

IL CONFLITTO DI INTERESSI NELL'ESERCIZIO DEL POTERE AMMINISTRATIVO: CARATTERI GENERALI ED EFFETTI SUL PROVVEDIMENTO.

SOMMARIO: 1.- L'art. 6-bis della legge n. 241/1990: origine, *ratio* e questioni interpretative sorte riguardo alla nozione di conflitto di interessi ivi delineata. 2.- Il quadro normativo di riferimento. 3.- Gli orientamenti giurisprudenziali formati più di recente in ordine alla nozione in esame; osservazioni al riguardo. 4.- Esame delle conseguenze prodotte dalla violazione dell'art. 6-bis della legge n. 241/1990 sul provvedimento finale; analisi delle diverse tesi prospettate in argomento. 5.- Affermazione della diretta ed immediata rilevanza di tale violazione, nella sua duplice valenza di vizio di incompetenza (esattamente di vizio comportante un difetto di legittimazione in concreto) e di vizio del procedimento. 6.- Esame della questione riguardante l'applicazione al vizio di legittimità determinato dalla violazione della disciplina relativa al conflitto di interessi "procedimentale" della regola rappresentata dalla c.d. illegittimità non invalidante, stabilita dall'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241/1990; affermazione della sottoposizione del vizio in questione alla predetta regola generale.

1.- L'art. 6-bis della legge n. 241/1990, avente ad oggetto il "Conflitto di interessi", prescrive 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".

In linea generale, il conflitto di interessi è la situazione in cui un interesse secondario (privato e personale) di un soggetto agente interferisce, ovvero potrebbe tendenzialmente interferire, con l'interesse primario di un'altra parte (principale), verso cui la prima ha precisi doveri e responsabilità¹.

Il precetto innanzi riferito è stato inserito nella legge generale sul procedimento amministrativo per effetto dell'art. 1, comma 41, della legge 6 novembre 2012, n. 190, contenente "Disposizioni per la prevenzione e la repressione dell'illegalità nella pubblica amministrazione" (c.d. legge anticorruzione e nota anche come legge Severino)². Con la nuova norma introdotta è stata innanzitutto data attuazione nell'ordinamento nazionale all'art. 6 della Convenzione ONU adottata dall'Assemblea generale del predetto Organismo internazionale il 31 novembre 2003 (e meglio conosciuta come convenzione di Merida) e ratificata dall'Italia con legge n. 116/2009³. L'art. 8, comma 5, di detta convenzione stabilisce 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 e ogni dono o vantaggio sostanziale dal quale potrebbero risultare un conflitto di interessi con le loro funzioni di pubblico ufficiale"⁴.

¹ Cfr. S.A. FREGO LUPPI, *L'obbligo di astensione nella disciplina del procedimento dopo la legge n. 190 del 2012*, in *Dir. amm.*, 2013, 684, nota 38; E. DE CARLO, *Conflitti di interessi nelle organizzazioni produttive*, in *Rivista di Politica Economica*, luglio sett. 2010/2011, 1 ss.. In particolare l'OECD (ovvero l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico), nelle Linee guida aventi ad oggetto *Managing Conflict of Interest in the Public Service* (p. 10), in aderenza alla nozione generale riportata nel testo, dà la seguente definizione del conflitto di interessi nell'amministrazione pubblica: "a conflict between the public duty and private interests of public officials have private-capacity interests which could improperly influence the performance of their official duties and responsibilities".

² Per approfondimenti sulla legge anticorruzione si rinvia a B.G. MATTARELLA - M. PELISSERO, *La legge anticorruzione*, Torino, 2013, *passim*; M. CLARICH - B.G. MATTARELLA, *La legge anticorruzione: prevenzione e repressione della corruzione*, *ivi*, 64 ss.; B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Gior. dir. amm.*, 2013, 123 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, 349 ss.. Sul tema generale della corruzione nelle pubbliche amministrazioni si veda F. MANGANARO, *La corruzione in Italia* in *Foro amm.*, 2014, 1861 ss., e, prima dell'entrata in vigore della legge n. 190/2012, F. MERLONI - L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010, *passim*.

³ Così prevede l'art. 1, comma 1, della legge n. 190/2012.

⁴ In argomento si rimanda a V. QUINTILIANI, *L'astensione come strumento di prevenzione del conflitto di interessi*, in *www.lexitalia.it*, spec. 5 ss..

Con il menzionato art. 6-bis della legge n. 241/1990 sono state, inoltre, recepite le indicazioni e le raccomandazioni provenienti da altri importanti organismi internazionali, come il Consiglio di Europa, il quale si è espresso in materia ⁵ attraverso il c.d. gruppo GRECO, costituito al suo interno, e l'OECD (ovvero l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico), che ha predisposto apposite linee guida per la gestione del conflitto di interessi nei pubblici servizi ⁶.

La citata legge 190/2012 costituisce il primo intervento normativo, organico e generale, avente la specifica funzione di contrastare i fenomeni corruttivi e, più in generale, i fenomeni di malcostume e malfunzionamento nella Pubblica Amministrazione (c.d. "maladministration"). Per il raggiungimento di tali obiettivi, il legislatore del 2012 ha stabilito una serie di meccanismi preventivi a tutela e difesa della legalità, del buon andamento e dell'imparzialità dell'apparato pubblico; tra le diverse misure previste (piano di prevenzione, misure di trasparenza, garanzie per chi denuncia illeciti, *pantouflage*) è stata predisposta anche la disciplina del conflitto di interessi che poi è confluita nell'art. 6-bis della legge n. 241/1990 ⁷.

Tale ultima disciplina ha lo scopo primario e fondamentale di impedire un uso distorto dell'interesse pubblico o, comunque, il verificarsi di indebiti condizionamenti, distorsioni e sviamenti del potere amministrativo dai suoi fini istituzionali, dovuti a interessi egoistici e personali del funzionario agente ⁸.

In particolare l'istituto accolto e regolato dal succitato art. 6-bis della legge generale sul procedimento amministrativo rappresenta uno strumento applicativo del principio di trasparenza, il quale assume una importanza fondamentale nell'attività di contrasto della corruzione nella pubblica amministrazione ⁹.

⁵ Si veda sul punto la raccomandazione del Consiglio d'Europa n. 10/2000 relativa ai Codici di comportamento dei funzionari pubblici.

⁶ Si fa riferimento, in particolare, alle Linee guida OECD, *Managing Conflict of Interest in the Public Service*, già citata nella precedente nota 1; sul punto si veda pure *Guidelines and Country experiences*, Pubblicazioni OECD, Parigi, 2004. Per ulteriori approfondimenti in argomento si rinvia a S.A. FREGO LUPPI, *ult. op. cit.*, 671 ss., spec. 674-676. Per un confronto tra la regolamentazione nazionale relativa al conflitto di interessi e quella vigente in altri Stati dell'Unione europea ed extracomunitari si rimanda a M. ARGENTATI, *La disciplina italiana del conflitto di interessi in una prospettiva di diritto comparato*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 953 ss.; C. MARCHETTA, *La legislazione italiana sul conflitto di interessi. La legge 20 luglio 2004, n. 215. Orientamenti applicativi, criticità e prospettive di riforma*, Milano, 2013, 52 ss.; B. AUBY, E. BREEN, T. PERROUD, *Corruption and conflicts of interest: a comparative law approach*, in EEP pubblicazioni, Parigi, 2014, *passim*; Y. MENY, *De la confusion des interets, in Pouvoirs*, 2013, spec. 14 ss..

⁷ In generale, sul tema del conflitto di interessi si vedano, tra gli altri, G. COLAVITI, *Il trattamento normativo del conflitto di interessi tra ragionevolezza e imparzialità*, in *Nomos*, 2002, 67 ss.; A. PERTICI, *Il conflitto di interessi*, Torino, 2002, *passim*; S. CASSESE, *Conflitti di interessi: il fiume di Eraclito*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 235 ss.; E. VELTRI - F. PAOLA, *Il governo dei conflitti*, Milano 2006, *passim*; M. CATRICALA', *La disciplina del conflitto di interessi nell'esercizio delle professioni*, in *Dir. amm.*, 2011, 381 ss.; C. MARCHETTA, *ult. op. cit.*, *passim*; M.R. SPASIANO, *Conflitto di interessi ed esercizio delle professioni*, in *Nuove autonomie*, 2013, 45 ss.; A. LALLI, *Conflitti di interessi nel diritto privato e nel diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 155 ss.; E. LUBRANO, *Il conflitto di interessi nell'esercizio dell'attività amministrativa*, Torino, 2018, *passim*. Sia, inoltre, consentito rinviare a F. GAFFURI, *Il conflitto di interessi nell'esercizio del potere amministrativo*, Torino, 2018, *passim*.

⁸ Cfr. S.A. FREGO LUPPI, *ult. op. cit.*, 671-672; G. IUDICA, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, Torino, 2016, 33 ss..

⁹ Sul principio di trasparenza la letteratura è estesa. Senza alcuna pretesa di esaustività si segnalano qui di seguito alcuni contributi dottrinali per eventuali approfondimenti sull'argomento: R. VILLATA, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 528 ss.; R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, *ivi*, 1989, 416 ss.; A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo e la trasparenza*, in S. CASSESE - C. FRANCHINI (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana*, Bologna, 1994, 101 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *In tema di trasparenza amministrativa e di diritto alla riservatezza*, in AA.VV., *Studi in onore di E. Casetta*, I, Napoli, 2001, 343 ss.; G. ARENA, *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2004, *passim*; F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in F. MERLONI, G. ARENA, G. CORSO, G. GIARDINI, C. MARZUOLI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, *passim*; M.R. SPASIANO, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice della azione amministrativa*, Milano, 2017, 118 ss.; M. OCCHIENA, *I principi di pubblicità e trasparenza*, in M. RENNA - F. SAITTA (a cura di), *I principi di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 141 ss.; M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 795 ss.; A. SIMONATI, *La*

Il principio da ultimo ricordato, dapprima sancito dall'art. 1, comma 1, della legge n. 241/1990, e poi assunto a regola di rilevanza costituzionale con il d.lgs. n. 150/2009 - che lo ha elevato a "livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili", ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. - è divenuto, con la legge n. 190 del 2012, anche la principale misura preventiva, ai fini della lotta alla corruzione, come si ricava dalla lettura combinata dei commi 15, 16, e 31 dell'art. 1 della legge in questione¹⁰. Non a caso in quest'ultimo provvedimento normativo si rinvennero numerose disposizioni dirette a promuovere ed incentivare la pubblicità e la conoscibilità dell'organizzazione amministrativa e dell'attività svolta dai pubblici apparati¹¹. E', del resto, indubbio che il controllo sociale sull'esercizio delle funzioni pubbliche costituisce un forte incentivo a comportamenti corretti e virtuosi da parte degli organi preposti¹². Valorizzando i profili ora descritti della legge n. 190/2012, una parte della dottrina¹³ e della giurisprudenza¹⁴ che si è occupata del tema relativo al conflitto di interessi, è giunta ad affermare

trasparenza amministrativa ed il legislatore: un caso di entropia normativa?, in *Dir. amm.*, 2013, 749; D.U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della pubblica amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, in www.federalismi.it; S. VACCARI, *L'evoluzione del rapporto tra la Pubblica Amministrazione e le persone nel prisma dello sviluppo della "trasparenza amministrativa"*, in www.jus.vitapensiero.it.

¹⁰ In tal senso M. LUCCA, *Estensione del conflitto di interessi e codice di comportamento*, in www.lexitalia.it.

¹¹ Sul punto si rinvia a G. IUDICA, *ult. op. cit.*, 41-42; S.A. FREGO LUPPI, *ult. op. cit.*, 676. In particolare l'art. 1, comma 15, della legge ora citata nel testo pone in rilievo che la trasparenza amministrativa costituisce un livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti politici e sociali, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost.. Tale livello essenziale è, tra l'altro, garantito dalla medesima legge n. 190/2012 attraverso la pubblicazione, nei siti *web* delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni concernenti i procedimenti amministrativi. In sostanza, secondo la norma ora citata, tutte le informazioni aventi rilievo ed incidenza sull'attività amministrativa più esposta al rischio di corruzione - quale è, per l'appunto, l'attività procedimentale - devono essere, almeno in linea di principio, essere rese pubbliche ed accessibili ai cittadini: in tal senso G. IUDICA, *ult. op. cit.*, 41-42; F. DI CRISTINA, *I piani per la prevenzione della corruzione*, in B. G. MATTERELLA - M. PELLISSERO, *La legge anticorruzione*, cit., 102.

