorrano ulteriori elementi che indichino una situazione di intensità e sistematicità tali da configurare un vero e proprio sodalizio professionale¹⁰⁶. L'art. 51 c.p.c., poi, non può essere applicato nel caso di conoscenza personale e/o instaurazione di rapporti lavorativi e accademici, eccezion fatta per l'ipotesi in cui questi ultimi siano di tale importanza da far sospettare che il giudizio sul candidato sia stato basato non sugli esiti concorsuali, ma sulle conoscenze personali¹⁰⁷. I rapporti personali tra maestro e allievo non hanno rilevanza ai fini di un conflitto di interessi, qualora tali rapporti non siano anche di diversa tipologia ed entità; in tal senso, può rivelarsi decisivo il fatto che il rapporto maestro/allievo sfoci poi in un rapporto professionale dotato dei caratteri della stabilità e della reciprocità di interessi di carattere economico, al ricorrere dei quali sorge il dubbio di un indebito condizionamento dell'imparzialità dell'esaminatore¹⁰⁸. Nel rapporto professionale tra maestro e allievo, oltre ai reciproci interessi di carattere economico, rileva altresì la presenza di una connotazione fiduciaria¹⁰⁹. Per quanto riguarda le altre situazioni in grado di far sorgere il dubbio di un indebito condizionamento del giudizio, la giurisprudenza ha fatto riferimento a conoscenze personali che possano essere ricollegate ad un giudizio non imparziale, ovvero a stretti rapporti di amicizia personale¹¹⁰. In altri termini, non sono i singoli e occasionali rapporti di collaborazione a poter influenzare la valutazione delle prove, ma i rapporti di collaborazione costante (se non assoluta) da cui possa anche

¹⁰⁵ Cons. St., Sez. III, 28 aprile 2016, n. 1628; Cons. St., Sez. V, 11 novembre 2014, n. 5618; Cons. St., Sez. VI, 27 novembre 2011, n. 4858.

¹⁰⁶ Cons. St., Sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4858; Cons. St., Sez. VI, 23 settembre 2014, n. 4789.

¹⁰⁷ Cons. St., Sez. VI, 26 gennaio 2015, n. 327; Cons. St., Sez. III, 28 aprile 2016, n. 1628.

¹⁰⁸ Cons. St., Sez. VI, n. 4015/2013; Cons. St., Sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2119; Cons. St., Sez. III, 28 aprile 2016, n. 1628.

¹⁰⁹ Cons. St., Sez. VI, 31 maggio 2013, n. 3006; Tar Lazio, Roma, Sez. III, 21 febbraio 2014, n. 2173; Tar Lazio, Roma, Sez. III-*bis*, 11 luglio 2013, n. 6945.

¹¹⁰ Tar Friuli - Venezia Giulia, Trieste, 30 novembre 2001, n. 716.

nascere un particolare vincolo di amicizia¹¹¹. Un cenno, infine, va fatto anche alla circostanza dei c.d. «coautoraggi». A livello universitario, la circostanza che un commissario ed un candidato abbiano pubblicato una o più opere non può essere considerata fonte di conflitto di interessi, stante la normalità della circostanza stessa nell'ambito della comunità scientifica; un rapporto di collaborazione meramente intellettuale, dunque, non costituisce fonte dell'obbligo di astensione per un commissario¹¹².

3.3.5. Il conflitto di interessi secondo il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti Locali in rapporto con il d.lg. n. 39 del 2013.— Il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti Locali di cui al d.lg. 18 agosto 2000, n. 267 (TUEL), al Capo II del Titolo III, disciplina l'«*Incandidabilità, ineleggibilità, incompatibilità*» dei titolari di incarichi presso gli Enti locali stessi. Tra il TUEL e il d.lg. n. 39 del 2013 intercorre un forte collegamento, come sottolineato dall'Autorità nell'Atto di segnalazione n. 7 del 4 novembre 2015, inerente alle «*Criticità della normativa contenuta nel d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 ("Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali")*», in tema di esimenti alle cause di incompatibilità e di conflitto di interessi». Col predetto atto, è stato evidenziato che il principio ispiratore, sia del TUEL che del d.lg. n. 39 del 2013, ad esempio con riferimento alle incompatibilità per i consiglieri comunali, è quello del divieto di cumulo tra cariche politiche e ruoli di gestione. Dalla connessione delle due fonti, tuttavia, deriverebbero alcune questioni problematiche. Da un punto di vista generale, l'ANAC ha segnalato che determinate disposizioni del TUEL non sarebbero più coerenti con la nuova disciplina di cui al d.lg. n. 39 del 2013 e che altre norme necessiterebbero di alcune integrazioni per garantirne l'efficacia. Inoltre, relativamente alle incompatibilità tra incarichi pubblici dirigenziali e di responsabilità amministrativa di vertice con le cariche pubbliche elettive di regioni ed enti locali, è stata evidenziata la mancata previsione, all'interno del d.lg. n. 39 del 2013, di una norma di raccordo col TUEL; tuttavia, entrambi si occupano della prevenzione dei conflitti di interessi degli

¹¹¹ Tar Sicilia, Sez. II, 18 ottobre 2016, n. 2397.

¹¹² Cons. St., Sez. V, 16 agosto 2011, n. 4782; Cons. St., Sez. VI, 18 agosto 2010, n. 5885.

amministratori comunali e circoscrizionali rispetto all'assunzione di incarichi presso società partecipate ed altri enti, istituti, consorzi o aziende controllate o vigilate dall'ente locale di appartenenza. Non a caso, la stessa Autorità ha evidenziato l'astratta possibilità di applicare tanto il d.lg. n. 39 del 2013, quanto gli artt. 63 o 78 del TUEL.

Tra le norme che il TUEL dedica al tema del conflitto di interessi, in primo luogo va citato l'art. 78, che delinea i doveri e la condizione giuridica degli amministratori degli enti locali. La norma prescrive che il comportamento di questi ultimi deve essere improntato ai principi di imparzialità e buona amministrazione. Inoltre, vengono previsti alcuni obblighi, tra cui quello di astensione dalle discussioni e dalle votazioni relative ad interessi propri o di parenti e affini sino al quarto grado, dall'esercizio di attività professionale in materia di edilizia pubblica e privata e dall'assunzione di incarichi o svolgimento di consulenze presso enti o istituzioni dipendenti o comunque controllati o vigilati da comuni o province (tale divieto vale infatti esclusivamente per alcuni amministratori locali, quali il sindaco, il presidente della provincia, gli assessori o i consiglieri comunali e provinciali). Infine, l'art. 78 disciplina i trasferimenti degli amministratori che, allo stesso tempo, siano anche dipendenti pubblici o privati¹¹³. Il comma 3 dell'art. 78 prevede l'obbligo di astensione dei componenti della giunta comunale, competenti in materia di urbanistica, di edilizia e di lavori pubblici, dall'esercizio di attività professionale in materia di edilizia privata e pubblica nel territorio da essi amministrato. Secondo l'Autorità Anticorruzione, l'ambito di applicazione soggettivo dell'art. 78, comma 3 TUEL va interpretato in senso estensivo. In particolare, sebbene la norma si riferisca agli amministratori degli enti locali, l'art. 78, comma 3 potrebbe riguardare anche i consiglieri municipali e i membri delle giunte municipali. Invero, l'art. 77, comma 2 del TUEL fornisce la «*Definizione di amministratore locales*»¹¹⁴, nella quale vengono

¹¹³ Per un esame della norma e dei suoi profili di maggiore interesse si rinvia a *Commentario breve al Testo Unico sulle autonomie locali*, R. Cavallo Perin e A. Romano, Padova, 2006, pp. 448 ss.; A.D. MASUELLI, Art. 78, in *La riforma degli Enti locali*, F. Piterà e R. Vigotti, I, Torino, 2002, pp. 355 ss.

¹¹⁴ Ai sensi del quale rientrano nella nozione i sindaci, anche metropolitani, i presidenti delle province, i consiglieri dei comuni anche metropolitani e delle province, i componenti delle giunte comunali, metropolitane e provinciali, i presidenti dei consigli comunali, metropolitani

fatti rientrare anche i componenti degli organi di decentramento; secondo l'Autorità, tali componenti sarebbero rappresentati anche dagli appartenenti agli organi che concorrono a formare la struttura del municipio, quale organo di decentramento. In ogni caso, è necessario che lo Statuto comunale deroghi alla tassatività delle cause di incompatibilità dei consiglieri di municipalità previste dal d.lg. n. 39 del 2013. Ciò in quanto, lo si ribadisce, tra il d.lg. n. 39 del 2013 ed il TUEL, in materia di incompatibilità, ricorre un collegamento tale da consentire di interpretare quest'ultimo alla luce del d.lg. n. 39 del 2013 stesso.

