

L'astensione nel caso di conflitto di interessi

Data di pubblicazione nella rivista: 1 giugno 2016

VITO QUINTALIANI, L'astensione come strumento di prevenzione del conflitto di interessi*.

VITO QUINTALIANI

L'astensione come strumento di prevenzione del conflitto di interessi

Premessa

L'acuirsi della crisi tra la società e la pubblica amministrazione, per un consolidato e generalizzato distacco tra cittadini e istituzioni, ha inciso negativamente nel suo agire e si è evidenziata nella sua massima patologia data dai fatti penalmente rilevanti (corruzione, concussione, malversazione, abuso d'ufficio) [\[1\]](#) ed anche da una serie di fenomeni di cattiva amministrazione, che vanno dai ritardi nell'espletamento delle pratiche, alla scarsa attenzione alle domande dei cittadini, al mancato rispetto degli orari di lavoro, fino alle stesse modalità di trattare le persone senza il dovuto rispetto e la necessaria gentilezza.

Nell'ambito di questa prospettiva, si è sviluppata, con la c.d. "etica applicata", consistente nella costruzione di regole morali di comportamento adattata a campi particolari, anche l'etica adattata al campo "pubblico". L'etica pubblica è un complesso di regole che garantiscono il risultato di scelte pubbliche, non tanto sotto il profilo della loro adeguatezza a curare i pubblici interessi (oggetto di regole di tipo diverso), quanto in quello della imparzialità, non condizionate, impropriamente, da interessi privati. Si è quindi avvertita la necessità di intervenire in ordine all'agire della pubblica amministrazione, ridisegnandone linee significativamente diverse rispetto alla tradizione, proiettando l'imparzialità e il buon andamento, non solo come principi organizzativi, ma anche funzionali, in modo da garantirne il rispetto.

La legge 190 del 2012 è quindi il primo intervento legislativo che si colloca come presidio a prevenire il mal costume, la *maladministration* in cui si annidano anche fenomeni corruttivi di rilevanza penale. Sicché il Legislatore, con l'intervento di cui alla L.190, oltre a novellare il sistema repressivo di cui al codice penale, ha previsto una serie di meccanismi preventivi al sistema amministrativo la cui articolazione costituisce una innovativa politica al contrasto della corruzione amministrativa.

Fra i vari meccanismi previsti (piano di prevenzione misure di trasparenza, garanzie per chi denuncia illeciti, *pantouflage*) vi è pure il conflitto d'interessi. Misura che incidendo sulla dimensione soggettiva potrebbe astrattamente essere idonea a formare o riformare l'*ethos* del funzionario pubblico.

Il conflitto d'interesse

Nell'analizzare il contenuto dell'etimo "interesse" per poterne capire il suo genuino significato, viene alla luce che la sua etimologia deriva dal latino ed è composto dalla preposizione, come prefisso, "inter" con il significato di "tra" indicante una posizione intermedia che aggiunta al verbo "esse" essere, significa stare in mezzo cui potrebbe essere sottintesa anche la locuzione "*negotia alicuius*" che significa essere fra le cose di alcuno e quindi "prendere parte alle medesime". L'interesse è un legame che avvicina qualcuno a qualcuno o a qualcosa ed è una dimensione soggettiva e interrelazionale ossia che nasce all'interno di ciascuno di noi e si sviluppa poi in un rapporto interpersonale o verso qualche cosa. Questo rapporto consente di arricchire le conoscenze di ognuno di noi arricchendolo nella propria dimensione sociale. L'interesse acquisisce una protezione nell'ambito giuridico e

un particolare valore in quello pubblico poiché è il fulcro ove ruota l'agire della pubblica amministrazioni per il perseguimento del proprio fine pubblico. Suo attore principale è il funzionario pubblico, il quale, come è noto, svolge la sua funzione a presidio del fine pubblico di cui l'amministrazione alla quale appartiene è attributaria per effetto della legge. Ed è la stessa legge che garantisce anche il raggiungimento dell'interesse perseguito preoccupandosi di approntare i relativi mezzi in ossequio al principio costituzionale dell'art.97.

