

# Capitolo I

## *Il conflitto d'interessi*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il conflitto d'interessi nella legislazione e nella dottrina all'inizio del XX secolo. – 3. *Segue*: conflitto d'interessi ed invalidità del provvedimento amministrativo. – 4. Il conflitto d'interessi nella dottrina degli anni '70. – 5. Il conflitto d'interessi e la ricusazione nella giurisprudenza amministrativa. – 6. Conflitto d'interessi e organi collegiali.

### 1. Considerazioni introduttive

Il tema del conflitto d'interessi<sup>1</sup> nel diritto amministrativo appare profondamente connesso con la complessa questione della legittimazione della funzione amministrativa<sup>2</sup>. Per comprendere questo aspetto ci sembra necessario formulare alcune premesse.

È noto che la principale fonte di legittimazione del potere statale è costituita, per tradizione storica, negli stati a governo parlamentare, dalle elezioni politiche<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Sul conflitto d'interessi, in termini generali, v. A. PERTICI, *Il conflitto d'interessi*, Torino, 2002; S. CASSESE, *Conflitti d'interesse: il fiume di Eraclito*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 235 ss.; S.F. RAMOS, J.M. PÉREZ MONGUIÓ, *La imparzialità en el procedimiento administrativo: abstención y recusación*, Aranzadi, 2012; B. AUBY, E. BREEN, T. PEROUD, *Corruption and conflicts of interest: a comparative law approach*, in *EEP*, 2014; sui rapporti tra conflitto d'interessi ed esercizio delle professioni, v. M. CATRICALÀ, *La disciplina del conflitto d'interessi nell'esercizio delle professioni*, in *Dir. amm.*, 2011, 381 ss.; M. SPASIANO, *Conflitto d'interessi ed esercizio delle professioni*, in *Nuove autonomie*, 2013, 45 ss. Sul conflitto d'interessi in relazione alla legge 20 luglio 2004, n. 215, v. C. MARCHETTA, *La legislazione italiana sul conflitto d'interessi*, Milano, 2013.

<sup>2</sup> V. su questa questione, da ultimo, M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo*, Pisa, 2013, 284 ss., con ampi riferimenti bibliografici.

<sup>3</sup> Sul piano storico per le dottrine che si sono occupate del concetto di potere giuridi-

Il principio rappresentativo ha informato l'intera organizzazione del potere, con la conseguenza che l'amministrazione assume solo un ruolo esecutivo della legge<sup>4</sup>.

La stessa legittimazione democratica dell'amministrazione è stata cercata nella legge, che viene vista non solo come limite al potere dell'amministrazione ma come fondamento di questo potere<sup>5</sup>.

La cultura giuridica del '900 è stata pervasa dalla c.d. onnipotenza della legge positiva, che da norma generale ed astratta è diventata norma concreta con cui si distribuiscono risorse e poteri<sup>6</sup>. La legge – provvedimento non garantisce le tutele proprie del procedimento amministrativo, invadendo la c.d. riserva d'amministrazione<sup>7</sup>.

A ciò si aggiunga che “*Il primato della legge formale è fortemente contraddetto dalla prevalenza delle fonti normative comunitarie, dall'ac-*

---

co, v. S. ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, ristampa, 1983, 174 ss. Per la ricostruzione del potere riguardo al dibattito in diritto amministrativo, v. per tutti, A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali della Facoltà di Economia e commercio dell'Università di Messina*, Catania, 1981, 451; ID., *A proposito del potere, pubblico e privato e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, 559 ss.

<sup>4</sup> A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*, 451.

<sup>5</sup> A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*, 453; M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 290.

<sup>6</sup> V. per questa complessa tematica, S. LICCIARDELLO, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica*, Torino, 2000, 132 ss.