Da un punto di vista più generale, l'ANAC ha chiarito, anche in virtù di un recente orientamento della giurisprudenza amministrativa in materia, che l'obbligo di astensione in capo ai membri degli organi collegiali, in presenza di interessi personali confliggenti col perseguimento dell'interesse generale, opera indipendentemente dall'operato imparziale dei suddetti soggetti o dall'assenza di prove della sussistenza di un condizionamento delle loro scelte¹¹⁵. Inoltre, con riferimento all'obbligo di astensione per i soggetti in conflitto di interessi, è stata denunciata l'assenza di misure funzionali a garantire il rispetto dell'art. 78. In particolare, col proprio Atto di segnalazione n. 7/2015, l'Autorità ha denunciato l'assenza di un sistema di controllo esterno o popolare, ovvero di una forma di contestazione formale da parte del consiglio comunale, auspicando un'integrazione normativa in tal senso; è bene evidenziare che l'Autorità ha ritenuto comunque possibile una contestazione formale da parte del consiglio comunale, anche in assenza di una espressa disposizione.

Ai fini di un più completo esame dei doveri di astensione previsti dall'art. 78, occorre dedicare un cenno anche al comma 2, inerente all'obbligo di astensione degli amministratori degli enti locali di cui all'art. 77, comma 2 TUEL. Il suddetto obbligo attiene alla discussione ed alla votazione di

e provinciali, i presidenti, i consiglieri e gli assessori delle comunità montane, i componenti degli organi delle unioni di comuni e dei consorzi fra enti locali, nonché i componenti degli organi di decentramento. La norma prevede che la suddetta elencazione valga esclusivamente per quel che concerne l'applicazione delle norme di cui al Capo IV del Titolo II della Parte I del TUEL, inerente allo *status* degli amministratori locali.

¹¹⁵ Tali considerazioni in merito all'art. 78 sono state espresse nella delibera n. 1307 del 2016, la quale si è riportata a Cons. St., Sez. V, 28 maggio 2012, n. 3133.

delibere relative a questioni coinvolgenti anche interessi degli amministratori o di loro parenti o affini sino al quarto grado; l'obbligo non vige per l'adozione di provvedimenti normativi o di carattere generale, quali i piani urbanistici, salva la sussistenza di una correlazione immediata e diretta fra il contenuto della deliberazione e specifici interessi dell'amministratore o di parenti o affini fino al quarto grado. In merito a tale obbligo, la giurisprudenza amministrativa ha evidenziato che *«La regola dell'astensione del componente dalle deliberazioni assunte dall'organo collegiale, di cui fa parte, deve trovare applicazione in tutti i casi in cui egli, per ragioni di ordine obiettivo, non si trovi in posizioni di assoluta serenità rispetto alle decisioni da adottare di natura discrezionale; in tal senso, il concetto di «interesse» del consigliere alla deliberazione comprende ogni situazione di conflitto o di contrasto di situazioni personali, comportante una tensione della volontà, verso una qualsiasi utilità che si possa ricavare dal contribuire all'adozione di una delibera. Tale regola... costituisce applicazione del principio, di livello costituzionale, di imparzialità e buon andamento che deve contrassegnare l'azione dei pubblici poteri»*¹¹⁶. Il comma 2 dell'art. 78, come anticipato, fa salvo il caso dell'adozione di atti normativi generali, quali i piani urbanistici. In tal modo, viene garantita la speditezza del processo decisionale dei piccoli centri. Sul punto, va evidenziata anche quella prassi secondo cui, nel caso di un conflitto di interessi dell'amministratore, il piano urbanistico venga approvato per parti, con l'amministratore stesso che andrà ad astenersi dal deliberare in merito alla parte relativa all'area oggetto di un proprio interesse personale. Tuttavia, tale pratica non è stata applicata a tutte le cariche pubbliche, determinando la necessità, nel 2004, di promulgare una legge sul conflitto di interessi per i titolari di carica governativa¹¹⁷.

Sempre con riferimento alla tematica del cumulo tra incarichi di indirizzo e di controllo e incarichi aventi ad oggetto attività gestionale nell'ambito degli uffici di supporto agli organi di direzione politica, un'ulteriore disposizione di rilievo è l'art. 90 del TUEL. La norma attiene specificamente agli uffici di supporto agli organi di direzione politica e stabilisce una disciplina peculiare

¹¹⁶ Cons. St., Sez. IV, 4 novembre 2003, n. 7050, che richiama Cons. St., Sez. IV, 23 settembre 1996, n. 1035.

¹¹⁷ A. LALLI, *Conflitti di interessi nel diritto privato e nel diritto pubblico*, cit., pp. 167 – 168.

rispetto a quella delle c.d. collaborazioni esterne. Il comma 3-*bis* dell'art. 90, inserito dall'art. 11, comma 4 della legge n. 114 del 2014, vieta infatti di prestare un'attività gestionale a quei soggetti impiegati presso uffici posti alle dirette dipendenze degli organi di direzione politica. In tal modo, risulta garantita una differenziazione tra le due diverse figure ed un contrasto a quella pratica delle amministrazioni pubbliche consistente nel permettere agli organi politici l'uso di personale esterno attraverso l'attribuzione di incarichi ad alto contenuto di professionalità; tale uso, di fatto, era consentito dalla normativa previgente, in particolare dall'art. 51, comma 7, della l. n. 142 del 1990¹¹⁸.

Un ultimo esempio del rapporto tra il TUEL e il d.lg. n. 39 del 2013, questa volta in chiave problematica, è rappresentato dall'art. 67, contenente le esimenti alle cause di incompatibilità. La norma prevede che «*Non costituiscono cause di ineleggibilità o di incompatibilità gli incarichi e le funzioni conferite ad amministratori del comune, della provincia e della circoscrizione previsti da norme di legge, statuto o regolamento in ragione del mandato elettivo*». Nel prendere in considerazione la disposizione citata, l'ANAC ne ha evidenziato l'incoerenza rispetto allo spirito di cui al d.lg. n. 39 del 2013, che invece punterebbe proprio ad evitare l'attribuzione di incarichi presso enti controllati ai rappresentanti degli enti locali controllanti. In altre parole, si sarebbe verificato un mutamento dell'orientamento legislativo rispetto al TUEL, ai sensi del quale il cumulo delle funzioni di cui all'art. 67 non costituiva fonte di conflitti di interessi. Va evidenziato, in ogni caso, che l'esimente può operare esclusivamente in relazione alle ineleggibilità e alle incompatibilità previste per la carica elettiva ricoperta¹¹⁹. Grazie all'art. 67 TUEL, molti Enti Locali avrebbero inserito all'interno dei propri statuti delle vere e proprie clausole generali con cui consentire agli amministratori comunali di ricoprire incarichi e funzioni presso enti controllati; l'ANAC,

¹¹⁸ *Commentario breve al Testo Unico sulle autonomie locali*, R. Cavallo Perin e A. Romano, cit., pp. 496 ss.; R. PUPILELLA, Art. 90, in *La riforma degli Enti locali*, F. Piterà e R. Vigotti, I, cit., pp. 405 ss.

¹¹⁹ *Commentario breve al Testo Unico sulle autonomie locali*, R. Cavallo Perin e A. Romano, cit., pp. 417 ss..

tuttavia, ha stigmatizzato tale pratica¹²⁰ e ha ribadito l'impossibilità di svolgimento di tali incarichi per gli amministratori locali. A sostegno di tale orientamento, è stata ritenuta dirimente la prevalenza del d.lg. n. 39 del 2013 rispetto al TUEL; il d.lg. n. 39 del 2013, infatti, costituirebbe una fonte successiva di pari livello e di diretta attuazione degli artt. 54 e 97 cost., la quale abrogherebbe le norme del TUEL con essa contrastanti, ivi compreso l'art. 67¹²¹.