Tuttavia l'aspetto positivo dell'interesse trova uno iato, nel momento in cui l'etimo "interesse" è anticipato da un altro etimo "conflitto" il cui significato, avendo anche questo origine latina, sta a significare contrastare, urtare (*fligere*) con qualche cosa (*cum*) acquisendo quindi il significato di scontro, lotta, combattimento, contrasto, conflitto, per l'appunto, di interesse. Anche il conflitto d'interesse, parimenti all'interesse, acquisisce la sua significazione giuridica, questa volta, negativa poiché, venendo meno la convergenza d'interessi, la presenza dello stesso conflitto, impedendo al suo portatore di esercitare le funzioni relative ad un precisato affare, determina una situazione di pericolo, anche potenziale, di danno. Infatti vi è il ragionevole dubbio che il portatore, di detto interesse confliggente, possa perseguire nella sua azione un interesse proprio o a favore di un terzo in danno del soggetto cui è legato da un vincolo giuridico. Tale situazione è riscontrabile anche in capo al funzionario pubblico e si identifica nel conflitto con l'interesse pubblico che è il bene da tutelare e intorno al quale si deve conformare, con regole vincolanti per il suo presidio, la condotta del funzionario pubblico. A sua tutela ora vi è la legge 190 che ha regolato sia il sistema repressivo, apportando una manutenzione al codice penale, sia il sistema preventivo rafforzando la trasparenza, principio già contenuto in altre disposizioni normative (Legge 241/1990, D.Lgs.150/2009 e introducendo misure nuove fra le quali il "conflitto di interessi" di cui all'art. 6 *bis* del d.lgs.165/2001 che si potrebbe ritenere il genitore diretto della corruzione.

L'incompatibilità

Abbiamo evidenziato che quando l'interesse pubblico confligge per qualsiasi ragione con un interesse diretto o indiretto personale del funzionario lo stesso funzionario si viene a trovare in una situazione di conflitto. Tale situazione inibisce la sua funzione rendendola incompatibile, poiché genera, in lui, uno *status* soggettivo in cui due o più cose o situazioni "sono tra loro in contrasto e non compatibili l'una con l'altra, sicché non possono coesistere o conciliarsi" [2]. L'incompatibilità per quanto attiene al funzionario pubblico ha quindi due finalità una impedisce che il funzionario possa permanere nell'incarico amministrativo ove si trovi in particolari situazioni di conflitto a garanzia del pieno adempimento della sua funzione tale da non pregiudicare l'immagine di imparzialità sua e dell'amministrazione; l'altra salvaguarda il regime di esclusività costituzionalmente garantito dall'art.98 del pubblico funzionario, vietando la compresenza di altra attività ex artt. 60 e segg. del D.P.R. 3/1957 compendiato e integrato, come saputo, dall'art.53 D.lgs.165/2001 novellato dall' art.1 c. 42 della L. 190. Qui merita ricordare la modifica apportata al comma 5 dell'art.53 estendendo l'adozione da parte delle amministrazioni di «criteri oggettivi e predeterminati» da escludere oltre i casi di incompatibilità, regolati ora dall'art.9 e segg del d.lgs.39/2013, anche «situazioni di conflitto, anche potenziale, di interessi, che pregiudichino l'esercizio imparziale delle funzioni attribuite al dipendente».

Da quanto qui evidenziato si può trarre la conclusione che l'indice sintomatico del conflitto d'interessi, attenzionato dal Legislatore, è l'incompatibilità vista quale contrapposizione di due interessi, così da far sì che il soddisfacimento di uno comporta, come inevitabile conseguenza, il sacrificio dell'altro" [3] determinando conseguentemente un *vulnus* all'imparzialità.

L'imparzialità

L'imparzialità (in senso lato) connota il profilo soggettivo del funzionario-persona, riguardante i suoi rapporti con il terzo quale utente della amministrazione cui lo stesso funzionario appartiene e per la quale appartenenza è chiamato ad esercitare le sue funzioni. In definitiva la posizione del funzionario deve essere *super partes* o, meglio, equidistante e porre gli interessi personali in posizione deteriore rispetto all'attività che lo stesso svolge. L'imparzialità del funzionario si sostanzia nell'assenza di vincoli (soggettivi, oggettivi e psicologici) suscettibili di condizionare la sua azione. L'imparzialità deve considerarsi requisito indefettibile e irrinunciabile di ogni funzionario pubblico, ravvisabile nel precetto costituzionale di cui all'art.97 e 54.