¹² Così S.A. FREGO LUPPI, *ult. op. cit.*, 673. Si ricorda che, nell'art. 1, comma 1, del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (contenente il "Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni"), la trasparenza è definita come "accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche".

¹³ Cfr. F. SICILIANO, *Conflitto di interessi e arte di amministrare. Contributo allo studio dell'art. 6-bis, L. n. 241/1990*, Milano, 2018, passim, spec. 34 e 127; anche G. IUDICA, *ult. op. cit.*, 34, pur ritenendo non decisiva, ai fini della qualificazione dell'art. 6- bis come norma d'organizzazione, la sua collocazione nel Capo II della legge n. 241/1990, dedicata al Responsabile del procedimento, giunge, tuttavia, alle conclusioni che "l'art. 6- bis, come le norme contenute nei codici disciplinari, è una norma d'indirizzo, cioè una norma che vuole indirizzare il dipendente pubblico ad un condotta integra, che susciti fiducia nei cittadini. L'illegittimità procedimentale è solo una conseguenza, ma non è l'oggetto principale della norma, per cui la misura d'annullamento è solo eventuale e collegata agli effetti del provvedimento, cioè una disparità di trattamento" (così in *ult. op. cit.*, 71). L'Autore ora richiamato rileva poi (in *ult. op.cit.*, 96) che "L'art. 6-bis è norma che legittima il dipendente pubblico: mediante l'adempimento del suo dovere d'integrità si ottiene il consenso e la fiducia da parte dei cittadini nei confronti dell'amministrazione. In sostanza si tratta di una norma di ordine pubblico che tutela un interesse di carattere superiore rispetto ai meri adempimenti procedurali". L'orientamento dottrinale ora segnalato si pone in linea di continuità con l'indirizzo interpretativo tradizionale propenso a rinvenire il fondamento giuridico dell'obbligo di astensione ricadente sul funzionario pubblico in conflitto di interessi nell'art. 97 Cost., inteso come norma attinente, primariamente e direttamente, ai profili organizzativi dell'amministrazione pubblica: in tal senso si veda M. NIGRO, *Sulla legittimazione degli organi amministrativi contenziosi*, in *Foro it.*, 1953, 74 ss.; Id., *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1966, 67 ss. A. SAVAGNONE, *Le incompatibilità amministrative*, Milano, 1909, 59 ss.; V. CAIANIELLO, *Astensione e ricsuzione*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1988, ad *voce*, spec. 1. In particolare secondo G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, *passim*, spec. 56 ss., l'art. 97 Cost. è una norma attinente esclusivamente all'organizzazione amministrativa.

¹⁴ Si veda Cons. Stato, Sez. V, 5 novembre 2014, n. 5465, in www.giustizia-amministrativa.it, in cui si rileva che "l'astensione è espressione del principio generale di imparzialità e di trasparenza al quale ogni P.A. deve conformare la propria immagine, prima ancora che la propria azione"; Id., 11 luglio 2017, n. 3415, in www.lexitalia.it, in cui si osserva che "...ogni P.A. deve conformare la propria immagine, prima ancora che la propria azione, al principio generale di imparzialità e di trasparenza ex art. 97 Cost., tanto che le regole sull'incompatibilità, oltre ad assicurare l'imparzialità dell'azione amministrativa, sono rivolte ad assicurare il prestigio della P.A., ponendola al di sopra di

che l'art. 6-bis della legge n. 241/1990 ha, per sua natura, una finalità essenzialmente organizzativa giacché - come si è testé sottolineato - essa è preordinata ad assicurare innanzitutto l'integrità del funzionario, ai sensi degli artt. 54 e 98 Cost.¹⁵, e, per tale via, la legalità ed il prestigio dell'apparato pubblico, nonché la fiducia del cittadino nel corretto esercizio del potere amministrativo¹⁶.

A sostegno di tale ricostruzione si può osservare che la predetta disposizione si riferisce “*ad ogni situazione di conflitto, anche potenziale*”, in tal modo mostrando nitidamente la volontà del legislatore di impedire *ab origine* il verificarsi di situazioni di interferenza idonee, anche solo in astratto, a compromettere l'immagine, l'imparzialità ed il buon andamento dell'apparato pubblico agente¹⁷. Dalla medesima disposizione si può desumere, inoltre, che il conflitto di interessi è rilevante e comporta l'obbligo di astensione per il funzionario in posizione di conflitto anche nel caso in cui la situazione di incompatibilità segnalata od accertata d'ufficio non abbia determinato effettivi pregiudizi all'interesse primario perseguito né concreti vantaggi per il titolare dell'interesse inconciliabile con l'esercizio della funzione esercitata¹⁸. In sostanza, la norma, di cui si discute, pone a carico del soggetto agente un obbligo di comportamento che prescinde dall'esito, dallo specifico risultato del procedimento¹⁹: il legislatore ritiene chiaramente che anche il semplice sospetto di una possibile influenza sull'agire dell'amministrazione di interessi personali riconducibili ad organi coinvolti nella formazione della decisione autoritativa è idoneo a pregiudicare l'immagine della pubblica amministrazione, la credibilità della stessa e, in ultima analisi, l'affidamento dell'amministrato sul comportamento imparziale e corretto dei pubblici apparati²⁰.

Secondo il regime positivo qui considerato hanno l'attitudine, almeno potenziale, ad incidere sull'attività amministrativa posta in essere e, come tali, devono essere assoggettati al dovere di astensione non solo gli interessi personali diretti, ma anche quelli indiretti; l'interesse individuale in conflitto può, inoltre, essere di qualsiasi natura, quindi non necessariamente di natura economica, ma anche di natura morale.

ogni sospetto, indipendentemente dal fatto che la situazione incompatibile abbia in concreto creato o non un risultato illegittimo”. In epoca antecedente all'entrata in vigore della legge n. 190/2012, anche l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nella sentenza 13 giugno 1958, n. 6, in *Cons. Stato*, 1958, I, 536, aveva affermato che le norme in materia di incompatibilità, previste dall'ordinamento pubblicistico, sono dettate primariamente e specificamente a tutela dell'amministrazione, che deve rispettare il principio di imparzialità.

¹⁵ Cfr. F. SICILIANO, *ult. op.cit.*, 34.

¹⁶ Sul punto si rinvia ancora alla dottrina e alla giurisprudenza citate, rispettivamente, nelle precedenti note 13 e 14.

¹⁷ Anche nella circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica 25 gennaio 2013, n. 1, avente ad oggetto “*Legge n. 190 del 2012 – Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*” (p. 10) è sottolineata l'attitudine del conflitto di interessi, anche solo potenziale, a pregiudicare la corretta gestione dei beni e delle risorse pubbliche, comprimendo il buon andamento dell'agire pubblico e l'immagine della complessiva organizzazione amministrativa.

¹⁸ Per approfondimenti sul punto si rinvia a S.A. FREGO LUPPI, *ult. op. cit.*, 685 ss.; V. QUINTILIANI, *L'astensione come strumento di prevenzione del conflitto di interessi*, 2-4. Sul punto si rimanda, altresì, a *Cons. Stato*, Sez. V, 11 luglio 2017, n. 3415, cit.

¹⁹ Sul concetto di “*amministrazione di risultato*” si rinvia a L. IANNOTTA, *Scienza e realtà: l'oggetto della scienza in diritto amministrativo tra essere e divenire*, in *Dir. amm.*, 1996, 579 ss.; Id., *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 299 ss.; Id., *Prevenzione e risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, 1999, 57 ss..

²⁰ Sottolinea, infatti, S.A. FREGO LUPPI, *ult. op. cit.*, 673, che la legge n. 190/2012 è finalizzata a promuovere e valorizzare, oltre che la trasparenza nella pubblica amministrazione, anche l'integrità del pubblico funzionario: tale ultimo obiettivo fondamentale - oltre ad essere espressamente richiamato dai commi 2 e 17, del citato art. 1 della legge in esame - è, altresì, previsto dall'art. 3, comma 2, del d.p.r. 16 aprile 2013, n. 62 (contenente il “*Codice di comportamento dei dipendenti pubblici*”): quest'ultima norma dispone, in particolare, che “*Il dipendente rispetta altresì i principi di integrità, correttezza, buona fede, proporzionalità, obiettività, trasparenza, equità e ragionevolezza e agisce in posizione d'indipendenza e imparzialità, astenendosi in caso di conflitto di interessi*”. Già prima della legge n. 190/2012, il d.lgs. n. 150/2009 (c.d. legge Brunetta), all'art. 11, comma 2, lett. b), aveva imposto alle pubbliche amministrazioni l'obbligo di predisporre appositi programmi per la trasparenza e l'integrità, al fine di assicurare la legalità e lo sviluppo della cultura dell'integrità nell'ambito dell'organizzazione interna.

L'art. 6-*bis* della legge n. 241/1990 ha suscitato non poche critiche e perplessità da parte della dottrina ²¹.

E' stato sottolineato - non senza ragione - che tale precetto ha un contenuto generico e lacunoso ²²: è agevole rilevare che la norma non fornisce una definizione di conflitto di interessi e non delimita la natura dell'interesse che impone al titolare l'obbligo di astensione ²³. Questa indeterminatezza concettuale - è stato fatto notare ²⁴ - è destinata inevitabilmente a sollevare problemi interpretativi ed applicativi di non agevole soluzione.

L'enunciato legislativo, di cui si tratta, non detta, inoltre, alcuna disciplina relativa al procedimento d'accertamento ed eventuale contestazione della situazione di conflitto ²⁵; in particolare non specifica quali siano gli effetti immediati che discendono dalla dichiarazione di astensione, non regola la necessaria fase di controllo sulla predetta dichiarazione, finalizzata a verificare l'esistenza della ragione ostativa fatta valere dal funzionario, né contiene alcuna indicazione utile per individuare l'organo o l'autorità destinataria della comunicazione di astensione ²⁶. Nella norma in esame non si fa, altresì, alcun accenno all'istituto della ricasazione ²⁷.

Sotto altro profilo, il citato art. 6-*bis* della legge n. 241/1990 omette completamente di considerare e circoscrivere i tempi dell' "incidente procedimentale" originato dalla presentazione dell'istanza di astensione o ricasazione: la disposizione, infatti, non stabilisce alcun termine per la segnalazione della causa di incompatibilità e per la decisione sulla questione da parte del responsabile dell'ufficio ²⁸.

Il tenore del precetto non chiarisce neppure se dalla comunicazione della volontà di astenersi discenda l'automatica sospensione od interruzione del procedimento avviato ²⁹. Nulla si prevede poi riguardo ai meccanismi sostitutivi da attivare, nel caso in cui sia riscontrata l'esistenza della posizione di conflitto denunciata dal funzionario agente o dalle parti coinvolte nel procedimento, attraverso l'istanza di ricasazione ³⁰.

Non sono, infine, determinate le conseguenze che produce la violazione della regola posta dall'art. 6-*bis* della legge n. 241/1990 sul provvedimento finale ³¹.

Per le susesposte ragioni, è diffuso il convincimento ³² che la nuova norma, introdotta dalla legge n. 190/2012, abbia natura meramente programmatica e di indirizzo ³³ e sia, quindi, priva di una

²¹ Si veda sul punto G. IUDICA, *ult. op. cit.*, 39-47; S.A. FREGO LUPPI, *ult. op. cit.*, 683 ss.; F. SICILIANO, *ult. op. cit.*, spec. 36-38, 82-89 e 228: in particolare, per quest'ultimo Autore, *ult. op. cit.*, 180, "l'assetto programmatico, generico e gravemente indeterminato" della norma in esame "finisce solo per complicare le cose", essendo privo il precetto di qualsiasi utilità sotto il profilo giuridico. Sulla disposizione in esame si veda, altresì, G. FONDERICO, *Le modifiche alla legge sul procedimento amministrativo (art. 1, commi 37-38, 41 e 47)*, in B.G. MATTARELLA - M. PELISSERO, *La legge anticorruzione*, cit., 671 ss.; E. LUBRANO, *ult. op. cit.*, spec. 139 ss.. Sia, inoltre, consentito rinviare ancora a F. GAFFURI, *ult. op. cit.*, spec. 67 ss..