3.4. Il conflitto di interessi nel Codice dei contratti pubblici.— La disciplina di riferimento del conflitto di interessi nelle procedure ad evidenza pubblica è contenuta nell'articolo 42 del d.lg. n. 50 del 2016. Tale disposizione, una novità nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, contribuisce a regolare la contrattualistica pubblica particolarmente esposta al rischio di ingerenze, garantendo l'uguaglianza delle posizioni, la parità di trattamento, e la conseguente tutela della concorrenza, l'immagine imparziale del potere pubblico, e, dunque, il prestigio della pubblica amministrazione¹²².

La disciplina valorizza quei profili, già presenti, nell'ordinamento, con riguardo alla magistratura, tendenti a salvaguardare l'immagine di imparzialità dell'Amministrazione e ad evitare la determinazione di un'oggettiva «confusione» tra valutatore e concorrente, di per sé idonea ad appannare l'immagine di imparzialità e di buona amministrazione, al fine di

¹²⁰ Si v. sul punto Cons. St., Sez. I, parere 10 novembre 2004, n. 10166, citato anche dall'Autorità stessa.

¹²¹ Tale posizione è stata evidenziata nell'Atto di segnalazione n. 7/2015, in cui viene richiamato anche il parere sulla normativa AG 60/2015AC.

¹²² Nel previgente sistema normativo in materia di contratti pubblici, costituito dal d.lg. n. 163 del 2006 e dal d.P.R. 10 dicembre 2010, n. 207, non vi era una specifica disciplina del conflitto di interessi. Sul punto interessante, è l'esclusione da parte dell'ANAC del conflitto di interessi ex art. 42, comma 4, del Codice degli appalti, sussistente in capo al Direttore della Direzione Progettazione Infrastrutture ed Opere idrauliche della società «Metropolitana Milanese S.p.A.» ma ad egli *ratione temporis* inapplicabile (v. delibera dell'ANAC n. 319 del 2018).

scongiurare il verificarsi nelle gare pubbliche di fenomeni distorsivi della *par condicio* e di una «sana» concorrenza tra gli operatori economici¹²³.

La norma stabilisce che spetta alle stazioni appaltanti prevedere misure adeguate per contrastare le frodi e la corruzione nonché per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interessi nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici¹²⁴.

Tale previsione è in linea con la giurisprudenza della Corte di Giustizia che attribuisce alle Amministrazioni aggiudicatrici un ruolo attivo nell'applicazione dei principi di aggiudicazione degli appalti pubblici¹²⁵. Secondo tale orientamento, l'Amministrazione aggiudicatrice è, in ogni caso, tenuta a verificare la sussistenza di eventuali conflitti di interessi e ad adottare le misure adeguate al fine di prevenire, di individuare i conflitti di interesse e di porvi rimedio. Invero, sarebbe incompatibile con siffatto ruolo attivo far gravare sull'offerente escluso l'onere di provare, nell'ambito del procedimento di ricorso, la parzialità concreta degli esperti nominati dall'Amministrazione aggiudicatrice. Quindi, se il ricorrente presenta elementi oggettivi che mettono in dubbio l'imparzialità di un esperto dell'Amministrazione aggiudicatrice, spetta a detta Amministrazione aggiudicatrice esaminare tutte le circostanze rilevanti che hanno condotto all'adozione della decisione relativa all'aggiudicazione dell'appalto al fine di prevenire, di individuare i conflitti di interesse e di porvi rimedio.

Riprendendo l'art. 24 della Direttiva n. 24 del 2014, l'art. 42 al secondo comma prosegue stabilendo che si ha conflitto di interessi *«quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e*

¹²³ V. Cons. St., Sez. V, n. 3415/2017 ove si fa riferimento alle seguenti pronunce: Cons. St., Sez. VI, 13 febbraio 2004, n. 563; Cons. St., Sez. IV, 7 ottobre 1998, n. 1291; Cons. Giust. Amm. Sic., Sez. giur., 26 aprile 1996, n. 83; Cons. St., Sez. IV, 25 settembre 1995, n. 775.

¹²⁴ V. art. 42, comma 1, d.lg. n. 50 del 2016.

¹²⁵ V. Corte giust., 16 dicembre 2008, C-213/07, *Michaniki AE c. Ethniko Symvoulio Radiotileorasis e Ypourgos Epikrateias*, punto 45; Corte giust., Sez. V, 12 marzo 2015, C538/13 *eVigilo Ltd c. Priešgaisrines apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*

delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62».

Il legislatore, ha previsto, poi, qualora il soggetto operante in nome o per conto della stazione appaltante versi in una delle ipotesi di cui al comma 2, l'obbligo per lo stesso di darne comunicazione alla stazione appaltante e di astenersi dal partecipare alla procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, obblighi la cui mancata osservanza, fatte salve le ipotesi di responsabilità amministrativa e penale, costituisce comunque fonte di responsabilità disciplinare a carico del dipendente pubblico¹²⁶.

L'articolo 42 del Codice dei contratti pubblici, infine, va coordinato con l'articolo 80, comma 5, lettera d) del medesimo decreto legislativo, secondo il quale l'operatore economico è escluso dalla gara quando la sua partecipazione determini una situazione di conflitto di interessi ai sensi dell'articolo 42, comma 2, d.lg. n. 50 del 2016, che non sia diversamente risolvibile, come meglio si dirà avanti.

In riferimento all'ambito oggettivo di applicazione dell'articolo 42 del Codice dei contratti pubblici lo stesso si riferisce a tutte le procedure di aggiudicazione di appalti e concessioni nei settori ordinari, sopra e sotto soglia; agli appalti nei settori speciali, in quanto compatibile, e agli appalti assoggettati al regime particolare di cui alla parte II, titolo VI, in forza dell'articolo 114, comma 1 del Codice; nonché ai contratti esclusi dall'applicazione del codice medesimo, i quali, in virtù dell'art. 4, del Codice

¹²⁶ V. art. 42, comma 3, d.lg. n. 50 del 2016. 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), par. 2.2.

devono essere, in ogni caso, affidati nel rispetto dei principi di imparzialità e parità di trattamento¹²⁷.

In riferimento all'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 42, l'Autorità, così come la giurisprudenza amministrativa, ha specificato che con l'espressione «personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi» cui alla norma in questione, debbano intendersi non solo i dipendenti in senso stretto (lavoratori subordinati dei soggetti giuridici ivi richiamati) ma anche tutti coloro che, in base ad un valido titolo giuridico, legislativo o contrattuale, siano in grado di impegnare l'ente nei confronti dei terzi o comunque rivestano, di fatto o di diritto, un ruolo tale da poterne obiettivamente influenzare l'attività esterna¹²⁸. Si potrebbe pensare, in via esemplificativa, ai membri degli organi di amministrazione e controllo della stazione appaltante che non sia un'amministrazione aggiudicatrice, agli organi di governo delle amministrazioni aggiudicatrici e agli organi di vigilanza esterni¹²⁹.

Diversamente si enterebbe nella contraddizione di escludere dalla portata della norma proprio quei soggetti che più di altri sono in grado di condizionare l'operato dei vari operatori del settore (pubblici e privati) e dunque si darebbe vita a situazioni di conflitto che la norma vuol prevenire, ossia i componenti degli organi di amministrazione e controllo. Invero, se la norma sul conflitto di interessi si applica sicuramente ai dipendenti

¹²⁷ Cfr. Linee Guida dell'ANAC n. 15, approvate con delibera n. 494 del 2019, *«Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici»*, par. 3 *«Ambito di applicazione oggettivo dell'art. 42 del codice dei contratti pubblici»*.

Si precisa che il testo delle Linee Guida è stato elaborato tenendo conto delle istruzioni operative fornite dalla Commissione Europea - Ufficio Europeo per la lotta antifrode (OLAF) nella guida pratica per i dirigenti recante *«Individuazione dei conflitti di interessi nelle procedure d'appalto nel quadro delle azioni strutturali»*, adottate nel novembre del 2013 e dei contributi pervenuti dai soggetti intervenuti alla consultazione pubblica eseguita dall'ANAC a partire dal 18 ottobre 2019 ed è stato sottoposto al parere del Consiglio di Stato n. 667/2019 datato 05/03/2019.

¹²⁸ V. Cons. St., Sez. V, n. 3415/2017, e nello stesso senso, TAR Campania, Salerno, n. 524/2018.

¹²⁹ Cfr. Linee Guida dell'ANAC n. 15, approvate con delibera n. 494 del 2019, *«Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici»*, par. 4 *«Ambito soggettivo di applicazione dell'art. 42 del codice dei contratti pubblici»*.