<sup>7</sup> Sulla c.d. riserva d'amministrazione, v. senza pretesa di completezza, D. VAIANO, *La riserva di funzione*, Milano, 1996, 323 ss. per il quale la riserva di amministrazione verrebbe ad individuarsi nell'art. 97 Cost., in quanto la legge deve predisporre normative che consentano il bilanciamento di interessi, mediante lo strumento del procedimento, non potendosi la legge sostituirsi all'amministrazione. La sostituzione della legge all'amministrazione impedisce lo svolgimento di una funzione imparziale, causando per l'A. un eccesso di potere legislativo, *op. cit.*, 328. Profili ulteriori sulla riserva di amministrazione ci sembra siano introdotti da S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007, 291, secondo cui dovrebbe essere particolarmente attenzionato l'art. 118 Cost. che attribuisce la funzione amministrativa ai Comuni, i quali però non hanno legittimazione processuale ex artt. 127 e 134 Cost. ID., *Il principio di legalità e il criterio dell'imparzialità nell'amministrare*, in *Dir amm.*, 2008, 247 ss., in cui si sottolinea che di per sé può anche amministrare il legislatore mediante legge-provvedimento (c.d. amministrazione in senso oggettivo), ancor se tale legge può essere scrutinata dalla Corte Costituzionale in relazione al principio d'imparzialità, dovendo il legislatore ponderare adeguatamente pubblici e privati interessi. V. successivamente A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari, 2008, 64 ss., per il quale sussiste una riserva di amministrazione desumibile dalle norme della legge n. 241/1990, riserva peraltro secondo l'A. non uniforme, in quanto sono ammissibili interventi normativi regionali e locali di innalzamento delle garanzie procedurali stabilite a livello statale.

*crescimento ... delle fonti secondarie, dall'elaborazione giurisprudenziale di principi e regole riguardanti l'attività amministrativa, anche al di là delle prescrizioni costituzionali e legislative*"<sup>8</sup>.

La crisi del principio di legalità sollecita un ulteriore percorso legittimante dell'amministrazione che è stato individuato nel concetto di funzione o di procedimento sostanziale "*inteso come circuito neutrale atto a rilevare, in maniera obiettiva, l'interesse pubblico concreto che sottende ogni decisione dell'autorità*"<sup>9</sup>.

Se il potere si articola lungo le tappe della funzione, si attribuisce ad esso una fonte di legittimazione obiettiva che prescinde dalla competenza del decidente, il cui ruolo si riduce a "*quello di mero trascrittore delle risultanze evidenziate dal procedimento, nel suo meccanico articolarsi*"<sup>10</sup>.

Con la legge n. 241/1990 si inaugura una nuova stagione di rapporti tra cittadino e amministrazione. Si instaurano "*Rapporti ineludibilmente personalizzati anche da una partecipazione che non si può fare a meno di*

---

<sup>8</sup> V. per tutti, autorevolmente, F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, VI, 2002, 87 ss. Di recente per la ricostruzione dei rapporti tra funzione amministrativa e principio di legalità, v. G.F. LICATA, *Provvedimenti antitrust a contenuto normativo*, Milano, 2013, 69 ss.; M.G. PULVIRENTI, *Profili giuridici della funzione amministrativa*, Milano, 2013, 5 ss. Sui controversi rapporti tra principio di legalità ed incertezza delle regole, v. AA.VV., *L'incertezza delle regole, Atti del Convegno annuale Aipda*, 3-4 ottobre 2014, Napoli, 2015. Nella giurisprudenza costituzionale la legge assume nuovi caratteri, in quanto non è più un atto "libero nel fine", dovendo essere motivato se incide sfavorevolmente sulla sfera giuridica del cittadino, v. Corte cost., 30 aprile 2015, n. 70, con nota di G. PEPE, *Necessità di una adeguata motivazione per la legge che incide restrittivamente sulla sfera giuridica dei cittadini*, in *www.Lexitalia.it*, n. 5/2015. Com'è ormai noto, la decisione ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 24, comma 25 del d.l. 6 dicembre, n. 201, convertito in legge, con modificazioni, nell'art. 1, comma 1, legge 22 dicembre 2011, n. 214. Si tratta della disposizione che, in una prospettiva di risanamento dei conti pubblici, ha imposto risparmi di spesa attraverso il blocco dell'indicizzazione di taluni trattamenti pensionistici per gli anni 2012-2013.

<sup>9</sup> A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*, 455.

<sup>10</sup> *Op. ult. cit.*, 456. In relazione alla letteratura sociologica, v. per tutti, N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, 1995, 34 ss., il quale rileva che i procedimenti ordinati secondo regole giuridicamente vincolanti legittimano le decisioni delle autorità.

La legittimazione altresì è stata individuata nella motivazione del provvedimento, cioè dal discorso giustificativo del potere, che tende a dimostrare l'intrinseca razionalità della decisione tramite l'indicazione degli elementi di fatto e di diritto che ne sono a fondamento, v. da ultimo su questo tema, M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 298.