²² Al riguardo si rinvia alla dottrina, alle opere ed ai luoghi indicati nella nota precedente. In particolare S.A. FREGO LUPPI, *ult. op. cit.*, 683-684, osserva, riguardo alla norma di cui si discute, che "si tratta invero di disposizione alquanto scarna, che porta all'estremo le pur condivisibili esigenze di sintesi normativa e che lascia spazi ampi all'interpretazione"; la dottrina ora richiamata sottolinea, tuttavia che la medesima norma ha "il merito di attribuire carattere di generalità all'istituto de quo e di colmare una lacuna all'interno della legge che disciplina in via generale la funzione amministrativa e che richiama all'art. 1, tra i suoi principi ispiratori, l'imparzialità e l'efficacia" (così in *ult. op. e loc. cit.*).

²³ Cfr. S.A. FREGO LUPPI, *ult. op. cit.*, 684; F. SICILIANO, *ult. op. cit.*, 89.

²⁴ Così F. SICILIANO, *ult. op. cit.*, 90.

²⁵ In tal senso G. IUDICA, *ult. op. cit.*, 39.

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ *Ibidem.*

²⁸ *Ibidem.*, 45.

²⁹ *Ibidem.*

³⁰ *Ibidem.*

³¹ L'art. 6-*bis* della legge 241/1990 non si preoccupa, infatti, di qualificare in termini di validità o invalidità i singoli atti posti in essere dal funzionario in posizione di conflitto di interessi: così F. SICILIANO, *ult. op. cit.*, 183. Gli aspetti critici, ora indicati nel testo, della disposizione in esame saranno oggetto di specifica analisi nel paragrafo 5 del capitolo terzo, cui si rinvia per eventuali approfondimenti.

³² Cfr. F. SICILIANO, *ult. op. cit.*, 37; G. IUDICA, *ult. op. cit.*, 71.

effettiva portata innovativa; c'è addirittura chi sostiene che l'inserimento della regolamentazione relativa al conflitto di interessi nel contesto della legge n. 241/1990 costituisca una forzatura³⁴ e chi³⁵ ritiene che l'estrema indeterminatezza del disposto normativo, di cui si discetta, sia sintomatica della crisi, ormai da tempo in atto, del principio di legalità.

Nel presente scritto si intende verificare la fondatezza dell'indirizzo interpretativo da ultimo riportato, propenso a sminuire la portata del precetto in esame; ci si propone, inoltre, di valutare l'attendibilità dell'orientamento diffuso³⁶ che riconosce alla norma una valenza meramente organizzativa e che, di conseguenza, tende a non attribuire alla situazione di conflitto di interessi sorta nello svolgimento della funzione amministrativa una rilevanza immediata e diretta sull'atto conclusivo del procedimento. Secondo tale orientamento, infatti, il vizio di legittimità, cagionato dall'inosservanza della regola di comportamento stabilita dall'art. 6-bis della legge n. 241/1990, non è una condizione sufficiente per l'ottenimento dell'annullamento del provvedimento, giacché è, a tal fine, necessario dimostrare che la violazione dell'obbligo di astensione abbia concretamente influito sul provvedimento.

Per lo svolgimento predetta indagine si procederà nella successiva trattazione ad esaminare dapprima la nozione di conflitto di interessi emergente dalla disposizione, di cui si discute. Un volta chiariti i contorni generali della figura, si cercherà di definire gli effetti che determina l'inosservanza dell'obbligo di astensione, prescritto dal citato art. 6-bis della legge n. 241/1990, sull'atto dispositivo finale.

2.- Se ci si sofferma ad esaminare gli ordinamenti sovranazionali e nazionali che hanno sottoposto ad una apposita disciplina positiva le situazioni di conflitto di interessi che intervengono nell'esercizio delle funzioni pubbliche, ci si avvede facilmente che vi è la propensione a non indicare puntualmente ed in modo esaustivo le singole ipotesi che ricadono nell'ambito di applicazione della normativa all'uopo dettata³⁷: così, ad esempio, l'art. 57, par. 2, del regolamento finanziario per la redazione del bilancio generale dell'Unione Europea (regolamento Ue n. 966/2012) prescrive che *"...esiste un conflitto di interessi quando l'esercizio imparziale e obiettivo delle funzioni di un agente finanziario o di un'altra persona di cui al paragrafo 1, è compromesso da motivi familiari, affettivi, da affinità politica o nazionale, da interesse economico o da qualsiasi altra comunanza d'interessi con il destinatario"*³⁸.

³³ In particolare G. IUDICA, *ult. op. e loc. cit.*, osserva che *"...anche l'art. 6-bis...è una norma d'indirizzo, cioè una norma che vuole indirizzare il dipendente pubblico ad una condotta integra, che susciti fiducia nei cittadini. L'illegittimità procedimentale è solo una conseguenza, ma non è l'oggetto principale della norma, per cui la misura d'annullamento è solo eventuale e collegata agli effetti del provvedimento, cioè ad una disparità di trattamento"*.

³⁴ Così F. SICILIANO, *ult. op. cit.*, 36-37 e 180, secondo cui *"...difettano argomenti sistematici solidi a fondamento della scelta di inserire la disciplina del conflitto di interessi monosoggettivo nella legge n. 241/1990..."* (cfr. *ult. op., cit.*, 36); anche M. CLARICH - B.G. MATTERELLA, *ult. op. cit.*, 66, esprimono critiche e riserve riguardo alle *"intromissioni"* della legge n. 190/2012 nella disciplina della legge n. 241/1990 relativa all'organizzazione e alle modalità di svolgimento dell'azione amministrativa, giacché - secondo gli Autori ora richiamati - tali aspetti dell'amministrazione pubblica in senso oggettivo esulano, a stretto rigore, dagli obiettivi fondamentali della stessa legge n. 190/2012.

³⁵ Cfr. G. IUDICA, *ult. op. cit.*, 153; in particolare, secondo l'Autore, *"Sul piano sistematico il conflitto di interessi è cartina tornasole per capire meglio la crisi del principio di legalità. Vi è obiettiva difficoltà di "tipizzare" determinati comportamenti mediante norme di rango primario e ulteriori norme subordinate (quali codici disciplinari)"*: così in *ult. op. e loc. cit.*.

³⁶ Sul punto si rinvia al prossimo paragrafo 4, nel quale verranno analizzate le diverse tesi prospettate dottrina e dalla giurisprudenza in merito al regime giuridico proprio del vizio di legittimità causato dalla violazione dell'art. 6-bis della legge n. 241/1990.

³⁷ Per approfondimenti sul punto si rinvia alla dottrina indicata nelle precedenti note 1 e 6.

³⁸ Riguardo alla norma europea ora richiamata nel testo il Consiglio di Stato, Sez. consultiva per gli atti normativi, nel parere n. 667, reso il 5 marzo 2019 (e consultabile in *Foro amm.*, II, 2019, 3, 475) in merito allo schema delle Linee Guida Anac in tema di conflitto di interessi nelle procedure di gara, ha avuto modo di osservare che *"la definizione di cui al regolamento della UE è talmente generale e generica da ricomprendere, praticamente, qualsiasi rapporto umano"*.

Da quest'ultima norma europea, come da molte altre norme nazionali e sovranazionali aventi il medesimo oggetto, si desume chiaramente l'intenzione del legislatore di non stabilire un *numerus clausus* né di individuare a priori la tipologia dei casi, in cui è possibile configurare una interferenza, anche solo astratta e teorica, tra la sfera istituzionale e la sfera personale del funzionario pubblico; lo scopo è evidentemente quello di non cristallizzare le fattispecie rilevanti, escludendo così dall'ambito di operatività del regime predisposto altre ipotesi non codificate ma aventi ugualmente l'attitudine ad incidere sulla serenità di giudizio degli organi agenti.

Tale scelta legislativa appare comprensibile, posto che gli stati soggettivi potenzialmente in grado di influire sull'imparzialità dell'attività amministrativa sono molteplici, difficilmente enucleabili a priori e, al pari dei traffici giuridici e delle relazioni intersoggettive, in continua evoluzione.

Non si può, tuttavia, sottacere che la mancata predeterminazione delle cause di astensione per conflitto di interessi è foriera di oggettivi problemi interpretativi e di difficoltà applicative per gli operatori giuridici chiamati a dare attuazione alla norma. Il contenuto generico della previsione positiva comporta, altresì, inevitabilmente che al giudice sia attribuito un ruolo suppletivo e, dunque, una discrezionalità molto estesa nella valutazione dei singoli casi concreti: un simile ampiezza dei poteri giurisdizionali non giova, tuttavia, alla certezza del diritto, in quanto può dar luogo facilmente a pronunciamenti contraddittori e trattamenti differenziati di posizioni giuridiche identiche.

Come si è già notato, la regolamentazione in materia, introdotta dall'art. 6-bis della legge n. 241/1990, non si discosta dalla tendenza generale innanzi descritta, giacché in essa è prospettata una nozione sommaria e sostanzialmente atipica di conflitto di interessi.

Tuttavia, contrariamente a quanto sostenuto dall'indirizzo dogmatico pocanzi richiamato, tale nozione non appare assolutamente vaga ed incerta e, quindi, priva di una effettiva portata cogente.

Infatti, le carenze definitorie, rinvenibili nel testo della disposizione in esame, sono state, almeno in buona parte, colmate da norme di rango secondario - *in primis* il d.p.r. 16 aprile 2013, n. 62, contenente il "*Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici*"³⁹ - emanate successivamente all'entrata in vigore della legge n. 190/2012 ed aventi la funzione di integrare e rendere operativa la disciplina del conflitto di interessi "procedimentale", delineata in via legislativa.

Innanzitutto gli artt. 5 e 6 del regolamento da ultimo menzionato indicano puntualmente le posizioni e le relazioni personali che sono sottoposte agli obblighi di segnalazione preventiva, cui l'art. 6-bis della legge n. 241/1990 fa solo un accenno fugace e confuso⁴⁰.

che non sia puramente occasionale, e dunque si pone al di fuori della nostra tradizione giuridica che richiede una precisa individuazione dei casi di conflitto".

³⁹ Si rammenta che il regolamento ora richiamato è stato adottato in attuazione dell'art. 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, così come sostituito dall'art. 1, comma 44, della legge 6 novembre 2012, n. 190: quest'ultima norma prescrive che ogni pubblica amministrazione deve dotarsi di un codice di comportamento per i dipendenti "*al fine di assicurare la qualità dei servizi, la prevenzione dei fenomeni di corruzione, il rispetto dei doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell'interesse pubblico*".

⁴⁰ Si ricorda che l'art. 5 del regolamento in esame richiede che il dipendente comunichi "*tempestivamente*" al responsabile dell'ufficio di appartenenza la propria adesione ad associazioni od organizzazioni, "*a prescindere dal loro carattere riservato o meno, i cui ambiti di interessi possano interferire con lo svolgimento dell'attività dell'ufficio. Il presente comma non si applica all'adesione a partiti politici o a sindacati*". Giova, inoltre, segnalare che, nei piani triennali di prevenzione della corruzione, che ogni amministrazione è tenuta a predisporre, in ossequio all'art. 1, comma 8, della legge n. 190/2012, possono essere fissati "*obblighi di trasparenza ulteriori rispetto a quelli previsti da disposizioni di legge*": così prevede l'art. 1, comma 9, della legge da ultimo citata⁴⁰. L'art. 6 del d.p.r. n. 62/2013 impone, altresì, al dipendente di informare per iscritto il dirigente responsabile, all'atto di assegnazione all'ufficio, "*di tutti i rapporti, diretti o indiretti, di collaborazione con soggetti privati, in qualunque modo retribuiti che lo stesso abbia o abbia avuto negli ultimi tre anni, precisando:*

a) *se in prima persona, o suoi parenti o affini entro il secondo grado, il coniuge o il convivente abbiano ancora rapporti finanziari con il soggetto con cui ha avuto i predetti rapporti di collaborazione;*

b) *se tali rapporti siano intercorsi o intercorrano con soggetti che abbiano interessi in attività o decisioni inerenti all'ufficio, limitatamente alle pratiche a lui affidate*". Il comma 2 della disposizione ora riferita stabilisce, infine che "*Il dipendente si astiene dal prendere decisioni o svolgere attività inerenti alle sue mansioni in situazioni di conflitto,*

Inoltre, l' art. 7 del medesimo regolamento, riguardante l' "*Obbligo di astensione*", statuisce che "*Il dipendente si astiene 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*". La disposizione riportata contiene poi, nel penultimo periodo, una clausola di chiusura: ivi si stabilisce che "*Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza*". Nell'ultimo periodo della norma, si specifica, altresì, che "*Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza*".