«operativi», a maggior ragione andrà applicata anche agli organi ed uffici direttivi e di vertice.¹³⁰

Inoltre, l'art. 77, comma 6, del Codice dei contratti pubblici prevede che l'articolo 42 si applichi anche ai commissari e ai segretari delle commissioni giudicatrici, fatte salve le cause di incompatibilità e di astensione specificamente previste dal citato articolo 77, di cui di dirà più avanti.

In definitiva, dunque, l'articolo 42 si applica ai soggetti sopra individuati che siano coinvolti in una qualsiasi fase della procedura di affidamento¹³¹ o che possano influenzarne in qualsiasi modo l'esito in ragione del ruolo ricoperto all'interno dell'ente.

Occorre, ora, fare una premessa circa la questione del raccordo dell'art. 42 d.lg. n. 50 del 2016 con le altre fonti normative in cui si inquadra la disciplina generale del conflitto di interessi, questione che solleva anche il solo richiamo della norma, quali situazioni di conflitto, quelle previste dall'art. 7 del d.P.R. n. 62 del 2013.

L'art. 42, richiamando solo l'art. 7 del d.P.R. n. 62 del 2013 e non anche, ad esempio, l'art. 6-*bis* della l. n. 241 del 1990 né l'art. 53 del d.lg. n. 165 del 2001 né l'art. 51 c.p.c., senza operare, quindi, alcun riferimento esplicito alla categoria del conflitto «anche potenziale» né alle «gravi ragioni di convenienza», sembrerebbe riferirsi solamente alla categoria inerente all'«interesse finanziario, economico o altro interesse personale», con la conseguente inapplicabilità di tali norme nella parte riferita alla categoria di conflitto potenziale o derivante dalle gravi ragioni di convenienza.

Tuttavia, sebbene intercorra un rapporto di specialità tra l'art. 42 e le altre disposizioni vigenti in materia, occorre precisare che tale rapporto interviene quale criterio di risoluzione delle antinomie e che, dunque, la prevalenza delle previsioni della norma speciale si verifica solo ove le altre disposizioni siano in conflitto con essa. Nella specie le disposizioni di cui agli artt. 6-*bis* l. n. 241 del 1990, 53 d.lg. n. 165 del 2001, 7 d.P.R. n. 62 del

¹³⁰ V. Cons. St., Sez. V, n. 3415/2017, e nello stesso senso, TAR Campania, Salerno, n. 524/2018.

¹³¹ Ad esempio, le fasi di programmazione, progettazione, preparazione documenti di gara, selezione dei concorrenti, aggiudicazione, sottoscrizione del contratto, esecuzione, collaudo, pagamenti.

2013 e 51 c.p.c. citati non sono in contrasto con l'art. 42 ma sono con esso in un rapporto di complementarità.

A tal proposito, l'ANAC aveva affermato che le situazioni di conflitto di interesse di cui all'articolo 7 del d.P.R. n. 62 del 2013, sarebbero richiamate dall'articolo 42 del codice dei contratti pubblici a titolo meramente esemplificativo e rappresenterebbero 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 legislatore¹³².

Tale interpretazione, però, ha suscitato alcuni dubbi in capo al Consiglio di Stato che ha manifestato il timore che la stessa, postulando una definizione di conflitto di interessi troppo generica ed indeterminata, renda impossibile determinare l'oggetto dell'eventuale omissione da parte del soggetto pubblico della dichiarazione del conflitto di interessi¹³³.

Infatti, una simile soluzione non sarebbe accettabile in ragione delle gravi conseguenze giuridiche previste *ex lege* per una tale omissione, le quali consistono non solo in ricadute disciplinari ma anche penali ai sensi dell'art. 323 c.p. L'obbligo di astensione ove prescritto (e, dunque, anche quello prescritto dall'art. 42) è inteso dalla Corte di legittimità come un dovere, non dipendente dall'avversarsi del fatto dannoso¹³⁴, introdotto nell'ordinamento in via generale e disciplinato dall'art. 323 c.p., quale norma penale in bianco completata dal richiamo alle varie ipotesi di astensione contemplate dalle leggi speciali.

Pertanto, la sezione consultiva del Consiglio di Stato ha ritenuto di evidenziare le tre categorie distinte di conflitto di interessi identificabili con sufficiente determinatezza nell'art 42 del Codice.

La prima è individuabile laddove il soggetto pubblico abbia direttamente o indirettamente un interesse finanziario, economico o altro interesse

¹³² V. paragrafo 2.6 dello Schema di Linee guida aventi ad oggetto «*Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*».

¹³³ V. Cons. St., parere n. 667 del 2019, par. 3.

¹³⁴ V. *ex multis* Cass. Pen., Sez. VI, 15 marzo 2013, n. 14457; 19 ottobre 2004, n. 7992.

personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione¹³⁵. In merito alla prima categoria occorre osservare che gli interessi economici, finanziari o anche solo personali sono stati tradizionalmente ricondotti dalla giurisprudenza amministrativa al concetto di «gravi ragioni di convenienza», e, dunque, a fattispecie integranti conflitto di interessi¹³⁶. Appare, pertanto, che il legislatore, introducendo l'art. 42, abbia tentato di tipizzare fattispecie di conflitto di interessi già individuate dalla giurisprudenza che, tuttavia, rimangono, nella loro formulazione, troppo generiche per costituire la base di un obbligo di segnalazione e astensione. Infatti, la norma stabilisce solo che si ha conflitto di interessi in una situazione in cui sussista un interesse economico o personale dell'agente e che ciò rileva solo se percepito come minaccia alla imparzialità dell'azione amministrativa, senza, però, chiarire il reale significato degli aggettivi «economico, finanziario e personale».

Il Consiglio di Stato ha, difatti, invitato l'Autorità a fornire nelle Linee Guida «*Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*» un parametro interpretativo di tali aggettivi, mettendoli in relazione agli atti di gara¹³⁷; in particolare, ha suggerito di precisare, ad esempio, che sussiste un interesse economico finanziario perlomeno in due ipotesi¹³⁸.

La prima ricorre quando l'interesse avvantaggi il soggetto agente operante in nome o per conto della stazione appaltante in danno alla Stazione e dunque alla tutela dell'uguaglianza delle posizioni, della parità di trattamento e della conseguente tutela della concorrenza (più in generale il c.d. interesse sostanziale funzionalizzato). La seconda si verifica ove il comportamento dell'agente arrechi a questi un vantaggio non a scapito dell'interesse sostanziale funzionalizzato ma a vantaggio di un terzo, proteggendosi, in

¹³⁵ V. art 42, comma 2, primo periodo, d.lg. n. 50 del 2016.

¹³⁶ V. *ex multis* Cons. St., Sez. III, 2 aprile 2014, n. 1577; Cons. St., Sez. V, 9 luglio 2015, n. 3443.

¹³⁷ Le precisazioni fornite dal Consiglio di Stato in sede consultiva sono state inserite nelle Linee Guida definitive n. 15, approvate con delibera dell'ANAC n. 494 del 2019, «*Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*», par. 2.4, 2.5.

¹³⁸ V. Cons. St., parere n. 667 del 2019.

questo caso, il profilo immateriale dell'interesse funzionalizzato, ovvero l'immagine imparziale della Stazione¹³⁹.

Inoltre, il Consiglio di Stato ha rilevato l'opportunità di sottolineare che l'interesse economico o finanziario non può derivare da una posizione giuridica soggettiva indifferenziata o casuale, ma da un nesso personale, diretto, qualificato e specifico dell'agente con i benefici economici finanziari raggiunti in virtù degli atti da lui posti in essere e che l'interesse «personale» debba essere associato al concetto di «gravi ragioni di convenienza» così come elaborate dalla giurisprudenza amministrativa¹⁴⁰.

Quanto, poi, alla seconda e alla terza categoria di conflitto di interessi, esse si desumono dal richiamo alle fattispecie dell'art. 7 del d.P.R. n. 62 del 2013: la seconda si riferisce alle fattispecie tipiche, mentre la terza alla parte della norma che attiene alle «gravi ragioni di convenienza», fattispecie che può essere equiparata a quella di cui all'art. 6-*bis* l. n. 241 del 1990, ovvero al conflitto di «interesse anche potenziale». Infatti, per situazioni di «potenziale conflitto» si intendono quelle che pur non costituendo una delle situazioni tipizzate, siano destinate ad evolvere in un conflitto tipizzato con riferimento alle previsioni esplicite riguardanti le situazioni contemplate dal detto art. 7¹⁴¹ (ad es. un fidanzamento che si risolva in un matrimonio determinante la affinità con un concorrente).