*prendere in considerazione per la costruzione in pubblico del concreto interesse pubblico*"<sup>11</sup>.

Pertanto la legge sul procedimento inaugura un modello di legittimazione dell'amministrazione "dal basso".

E tuttavia, bisogna prendere atto che il momento partecipativo ha avuto di recente una forte flessione. Si è affermato il principio della non sanzionabilità del difetto di comunicazione d'avvio del procedimento in presenza di attività vincolata dell'amministrazione. Ciò in conseguenza di orientamenti giurisprudenziali che hanno avuto inizio con l'ormai nota sentenza del Cons. Stato, sez. V, 22 maggio 2001, n. 2823<sup>12</sup>, seguita dalla formulazione dell'art. 21-*octies* della legge n. 241/1990, che ha in sostanza recepito l'orientamento del giudice amministrativo<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> I.M. MARINO, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, in *Diritto e Società*, 2010, 261.

<sup>12</sup> Su questa decisione, v. i rilievi di M. SPASIANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione all'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in F. MANGANARO, A.R. TASSONE (a cura di), *La partecipazione negli enti locali*, Torino, 2002, 181 ss.

<sup>13</sup> Su questa norma, v. senza pretesa di completezza: D.U. GALETTA, *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. Tar*, 2005 (suppl. al n. 6/05), 91 ss.; A. PUBUSA, *Il giudizio: «officina per la riparazione» degli atti amministrativi? Note sull'art. 21 octies, comma 2, L. n. 241 del 1990* (nota a Tar Sardegna, Sez. II, 27 maggio 2005, n. 1272), in *Foro amm.*, 2005, 1750 ss.; D. CORLETTI, *Vizi formali e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 33 ss.; L. FERRARA, *I riflessi della tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. amm.*, 2006, 591 ss.; G. SALA, *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 589; A. POLICE, *Annulabilità ed annullamento (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, 2007, 49 s.; 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.; A. BARONE, *Giustizia comunitaria*, cit., 177 ss.; L. FERRARA, *La partecipazione tra «illegittimità» e «illegalità» considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, 103 ss.; E.M. MARENGHI, *Procedimenti e processualprocedimento*, Padova, 2009, 23 ss.; F. TIGANO, *Recenti profili evolutivi dell'attività amministrativa*, Torino, 2008, 112 ss.; F. SAITTA, G. TROPEA, *L'art. 21 octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990 approda alla Consulta: riflessioni su un (opinabile) giudizio di (non) rilevanza (in margine a Corte Cost., ord. 20.3.2009 n. 81)*, nel sito telematico *Giustizia amministrativa-Rivista di diritto pubblico*, n. 2-2010; R. DI PACE, *L'annullamento tra tradizione e innovazione; la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1273 ss.; F. GAFFURI, *Il rapporto*

Con questa disposizione, la partecipazione è utile non per acquisire il consenso del destinatario dell'azione amministrativa, ma soltanto quando può modificare la decisione finale, con una valutazione *ex post* che deve essere effettuata dal giudice.

A nostro avviso, questa norma non pone l'accento sulla pretesa sostanziale del cittadino, ma sul prodotto finale del procedimento, cioè sul provvedimento amministrativo<sup>14</sup>. Non si guarda più ai singoli momenti procedurali e quindi alle garanzie offerte nel procedimento: si considera soltanto se la decisione abbia una certa "ragionevolezza" nonostante la carenza di partecipazione.

La funzione sarebbe legittimata non dal momento partecipativo, ma dalla capacità di realizzare il risultato<sup>15</sup>, mediante una decisione adeguata e ragionevole. Sotto questo profilo il potere avrebbe una connotazione oggettiva, riportandosi alla razionalità della decisione e svalutando la partecipazione da parte del cittadino<sup>16</sup>, che viene vista più come una "complicazione" non necessaria, anziché come momento di legittimazione della funzione.

Ulteriore percorso legittimante del potere amministrativo è stato individuato nel momento organizzativo: il principio d'imparzialità e di buon andamento si risolve integralmente nell'organizzazione e non nell'attività, essendo espunto completamente il momento soggettivo<sup>17</sup>.