L'imparzialità, anche alla luce, della giurisprudenza che si è formata in ordine all'imparzialità del giudice, postula

l'insussistenza da parte del funzionario di un suo interesse personale nell'atto che deve emanare e la sua estraneità nei confronti delle parti o delle parti del procedimento (imparzialità in senso stretto).

Infatti il funzionario interessato ad un certo esito del procedimento o provvedimento potrebbe essere indotto ad usare i propri poteri in modo da far volgere la sua azione all'esito che coincida con il proprio interesse anziché con quello pubblico di cui è portatrice l'amministrazione di appartenenza. Inoltre il funzionario più facilmente può cedere alla tentazione di usare i suoi poteri, per effetto della funzione ricoperta, in modo tale da arrecare al beneficiario del procedimento o del provvedimento *"danno o vantaggio maggiore o minore di quello conseguenziale al sereno esercizio di quei poteri"* [4].

Sulle conseguenze della parzialità del funzionario, la Cassazione [5] ha statuito che l'abuso d'ufficio è integrato non solo da violazioni di leggi e regolamenti, ma anche dalla violazione dell'art.97 C. la cui norma non solo è programmatica, ma anche prescrittiva verso il funzionario, la quale impone una vera e propria regola di comportamento di immediata applicazione. Sicché l'imparzialità oltre ad essere l'obiettivo dell'amministrazione nell'organizzazione dei propri uffici, è pure riferibile all'attività amministrativa. Ne discende che questa estensione deve essere il paradigma direttamente applicabile alla condotta del funzionario. Strumento essenziale dell'imparzialità quindi è l'indipendenza del funzionario dalle pressioni indebite che potrebbero influenzare l'azione amministrativa che deve esercitare qualora vi siano i presupposti di un conflitto di interesse. L'azione è quindi garantita dalla sua estraneità nello svolgimento dell'affare, per mezzo dell'astensione, in modo che non si interpongano circostanze tali da influire, anche potenzialmente, negativamente sull'affare in questione [6].

L'astensione

L'astensione costituisce principio di carattere generale cogente, anche in assenza di norme espresse, che non ammette deroghe o eccezioni, ricorrendo ogni qual volta che esista una correlazione conflittuale diretta fra il funzionario e l'atto che in quel momento deve essere istruito o emanato a prescindere che l'azione o l'atto possa essere legittimo e la scelta fosse in concreto la più utile e opportuna per l'interesse pubblico [7]. Il Consiglio di Stato ha poi precisato che l'interesse personale diretto o indiretto, presupposto dell'obbligo di astensione, opera anche indipendentemente dal suo accertamento, in quanto è rilevabile da una situazione di carattere oggettivo che renda manifesta la possibilità di un conflitto di interessi che pone un *vulnus* all'azione del funzionario.

L'astensione è determinata dalla circostanza che nel corso della sua attività il funzionario si possa trovare rispetto ai soggetti destinatari dell'atto di cui egli può essere anche responsabile del procedimento, ovvero rispetto al bene o all'interesse nei cui confronti lui esercita il potere, in una relazione tale da far presumere che possa venire meno la sua serenità, la sua probità, la sua imparzialità nelle azioni procedurali e anche, se competente, nel provvedimento finale. L'astensione, di fatto, si pone come meccanismo procedimentale preventivo di rimozione della posizione di conflitto d'interessi o, comunque, di situazioni potenzialmente confliggenti con l'azione del funzionario responsabile del procedimento. L'astensione quindi opera sia nel caso che il suo motivo preesista all'inizio del procedimento o se il motivo sorga a procedimento iniziato. L'obbligo di astensione, in entrambe i casi, garantisce la tutela della terzietà che qualunque funzionario pubblico deve avere in relazione al procedimento che deve gestire..

E' un rimedio di fatto, ragionevole e proporzionale rispetto al danno che il conflitto d'interessi potrebbe generare andando ad incidere su valori costituzionalmente garantiti e di cui il funzionario ne è custode.

Per cui in ambito pubblicistico l'obbligo di astensione trova applicazione privilegiata e in situazioni che eccezionalmente coinvolgono personalmente il soggetto agente ove si possa ragionevolmente ritenere che lo stesso non sia in condizioni ottimali per svolgere la sua funzione imparzialmente in quella determinata circostanza.