Come l'art. 6-bis della legge n. 241/1990, anche i precetti dettati nel d.p.r. n. 62/2013 accolgono una nozione "aperta" e sostanzialmente atipica di conflitto di interessi: ciò nondimeno le disposizioni regolamentari innanzi riferite enucleano, senza dubbio, in modo più nitido e specifico rispetto alla norma di rango primario attuata, le situazioni di conflitto che impongono l'obbligo di astensione del dipendente: le ipotesi di incompatibilità, indicate nei citati artt. 6, comma 2, e 7 del d.p.r. n. 62/2013, ricalcano del resto, in larga misura, l'elencazione, contenuta nell'art. 51 c.p.c., dei casi che conducono all'astensione obbligatoria o facoltativa del giudice civile.

Ulteriori indicazioni utili per la ricostruzione dei contorni generali dell'istituto regolato dall'art. 6-bis della legge n. 241/1990 sono desumibili dai provvedimenti di *soft law* emanati dall'Autorità nazionale anticorruzione, segnatamente dalle Linee guida dettate dalla predetta Autorità, al fine di agevolare l'adozione dei codici di comportamento da parte delle singole amministrazioni⁴¹.

L'Anac mostra di intendere il conflitto di interessi in una accezione molto ampia, giacché, nei suoi atti di indirizzo, raccomanda generalmente alle amministrazioni, cui si rivolge, di imporre ai propri dipendenti l'obbligo di astensione anche nel caso in cui sia rinvenibile una causa di incompatibilità solo apparente, "*ovvero che può essere percepita come tale dall'esterno* (così si prescrive, ad esempio, nell'art. 6 delle "*Linee guida per l'adozione dei Codici di comportamento negli enti del Servizio Sanitario Nazionale*", definite dall'Anac con delibera 29 marzo 2017, n. 358).

Si rammenta che l'ipotesi di conflitto di interessi "apparente" ricorre quando una persona esterna all'amministrazione è indotta a supporre - ragionevolmente, seppur erroneamente - che l'interesse primario del soggetto decisore sia messo in pericolo da determinate situazioni personali riferibili a funzionari pubblici che intervengono nell'*iter* di formazione della decisione⁴².

Per l'indirizzo interpretativo sopra richiamato, condiviso anche da una parte della dottrina⁴³, nella formula "*ogni situazione di conflitto*", contenuta nell'art. 6-bis della legge n. 241/1990, rientrerebbe necessariamente anche l'ipotesi da ultimo descritta⁴⁴.

Tale inclusione, peraltro, desta perplessità, in quanto appare eccessiva e, per molti aspetti, controproducente sia per la pubblica amministrazione, che per i destinatari dalla sua azione.

anche potenziale, di interessi con interessi personali, del coniuge, di conviventi, di parenti, di affini entro il secondo grado. Il conflitto può riguardare interessi di qualsiasi natura, anche non patrimoniali, come quelli derivanti dall'intento di voler assecondare pressioni politiche, sindacali o dei superiori gerarchici".

⁴¹ Al riguardo si vedano, ad esempio, le Linee Guida redatte dall'Anac, nella delibera 5 giugno 2019, n. 494 (consultabile in www.lexitalia.it) e recanti l' "*Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*".

⁴² In particolare, l'ipotesi di conflitto ora prospettata si può verificare, ad esempio, nel caso in cui vi sia una omonimia tra il membro di una commissione di concorso e un candidato oppure nel caso in cui un parente di un funzionario pubblico intrattenga relazioni contrattuali con l'ente, ma con uffici del tutto distinti ad autonomi rispetto a quello in cui presta servizio il funzionario in questione: in argomento si veda S.A. FREGO LUPPI, *ult. op. cit.*, 686.

⁴³ Così, ad esempio, S.A. FREGO LUPPI, *ult. op. e loc. cit.*, la quale si richiama sul punto a precedenti giurisprudenziali e a orientamenti consolidati in ordinamenti giuridici stranieri.

⁴⁴ *Ibidem*.

In effetti, la sussunzione nella categoria delle situazioni personali incompatibili con l'esercizio del potere delle situazioni di conflitto meramente esterne è una soluzione normativa (*rectius* interpretativa, considerata l'assenza di qualsiasi riferimento nell'art. 6-bis della legge n. 241/1990 alla forma di conflitto, di cui si discute) potenzialmente idonea a produrre effetti negativi sulla continuità, sull'efficacia e sull'economicità dell'azione amministrativa⁴⁵. Attribuendo rilevanza anche al conflitto meramente apparente, vi è, infatti, il concreto rischio di rendere oltremodo difficile l'espletamento delle funzioni amministrative, se non addirittura di provocarne una sostanziale paralisi. L'estensione dell'obbligo di astensione alla fattispecie ora considerata potrebbe, inoltre, determinare una pericolosa, quanto pregiudizievole "fuga dalle responsabilità" connesse al ruolo istituzionale svolto, da parte degli organi preposti alla cura degli interessi pubblici affidati all'amministrazione.

Si deve aggiungere poi che è quantomeno incerta la conformità dell'opzione ermeneutica qui posta in discussione con i principi generali di matrice europea, in particolare con il principio di proporzionalità⁴⁶, la cui diretta attinenza con il tema trattato è esplicitamente attestata, tra l'altro, dall'art. 35 della Direttiva UE 26 febbraio 2014, n. 23, in materia di concessioni di servizi⁴⁷.

Si rammenta che, in ossequio a quest'ultimo principio, le misure restrittive, conformative e regolative adottate dal legislatore o dall'amministrazione pubblica devono essere contenute nei limiti dello stretto necessario per il raggiungimento del fine prefissato⁴⁸.

Nel caso in questione, la misura rappresentata dall'obbligo di astensione risulta oggettivamente sproporzionata rispetto alla *ratio* fondamentale dell'istituto, consistente - come noto - nella tutela dell'imparzialità e della trasparenza delle scelte amministrative; a tal fine, appare adeguato e sufficiente un semplice intervento chiarificatore dell'autorità agente, che abbia ricevuto una segnalazione riguardante un conflitto di interessi solo apparente, volto a dissipare ogni dubbio in merito alla posizione (non incompatibile) rivestita dall'organo sospettato di parzialità.

Per tutte le suesposte ragioni, sembra preferibile richiamarsi al principio secondo cui *ubi lex voluit dixit* e ritenere, pertanto, esclusa dalla sfera applicativa della norma sul conflitto di interessi la specifica ipotesi di cui si discorre⁴⁹.

⁴⁵ Osserva giustamente G. IUDICA, *ult. op. cit.*, 44-45, che "è necessario un (opportuno) bilanciamento tra dovere d'integrità del funzionario e le esigenze dell'azione amministrativa: in sostanza, se si viene a generalizzare un meccanismo di astensione anche per motivi non gravi, è compromessa l'efficienza dell'azione amministrativa. Anche a voler configurare l'astensione non solo come dovere del dipendente (in relazione all'integrità), ma come diritto a non esercitare la funzione in caso di conflitto di interessi, un bilanciamento fra esigenza di astenersi ed efficienza dell'amministrazione deve essere effettuato".

⁴⁶ Sul principio ora richiamato si veda, tra gli altri, S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2010, *passim*; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, *passim*; Id., *Il principio di proporzionalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 149 ss.; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, *passim*; F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 361 ss..

⁴⁷ In particolare, la norma comunitaria ora menzionata nel testo prescrive che "Per quanto riguarda i conflitti di interesse, le misure adottate non vanno al di là di quanto sia strettamente necessario per prevenire un conflitto di interessi potenziale o eliminare il conflitto di interessi identificato".

⁴⁸ Sul punto si rinvia agli Autori, alle opere ed ai luoghi citati nella precedente nota 46.

⁴⁹ Per le ragioni ora illustrate nel testo non sembra che il c.d. conflitto di interessi apparente possa assumere - in linea generale - rilevanza ai fini dell'applicazione della disciplina normativa qui in esame; ciò non esclude, tuttavia, che anche tale tipologia di conflitto possa essere fonte dell'obbligo di astensione in casi particolari, qualora sia il legislatore a prevedere espressamente una simile estensione: in tal senso sembra, ad esempio, disporre l'art. 42 del codice degli appalti: quest'ultima norma, infatti, prescrive, al comma 2, che "Si ha conflitto di interessi.....quando il personale della stazione appaltante.....ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità ed indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione".

3.- Dalla giurisprudenza che si è sinora formata in merito al regime predisposto dall'art. 6-bis della legge n. 241/1990 non si desumono contributi significativi per la ricostruzione dei caratteri generali dell'istituto delineato da tale norma.

I Giudici amministrativi, che si sono occupati del tema, si sono normalmente concentrati sui singoli casi concreti sottoposti al loro scrutinio, senza svolgere indagini particolarmente approfondite sui connotati fondamentali della figura.

Riguardo agli aspetti più squisitamente teorico-sistematici della fattispecie considerata, la giurisprudenza è, infatti, solita affermare, in modo tralatizio, che *“in materia di conflitto di interessi può farsi tuttora applicazione, in quanto non contraddetto dalla disciplina attualmente vigente, del costante orientamento giurisprudenziale, per cui le situazioni di conflitto di interessi, nell'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. Per l'effetto, al di là delle singole disposizioni normative, ogni situazione che determini un contrasto, anche solo potenziale, tra il soggetto e le funzioni attribuitegli, deve comunque ritenersi rilevante a tal fine”*⁵⁰.

Vi è stato, tuttavia, un recente pronunciamento del Consiglio di Stato, che offre spunti certamente più importanti ed utili di quelli innanzi richiamati per definire i lineamenti ontologici e funzionali del conflitto di interessi “procedimentale”: ci si riferisce al già citato parere 5 marzo 2019, n. 667, che il predetto Giudice è stato chiamato ad esprimere sullo schema delle Linee Guida Anac in tema di conflitto di interessi nelle procedure di gara (tali Linee guida - si ricorda - sono state successivamente adottate dall'Autorità anticorruzione con la delibera n. 494/2019, parimenti menzionata in precedenza).

In quest'ultimo parere il supremo Organo della Giustizia amministrativa osserva preliminarmente che, da un punto di vista logico-giuridico (oltre che lessicale), la situazione di conflitto, prefigurata dall'art. 6-bis della legge n. 241/1990, riguarda propriamente gli interessi, *“vale a dire la tensione verso un bene giuridico che soddisfi un bisogno”*; la relativa disciplina attiene, quindi, *“non a comportamenti ma a stati della persona”*.

Il conflitto di interessi non consiste, dunque, in una condotta dannosa per l'interesse pubblico, ma in una condizione giuridica o di fatto dalla quale può scaturire il rischio che siano posti in essere comportamenti pregiudizievoli per l'amministrazione. Di conseguenza, per la configurabilità dell'obbligo di astensione prescritto dalla disposizione da ultimo indicata, è sufficiente che il funzionario pubblico abbia *“...l'opportunità di anteporre i propri interessi privati ai propri interessi professionali.....indipendentemente dal concretizzarsi di un vantaggio”*⁵¹.