---

*procedimentale*, Milano, 2013, 159 ss.; M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo*, cit., 190 ss. Per alcuni rilievi sull'art. 21-octies in relazione alla pregiudiziale amministrativa, ci si permette di richiamare il nostro *Profili della pregiudizialità amministrativa*, Roma, 2008, 76 ss.; sull'art. 21-octies in relazione alla partecipazione post-decisionale, v. altresì il nostro *Comunicazione del provvedimento amministrativo e funzione procedimentale*, Milano, 2012, 112 ss.; autorevolmente, E. FOLLIERI, *Il deficit di democrazia nella legislazione, amministrazione e giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 505 ss.

<sup>14</sup> In questa direzione, *Profili della pregiudizialità amministrativa*, cit., 76 ss.

<sup>15</sup> Sulla nozione di risultato, v. per tutti, L. IANNOTTA, *Scienza e realtà: l'oggetto della scienza in diritto amministrativo tra essere e divenire*, in *Dir. amm.*, 1996, 579; ID., *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 299 ss.; ID., *Previsione e risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 57 ss.

<sup>16</sup> Da ultimo sul punto v. le critiche a questa norma sviluppate da E. FOLLIERI, *Il deficit di democrazia nella legislazione*, cit., 515, il quale rileva non solo la violazione di garanzie procedurali, ma il contrasto dell'art. 21-octies con l'art. 113 Cost., in quanto si limita la tutela giurisdizionale escludendo particolari mezzi d'impugnazione.

<sup>17</sup> Per questa visione v. G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, 56 ss. Per la ricostruzione del pensiero di Berti, v. A. ROMANO TASSONE, *Potere giuridico*, cit., 428 ss.

In impostazioni più recenti<sup>18</sup> l'organizzazione non può essere isolata rispetto ai diritti dei cittadini, stante che deve essere adeguata alle loro pretese.

Questo modo di intendere la democraticità dell'amministrazione affiora con l'art. 98, comma 1, Cost., che pone i dipendenti pubblici al servizio esclusivo della nazione, cioè l'amministrazione al servizio del cittadino<sup>19</sup>. In tal modo, la legittimazione non può essere data per scontata una volta per tutte, ma deve essere riconquistata di volta in volta: la legittimazione nasce dalla fiducia che i cittadini hanno nel potere, fiducia che deve essere conquistata nel quotidiano, giorno dopo giorno<sup>20</sup>.

Ci si chiede a questo punto se nuovi percorsi legittimanti vengano ad essere introdotti con le recenti normative sulla trasparenza (d.lgs. n. 33/2013)<sup>21</sup> e sulla prevenzione della corruzione (legge n. 190/2012)<sup>22</sup>.

La normativa sulla trasparenza<sup>23</sup> sembra legittimare il potere sotto il

---

<sup>18</sup> S. LICCIARDELLO, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica*, cit., 165 ss.

<sup>19</sup> *Op. ult. cit.*, 167.

<sup>20</sup> *Op. ult. cit.*, 174, con ampi riferimenti bibliografici sul punto.

<sup>21</sup> La normativa sulla trasparenza è recentemente oggetto di revisione. L'art. 7, comma 1, lett. e) legge 7 agosto 2015, n. 124 ("Deleghe al governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche") prevede che il Governo deve emanare uno o più decreti legislativi per l'integrazione della disciplina del d.lgs. n. 33/2013. Sul punto s.v. lo schema di decreto legislativo recante "Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012 n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013 n. 33, ai sensi dell'art. 7 della legge 7 agosto 2015 n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche". Su questo schema, v. Cons. Stato, sez. cons. per gli atti normativi-parere 24 febbraio 2016, n. 515, in *www.Lexitalia.it*.

<sup>22</sup> Lievi modifiche sono state apportate a questa legge con la legge 27 maggio 2015, n. 69 (Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio). Fondamentalmente riguarda il diritto amministrativo l'art. 8 della legge, che, modificando alcune previsioni della prima legge anti-corruzione stabilisce che l'Anac svolge funzioni di controllo in materia di contratti pubblici, che le stazioni appaltanti devono fornire all'Anac informazioni relative ai bandi di gara e ai contratti oggetto di pubblicazione sui siti istituzionali. Inoltre sono previsti obblighi di informazione all'Anac da parte del giudice amministrativo in ordine alla violazione di regole di trasparenza nel corso del giudizio su contratti pubblici.