Accanto a tali ipotesi, vanno considerate anche quelle situazioni le quali possano favorire l'insorgere di un rapporto di favore o comunque di non indipendenza e imparzialità in relazione a rapporti pregressi, solo però se inquadrabili per sé nelle categorie dei conflitti tipizzati. Un tipico esempio in tal senso è una situazione di pregressa frequentazione abituale che potrebbe e, dunque, potenzialmente, riprendere o comunque ingenerare dubbi di parzialità. Entrambi i tipi di situazione, quelle che possono evolvere in un conflitto e quelle che a fronte di un rapporto passato possono favorirlo, sono espressione delle gravi ragioni di convenienza di cui agli art.

¹³⁹ V. Cons. St., Sez. V, 11 luglio 2017, n. 3415; Cons. St., 14 maggio 2018, n. 2853.

¹⁴⁰ V. Cons. St., parere n. 667 del 2019.

¹⁴¹ Pendenza di cause, rapporti di debito o credito significativi, ruolo di curatore, procuratore o agente, ovvero di amministratore o gerente o dirigente di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti.

7 d.P.R. n. 62 del 2013 e 51 c.p.c. richiamati ed anche del «potenziale conflitto» di cui agli articoli 6-*bis* l. n. 241 del 1990 e 53 d.lg. n. 165 del 2001 citati.

La qualificazione «potenziale» così come le «gravi ragioni di convenienza» sono, invero, formule linguistiche che si equivalgono in quanto ad entrambe sono riconducibili tipi di rapporto destinati, con un ragionevole grado di probabilità, a integrare un conflitto di interessi per la loro corrispondenza o affinità alle situazioni tipizzate.

Occorre aggiungere che l'ANAC aveva ricondotto tra gli interessi dell'agente che possano entrare in conflitto con l'interesse funzionalizzato tutelato dallo stesso, anche una situazione di controllo o collegamento *ex* articolo 2359 c.c. sussistente tra la stazione appaltante e la società concorrente¹⁴². Tale scelta deriverebbe dal rischio di favorire le società partecipate rispetto agli altri operatori economici, non legati da rapporti di natura societaria con la stazione appaltante, derivante anche dalla possibile asimmetria informativa tra i concorrenti.

Tuttavia, il Consiglio di Stato ha rilevato che le reali difficoltà che si possono incontrare in caso di situazioni in cui una società controllata partecipi alla gara indetta dalla sua controllante, non giustificano il tentativo di riconoscere nell'art. 42, comma 2, del codice una simile regola.

Infatti, occorre sempre tenere presente che l'art. 42 del codice non disciplina l'eventuale danno alla concorrenza derivante dalla partecipazione azionaria della stazione appaltante, bensì esclusivamente le situazioni di conflitto di interessi del funzionario pubblico consistente nel favorire un concorrente, così danneggiando la concorrenza, e quindi l'interesse materiale della stazione appaltante alla scelta migliore nonché l'immagine della stessa¹⁴³.

Diversamente ne discenderebbe che qualunque funzionario della stazione appaltante risulterebbe in conflitto di interessi permanente nel caso di partecipazione di una controllata, con la conseguenza di determinare indirettamente l'esclusione dalle gare delle società partecipate dalla stazione.

¹⁴² V. paragrafo 2.4. dello Schema di Linee guida aventi ad oggetto «*Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*».

¹⁴³ V. in tal senso Cons. St., Sez. V, n. 3401/2018.

Il conflitto ai sensi dell'art. 42 del Codice, invece, non si verificherebbe in tali ipotesi dal momento che mancherebbe il presupposto stesso per la sua applicazione, ovvero un conflitto di interessi. Invero, nel caso della partecipazione di una controllata l'interesse funzionalizzato della stazione appaltante e l'interesse terzo di cui sarebbe avvantaggiato la società partecipata coinciderebbero, interessi che invece, dovrebbero essere in conflitto. Risulta, così, evidente l'impossibilità di far rientrare tali ipotesi nella categoria giuridica del conflitto di interessi.

In ogni caso, il Consiglio di Stato nonostante abbia evidenziato la permanenza della problematica concernente la legittimazione o meno della partecipazione a gare di società controllate dalla stazione appaltante, ha anche rilevato che la stessa non può che essere considerata estranea a quella riguardante la situazione giuridica soggettiva dell'agente, e più in generale alla materia trattata¹⁴⁴.

In definitiva, si possono trarre le prime considerazioni sul tema raggiunte dall'organo consultivo: il codice dei contratti pubblici, ponendo come condizione di rilevanza del conflitto il fatto che la situazione possa «essere percepita» come una minaccia alla imparzialità e indipendenza dell'agire, introducendo per la prima volta l'obiettivo della tutela dell'interesse immateriale della p.a., ha allargato il parametro di giudizio sulla «gravità delle ragioni di convenienza», lasciando, tuttavia, la gestione vera e propria del rischio ad un mero rinvio alle ipotesi di obbligo di astensione previste dall'art. 7 del d.P.R. n. 62 del 2013.

Attualmente, l'indeterminatezza delle fattispecie che possono integrare situazioni di conflitto di interessi non espressamente tipizzate, non può, dunque, che essere colmata mediante un'indagine del caso concreto, volta a verificare l'imparzialità ed il buon andamento dell'azione amministrativa

¹⁴⁴ Coerentemente l'ANAC ha eliminato nelle Linee Guida definitive n. 15 (delibera n. 494 del 2019) «*Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*» il riferimento alle situazioni di controllo o collegamento ex articolo 2359 c.c. sussistente tra la stazione appaltante e la società concorrente, quali interessi dell'agente che possono entrare in conflitto con l'interesse funzionalizzato tutelato dallo stesso.

della stazione appaltante e, contestualmente, se la stessa sia percepita come minaccia a tali principi¹⁴⁵.

Si possono, pertanto, individuare fattispecie tipiche e atipiche di conflitto di interessi nell'ambito di gare d'appalto.

Quanto alle prime, esse risultano facilmente identificabili, avendo il legislatore già individuato i presupposti e le condizioni per l'integrazione delle stesse (cfr. art. 7 del d.P.R. n. 62 del 2013). Per quanto riguarda, invece, le ipotesi atipiche di conflitto di interessi, l'utilizzo di ampie espressioni quali l'aggettivo «potenziale» nonché il concetto di «interesse personale» e di «gravi ragioni di convenienza» sopra esaminate, lascia all'interprete un ampio margine di discrezionalità nell'individuazione della situazione di conflitto di interesse, rendendosi, pertanto, necessario fornire adeguati elementi di valutazione alla stazione appaltante¹⁴⁶.

Con particolare riferimento, poi, agli obblighi dichiarativi e comunicativi in capo al dipendente pubblico previsti dall'art. 42, comma 3, Codice degli appalti, l'Autorità ha specificato che al momento dell'assegnazione all'ufficio, i dipendenti pubblici rendono la dichiarazione di cui all'articolo 6, comma 1, del d.P.R. n. 62 del 2013 (c.d. dichiarazione sostitutiva sul conflitto di interessi), per quanto a loro conoscenza¹⁴⁷. Tale dichiarazione dovrebbe estendersi sino ad avere ad oggetto la sussistenza di conflitti di interesse potenziali che possono insorgere già nella fase dell'individuazione dei bisogni dell'amministrazione e ancor prima che siano noti i concorrenti¹⁴⁸. Il Consiglio di Stato ha chiarito che tale estensione debba essere interpretata nel senso che, poiché il conflitto di interessi per sé può ingenerarsi solo alla presenza di concorrenti individuati e non *in incertam*

¹⁴⁵ V. par. 2.6 delle Linee Guida definitive n. 15 (delibera n. 494 del 2019) «*Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*».

¹⁴⁶ Cfr. *ex multis*, Cons. St., Sez. V, 19 settembre 2006, n. 5444 per cui «*le situazioni di conflitto di interessi, nell'ambito dell'ordinamento pubblicistico non sono tassative, ma possono essere rinvenute volta per volta, in relazione alla violazione dei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 Cost., quando esistano contrasto ed incompatibilità, anche solo potenziali, fra il soggetto e le funzioni che gli vengono attribuite*».

¹⁴⁷ V. Linee Guida n. 15 aventi ad oggetto «*Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*», par. 5.1.