Secondo il Consiglio di Stato, la rilevanza *in subiecta materia* del semplice “pericolo di interferenza” tra la sfera istituzionale e la sfera personale del dipendente pubblico discende direttamente dal principio d'imparzialità dell'azione amministrativa, espresso dall'art. 97 Cost., anche *“sub specie del principio ‘della moglie di Cesare’ che deve non solo essere onesta, ma anche apparire onesta”*.

Una volta chiariti i profili generali e la *ratio* dell'istituto regolato dall'art. 6-bis della legge n. 241/1990, il Consiglio di Stato si sofferma, nel parere n. 667/2019, ad analizzare la previsione, contenuta nella disposizione esaminata, secondo la quale l'obbligo di astensione sussiste anche nel caso in cui sia ravvisabile un “conflitto potenziale”.

⁵⁰ Così T.a.r. Piemonte, Sez. I, 14 agosto 2019, n. 948, in www.lexitalia.it. In senso sostanzialmente conforme si veda, da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2017, n. 3415, *ivi*; T.a.r. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 9 gennaio 2017, n. 21, *ivi*; T.a.r. Veneto, Sez. I, 23 settembre 2019, n. 1021, *ivi*. Per ulteriori approfondimenti sulla giurisprudenza ora richiamata sia consentito rinviare a F. GAFFURI, *ult. op. cit.*, 30 ss..

⁵¹ Le considerazioni ora richiamate nel testo inducono, quindi, il Consiglio di Stato ha definire, nel parere n. 667/2019, il conflitto di interessi *“come una condizione giuridica che si verifica quando, all'interno di una pubblica amministrazione, lo svolgimento di una determinata attività sia affidato ad un funzionario che è contestualmente titolare di interessi personali o di terzi, la cui eventuale soddisfazione implichi necessariamente una riduzione del soddisfacimento dell'interesse funzionalizzato”*.

Sul punto il supremo Organo della Giustizia amministrativa fa notare - non senza ragione - che l'espressione "conflitto potenziale", utilizzata nel precetto, costituisce una mera tautologia, posto che - come si è pocanzi evidenziato - "*il conflitto di interessi è, di per sé, una situazione di pericolo e qualunque pericolo è, per sua natura, una potenza e non un atto*".

Ciò premesso, il Consiglio di Stato - al fine di attribuire un significato effettivo e concreto alla suindicata previsione normativa - teorizza che, con essa, il legislatore abbia voluto, in realtà, estendere il regime dettato alle ipotesi di conflitto non tipizzate - ovvero a quelle ipotesi di conflitto diverse da quelle conclamate, palesi e, soprattutto, codificate (quali i rapporti di parentela o di coniugio e le altre posizioni personali puntualmente elencate dall'art. 7 del d.p.r. n. 62/ del 2013) - che siano comunque idonee a determinare il rischio di condizionamenti dell'interesse privato sulle scelte pubbliche. Tali ipotesi, non definite dalle legge, ma qualificate teleologicamente, sono sostanzialmente identificabili - ad avviso dell'Organo giurisdizionale che ha reso il parere qui riportato - con le "gravi ragioni di convenienza", contemplate dall'art. 7, ultimo periodo, del d.p.r. n. 62 del 2013, e dall'art. 51 c.p.c..

In particolare, il Consiglio di Stato sostiene che alle situazioni di "conflitto potenziale", cui si riferisce l'art. 6-bis della legge n. 241/1990, siano riconducibili, in primo luogo, quegli stati personali che, pur non rientrando nei casi espressamente contemplati, sono, per loro natura, destinati in futuro ad evolversi in una delle fattispecie stabilite dalla legge (ad esempio, un fidanzamento che può dar luogo ad un matrimonio e, quindi, ad un rapporto di coniugio). Per il medesimo Giudice, nella categoria dei "conflitti potenziali" sarebbero, inoltre, annoverabili le posizioni e le relazioni soggettive - astrattamente inquadrabili in una della ipotesi di conflitto tipizzate - che, seppur passate, esaurite o non più attuali, siano comunque in grado di influire ancora sull'operato del funzionario e di provocare interferenze indebite nell'attività amministrativa. Si pensi ad una pregressa frequentazione abituale (ad esempio, un vecchio compagno di scuola) che ben potrebbe risorgere (da qui la potenzialità) o, in ogni caso, sollevare dubbi di parzialità (da qui, le gravi ragioni di convenienza).

Per l'opinione giurisprudenziale qui analizzata, entrambe le situazioni innanzi descritte, sia quelle che tendono ad evolversi *de futuro* verso ipotesi di conflitto positivamente definite sia quelle che favoriscono *de praeterito* il conflitto, costituiscono, al contempo, declinazioni delle "gravi ragioni di convenienza", richiamate dagli artt. 7 del del d.p.r. n. 62 del 2013 e 51 c.p.c. e del "potenziale conflitto", evocato nell'art. 6-bis della legge n. 241/1990.

Nel parere in esame il Consiglio di Stato giunge, quindi, alla conclusione che "*la qualificazione 'potenziale' e le 'gravi ragioni di convenienza' sono espressioni equivalenti, perché teleologicamente preordinate a contemplare i tipi di rapporto destinati, secondo l'id quod plerumque accidit, a risolversi (potenzialmente) nel conflitto per la loro identità o prossimità alle situazioni tipizzate*".

L'indirizzo interpretativo sopra illustrato appare condivisibile, almeno in linea di principio: indubbiamente la disciplina sul conflitto di interessi "procedimentale" è finalizzata a prevenire l'insorgenza di situazioni capaci di compromettere, anche solo in via teorica ed astratta, l'imparzialità amministrativa; per queste ragioni la disciplina, di cui si discute, non richiede né presuppone, ai fini della configurabilità dell'obbligo di astensione, che sia accertata una concreta e specifica attitudine dell'interesse privato sospettato d'incompatibilità a determinare puntuali pregiudizi per l'autorità agente ed apprezzabili vantaggi per il soggetto portatore dell'interesse.

Del resto, anche quando la situazione di incompatibilità è certa e conclamata (si pensi, ad esempio, al caso in cui la determinazione da adottare influisca direttamente sul godimento di un bene appartenente all'organo cui spetta il compito di provvedere) non è detto che tale situazione incida effettivamente sulla decisione finale (può accadere, infatti, che il funzionario titolare della posizione coinvolta non si faccia condizionare dal suo interesse personale e agisca correttamente).

Come giustamente ha osservato il Consiglio di Stato nel parere in precedenza richiamato "*l'essere in conflitto e abusare effettivamente della propria posizione sono due aspetti distinti*": il regime introdotto dall'art.6-bis della legge n. 241/1990 si occupa, in particolare, del primo aspetto.

L'obbligo di astensione, dettato dal predetto regime, opera, quindi, in tutte le ipotesi in cui sia riscontrabile una situazione personale, di fatto o giuridica, che - secondo un giudizio prognostico fondato *sull'id quod plerumque accidit* - può ingenerare un rischio, anche solo potenziale, di distorsioni, sviamenti ed ingerenze nell'esercizio del potere, determinati da interessi attinenti alla sfera privata dell'organo agente.

Certamente possiedono una simile attitudine tutte quelle situazioni che, pur non tipizzate, sono comunque strettamente collegate a quelle espressamente previste dalla legge, in quanto analoghe, strumentali, propedeutiche o consequenziali rispetto a queste ultime.

4.- Si è avuto occasione di segnalare in precedenza che tuttora non esistono opinioni dottrinali e giurisprudenziali univoche e consolidate in merito alla questione riguardante l'individuazione degli effetti prodotti dalla violazione della regola di comportamento, stabilita dall'art. 6-*bis* della legge n. 241/1990, sul provvedimento conclusivo del procedimento. Tale questione si pone in quanto la norma citata nulla dispone in ordine alle conseguenze discendenti dalla mancata astensione dell'organo incompatibile sull'attività amministrativa espletata con la partecipazione di quest'ultimo.

Giova sottolineare che anche le norme speciali in materia di conflitto di interessi precedenti all'introduzione del precetto da ultimo richiamato non dettavano disposizioni specifiche e chiare sull'aspetto applicativo ora considerato: di conseguenza, dubbi e incertezze in ordine alla incidenza del conflitto di interessi sulle determinazioni adottate dall'amministrazione si erano già presentati in epoca antecedente all'entrata in vigore del precetto introdotto dalla legge n. 190/2012: sul punto erano state prospettate soluzioni ermeneutiche diverse, molte delle quali sono state successivamente riproposte anche in riferimento al citato art. 6-*bis* della legge n. 241/1990.

Prima della riforma del 2012, c'è chi aveva espresso il convincimento che l'atto adottato con l'apporto o l'intervento di chi era tenuto ad astenersi, per ragioni di conflitto di interessi, fosse nullo

⁵²

Una simile tesi, seppur suggestiva, non sembra, peraltro, più proponibile, dato che la *species* di invalidità ora considerata non è ascrivibile in alcuna delle ipotesi, tipiche e tassative, di nullità degli atti amministrativi ⁵³ attualmente enumerate dall'art. 21-*septies* della legge n. 241/1990. In effetti, risulta difficile ricomprendere la violazione dell'obbligo di astensione nelle categorie, rispettivamente, del difetto assoluto di attribuzione e della mancanza di un elemento essenziale dell'atto ⁵⁴; del tutto impossibile è poi la sussunzione della fattispecie nelle restanti ipotesi di nullità normativamente codificate, ovvero nella violazione od elusione del giudicato e nei casi di nullità espressamente previsti dalla legge.

Secondo altra corrente di pensiero, accolta anche da una parte della più recente dogmatica ⁵⁵, l'inosservanza della regola di comportamento in esame comporterebbe una mera irregolarità procedimentale, come tale sanabile. A sostegno di questa posizione ermeneutica, si pone l'accento sulla natura essenzialmente organizzativa rivestita dall'istituto oggi regolato dall'art. 6-*bis* della legge n. 241/1990: si sostiene, infatti, che detto istituto sia teleologicamente destinato ad assicurare innanzitutto l'integrità del funzionario, ai sensi degli artt. 54 e 98 Cost. e se ne inferisce pertanto

⁵² In tal senso L. GALATERIA, *Astensione (dir. cost. e amm.)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 941, e la dottrina ivi indicata. In particolare, l'Autore citato rileva, in *ult. op. e loc. cit.*, richiamandosi al pensiero di V.E. ORLANDO, (in *Consiglio comunale*, in *Dig. it.*, VIII, Torino, 1896, 134) che la nullità del provvedimento emesso con la partecipazione del soggetto incompatibile è dovuta al fatto che "*l'obbligo dell'astensione, come è imposto dal testo e più dallo spirito della legge, è obbligo assoluto; riguarda non solo la persona, ma la dignità stessa dell'ente le cui deliberazioni si vogliono rendere superiori al sospetto che fossero dettate da motivi estranei al pubblico interesse*".

⁵³ Sulla disciplina della nullità degli atti amministrativi, dopo l'entrata in vigore dell'art. 21-*septies* della legge n. 241/1990, si veda, tra gli altri, D. PONTE, *La nullità del provvedimento amministrativo*, Milano, 2007, *passim*; V. CERULLI IRELLI - L. DE LUCIA, *L'invalidità amministrativa*, Torino, 2009, *passim*; F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, Torino, 2010, *passim*.

⁵⁴ Sul punto si veda pure S.A. FREGO LUPPI, *ult. op. cit.*, 695-696.

⁵⁵ In tal senso si veda F. SICILIANO, *ult. op. cit.*, 127.

che l'inosservanza del relativo regime tendenzialmente non inficia l'atto finale, in quanto esaurisce la sua rilevanza sul piano disciplinare ed amministrativo⁵⁶.

La maggioranza della dottrina⁵⁷ e della giurisprudenza⁵⁸, tuttavia, è da sempre propensa a configurare la violazione dell'obbligo di astensione come vizio di legittimità del provvedimento emanato con la collaborazione del soggetto titolare della posizione confliggente: l'orientamento più comune⁵⁹ tende, in sostanza, a ravvisare nel conflitto di interessi una situazione di incompatibilità "occasionale od accidentale", giacché si ritiene che l'insorgenza della posizione conflittuale abbia l'effetto di "limitare temporaneamente e solo relativamente all'affare pel quale quel conflitto è possibile, l'esercizio di pubbliche funzioni"⁶⁰.