<sup>23</sup> Sul principio di trasparenza la letteratura è sterminata, v. senza pretesa di completezza: 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*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 416 ss.; G. ARENA, *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2004;

profilo oggettivo, dovendo la decisione e l'attività amministrativa (la programmazione ad es.), essere comprensibile, "visibile", da parte del cittadino<sup>24</sup>.

La normativa sulla prevenzione della corruzione sembra invece porre maggiormente l'accento sui doveri d'integrità<sup>25</sup> del dipendente pubblico e quindi su profili soggettivi del potere<sup>26</sup>.

La legittimazione dell'amministrazione deriva dall'adempimento dei doveri d'integrità: il funzionario deve astenersi nel caso vi sia un conflitto, anche solo potenziale d'interessi, indipendentemente dal concreto pregiudizio che l'amministrazione possa ricevere.

Un profilo oggettivo può essere individuato da questa normativa nel valore dell'apparenza: l'amministrazione nell'esercizio della sua attività deve "salvare le apparenze", cioè evitare che il cittadino possa ritenere, o minimamente sospettare, che non siano stati rispettati i principi d'imparzialità e di integrità nello svolgimento della funzione. L'amministrazione si legittima con una azione che garantisce una certa immagine, un certo prestigio, conquistando così la fiducia dei cittadini.

---

F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in F. MERLONI, G. ARENA, G. CORSO, G. GARDINI, C. MARZUOLI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, 9 ss.; M. SPASIANO, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2011, 89 ss.; M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, 795; A. SIMONATI, *La trasparenza amministrativa ed il legislatore: un caso di entropia normativa ?*, in *Dir. amm.*, 2013, 749 ss.

<sup>24</sup> Su questa nozione di trasparenza e sui difficili rapporti con il principio di pubblicità dell'azione amministrativa, V. A. SIMONATI, *La trasparenza amministrativa ed il legislatore*, cit., 749 ss.

<sup>25</sup> Già il d.lgs. n. 150/2009 all'art. 11, comma 2, lett b), aveva previsto il programma per la trasparenza e l'integrità, che doveva garantire la legalità e lo sviluppo della cultura dell'integrità.

<sup>26</sup> Sulla legge n. 190/2012, v. B.G. MATTARELLA, M. PELLISSERO, *La legge anticorruzione*, Torino, 2013; B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, 123. Sulla disposizione dell'art. 6-bis, legge n. 241/1990, v. G. FONDERICO, *Le modifiche alla legge sul procedimento amministrativo (art. 1, commi 37-38, 41 e 47)*, in *La legge anticorruzione*, cit., 167 ss.; S. FREGO LUPPI, *L'obbligo di astensione nella disciplina del procedimento dopo la legge n. 190 del 2012*, in *Dir. amm.*, 2013, 671 ss.; E. CARLONI, *Il nuovo codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Istituzioni del federalismo*, 2013, 377 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.

Si può pensare al conflitto d'interessi "apparente": facendo un esempio estremo, si pensi ad un candidato di un concorso che abbia lo stesso cognome di uno dei commissari<sup>27</sup>.

Si deve registrare che la necessità di affermare una certa immagine dell'amministrazione e quindi di salvaguardare il valore delle apparenze viene recentemente affermata nella dottrina straniera<sup>28</sup>.

Questi profili, soggettivi ed oggettivi, pongono la questione, che dovrà essere affrontata nel presente lavoro, in ordine alle conseguenze dell'inservanza delle norme in tema di conflitto d'interessi: se la reazione dell'ordinamento debba consistere in sanzioni nei confronti del soggetto (sanzioni disciplinari, risarcimento al danno all'immagine della pubblica amministrazione), o si debba porre pure la questione della correttezza dell'esercizio del potere, riportandosi nei binari c.d. oggettivi con le tradizionali misure dell'annullamento (amministrativo e giurisdizionale).

In particolare, sotto quest'ultimo profilo, ci sembra che si debba verificare se la mancata astensione del funzionario comporti una illegittimità procedimentale che debba necessariamente influire sulla sorte dell'atto.

Ove si consideri quest'ultimo profilo, la questione è se si debba applicare la misura di annullamento o se questa risulti eccessiva e non adeguata, ciò considerando l'art. 21-*octies* della legge n. 241/1990, che richiede come condizione per l'annullamento il riesercizio del potere con un contenuto provvedimento di segno diverso.