¹⁴⁸ V. Linee Guida n. 15 aventi ad oggetto «*Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*», par. 5.2.

personam, l'oggetto di tale dichiarazione possa anche riferirsi a situazioni di potenziale conflitto derivanti da rapporti del soggetto agente con privati individuati i quali, in astratto e *de futuro*, potrebbero partecipare alle gare indette dalla stazione appaltante¹⁴⁹.

L'Autorità ha evidenziato, inoltre, che, ai sensi dell'articolo 6-*bis* della legge n. 241 del 1990, è previsto un obbligo di segnalazione dei conflitti di interessi, anche potenziali, in capo al responsabile del procedimento e ai titolari degli uffici competenti ad adottare pareri, valutazioni tecniche, atti endoprocedimentali e il provvedimento finale¹⁵⁰.

Con riferimento a tali dichiarazioni, l'Autorità ha sottolineato l'obbligo in capo ai funzionari di fornirne un aggiornamento in caso di modifiche sopravvenute¹⁵¹, per le quali devono necessariamente intendersi i mutamenti intervenuti dal momento della prima dichiarazione, non potendosi sopperire con una successiva dichiarazione integrativa ad eventuali manchevolezze della prima¹⁵².

Inoltre, l'ANAC, in linea con i suggerimenti forniti nella «Guida OLAF»¹⁵³, ha ritenuto opportuno chiedere al personale di rendere la dichiarazione sostitutiva sul conflitto di interessi, oltre che all'atto dell'assegnazione all'ufficio, anche in occasione di ogni singola gara¹⁵⁴. Tuttavia, tale soluzione non è apparsa al Consiglio di Stato conforme all'art. 42 del Codice, il quale prevede a carico del personale un obbligo di comunicazione nelle ipotesi in cui è configurabile in concreto una ipotesi di conflitto, ma non prevede

¹⁴⁹ V. Cons. St., parere n. 667 del 2019.

¹⁵⁰ V. Linee Guida n. 15 aventi ad oggetto «*Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*», par. 5.1.

¹⁵¹ V. Linee Guida n. 15 aventi ad oggetto «*Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*», par. 5.3.

¹⁵² V. Cons. St., parere n. 667 del 2019.

¹⁵³ V. par. 2.2. della Guida pratica per i dirigenti «*Individuazione dei conflitti di interessi nelle procedure d'appalto nel quadro delle azioni strutturali*» del novembre 2013.

¹⁵⁴ V. paragrafo 6.1 delle Linee guida n. 15 aventi ad oggetto «*Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*» ove si afferma che «*Ferme restando le disposizioni richiamate al paragrafo 5, i soggetti di cui al paragrafo 4 che ritengano di trovarsi in una situazione di conflitto di interessi rispetto alla specifica procedura di gara e alle circostanze conosciute che potrebbero far insorgere detta situazione, devono rendere una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà e di certificazione ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica n. 445/2000*».

espressamente il dovere di rendere una dichiarazione sostitutiva preventiva ogni volta in cui la stazione appaltante avvia una procedura selettiva.

Sembrerebbe, invero, a detta del Giudice amministrativo, sufficiente stabilire, anche in via regolamentare, secondo le procedure della stazione appaltante, il dovere del dipendente di aggiornare la dichiarazione sostitutiva, indispensabile ai sensi del d.P.R. n. 62 del 2013 e della l. n. 241 del 1990 in presenza di fatti sopravvenuti, e richiamare l'obbligo di astensione nella singola procedura. Così facendo, la dichiarazione originaria può intendersi confermata anche in occasione dell'espletamento delle singole procedure ad evidenza pubblica a meno che non sorga un obbligo di comunicazione (*ex* art. 42, co. 3, d.lg. n. 50 del 2016) qualora, con riferimento alla singola procedura selettiva, il dipendente versi in una situazione di conflitto di interessi di cui al secondo comma del medesimo articolo 42¹⁵⁵.

Quanto, poi, al caso dell'esclusione dalla gara del concorrente, l'art. 80, co. 5, lett. d) pone notevoli problemi di interpretazione.

In primo luogo, va evidenziato che l'art. 80, co. 5, lett. d), diversamente dall'art. 42 che attiene alla situazione in cui versa il dipendente della stazione appaltante, si riferisce alle situazioni dell'operatore economico, e prevede l'esclusione dello stesso nel caso in cui la sua partecipazione determini un conflitto di interessi «non diversamente risolvibile».

Tuttavia, se si considera la nozione stessa di conflitto di interessi che comporta una situazione bilaterale che vede da una parte il concorrente-operatore economico e dall'altra il funzionario o consulente che partecipa alla procedura incardinata nella organizzazione della Stazione e che il concorrente con la sua partecipazione si limita ad usufruire di un suo interesse legittimo costituzionalmente protetto, e che non necessariamente deve essere a conoscenza della situazione personale che genera il conflitto, risulta evidente che la risoluzione di tale conflitto non può essere imposto al concorrente. Per l'operatore economico, invero, l'unico rimedio, in violazione dei suoi diritti costituzionali, sarebbe quello di non partecipare alla gara. Pertanto, l'obbligo di risolvere il conflitto

¹⁵⁵ V. Cons. St., parere n. 667 del 2019.

sembrerebbe incombere sempre sul funzionario pubblico e sulla Stazione, la quale è titolare del potere di garantire e soddisfare l'interesse legittimo ed è quindi tenuta ad adeguare la propria organizzazione per permettere la soddisfazione di esso e il conseguimento del bene della vita sottostante, per altro tutelato dall'art. 41 della Costituzione¹⁵⁶.

Per dare un'applicazione costituzionalmente orientata alla lett. d) del comma 5 dell'art. 80 del codice, occorre inoltre ritenere che la irrisolvibilità del conflitto debba essere valutata in termini di impossibilità oggettiva, che non facciano riferimento a ragioni di correttezza amministrativa o alle sia pure gravi difficoltà organizzative, che possono essere superate.

Pertanto, secondo il Consiglio di Stato, l'esclusione del concorrente dalla gara ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera d) del codice deve essere una misura da disporre solo come *extrema ratio*, quando sono assolutamente e oggettivamente impossibili sia la sostituzione del soggetto che versa nella situazione di conflitto di interesse, sia l'avocazione dell'attività al responsabile del servizio, sia il ricorso a formule organizzative alternative previste dal codice. Inoltre, l'impossibilità di sostituire il dipendente, di disporre l'avocazione o di ricorrere a formule alternative, deve essere assoluta, oggettiva, puntualmente ed esaustivamente motivata e dimostrata¹⁵⁷.

Infine, merita specifico approfondimento la disciplina relativa alla composizione della commissione aggiudicatrice contenuta nell'art. 77 del Codice dei contratti pubblici e sistematizzata dall'Autorità in specifiche Linee Guida¹⁵⁸ cui la giurisprudenza amministrativa¹⁵⁹ sembra avere espressamente aderito.

¹⁵⁶ V. Cons. St., parere n. 667 del 2019, par.3.

¹⁵⁷ V. Linee Guida n. 15 aventi ad oggetto «*Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*», par. 9.1.

¹⁵⁸ V. Linee Guida n. 5/2016 «*Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici*» (contenute nella delibera n. 1190 del 2016), aggiornate di recente con la delibera n. 4 del 2018.

¹⁵⁹ V. Cons. St., n. 6299/2018, par. III.

Ai sensi dell'art. 77, comma 9, incombe sui commissari di gara l'obbligo di dichiarare, al momento dell'accettazione dell'incarico, o in una fase antecedente, l'inesistenza di cause di incompatibilità o di astensione¹⁶⁰.

L'assenza delle stesse deve persistere per tutta la durata dell'incarico e presuppone la sussistenza di un interesse attuale e diretto per potersi ravvisare un obbligo di astensione, imponendo, inoltre, l'allegazione di concreti elementi dai quali desumere l'effettiva incompatibilità, non potendo farsi riferimento ad elementi presuntivi e generici¹⁶¹. Tali cause sono contemplate dai commi 4, 5 e 6 dello stesso articolo.

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

Anche per il commissario, dunque, ai fini della composizione delle commissioni, rilevano quei profili tendenti alla salvaguardia dell'immagine di imparzialità e di buona amministrazione.