Nell'ambito della linea interpretativa ora richiamata, non vi è, però, concordia sulla individuazione della tipologia di vizio, originato dalla predetta violazione normativa.

Secondo alcuni⁶¹, il mancato rispetto del regime di incompatibilità dà luogo ad un vizio di violazione di legge: a tal fine si valorizza il fatto che l'obbligo di astensione costituisce un diretto corollario del principio costituzionale di imparzialità amministrativa.

Per altri⁶², invece, la causa di illegittimità dell'atto qui esaminata deve essere più esattamente inquadrata nel vizio di incompetenza relativa, in quanto si reputa che la disciplina dettata in materia

⁵⁶ Cfr. F. SICILIANO, *ult. op. e loc. cit.*.

⁵⁷ In tal senso, da ultimo, G. IUDICA, *ult. op. cit.*, 10 ss.; S.A. FREGO LUPPI, *ult. op. cit.*, 695.

⁵⁸ *Ex multis* si veda Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2119, in *Foro amm.*, 2015, 4, 1125; Cons. giust. amm. Reg. Sicilia, Sez. giur., 22 novembre 2012, n. 1039, in *Foro amm.*, C.d.S., 2012, 11, 3081; T.a.r. Lombardia, Milano, Sez. I, 4 settembre 2014, n. 2307, in *Foro amm.*, 2014, 9, 2364; T.a.r. Sardegna, Cagliari, Sez. I, 5 giugno 2013, n. 459, in *Foro amm.*, T.a.r., 2013, 6, 2162.

⁵⁹ In tal senso V.E. ORLANDO, *ult. op. e loc. cit.*; E. GUICCIARDI, *Esercizio di funzioni pubbliche e interesse personale dei collegi amministrativi*, in *Riv. amm.*, 1948, I, 130; M. NIGRO, *Sulla legittimazione degli organi amministrativi contenziosi*, cit., 74-77; L. GALATERIA, *ult. op. cit.*, 946. Al riguardo chiarisce, in particolare, A. PUBUSA, *Ricusazione ed astensione nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, 1997, Torino, 431, che il conflitto di interessi "fa venir meno la legittimazione all'esercizio della pubblica funzione. Si tratta, dunque, di una incompatibilità funzionale, posto che importa solamente l'obbligo di astenersi dall'esercizio di talune funzioni, diversamente dall'incompatibilità organica o strutturale, che determina per il soggetto la perdita della posizione di componente dell'organo al quale egli era stato legittimamente nominato od eletto. Il verificarsi della causa d'incompatibilità fa, dunque, venire meno in capo al funzionario o al membro dell'organo collegiale il dovere di esercitare la funzione nella situazione concreta, senza c'egli incorra nel reato di omissione, che altrimenti verrebbe commesso, non esercitando la funzione". In giurisprudenza si veda, ad esempio, Cons. Stato, Ad. plen., 30 giugno 1958, n. 6, in *Cons. Stato*, 1958, I, 536 ss., e, più di recente, Cons. Stato, Sez. IV, 17 luglio 1996, n. 860, in *Riv. giur. edilizia*, 1997, 848; Id., 1 settembre 1997, n. 937, in *Giur. it.*, 1998, 1183; Id., 28 gennaio 2011, n. 693, in *Riv. giur. edilizia*, 2011, I, 687; T.a.r. Sicilia, Palermo, Sez. II, 22 febbraio 2005, n. 203, in *Foro amm.*, T.a.r., 2, 2005, 543. In particolare, con riferimento all'orientamento giurisprudenziale più diffuso, formatosi sul tema e ora ricordato, S.A. FREGO LUPPI, in *ult. op. cit.*, 697-698, osserva che "L'atto in passato è stato per lo più riconosciuto invalido a prescindere da ogni ulteriore valutazione, per esempio in ordine al fatto che il funzionario avesse proceduto in modo imparziale o con riguardo all'effettivo conseguimento di un vantaggio da parte di colui che aveva esercitato la funzione in posizione di conflitto di interessi, elemento rilevante....in sede penale. L'atto è stato considerato illegittimo, anche se 'nella specie la decisione [era] stata dannosa anziché vantaggiosa per il congiunto del consigliere comunale' che teoricamente avrebbe dovuto trarre beneficio dalla violazione dell'obbligo di astensione. Lo stesso dicasi, pur con qualche rara eccezione, per l'ipotesi in cui il soggetto in conflitto di interessi non avesse cagionato un pregiudizio all'amministrazione pubblica e comunque avesse perseguito con il proprio anche e nel modo più opportuno il pubblico interesse. L'avvento dell'art. 6-bis non contiene in sé elementi nuovi atti a modificare tali posizioni. Oltretutto l'orientamento rigoroso della giurisprudenza ha saldi riferimenti dottrinali, in particolare a livello internazionale, dove il tema del conflitto d'interessi è stato molto studiato".

⁶⁰ Così A. SAVAGNONE, *Le incompatibilità amministrative*, cit., 83; nel medesimo senso M. NIGRO, *ult. op. cit.*, 77, il quale osserva che "...la interferenza nell'esercizio del potere affidato ad un organo, di interessi privati o, comunque non propri di quell'organo, interessi di cui si facciano portatori i titolari di esso, costituisce un vizio di legittimazione del soggetto, perché interrompe il nesso di strumentalità fra persona giuridica e persona fisica".

⁶¹ Cfr. U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 20 ss.; M. NIGRO, *ult. op. cit.*, 78 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1966, 317; L. GALATERIA, *ult. op. cit.*, 947. In giurisprudenza si veda, *ex plurimis*, Cons. giust. amm. Reg. Sicilia, Sez. giur., 22 novembre 2012, n. 1039, cit..

⁶² Si veda A. SAVAGNONE, *ult. op. e loc. cit.*, e, più di recente, A. CROSETTI, *Incompetenza (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, 1993, Torino, 204 ss., spec. 206.

attenga, primariamente e fondamentalmente, al profilo soggettivo ed organizzativo dell'azione pubblica, e solo in via riflessa ed indiretta a quello oggettivo e funzionale, afferente al procedimento e al provvedimento.

C'è infine chi ⁶³ ha ipotizzato, in passato, che l'illegittimità procedimentale, cagionata dall'inosservanza della regola di comportamento stabilita dall'art. 6-bis della legge n. 241/1990, sia idonea ad inficiare il provvedimento solo quando assurga a figura sintomatica dell'eccesso di potere; per quest'ultima linea interpretativa, dunque, il vizio procedimentale, di cui si discute, non rappresenta, in sé e per sé, una condizione sufficiente per l'ottenimento dell'annullamento dell'atto, giacché è, a tal fine, necessario dimostrare che la violazione dell'obbligo di astensione abbia concretamente influito sull'atto finale, determinando una disparità di trattamento, uno sviamento dal fine proprio dell'atto o una carenza di istruttoria: quest'ultima opzione interpretativa è stata prospettata dalla dottrina più recente anche in relazione all'art. 6-bis della legge n. 241/1990 ⁶⁴.

5.- Le tesi più sopra descritte che rinvergono nella violazione dell'art. 6-bis della legge n. 241/1990 una mera irregolarità sanabile o un eccesso di potere sono accomunate dal fatto di muovere entrambe dall'assunto, di ordine sistematico, secondo cui la disciplina del conflitto di interessi risponde ad una finalità essenzialmente e prioritariamente organizzativa.

Tale assunto, tuttavia, non appare fondato: è invero innegabile che l'istituto codificato dalla norma da ultimo citata attiene (anche) al momento organizzativo dell'attività amministrativa e, quindi, rappresenta uno strumento utile a tutelare l'imparzialità amministrativa, nella sua dimensione statica, strutturale e soggettiva; è, inoltre, altrettanto indiscutibile che, attraverso la "procedimentalizzazione" del conflitto di interessi, si preserva e si rafforza, in linea generale, il prestigio dell'apparato burocratico, l'integrità del singolo funzionario e, in ultima analisi, la fiducia del cittadino nei confronti dell'autorità pubblica ⁶⁵.

⁶³ In tal senso M. ALI', *Annullamento d'ufficio, analogo procedimento e principi costituzionali*, in *Foro amm.*, 1966, 152 ss.. Si ricorda che, anche per A.M. SANDULLI, *ult. op. e loc. cit.*, il conflitto di interessi può dar luogo ad una ipotesi di eccesso di potere per disparità di trattamento; l'Autore, infatti, ritiene che i destinatari del provvedimento abbiano l'onere di recusare il funzionario in conflitto di interessi; qualora non si avvalgano di tale strumento risolutivo del conflitto, è a loro inibita la contestazione del provvedimento per il solo motivo della partecipazione ad esso del soggetto che avrebbe dovuto astenersi; tuttavia, secondo Sandulli, anche in mancanza della preventiva ricusazione, la parte interessata rimane legittimata a far valere, in sede d'impugnazione della decisione finale, l'eccesso di potere per disparità di trattamento, determinato, per l'appunto, dalla partecipazione (indebita) del funzionario incompatibile (così si sostiene in *ult. op. e loc. cit.*).

⁶⁴ Cfr. G. IUDICA, *ult. op. cit.*, 58, il quale rileva che la violazione dell'obbligo di astensione, previsto dall'art. 6-bis della legge n. 241/1990, "comporta una illegittimità procedimentale, ma per pervenire all'annullamento ciò non è sufficiente....In sostanza il vizio da conflitto di interessi porta ad una violazione di legge, quindi ad una illegittimità. Ma tale illegittimità è una patologia procedimentale, in quanto ... non vi erano le condizioni legittimanti per l'esercizio della funzione. Per conseguire l'annullamento bisognerà dimostrare un eccesso di potere per difetto d'istruttoria o una disparità di trattamento. In sostanza sono gli effetti del provvedimento che comportano concretamente parzialità, non la sussistenza del conflitto di interessi, che attiene alle condizioni legittimanti dell'esercizio del potere e quindi all'imparzialità nel momento della configurazione dell'ufficio".

⁶⁵ Come in ogni altra norma contenuta nella legge generale sul procedimento amministrativo, anche nell'art. 6-bis il profilo organizzativo, connaturato alla disciplina dettata, assume carattere strumentale e servente rispetto al profilo funzionale insito nella medesima disciplina: in argomento si rinvia a U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., 59 ss. Con specifico riferimento alla disciplina normativa qui analizzata ha osservato giustamente S.A. FREGO LUPPI, *ult. op. cit.*, 694, che la collocazione dell'art. 6-bis della legge n. 241/1990 "all'interno della sezione dedicata al responsabile del procedimento, quindi nella parte della legge dedicata all'organizzazione potrebbe essere letta come tale da proporre una valenza meramente organizzativa della norma. Ne deriverebbe che l'inosservanza potrebbe non riflettersi sull'atto, invalidandolo, mentre rilevarebbe sempre sul piano disciplinare e amministrativo. Peraltro, tale prospettazione appare poco convincente. Anzitutto è possibile contestarla sullo stesso piano formale, valorizzando la scelta del legislatore di collocare la disposizione all'interno della legge n. 241, che disciplina in via primaria l'azione amministrativa e interviene su profili di organizzazione nella misura in cui ciò risulti strettamente funzionale alla disciplina del procedimento. Non va poi trascurato il peso dell'opposta preesistente valutazione delle fattispecie d'incompatibilità nell'esercizio della funzione amministrativa, considerate tali da determinare l'invalidità degli atti adottati".