Sul punto, ci sembra che il tema del conflitto d'interessi comporti una questione di estremo rilievo: in sostanza, verificare se la crescente personalizzazione dell'amministrazione<sup>29</sup>, comporti una crisi della centralità dell'atto nel procedimento, ponendosi in discussione le categorie tradizionali del diritto amministrativo. Di conseguenza, si deve considerare se sanzioni più adeguate possano essere rivolte nei confronti del soggetto, più che sull'atto, il cui annullamento comporta un riesercizio del potere da parte dell'amministrazione.

Sotto altro profilo, la questione del conflitto d'interessi non ci sembra possa essere incentrata soltanto sulla posizione dell'amministrazione, ma in relazione ai comportamenti del cittadino.

---

<sup>27</sup> L'esempio è formulato da S. FREGO LUPPI, *L'obbligo di astensione*, cit., 686.

<sup>28</sup> E. GAMERO CASADO, Prologo a S.F. RAMOS, J.M. PÉREZ MONGUIÓ, *La imparcialidad en el procedimiento administrativo*, cit., 16.

<sup>29</sup> I.M. MARINO, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, cit., 261.



In questa direzione, si esaminerà l'istituto della ricusazione del funzionario, disciplinata invero compiutamente nel processo amministrativo (e civile), ma non nel procedimento amministrativo.

La ricusazione realizza un momento di collaborazione tra amministrazione e cittadino, perché quest'ultimo coopera all'integrità del funzionario, segnalando il conflitto d'interessi e ciò ancor prima dell'esito del procedimento, indipendentemente dal pregiudizio che dal provvedimento può derivargli. Ma la legislazione amministrativa non ha regolato in termini generali l'istituto della ricusazione, per cui il giudice amministrativo<sup>30</sup> ha applicato in via analogica l'art. 51 c.p.c. nei casi non regolati dalla normativa speciale.

In atto, la disposizione in tema di conflitto d'interessi (art. 6-bis, legge n. 241/1990, aggiunto dalla legge n. 190/2012 al comma 41), nulla prevede in tema di ricusazione, riproponendosi la questione del richiamo delle norme del codice di rito<sup>31</sup>.

Per affrontare le problematiche descritte in questi cenni introduttivi, ci sembra opportuno premettere alla trattazione una ricostruzione storica del conflitto d'interessi nel percorso legislativo, dottrinale e giurisprudenziale, fissando come punto di partenza gli inizi del '900.

---

<sup>30</sup> Ci si riporta alla giurisprudenza richiamata nello "stato della questione" che segue questi rilievi introduttivi.

<sup>31</sup> Bisogna registrare che proprio in relazione a questa norma sul conflitto d'interessi, recente dottrina rinviene elementi di parallelismo tra procedimento e processo ritenendo che "La funzionalizzazione dell'autorità alla sovranità popolare, al godimento dei diritti e delle libertà che in essa si trattengono rende sia il processo che il procedimento eguali nel mostrarsi come procedure di garanzia, dirette ad assicurare il godimento delle pretese della persona. In questo senso, v'è una profonda coincidenza ed omogeneità, che spiega il progressivo equipararsi delle regole procedurali e l'affermazione di modelli processuali entro il procedimento amministrativo, che si qualifica sempre più come 'rito sostanziale". In terminis, v. L. PERFETTI, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 53 ss. Ulteriore parallelismo tra procedimento e processo verrebbe individuato secondo l'A., nella aggiunta operata dalla legge n. 190/2012 all'art. 2 della legge n. 241/1990 per cui "se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo". La connessione tra procedimento e processo vi sarebbe secondo l'A., in quanto nel procedimento viene adottata una pronuncia in rito, che può essere paragonata alla sentenza in forma semplificata, *op. cit.*, 54. In questa il giudice amministrativo ai sensi dell'art. 88, comma 2, lett d), c.p.a., formula una concisa esposizione dei motivi in fatto e in diritto della decisione, anche con rinvio ai precedenti cui intende uniformarsi.

## 2. Il conflitto d'interessi nella legislazione e nella dottrina all'inizio del XX secolo

La nozione di conflitto d'interessi in diritto amministrativo è presente nella legislazione degli inizi del '900.