Il sistema normativo regolante l'astensione

1. Art. 51 c.p.c.

La prima norma cardine che tutela l'interesse pubblico a presidio di eventuali conflitti d'interesse è l'art. 51 del c.p.c. che dispone l'obbligo del giudice di astenersi: 1) se ha interesse nella causa, 2) se egli stesso o la moglie è

parente fino al quarto grado (o legato da vincoli di affiliazione), o è convivente o commensale abituale di una delle parti o di alcuno dei difensori; 3) se egli stesso o la moglie ha causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito con una delle parti o alcuno dei suoi difensori; 4) se ha dato consiglio o prestato patrocinio nella causa, o ha deposto in essa come testimone, oppure ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo o come arbitro o vi ha prestato assistenza come consulente tecnico; 5) se è tutore, curatore, amministratore di sostegno, procuratore, agente o datore di lavoro di una delle parti; se, inoltre, è amministratore o gerente di un ente, di un'associazione anche non riconosciuta, di un comitato, di una società o stabilimento che ha interesse nella causa.

In ogni altro caso in cui esistono gravi ragioni di convenienza, il giudice può richiedere al capo dell'ufficio l'autorizzazione ad astenersi; quando l'astensione riguarda il capo dell'ufficio, l'autorizzazione è chiesta al capo dell'ufficio superiore.

L'art.51 prevede ipotesi di obbligatorietà dell'astensione (c.1) e quello in cui il giudice può chiedere di essere autorizzato ad astenersi (c.2). Nel primo caso i motivi di astensione sono declinati tassativamente (c.1 nn.1-5) e possono ricondurre anche alla ritorsione. Nel secondo caso l'astensione (facoltativa) trova origini in motivi di mera convenienza, non oggetto di ritorsione. Sicché nel primo caso il giudice obbligato ad astenersi ha, tutt'al più, l'onere di comunicare l'astensione al capo dell'ufficio, il quale non deve autorizzarla, ma limitarsi a prendere atto dell'astensione ed a provvedere alla sostituzione del giudice astenutosi. Mentre nel secondo caso, quello facoltativo, l'autorizzazione ad astenersi, quale atto ordinatorio, può essere concessa o rigettata solo nelle ipotesi previste dal comma II dell'art.51 c.p.c. previa richiesta [\[8\]](#).

2. Art. 36 c.p.p.

A questa si affianca l'omologa norma di cui all'art.36 che sostanzialmente in parte ricalca le cause di incompatibilità dell'art.51 c.p.c. ma prevede in luogo di parenti e affini fino al quarto grado dell'art. 51 c.p.c., i prossimi congiunti non indicandone il grado; sostituisce nella causa dell'inimicizia grave il coniuge con il "prossimo congiunto" ampliando, non definendolo nei gradi, l'ambito soggettivo in cui opera l'astensione nel pari causa dell'art. 51 c.p.c. e introduce una nuova causa: "se alcuno dei prossimi congiunti di lui o del coniuge è offeso o danneggiato dal reato o parte privata".

3. Art. 323 c.p.

Il conflitto d'interessi si sostanzia anche in una misura repressiva poiché determinante, in caso di mancata astensione, il reato di "Abuso d'ufficio". L'articolo recita: *"Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da uno a quattro anni"*. Il bene tutelato è identificato nel buon andamento e nell'imparzialità della P.A., richiamati dall'art. 97, Costituzione. A tale proposito la Cassazione Sez. Unite [\[9\]](#) ha ritenuto che l'art.323 c.p. nel regolamentare l'abuso di ufficio, prevede il dovere di astensione per tutti i pubblici ufficiali che si trovino in una situazione di conflitto d'interessi, si pone come norma di previsione di carattere generale. Il risultato che ne consegue, in relazione all'art. 51 c.p.c. c.2, è "nell'abrogazione per incompatibilità della facoltà, sostituita dall'obbligo di astenersi in presenza della grave ragione di convenienza, costituita dalla presenza di interessi propri o di prossimi congiunti". I giudici hanno poi precisato che l'astensione per gravi ragioni di convenienza si configura ogni qualvolta il pubblico ufficiale si trovi "secondo l'*id quod plerumque accidit*" a minare la condizione di imparzialità in relazione all'esercizio della sua funzione, ponendo in conflitto anche solo potenziale, l'interesse pubblico con quello proprio o del prossimo congiunto.