I suindicati risvolti, seppur importanti, non costituiscono però i connotati e gli scopi primari e peculiari dell'istituto, giacché l'esplicito riconoscimento normativo della rilevanza del conflitto di interessi nell'ambito del procedimento amministrativo sembra rivestire un significato ben più pregnante: con l'inserimento dell'art. 6-bis nella legge n. 241/1990 si è innanzitutto attribuito alla regola di condotta ivi delineata natura di vera e propria regola procedimentale, ossia di regola destinata a conformare il processo di formazione della determinazione autoritativa pubblica. Sotto questo profilo, si può affermare - rifacendosi alla nota classificazione delle norme disciplinatrici del potere amministrativo e del suo esercizio prospettata dal Guicciardi - che la nuova disposizione introdotta dalla legge n. 190/2012 rappresenti una "norma di azione"⁶⁶, posto che essa è funzionalmente preordinata a fare in modo che il provvedimento sia il risultato di valutazioni serene ed imparziali, da parte degli uffici competenti; in particolare, la regola di comportamento in esso dettata è finalizzata ad evitare che la determinazione finale possa essere, anche solo potenzialmente, influenzata da interessi personali degli organi chiamati a collaborare, a diverso titolo, alla definizione della volontà amministrativa. Tale disciplina assicura, dunque, la terzietà dei funzionari agenti rispetto all'assetto degli interessi che sarà recepito nell'atto conclusivo della procedura e, per tale via, l'imparzialità amministrativa, in senso funzionale, e la *par conditio* degli amministrati. In questo modo si valorizza la nozione di procedimento nella sua accezione sostanziale, inteso, cioè, "come circuito neutrale atto a rilevare in maniera obiettiva l'interesse pubblico concreto che sottende ogni decisione dell'autorità"⁶⁷.

D'altro canto, l'art. 6-bis della legge n. 241/1990, definisce una nuova garanzia per il cittadino partecipante al procedimento; l'obbligo di astensione, infatti, tutela l'affidamento del cittadino sulla correttezza e sull'imparzialità dell'operato dei pubblici funzionari, e più precisamente l'aspettativa del destinatario all'ottenimento di una decisione improntata al principio di uguaglianza, non segnata da favoritismi o discriminazioni e, più in generale, non condizionata da atteggiamenti prevenuti o da interessi diversi e contrastanti con quelli che, per legge, devono essere presi in considerazione dall'autorità agente⁶⁸.

In quest'ottica, la disciplina in esame è direttamente applicativa del principio di correttezza procedimentale⁶⁹: tale principio - si ricorda - presuppone che l'amministrazione procedente agisca con serenità di giudizio, ovvero che assuma una posizione di assoluta equidistanza e terzietà rispetto agli interessi secondari, pubblici e privati, su cui il provvedimento andrà ad incidere.

Da questo punto di vista, il precetto, di cui si discute, si atteggia a "norma di relazione"⁷⁰, in quanto è rivolto, in modo specifico e diretto, a regolare il rapporto nascente con l'avvio del procedimento⁷¹. La funzione ora descritta appare l'elemento caratterizzante dell'istituto recepito dalla legge generale sul procedimento amministrativo.

⁶⁶ Appare invero incontestabile che l'esistenza del conflitto di interessi influisca, direttamente e primariamente, sul corretto svolgimento dell'azione amministrativa e, come tale, abbia una sicura ed immediata valenza funzionale e relazionale: come è stato efficacemente osservato, infatti, "Il conflitto di interessi corrompe il percorso decisionale favorendo una parte, immettendo una componente estranea (quella personale) nella comparazione dei fini generali, generando iniquità e disparità di trattamento, indebolendo l'imparzialità del processo dispositivo, entrando in antagonismo con una particolare situazione che può astrattamente oscurare o limitare l'equilibrio psicologico, esitando nell'assolvere la proiezione del 'buon andamento' dell'azione amministrativa, operando in contrasto con la posizione di terzietà, in danno apparente con l'interesse pubblico": così M. LUCCA, *Conflitto di interessi e codice di comportamento*, in www.lexitalia.it, 2. In argomento si veda pure S.A. FREGO LUPPI, *ult. op. cit.*, 694.

⁶⁷ In tal senso A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere pubblico*, in *Annali della Facoltà di Economia e commercio dell'Università di Messina*, Catania, 1981, 455.

⁶⁸ Per approfondimenti sul punto sia consentito rinviare a F. GAFFURI, *Il conflitto di interessi nell'esercizio del potere amministrativo*, cit., 67 ss., spec. 95-107.

⁶⁹ Sul principio ora evocato nel testo sia consentito rimandare a F. GAFFURI, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Milano, 2006, 136 ss..

⁷⁰ Sulla categoria di norma pubblicistica ora evocata nel testo si veda, di recente, F. VOLPE, *Norme di relazione, norme di azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, *passim*, spec. 127 ss..

⁷¹ Sul rapporto procedimentale sia consentito rinviare a F. GAFFURI, *Il rapporto procedimentale*, Milano, 2013, *passim*, spec. 75 ss.. Si veda, inoltre, M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, *passim*, spec. 165 ss..

Nella sua valenza (primaria e fondamentale) di norma di relazione, l'art. 6-bis della legge n. 241/1990 è diretto a preservare non tanto il prestigio della pubblica amministrazione e la sua credibilità ed autorevolezza nei confronti della collettività o, comunque, dei cittadini, *uti cives*⁷², quanto piuttosto il rapporto di fiducia, lealtà e correttezza, che deve intercorrere tra i soggetti, pubblici e privati, coinvolti nello svolgimento dell'azione amministrativa e tenuti a collaborare per la definizione della vicenda sottoposta all'esercizio del potere⁷³.

Se sono esatte le precedenti riflessioni, non sono rinvenibili ragioni plausibili, di ordine teorico-sistematico, che impongano o suggeriscano di riservare al vizio del procedimento, discendente dalla violazione dell'art. 6-bis della legge n. 241/1990, un trattamento diverso da quello dettato dall'art. 21-octies, comma 1, della legge da ultimo citata, per tutti i vizi di legittimità aventi la medesima natura; pertanto, come ogni altra ipotesi di inosservanza di norme procedurali, anche l'ipotesi, di cui si discetta, è idonea, di per sé, a determinare la caducazione dell'atto senza che sia necessario accertare preventivamente se l'interesse personale del dipendente abbia effettivamente interferito con il corretto svolgimento della funzione svolta (c.d. prova di resistenza), ovvero abbia determinato un eccesso di potere per sviamento, difetto di istruttoria o disparità di trattamento.

Ciò significa che, ai fini dell'annullamento del provvedimento, è sufficiente che il giudice accerti che sussisteva l'obbligo, per l'organo interessato, di astenersi e che tale obbligo non è stato rispettato (e, dunque, il provvedimento è stato emanato con la partecipazione o la collaborazione del soggetto incompatibile).

In particolare, la ricostruzione del vizio in questione quale (eventuale) figura sintomatica dell'eccesso di potere appare discutibile non solo per i motivi sopra dedotti, ma anche perché non tiene conto del fatto che, con l'innesto dell'art. 6-bis nella legge n. 241/1990, l'obbligo di astensione per conflitto di interessi ha acquisito il carattere di regola di diritto positivo; più esattamente tale regime è diventato un istituto (procedimentale) normativamente codificato. Il suddetto obbligo, dunque, non è o perlomeno non è più un principio desumibile dall'ordinamento pubblicistico generale, né può essere equiparato ai doveri di comportamento previsti da atti aventi efficacia esclusivamente interna all'apparato pubblico, quali, ad esempio, le circolari, le direttive, gli atti di indirizzo o i c.d. autolimiti stabiliti dalle singole amministrazioni.

Si deve osservare, infine, che, anche sul piano squisitamente pratico, la linea esegetica testé richiamata appare criticabile: può, infatti, risultare oltremodo difficile acclarare se ed in quale misura le scelte compiute dall'organo decidente siano state influenzate dall'intervento nel procedimento dell'organo incompatibile. Verosimilmente è anche per questo motivo che il legislatore ha ritenuto di attribuire rilevanza, nell'ambito del procedimento, anche al conflitto meramente potenziale. Tuttavia, se si riconduce l'inosservanza dell'obbligo di astensione alla categoria dell'eccesso di potere, si introduce, di fatto, un elemento di alta soggettività ed opinabilità nella valutazione dell'influenza del conflitto riscontrato sul provvedimento, in sostituzione del criterio oggettivo ed univoco stabilito dalla legge, il quale risponde ad una evidente esigenza di certezza del diritto⁷⁴.

Per tutte le suesposte ragioni, non sembra che sussistano le condizioni minime e necessarie per affermare l'incidenza - solo eventuale ed indiretta - sull'atto conclusivo del procedimento della

⁷² Tale aspetto dell'istituto è sottolineato, in particolare, da V. CAIANIELLO, *Astensione e ricasazione*, cit., 1.

⁷³ Su tali aspetti del rapporto procedimentale sia consentito rinviare ancora a F. GAFFURI, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, cit., 136 ss..

⁷⁴ In tal senso si veda pure S.A. FREGO LUPPI, *ult. op. cit.*, 698-699, la quale osserva che la qualificazione della violazione dell'art. 6-bis della legge n. 241/1990 come figura sintomatica dell'eccesso di potere deve essere respinta anche per "Un altro argomento almeno altrettanto rilevante", attinente precisamente "alla necessità di tutelare non solo la correttezza dell'agire amministrativo ma anche il prestigio della Pubblica amministrazione. Il mero fatto che chi ha agito si trovasse in una situazione poco 'limpida' fa scattare conseguenze sul piano dell'immagine dell'istituzione e della sua 'dignità'. Detta immagine va tutelata, quale che sia l'esito in concreto della scelta amministrativa. Infatti, in caso contrario, a essere minata è la fiducia dei cittadini nelle istituzioni, obiettivo non meno importante dell'efficacia/efficienza dell'azione amministrativa".

violazione del precetto in questione e la sua valenza come mera figura sintomatica di un cattivo uso del potere discrezionale, ascrivibile nel vizio dell'eccesso di potere

Le precedenti riflessioni inducono, dunque, a considerare più persuasivi e corretti gli orientamenti interpretativi prima ricordati, propensi a configurare il provvedimento emanato con la partecipazione di un organo titolare di un interesse privato in conflitto (anche solo potenziale) con il ruolo istituzionale da esso rivestito come atto affetto da un vizio di incompetenza o di violazione legge.

Del resto, tra le due differenti qualificazioni, ora menzionate, dello stato di invalidità originato dalla contravvenzione alla regola procedimentale, di cui si discute, non sembra che sussista una reale e insanabile contrapposizione. Si è già segnalato, infatti, che l'art. 6-*bis* della legge n. 241/1990 ha, al contempo, una valenza organizzativa e funzionale: sotto il primo profilo, la sua inosservanza può essere considerata produttiva di un vizio di incompetenza dell'atto amministrativo, sempreché, naturalmente, si aderisca alla tesi per la quale tale ultima categoria di invalidità contiene, in sé, tutte le anomalie relative all'elemento soggettivo del potere e, dunque, anche il caso di carenza di legittimità in concreto per conflitto di interessi⁷⁵. Sotto il secondo profilo, la norma in esame definisce una specifica regola di comportamento, a cui devono conformarsi tutti gli organi amministrativi chiamati ad intervenire nel procedimento, e, pertanto, la deviazione da tale regola non può che integrare una violazione di legge ai sensi dell'art. 21-*octies* della legge n. 241/1990.

Occorre aggiungere che la suindicata diversa qualificazione del vizio dell'atto discendente dal conflitto di interessi non appare molto significativa sul piano pratico, giacché la giurisprudenza è, in linea di massima, orientata a ritenere che, indipendentemente dalla sua classificazione formale, la violazione dell'obbligo di astensione sia idonea a provocare l'illegittimità del provvedimento, anche in mancanza della prova relativa all'effettiva interferenza della incompatibilità riscontrata sul contenuto dell'atto⁷⁶.

6.- Alla luce delle precedenti riflessioni, non pare revocabile in dubbio che l'inosservanza del citato art. 6-*bis* della legge n. 241/1990 produca effetti invalidanti immediati, automatici e diretti sul provvedimento emanato con il contributo del soggetto in conflitto. L'annullamento dell'atto adottato con la collaborazione del dipendente incompatibile non presuppone, pertanto, che siano provati né l'esistenza di un effettivo pregiudizio per l'amministrazione agente né il conseguimento di un concreto vantaggio da parte di colui che avrebbe dovuto astenersi, né tantomeno la concreta influenza del soggetto incompatibile sull'esito del procedimento⁷⁷.