Pertanto, i principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa in tema di nomina di commissari incompatibili nella commissione aggiudicatrice sono stati di recente estesi anche alle ipotesi di commissari in conflitto di interessi. Anche in tali casi il Consiglio di Stato ha ritenuto non ammissibile la semplice sostituzione di un componente in capo al quale sussiste un conflitto di interessi¹⁶², affermando la necessità della sostituzione di tutti i commissari, così scongiurando ogni possibile influenza che l'attività di uno

¹⁶⁰ Si consideri che tale obbligo dichiarativo è stato interpretato dalla giurisprudenza amministrativa in termini alquanto stringenti. La stessa ha affermato che non rileva, ai fini degli obblighi dichiarativi il lasso temporale intercorrente, seppur di lunga durata, tra lo svolgimento delle funzioni di commissario con l'attività lavorativa antecedentemente svolta dallo stesso presso un'impresa concorrente (Cons. St., n. 6299/2018).

¹⁶¹ V. Cons. St., n. 4054/2018.

¹⁶² V. Cons. St., n. 6299/2018, ove si rinvia ai principi espressi da Cons. St., n. 4830/2018.

dei commissari in conflitto di interessi possa aver avuto nei confronti degli altri commissari durante le operazioni di gara e garantendo il rispetto del principio di trasparenza nello svolgimento delle attività di gara.

Quanto poi agli effetti di tale sostituzione sugli atti anteriori, il Consiglio di Stato ha affermato che vengono travolti per illegittimità derivata tutti gli atti successivi alla nomina della commissione sostituita della procedura di gara fino all'affidamento del servizio, ma non anche gli atti anteriori, in ossequio al principio generale per il quale l'invalidità ha effetti nei confronti degli atti a valle e non nei confronti degli atti a monte¹⁶³.

Inoltre, la giurisprudenza amministrativa, anche con riferimento all'accertamento della sussistenza dell'eventuale conflitto di interessi dei commissari, ha ribadito il ruolo attivo che deve caratterizzare l'operato dell'amministrazione appaltante, normativamente previsto dall'art. 77, comma 9, del Codice degli appalti¹⁶⁴. Invero anche la circostanza che il soggetto, designato Presidente della Commissione, non abbia compiutamente e preventivamente rappresentato alla Stazione appaltante l'esistenza di una situazione di potenziale conflitto di interessi non è idonea ad invalidare la determinazione di nomina della Commissione ovvero l'intera procedura di gara. Quel che rileva è, infatti, che l'amministrazione abbia, nel corso del procedimento, correttamente valutato l'inesistenza di ipotesi tali da determinare la ricorrenza effettiva e concreta di una situazione di incompatibilità o di conflitto di interessi del componente la Commissione, tale da renderne doverosa l'astensione, senza che possa perciò assumere alcuna valenza dirimente, ai fini dell'illegittimità dell'esclusione, il fatto che l'Amministrazione non ne sia stata previamente informata dal commissario.

¹⁶³ V. Cons. St., n. 4830/2018, ove si rinvia ai principi espressi in Cons. St., Ad. Plen., 7 maggio 2013, n. 13.

¹⁶⁴ V. Cons. St., n. 7170/2018, par. 4.3. Lo stesso principio è stato affermato dal Cons. St., n. 6299/2018, laddove si legge che «il fatto che il rilievo di eventuali legami sia rimesso all'autodichiarazione dei commissari medesimi, non rende il motivo di incompatibilità meno stringente o vincolante per l'Amministrazione, cui comunque è rimesso il controllo».

4. CRITICITÀ E ALCUNE PROPOSTE

A conclusione dello studio condotto appare opportuno trarre alcune considerazioni critiche.

L'adozione del d.lg. n. 39 del 2013 ha rappresentato un punto di svolta per la prevenzione e la repressione dei conflitti di interessi relativi allo svolgimento degli incarichi amministrativi. Come già evidenziato, il decreto costituisce la prima fonte normativa che affronta il tema anzidetto in modo organico e completo. La scelta del legislatore di dedicare alla problematica del conflitto di interessi uno strumento normativo apposito va giudicata positivamente.

Tuttavia, diverse sono le questioni problematiche ancora aperte.

In primo luogo, occorre soffermarsi sul rapporto tra l'ANAC ed il RPCT, quanto agli esiti del procedimento, di competenza di quest'ultimo, con cui vengono contestate eventuali inconferibilità o incompatibilità in capo ad un pubblico dipendente, nonché alla correlata questione della natura del potere d'ordine esercitabile dall'Autorità nei confronti del RPCT. A tutto ciò si ricollega anche l'interrogativo sul valore da dover riconoscere alle delibere dell'Autorità. La sentenza della V sezione del Consiglio di Stato n. 126/2018 ha fornito un primo contributo alla soluzione dei suddetti problemi, ma permangono ancora incertezze. Dalla richiamata pronuncia si ricava che la delibera dell'ANAC costituisce un provvedimento di accertamento costitutivo di effetti giuridici dal quale possono derivare ulteriori possibili iniziative da parte del RPCT; in particolare, il giudice amministrativo ha confermato la sussistenza del potere dell'Autorità di accertare la nullità di un atto di conferimento dell'incarico, nel caso di violazioni delle relative norme del d.lg. n. 39 del 2013. Un'ulteriore conseguenza derivante dai provvedimenti dell'ANAC è rappresentata dal fatto che, per il RPCT, una delibera di accertamento di una inconferibilità o di una incompatibilità emanata dall'Autorità costituirà uno stimolo all'attivazione di un procedimento con cui valutare una contestazione al dipendente pubblico. In altre parole, indipendentemente dall'esito degli accertamenti del RPCT, il fatto stesso che quest'ultimo sia posto nelle condizioni di attivarsi a seguito

di una delibera dell'ANAC costituisce il secondo possibile effetto derivante dal predetto provvedimento. In virtù dei caratteri suindicati, la delibera adottata dall'Autorità è idonea ad essere impugnata in sede giurisdizionale. Tuttavia, le prerogative che il Consiglio di Stato ha riconosciuto all'ANAC vengono messe in discussione laddove si prenda in esame quanto emerge dal rapporto intercorrente tra quest'ultima ed il RPCT. Invero, il giudice amministrativo ha escluso che il potere d'ordine dell'Autorità possa vincolare nel merito le valutazioni del RPCT. Conseguentemente, i provvedimenti dell'ANAC, per quanto contengano accertamenti di un'Autorità caratterizzata da specifica competenza in materia, allo stato della giurisprudenza attuale, non sono vincolanti per il RPCT. A questo punto, occorre ricordare che quest'ultimo, all'esito del proprio procedimento, non deve solo contestare, ad esempio, un'ipotesi di inconferibilità al diretto interessato, ma deve anche dichiarare nullo il relativo atto di conferimento. Conseguentemente, sussiste la concreta possibilità che l'accertamento della nullità di un atto di conferimento di un incarico eventualmente condotto da parte dell'Autorità vada a collidere con una diversa valutazione del RPCT che, non ritenendo sussistente alcun vizio, decida di non dichiarare alcuna nullità e di non procedere alla relativa contestazione della inconferibilità al diretto interessato. In buona sostanza, in un caso come quello delineato, corrispondente per altro a quello di cui alla pronuncia del Consiglio di Stato richiamata, l'attribuzione di effetti giuridici vincolanti e conformativi alla delibera dell'ANAC sembra esclusa. L'incoerenza tra l'attribuzione all'Autorità di un potere di accertare la nullità di un atto di conferimento dell'incarico - accertamento qualificato in ipotesi costitutivo di effetti giuridici, ma al quale deve comunque seguire un'ulteriore dichiarazione di nullità ad opera del RPCT - e la possibilità per il RPCT stesso di «ribaltare» gli esiti del procedimento dell'ANAC, decidendo altresì di non contestare alcuna inconferibilità, costituisce una problematica di assoluta rilevanza. Un'efficace soluzione, tuttavia, potrebbe consistere nel riconoscere all'Autorità una legittimazione speciale in virtù della quale poter impugnare i provvedimenti del RPCT di segno contrario rispetto alle proprie delibere. Tale aspetto rappresenterebbe l'elemento di

chiusura del sistema di prevenzione e repressione dei conflitti di interessi. Se, infatti, l'attuale stato della normativa può essere funzionale a garantire un regolare svolgimento delle funzioni pubbliche da parte del titolare, non può ritenersi soluzione adeguata che l'unico teorico soggetto legittimato a impugnare i provvedimenti del RPCT contrastanti con la delibera ANAC sia, eventualmente, il terzo interessato ad assumere una carica indebitamente conferita ad altri. Occorre, cioè, che anche all'Autorità, quale soggetto qualificato e competente istituzionalmente alla prevenzione e alla rimozione dei conflitti di interesse di cui al d.lg. n. 39 del 2013, venga riconosciuta la possibilità di impugnare i provvedimenti suddetti; così facendo, si consentirebbe, in ultima analisi, al giudice amministrativo di dirimere il contrasto di vedute tra quest'ultima e il RPCT e, in tal modo di dare maggiore compiutezza al quadro normativo che, allo stato, per le ragioni dette, appare valorizzare il ruolo dell'ANAC solo parzialmente. Sul punto, il Consiglio di Stato, nella pronuncia sopra citata, ragionando sull'attuale assetto legislativo, ha definito, in un *obiter dictum*, la questione detta come critica e da risolvere perché «socialmente utile».