In sede normativa, si può ricordare, in quanto particolarmente significativa, una disposizione del regolamento per l'esecuzione della legge 29 marzo 1903, n. 103 sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni<sup>32</sup>, approvato con r.d. 11 marzo 1904, n. 108.

L'art. 27, comma 1, prevedeva che i componenti della Commissione amministratrice non possono prendere parte a discussioni, a deliberazioni o ad atti e provvedimenti in cui abbiano interesse personale o ve l'abbiano i loro congiunti od affini entro il quarto grado civile.

L'art. 28 aveva previsto che quando per effetto del divieto previsto dal precedente articolo o per altro motivo legittimo, la Commissione non sia in grado di deliberare, le si sostituisce la Giunta Municipale.

La norma sembrava di particolare rilievo, in quanto da una parte voleva evitare commistioni di interessi personali con l'interesse generale, dall'altra si prefiggeva di garantire la continuità dell'azione amministrativa<sup>33</sup>, prevedendo meccanismi di sostituzione dell'organo impossibilitato a deliberare.

In dottrina l'Orlando sottolineò che *“l'obbligo dell'astensione, come è imposto dal testo e 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 dai motivi estranei al pubblico interesse”*<sup>34</sup>.

Nei successivi sviluppi della dottrina degli inizi del '900 non vi fu una configurazione autonoma della nozione di conflitto d'interessi considerando la nozione d'incompatibilità amministrativa, che conteneva in sé il conflitto d'interessi<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Su questa legge v. C. GARASSAI, *L'assunzione diretta dei pubblici servizi*, Como, 1952, 5 ss.; I.M. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1986, 41 ss.; S. LICCIARDELLO, *Percorsi di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2008, 4 ss.

<sup>33</sup> Sulla continuità dell'azione amministrativa, v. N. PAOLANTONIO, *Note sul c.d. principio di continuità nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2011, 443 ss.

<sup>34</sup> V.E. ORLANDO, *Consiglio Comunale*, in *Dig. it.*, VIII, Torino, 1896, 134.

<sup>35</sup> Sul punto, A. SAVAGNONE, *Le incompatibilità amministrative*, Torino, 1909.

L'incompatibilità veniva definita come un "*rapporto antitetico escludente l'armonica consistenza delle cose incompatibili*"<sup>36</sup>.

In senso stretto, l'incompatibilità viene vista sotto due profili: il primo consiste "*nell'inconciliabilità dell'esercizio della pubblica funzione e dell'incarico di un pubblico servizio con l'attività in modo durevole spiegata per altro ufficio o servizio pubblico o anche a fini privati ... e nella conseguente esclusione da un pubblico ufficio o servizio, determinata dall'interesse di assicurare il buon funzionamento e il prestigio della pubblica amministrazione, il quale intento costituisce il fine costante delle disposizioni d'incompatibilità*"<sup>37</sup>.

Il secondo profilo attiene ad "*una situazione di diritto o di fatto (lite, professione, credito, ecc.) che importi un contrasto d'interessi ... con quell'ufficio amministrativo*"<sup>38</sup>.

Le differenze tra incompatibilità e conflitto d'interessi si potevano cogliere nei meccanismi volti ad eliminare queste situazioni di "disarmonia" amministrativa.

L'eliminazione dell'incompatibilità prevista dalla legislazione avveniva mediante rinuncia, opzione, esclusione della proclamazione dell'eletto (ove accertata l'incompatibilità in via successiva), mediante declaratoria di decadenza o applicazione di certe penalità<sup>39</sup>.

In sostanza nell'incompatibilità veniva colpito non un singolo "affare amministrativo", ma l'intera attività, non armonica con altro ufficio amministrativo o con una attività di carattere privato.

Nel conflitto d'interessi la legislazione ricorreva al meccanismo dell'astensione che aveva l'effetto di "*limitare temporaneamente e solo relativamente all'affare pel quale quel conflitto è possibile, l'esercizio di pubbliche funzioni*" Per esempio, l'art. 15 della legge sulle opere pie vietava ai membri delle Congregazioni di carità e agli amministratori di ogni altra istituzione pubblica di beneficenza di intervenire a discussioni o deliberazioni e prender parte ad atti e provvedimenti concernenti interessi di parenti ed affini fino al quarto grado<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> *Op. ult. cit.*, *Le incompatibilità*, cit., 10 ss.

<sup>37</sup> *Op. ult. cit.*, 15.