⁷⁵ In tal senso A. CROSETTI, *ult. op. e loc. cit. Contra* A.M. SANDULLI, *ult. op. cit.*, 707, il quale ritiene che “*i difetti relativi all'agente*” debbano essere ricondotti nella categoria della violazione di legge, piuttosto che in quella dell'incompetenza. Su quest'ultima causa di illegittimità dell'atto amministrativo si veda, più di recente, F.G. SCOCA, *I vizi formali nel sistema delle invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, 2004, 61 ss.; D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 385 ss.; D. CORLETTI, *Vizi “formali” e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 43 ss.; D.U. GALETTA, *Giudice amministrativo e vizi formali*, in V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, cit., 92 ss.; L. BERTONAZZI, *Il trattamento processuale dell'incompetenza e dei vizi ad essa assimilati*, in *P.A., persona e amministrazione*, I, 2018, 17 ss.; P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo fra diritto interno e diritto dell'Unione europea*, Milano, 2015, *passim*.

⁷⁶ Giova rammentare, inoltre, che, secondo l'indirizzo giurisprudenziale più diffuso, la ricusazione, benché non espressamente prevista dalla legge, è comunque configurabile anche in riferimento ai dipendenti pubblici in conflitto di interessi; quest'ultimo istituto, tuttavia, non è considerato, in talune pronunce un onere per i privati partecipanti al procedimento, quanto piuttosto un diritto o una facoltà riconosciuta dall'ordinamento, con la conseguenza che il suo mancato esercizio non preclude l'impugnazione del successivo provvedimento adottato con l'intervento dell'organo incompatibile (in senso conforme si veda, in dottrina, A. PUBUSA, *ult. op. cit.*, 433): per approfondimenti al riguardo si rinvia a S.A. FREGO LUPPI, *ult. op. cit.*, 694-695, e G. IUDICA, *ult. op. cit.*, 18-32. In argomento sia consentito rinviare, inoltre, a F. GAFFURI, *Il conflitto di interessi nell'esercizio del potere amministrativo*, cit., 127-135.

⁷⁷ In senso conforme si veda A. PUBUSA, *ult. op. cit.*, 434; V. CAIANIELLO, *ult. op. cit.*, 2 e, con specifico riferimento alla disciplina del conflitto di interessi introdotta dalla legge n. 190/2012, M. LUCCA, *ult. op. cit.*, 3.

Semmai si può eventualmente porre la questione se l'illegittimità dell'atto amministrativo provocata dal conflitto di interessi possa dar luogo ad una ipotesi di vizio non invalidante, nel caso riguardi provvedimenti a carattere vincolato, ai sensi del comma 2, dell'art. 21-*octies*, della legge n. 241/1990⁷⁸.

Come noto, la questione è stata in passato prospettata in riferimento al vizio di incompetenza (relativa), vizio sicuramente definibile come "formale", in termini generali, ma che, altrettanto certamente, non attiene né alle "norme sul procedimento", né a quelle "sulla forma degli atti", cui si riferisce la disposizione da ultimo citata⁷⁹: secondo un indirizzo ermeneutico, soprattutto dottrinale⁸⁰, detta fattispecie di invalidità dell'atto non sarebbe riconducibile nell'ambito di operatività del prefato art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241/1990, innanzitutto perché, come si è detto, essa non è espressamente ricompresa nella previsione della norma. Si fa notare che tale norma ha carattere speciale e derogatorio rispetto alla regola generale stabilita dal comma 1 del medesimo precetto e se ne deduce che la sua cogenza non può essere ampliata in via di interpretazione analogica o estensiva⁸¹. Si osserva, inoltre, che, sul piano sistematico, il vizio d'incompetenza è diretta espressione del principio di legalità, in quanto quest'ultimo principio esige che l'interesse pubblico sia curato nel rispetto delle competenze, delle forme e dei limiti fissati dalla legge⁸². Si

⁷⁸ Sulla norma ora richiamata, oltre agli autori già indicati nella precedente nota 75, si veda V. CERULLI IRELLI, *Considerazioni in tema di sanatoria dei vizi formali*, in V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, cit., 122 ss.; G. MORBIDELLI, *Invalidità e irregolarità*, in *Annuario dell'Associazione italiana degli studiosi del processo amministrativo*, 2002, Milano, 2003, 79 ss.; D.U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003, *passim*; ; Id., *L'art. 21 octies, della novellata legge sul procedimento amministrativo nelle prime applicazioni giurisprudenziali: una interpretazione riduttiva delle garanzie procedurali contraria alla costituzione e al diritto comunitario*, in *Foro amm., T.a.r.*, 2005, (suppl. al n. 6/05), 91 ss.; A. POLICE, *Annullabilità e annullamento (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, 49 ss.; Id., *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 735 ss.; G. SORRENTINO, *Spunti di riflessione per una applicazione vincolata del comma 2 dell'art. 21 octies della legge n. 241 del 1990*, in AA.VV., *Studi sul procedimento*, Bologna, 2007, 147 ss.; L. FERRARA, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, 103 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2003, 414 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Art. 21-octies. Annullabilità del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, op. cit., 1142 ss..

⁷⁹ Sul punto si veda D. SORACE, *ult. op. cit.*, 400.

⁸⁰ Per approfondimenti sul punto si rinvia a G. CORSO, *Validità (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 84 ss.; F.G. SCOCA, *ult. op.cit.*, 61; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, Torino, 2006, 281 ss.; F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione. Note sul progetto della Commissione "bicamerale"*, in *Foro amm.*, 1997, 3312. In giurisprudenza si sono espressi in senso favorevole all'esclusione dell'incompetenza dai c.d. vizi non invalidanti T.a.r. Puglia, Lecce, Sez. I, 13 ottobre 2016, n. 1536, in *Foro amm.*, 2016, 10, 2519; T.a.r. Lazio, Roma, Sez. III, 29 agosto 2007, n. 8224, in *Comuni d'Italia*, 2007, 10, 79; T.a.r. Campania, Napoli, Sez. I, 12 aprile 2006, n. 3538, in *Foro amm., T.a.r.*, 2006, 4, 1419; T.a.r. Liguria, Genova, Sez. I, 13 luglio 2006, n. 828, *ivi*, 2006, 2391; T.a.r. Basilicata, 22 agosto 2006, n. 527, *ivi*, 2006, 2686. Occorre segnalare, tuttavia, che è nettamente prevalente nella giurisprudenza più recente l'orientamento propenso a ricomprendere nell'ambito di applicazione dell'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241/1990, anche il vizio di competenza: si veda, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 14 maggio 2013, n. 2602, in *Foro amm., C.d.S.*, 2013, 5, 1344; Id., Sez. III, 3 agosto 2015, n. 3791, in *Foro it.*, 2015, 11, III, 593; T.a.r. Toscana, Firenze, Sez. III, 17 settembre 2013, n. 1263, in *Foro amm., T.a.r.*, 2013, 9, 2724; T.a.r. Veneto, Venezia, Sez. III, 10 luglio 2014, n. 1007, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 9 ottobre 2014, n. 944, in *Foro amm.*, 2014, 10, 2618.

⁸¹ In tal senso T.a.r. Puglia, Lecce, Sez. I, 13 ottobre 2016, n. 1536, cit., in cui si afferma che "Ai sensi dell'art. 21 octies, l. 7 agosto 1990, n. 241, quando viene accertata l'incompetenza relativa dell'organo adottante, il provvedimento deve essere necessariamente annullato, non potendo trovare applicazione la disposizione che ne preclude l'annullamento laddove sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, atteso che detta disposizione si riferisce ai soli casi in cui il provvedimento sia stato adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma; né è possibile includere le norme sulla competenza tra quelle sul procedimento amministrativo o sulla forma degli atti giacché nel comma 1 dell'art. 21 octies, cit., l. n. 241 del 1990, si è inteso ribadire la classica tripartizione dei vizi di legittimità dell'atto amministrativo, in base alla quale la violazione delle norme sulla competenza configura il vizio di incompetenza, mentre le violazioni delle norme sul procedimento o sulla forma rientra nell'ambito più generale della violazione di legge".

⁸² Sul punto si rinvia agli Autori, alle opere ed ai luoghi indicati nella precedente nota 80.

evince pertanto che, qualora non siano rispettate le prescrizioni normative in materia di distribuzione di competenze, il provvedimento rimane invalido (ed esposto ad annullamento) anche se, con esso, sia stato in concreto raggiunto il risultato prefigurato dalla disposizione attuata⁸³; ciò perché “*il principio di legalità copre (o comprende) anche i c.d. principi sostanzialistici, i quali non possono perseguirsi anche in violazione di norme vincolanti, ove esse siano relative a semplici (e reali) profili formali*”⁸⁴.

Tuttavia, anche nell'ipotesi in cui si ritenesse di inquadrare la violazione dell'art. 6-bis della legge n. 241/1990 nel vizio di incompetenza, non parrebbe comunque ragionevole invocare, in riferimento alla surriferita violazione, la tesi (minoritaria) innanzi descritta, giacché l'inosservanza dell'obbligo di astensione non determina, a stretto rigore, una incompetenza in senso proprio, bensì una difformità dal modello legislativo meno grave, consistente in una mera carenza di legittimazione in concreto dell'organo (che resta, comunque, competente, in linea generale ed astratta). Per questi motivi non sembra che la causa di illegittimità, qui presa in esame, sia di entità tale da compromettere irrimediabilmente la legalità dell'azione amministrativa o i suoi corollari costituiti dal principio di attribuzione e di competenza.

D'altro canto, nel caso in cui l'attività esercitata abbia carattere vincolato, la violazione normativa, di cui si discorre, non è idonea ad incidere neppure sull'imparzialità amministrativa, intesa in senso oggettivo e funzionale, dato che, in questo caso, il contenuto della decisione non è, in alcun modo, suscettibile di essere condizionato da interessi estranei o diversi da quello predefinito dalla legge attributiva del potere⁸⁵.

Non si rinvengono, quindi, valide ragioni per sottrarre all'applicazione della regola del raggiungimento del fine accolta dal menzionato art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241/1990, il fenomeno di contrarietà a legge originato dal conflitto di interessi, sempre che, naturalmente, ricorrano i presupposti oggettivi dettati dalla predetta disposizione.

Del resto, l'imparzialità, nella sua dimensione soggettiva ed organizzativa, così come pure il prestigio e l'immagine dell'amministrazione, nonché l'integrità del pubblico dipendente - valori, questi ultimi, parimenti tutelati dall'art. 6-bis della legge n. 241/1990 - possono essere garantiti attraverso altri rimedi, diversi dall'annullamento dell'atto e certamente più adeguati e confacenti alla natura dell'illecito commesso: in particolare, nelle ipotesi di provvedimento vincolato, detto illecito non riguarda il provvedimento, il quale sarebbe comunque riadottabile con i medesimi contenuti, bensì il comportamento del dipendente in sé e per sé considerato. In queste ultime ipotesi, l'esigenza di imparzialità amministrativa è perseguibile più efficacemente attraverso l'irrogazione di sanzioni disciplinari, amministrative, civili ed eventualmente anche penali nei confronti del funzionario in conflitto che ha omesso di astenersi⁸⁶.

⁸³ Cfr. G. CORSO, *ult. op. cit.*, 95.

⁸⁴ Così F.G. SCOCA, *ult. op. e loc. cit.*.

⁸⁵ In tal senso S.A. FREGO LUPPI, *ult. op. cit.*, 702; V. CAIANIELLO, *ult. op. cit.*, 1, e A. PUBUSA, *ult. op. cit.*, 432, il quale osserva che “*L'obbligo di astensione esiste soltanto in caso di esercizio di attività discrezionale, non essendo logicamente possibile per il funzionario o il membro di un collegio (ancorché l'affare incida nella sua sfera giuridica) introdurre nella decisione interessi estranei alla procedura quando l'attività sia vincolata. Infatti, in questa evenienza tutti gli aspetti (an, quando, quid, quomodo) afferenti alla decisione sono integralmente predeterminati dalla legge; in particolare, è prefissato l'assetto di interessi da trasferire nell'atto amministrativo, senza alcuna possibilità d'introdurre interessi diversi o estranei*”.

⁸⁶ In tal senso S.A. FREGO LUPPI, *ult. op. cit.*, 703. In argomento si veda pure L. FERRARA, *ult. op. cit.*, 108.