Le considerazioni sin qui svolte vanno contestualizzate nel più generale quadro dei poteri di intervento delle autorità indipendenti sui provvedimenti di altre autorità amministrative. Come noto, il principio di autonomia delle diverse amministrazioni statali e degli enti locali esclude, di regola, che alcune possano avere nei confronti di altre amministrazioni poteri di rimozione dei loro provvedimenti. Al di fuori di specifici rapporti di controllo, non sussiste questa possibilità. Ecco perché, di recente, il legislatore nazionale ha escogitato lo strumento del riconoscimento in capo ad alcune autorità amministrative – in virtù delle loro competenze e della loro posizione istituzionale – di forme di legittimazione speciale ad impugnare atti amministrativi posti in essere da altre amministrazioni pubbliche, statali, regionali e locali. Si pensi, ad esempio, alla legittimazione a ricorrere avverso gli atti ritenuti lesivi della concorrenza, ai sensi dell'art. 21-*bis* della l. n. 287 del 1990, da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, successivamente ad una fase di interlocuzione con l'amministrazione cui il suddetto provvedimento sia riconducibile, la

quale decida di non adeguarsi al parere motivato dell'AGCM stessa. L'ANAC, da par suo, è titolare di una legittimazione speciale in materia di contratti pubblici, ai sensi dell'art. 211 del d.lg. n. 50 del 2016. Il Consiglio di Stato, quale presupposto per il riconoscimento della suddetta legittimazione, ha fatto riferimento ai poteri di vigilanza collaborativa e di controllo assegnati all'ANAC da parte dell'art. 213 del Codice degli appalti¹⁶⁵. Anche nel caso dei conflitti di interessi di cui al d.lg. n. 39 del 2013 l'ANAC dispone di specifici poteri di vigilanza, ragion per cui sembrerebbe sussistere un ulteriore argomento a favore dell'attribuzione a quest'ultima di una legittimazione straordinaria anche per le violazioni del decreto stesso.

Con riferimento, poi, a quelle fattispecie che esulano dalle previsioni del d.lg. n. 39 del 2013, occorre evidenziare la sussistenza, in alcuni casi, di un forte grado di compatibilità tra il decreto e le altre fonti disciplinanti i conflitti di interessi in specifici settori. L'esempio più evidente è quello delle società pubbliche, in relazione al quale l'art. 11, comma 8 del d.lg. n. 175 del 2016 riprende l'art. 9, comma 1 del d.lg. n. 39 del 2013. Non a caso, nonostante l'art. 11, comma 8 del d.lg. n. 175 del 2016 abbia di fatto assorbito l'art. 9, comma 1 del d.lg. n. 39 del 2013, spesse volte l'Autorità è stata chiamata a valutare la violazione della prima norma, operazione per cui all'ANAC non è stato riconosciuto un apposito potere e, più in generale, per cui non è stata individuata un'autorità competente. In molteplici casi, poi, l'Autorità è stata interpellata anche in merito a violazioni di altre fonti normative che, seppur con alcuni problemi, si pongono in assonanza col d.lg. n. 39 del 2013; si pensi, ad esempio, al TUEL. In tali frangenti, nuovamente, l'ANAC è stata interpellata dai segnalanti data l'autorevolezza delle valutazioni compiute, le competenze detenute e, soprattutto, l'asserita sussistenza di fattispecie di incompatibilità aventi la medesima *ratio* del d.lg. n. 39 del 2013. Poste tali premesse, ci si domanda dunque se non sussistano i presupposti per un affinamento della normativa finalizzato ad una maggiore concentrazione delle competenze in capo all'Autorità nel campo dei conflitti di interessi; ci si riferisce, in particolare, all'auspicabile

¹⁶⁵ Si v. *infra* par. 2.6 e, in particolare, la nota n. 43.

estensione dei poteri di cui al d.lg. n. 39 del 2013 anche alle altre tipologie di conflitto non disciplinate da quest'ultimo ma sulle quali l'ANAC continua a pronunciarsi, seppur in via meramente prudenziale. L'esempio più evidente è proprio rappresentato dal conflitto di interessi degli organi amministrativi e di controllo delle società pubbliche, fattispecie che maggiormente gioverebbe di un intervento normativo come quello prospettato, data l'attuale lacuna del d.lg. n. 175 del 2016, che non individua un'autorità competente a vigilare sul conflitto degli amministratori delle società stesse.

ABSTRACT

Il presente *working paper* si propone di descrivere il quadro normativo relativo ai conflitti di interessi nello svolgimento degli incarichi amministrativi. Numerose fonti normative si dedicano al tema e si intersecano tra loro. Di conseguenza, il complesso apparato di misure di prevenzione e di rimedi non è privo di incongruenze o difficoltà applicative. L'Autorità Nazionale Anticorruzione, in questo contesto, possiede un ruolo di grande importanza, vigilando sui conflitti di interessi, interpretando la normativa, nonché evidenziando i problemi e le criticità che contraddistinguono quest'ultima. Si procederà, dunque, nello studio prospettato avuto riguardo agli orientamenti dell'ANAC in materia.

This working paper aims to describe the legal framework relating to conflicts of interests in performing administrative tasks. Several legal sources are dedicated to the theme, intersecting each other. Therefore, the system of preventive and repressive measures is not free of inconsistencies and applicative difficulties. The National Anti-corruption Authority has an important role, supervising the conflicts of interests, interpreting the legislation and highlighting the problems of the latter. Consequently, the study will be conducted by taking into account ANAC guidelines on the subject.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

ANGELO LALLI (1 novembre 1968)

È professore di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze giuridiche della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma "La Sapienza". È avvocato cassazionista.

Ha conseguito in data 30 marzo 2017 l'abilitazione scientifica nazionale alla qualifica di professore ordinario (I fascia) settore SSD IUS/10 Diritto amministrativo, con il giudizio unanime dei membri della Commissione.

È Direttore del Master di II Livello in Diritto dell'ambiente, organizzato dal Dipartimento di Scienze giuridiche della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma "La Sapienza", nonché Direttore del Corso di alta formazione in "Diritto e nuove tecnologie per la valorizzazione dei beni culturali" nell'ambito del "Centro di eccellenza – Distretto tecnologico per le nuove tecnologie applicate ai beni e alle attività culturali – DTC Lazio". È membro del Consiglio direttivo e docente della Scuola di specializzazione per le professioni legali della Sapienza.

È autore di più di quaranta pubblicazioni e ha scritto due monografie: *"Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo"*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008; *"I beni pubblici. Imperativi del mercato e diritti della collettività"*, Jovene Editore, Napoli, 2015. Ha curato alcuni volumi in materia di società partecipate e di contratti pubblici.

ARIANNA MORESCHINI (Roma, 29 gennaio 1992)

Ha conseguito la laurea nel luglio del 2017 con lode in Giurisprudenza presso l'Università degli studi di Roma "La Sapienza", discutendo una tesi in Diritto amministrativo. Dopo il conseguimento della laurea ha svolto il tirocinio formativo presso la Corte di appello di Roma e presso l'Avvocatura generale dello Stato. È attualmente dottoranda di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Roma "La Sapienza".

MARCO RICCI (Roma, 11 luglio 1990)

Ha conseguito la laurea nel luglio 2016 con lode in Giurisprudenza presso l'Università degli studi di Roma "La Sapienza", discutendo una tesi in Diritto amministrativo. Ha collaborato con le riviste Italiappalti.it e Ambienteditto.it ed è autore di una pubblicazione in materia di contratti pubblici. È dottorando di ricerca e cultore della materia presso l'Università degli studi di Roma "La Sapienza".