4. Art. 6 bis L.241/1990

Un altro caso di astensione, nell'ottica di un disegno unitario della prevenzione della corruzione caratterizzante la Legge 190, è contenuto nell'art. 6 bis introdotto dalla stessa legge con il comma 41 dell'art.1. Detta norma rubricata "conflitto d'interessi" dispone che *"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". Detta norma è stata introdotta nell'ordinamento nazionale per effetto dell'art. 8 della Convenzione dell'ONU (conosciuta come convenzione di Merida adottata dall'Assemblea Generale dell'ONU il 31/10/2003 e ratificata dall'Italia con legge n.116/2009) ove all'art. 8 c.5 è disposto che *"Ciascuno Stato Parte si adopera [...] al fine di attuare misure e sistemi che obblighino i pubblici ufficiali a dichiarare alle autorità competenti, in particolare, ogni loro attività esterna, impiego, investimento, bene ed ogni dono o vantaggio sostanziale dal quale potrebbe risultare un conflitto di interessi con le loro funzioni di pubblico ufficiale"*.

In termini brevi quando è in pregiudizio la correttezza, in situazioni di conflitto anche potenziale, dell'azione del responsabile del procedimento o dei titolari degli uffici, questi devono astenersi dalla loro azione, segnalando tale *status*. La norma non declina né i casi di conflitto, né precisa chi è il soggetto cui va rivolta la segnalazione. Si ritiene che per i casi di conflitto si faccia riferimento, quale norma di principio generale, all'art. 51 c.p.c.; mentre per la segnalazione si ritiene che vada fatta al capo dell'ufficio nel caso del responsabile del procedimento e all'organo di vertice nel caso del titolare dell'ufficio.

5. Art. 11 D.P.R. 487/1994

Nel tempo la norma di rito dell'art. 51 c.p.c. ha ampliato il suo ambito di operatività ed è stata espressamente richiamata, in relazione alle commissioni dei concorsi, dall'art. 11 del DPR 487/1994. Sicché la ricorrenza di una causa di incompatibilità, ivi prevista, comporta l'obbligo di astensione del componente (o dei componenti) della commissione e, in caso di violazione di detto obbligo, l'illegittimità degli atti concorsuali. L'obbligo sussiste anche se vi sia un indice sintomatico di incompatibilità quando *«i rapporti personali» fra esaminatore ed esaminando siano tali da far sorgere il «sospetto» che il candidato sia stato giudicato non in base al risultato delle prove, bensì in virtù delle conoscenze personali*. Quindi non è necessario comprovare che queste si possano concretizzare in un *«effettivo favore»* verso il candidato, essendo sufficiente a radicare l'incompatibilità anche *«il solo pericolo»* di una compromissione dell'imparzialità di giudizio. [\[10\]](#)

Inoltre la giurisprudenza del Consiglio di Stato è costante nel ritenere che *«le cause d'incompatibilità sancite dall'art. 51, c.p.c., estensibili, in omaggio al principio costituzionale di imparzialità, a tutti i campi dell'azione amministrativa (...) rivestono carattere tassativo e, come tali, sfuggono ad ogni tentativo di estensione analogica, stante l'esigenza di assicurare la certezza dell'azione amministrativa»* [\[11\]](#).

6. Art. 35 bis L. 165/2001

Il comma 46 dell'art. 1 della legge n. 190/2012 introduce nel Capo III nel d.lgs. 30 marzo 2001, n.165, l'art. 35-bis, recante «Prevenzione del fenomeno della corruzione nella formazione di commissioni e nelle assegnazioni agli uffici» il cui testo è il seguente: «1. *Coloro che sono stati condannati, anche con sentenza non passata in giudicato, per i reati previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del codice penale:*

a) non possono fare parte, anche con compiti di segreteria, di commissioni per l'accesso o la selezione a pubblici impieghi;

b) non possono essere assegnati, anche con funzioni direttive, agli uffici preposti alla gestione delle risorse finanziarie, all'acquisizione di beni, servizi e forniture, nonché alla concessione o all'erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari o attribuzioni di vantaggi economici a soggetti pubblici e privati;

c) non possono fare parte delle commissioni per la scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, per la concessione o l'erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché per l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere.

La disposizione prevista al comma 1 integra le leggi e regolamenti che disciplinano la formazione di commissioni e la nomina dei relativi segretari».

Il Legislatore, *«nell'esercizio di una non irragionevole discrezionalità»*, ha inteso, con tale norma, anche questa di

misura preventiva alla corruzione, tutelare formalmente e sostanzialmente, nell'interesse superiore del buon andamento della pubblica amministrazione e della sua integrità, la funzione amministrativa. E per l'effetto ha inibito il conferimento dell'incarico per incompatibilità dello *status* soggettivo di condannato anche con sentenza non passata in giudicato in relazione all'incarico da ricoprire particolarmente sensibile alla corruzione. Si ritiene che la norma, al di là della sua collocazione topografica nel *corpus* del d.lgs.165/2001, costituisca un principio fondamentale applicabile, in forza di una interpretazione sostanzialistica-finalistica piuttosto che meramente formale-testuale, sia pure a chi ha un rapporto di lavoro disciplinato in regime di diritto pubblico, sia pure a chi non ha un rapporto di lavoro alle dipendenze di un'amministrazione pubblica.

7. Art. 7 D.P.R. 62/2013

Ed ora anche nel regolamento per il codice di comportamento di cui al D.P.R. n.62/2013 all'art. 7, traslando le cause determinanti l'astensione di cui all'art.51c.p.c., è previsto l'obbligo di astensione da parte del dipendente, collocandosi quindi nell'ambito di un disegno unitario di rafforzamento della dimensione soggettiva dell'imparzialità del "dipendente". E' quindi prevista l'astensione del dipendente *«dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza»*. Dalla lettura sistematica di queste cause di astensione con quelle del richiamato art. 51 c.p.c. emergono delle differenze che s'intendono evidenziare:

a) il grado di parentela e affinità è ridotto al secondo grado in luogo del quarto previsto dall'art.51 c.p.c.;

b) per la causa relativa a grave inimicizia o rapporti di credito o debito l'ambito soggettivo oltre a lui e il coniuge è esteso a organizzazioni senza specificarne la natura;

c) per lo *status* di tutore, curatore, procuratore quale causa di astensione l'ambito soggettivo è esteso alle organizzazioni senza specificarne la natura. E poi previsto lo status di agente di cui non si specifica la natura, come nell'art. 51 c.p.c.. Comunque implicitamente è da non intendersi l'agente di commercio attività inibita per il principio costituzionale di cui all'art.98 relativo al rapporto di servizio esclusivo dei pubblici impiegati;

d) l'articolo aggiunge una causa di astensione non prevista nell'art.51 c.p.c. ovvero quella di essere amministratore o gerente o dirigente di enti, associazioni anche non riconosciute, di comitati, di società o stabilimenti. Tale causa risulta essere inappropriata per i dipendenti poiché agli stessi, non è consentito svolgere, in costanza del rapporto di servizio, per il richiamato principio costituzionale

8. Art. 42 D. Lgs. 50/2016

Da ultimo il Legislatore, nel solco unitario di perseguire il contrasto alla corruzione anche nel all'art.42 del d.lgs.50/2016, conosciuto come "nuovo codice dei contratti", ha inserito la misura preventiva del conflitto d'interessi ponendo in capo al dipendente della stazione appaltante, che versa in tale situazione, l'obbligo di darne comunicazione alla stessa "stazione appaltante" e di astenersi da partecipare alla procedura di aggiudicazione. In questo caso il Legislatore ha individuato il conflitto, il quale può essere percepito come una *«minaccia alla sua imparzialità e indipendenza»*, nel contesto della procedura di appalto o di concessione, in un interesse finanziario, economico o altro interesse personale. In particolare il Legislatore ha precisato che costituiscono situazioni di conflitto d'interesse quelle previste all'art. 7 del D.P.R. 62/2012 per le quali il dipendente si astiene e sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza. La lettura di detto articolo consente di evidenziare che le situazioni di conflitto, in parte sono state traslate dall'art. 51 c.p.c. ed in parte sono state ampliate, riguardano il coinvolgimento di interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o

agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Inoltre il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza.

9. Art. 77 c.6 D.Lgs. 50/2016

Nel solco della prevenzione della corruzione nel nuovo codice degli appalti, anche nel presente articolo riguardante la commissione giudicatrice, il Legislatore ha inteso estendere il regime del conflitto di interessi espressamente richiamato con l'art. 42 prevedendo due misure di prevenzione una di astensione richiamando, ai fini dell'applicazione l'art. 51 c.p.c. e l'altro della inconferibilità dell'incarico prevista dall'art. 35 *bis* ampliandone così l'originario ambito oggettivo. E' quindi disposto: « *Si applicano ai commissari e ai segretari delle commissioni l'articolo 35-bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, l'articolo 51 del codice di procedura civile, nonché l'articolo 42 del presente codice*». Il testo dell'articolo conferma l'interpretazione data dell'applicazione estensiva dell'ambito soggettivo dell'art. 35 *bis* del d.lgs. 165/2001 che non è limitato quindi ai soli dipendenti pubblici il cui rapporto di lavoro contrattualizzato è regolato dallo stesso d.lgs.165, ma è esteso al personale il cui rapporto di lavoro è a regime di diritto pubblico e persino a soggetti esterni rispetto all'Amministrazione destinatari del "munus" di commissari.

Conclusioni

Le norme rassegnate delineano la situazione soggettiva, che attraverso l'istituto della astensione, regolano il conflitto di interesse. Dette norme si sostanziano quindi in misure preventive obbligatorie presupponenti una maggiore responsabilizzazione del funzionario che assume risalto, quindi, sul piano deontologico, ovvero sul piano etico poiché, come ha evidenziato il Consiglio Superiore della Magistratura^[12] « *a fronte del fondamentale rilievo che nel sistema costituzionale assumono i beni protetti dal dovere di astensione (imparzialità e terzietà [...] di grandissima intensità deve essere l'impegno [...] nell'individuazione delle situazioni di pericolo e nel perseguimento, con tutta la determinazione necessaria, delle possibilità che l'ordinamento appresta per evitare il grave pregiudizio che la mancata astensione reca alla credibilità[...]*» del funzionario pubblico.

Il rilievo accordato dalla giurisprudenza prima e ora dal diritto positivo anche alla potenzialità del conflitto d'interessi, rientra nel principio di proporzionalità di matrice europea, che concettualmente può essere avvicinato a quello di ragionevolezza. Il Legislatore ha pertanto inteso estendere la misura preventiva anche ove potenzialmente possa ravvisarsi un conflitto d'interessi che rechi un *vulnus* all'azione del funzionario. Quindi anche la potenzialità del conflitto assume un ruolo di garanzia nei confronti di un corretto esercizio della funzione pubblica. L'obiettivo di tale estensione è dunque la tutela dell'imparzialità dell'azione amministrativa e riconoscerne la sua importanza significa rafforzare la prevenzione della corruzione. Non si può dimenticare che l'esigenza di prevenire la corruzione con misure obbligatorie è quella di rendere integra e imparziale l'azione amministrativa presidiata da valori costituzionali.

(*) *Responsabile della prevenzione della corruzione Università degli Studi di Perugia*

Il presente contributo, a carattere divulgativo, costituisce espressione della libera opinione dell'autore, si configura quale semplice analisi di studio e non impegna né riguarda in alcun modo l'Amministrazione universitaria perugina

^[1] Rapporto di valutazione GRECO dell'Italia del 27/5/2011 in Greco Eval RC-I/II Rep. 2011,1E così: " *Il diffondersi delle pratiche corruttive in Italia mina la fiducia dei mercati e delle imprese, scoraggia gli investimenti all'estero, determina quindi, tra i suoi molteplici effetti, una perdita di competitività per il Paese*".

^[2] Vocabolario Treccani.it

^[3] Cass. Civ., sez. III, 30 maggio 2008, n. 14481 in Mass. Giust., 2008

^[4] Vignera Giuseppe, Considerazioni esegetiche in tema di designazione, astensione e ricusazione del giudice dell'esecuzione, in Dir. e giur., 1983

[5] Sez. penale n. 25162 del 19/6/2008

[6] Tar Abruzzo – L'Aquila Sent. n. 432/2011

[7] Tar Molise- Campobasso n. 718/2011

[8] Questa facoltà è stata ritenuta abrogata per incompatibilità e sostituita dall'obbligo (Cass. Sez. Unite richiamata al punto 3 “ art. 323 c.p”.

[9] Sent. n. 19704/2012

[10] C-S. sent. n. 326/2015; n. 4015/2013; n. 8/1999 e TAR Lombardia Milano n. 2307/2014 (concorso da ricercatore universitario)

[11] C.S., VI, n. 4015/2013 e le altre sentenze ivi citate

[12] Risposta del 31/5/2006 a quesito