<sup>38</sup> *Op. ult. cit.*, 8.

<sup>39</sup> *Op. ult. cit.*, 59 ss.

<sup>40</sup> *Op. ult. cit.*, 83.

Già in questa dottrina degli inizi del '900 si intravedono i legami tra l'astensione del funzionario e quella del giudice, ritenendo però che il confronto può essere fatto entro certi limiti in quanto *“se ad una deliberazione amministrativa non avente carattere giurisdizionale partecipa chi ... non dovrebbe, ed il voto suo è necessario per costituire la maggioranza, o è tale da avere potuto influire verosimilmente in modo decisivo sui risultati della votazione ... la deliberazione è annullabile, ma in materia giurisdizionale, per l'esistenza del contraddittorio si hanno conseguenze diverse, giacché le stesse circostanze che creano nel magistrato ... l'obbligo dell'astensione ... danno alle parti il diritto alla ricusazione; e se queste non ne profittano, non possono poi impugnare il giudicato, mentre d'altra parte il loro silenzio stesso è una prova, che nel caso speciale non era a temersi, come non fu temuto, per l'interesse in ballo, alcuna ingiustizia”*<sup>41</sup>.

In sostanza, l'astensione del funzionario viene differenziata rispetto a quella del giudice sotto il profilo che non vi sono norme che espressamente stabiliscano la ricusazione del funzionario, mentre il codice di rito le prevedeva, annettendo determinate conseguenze alla mancata ricusazione.

In prosieguo di tempo nella dottrina degli anni '40 del secolo scorso, l'attenzione verso l'ipotesi di conflitto d'interessi è stata limitata a note a sentenza e a brevi articoli<sup>42</sup>. Il Guicciardi esaminò una fattispecie per cui una G.P.A. si era pronunciata sulla convalida, ai sensi del d.lgs.lgt. 5 ottobre 1944, n. 249, di una deliberazione comunale presa sotto l'impero della Repubblica sociale italiana: una delle parti interessate propose istanza di ricusazione nei riguardi di alcuni componenti della G.P.A. stessa, per il motivo che essi già facevano parte di quel Collegio quando esso si era pronunciato sulla medesima deliberazione, per la normale approvazione tutoria.

Secondo l'impostazione del Guicciardi<sup>43</sup>, nel caso di conflitto d'in-

---

<sup>41</sup> *Op. ult. cit.*, 84.

<sup>42</sup> V. A.L. BENEDICENTI, *L'astensione del voto nei collegi amministrativi*, in *Rass. leg. com.*, 1944, 7; E. GUICCIARDI, *Esercizio di funzioni pubbliche e interesse personale dei collegi amministrativi*, in *Riv. amm.*, 1948, I, 129 ss.; M. NIGRO, *Sulla legittimazione degli organi amministrativi contenziosi*, (nota a Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 1952, n. 65), in *Foro it.*, 1953, III, 1952, 74 ss.

<sup>43</sup> E. GUICCIARDI, *Esercizio di funzioni pubbliche*, cit., 129 ss.

teressi l'istituto della ricsuzione non può essere esteso dal campo giurisdizionale a quello amministrativo. Secondo infatti l'Illustre Autore l'amministrazione nei rapporti con i cittadini non è giudice, ma parte ed in qualche caso è giudice in causa propria, come nel caso dei ricorsi amministrativi<sup>44</sup>.

Si sosteneva che “*Esiste, certamente, in astratto un principio, etico più che giuridico, secondo il quale non può concorrere a deliberare, in veste di organo pubblico, colui che a quel determinato affare ha un interesse materiale e morale*”<sup>45</sup>.

Guicciardi rileva che la legge amministrativa distingue due ipotesi: una interferenza *permanente* fra interesse personale ed esercizio di pubbliche funzioni, per tutta la durata del funzionamento del Collegio amministrativo ed una interferenza *accidentale*, per un singolo affare.

Nel primo caso, la legge<sup>46</sup> prevede delle incompatibilità tassative, che impediscono che la persona sia eletta o nominata in quel Collegio, nel secondo vi è un obbligo di astensione. Nel caso di obbligo di astensione (ed anche nel caso d'incompatibilità), vi è una vera e propria incapacità del funzionario che è più grave del caso di ricsuzione del giudice, in quanto la sostituzione di quest'ultimo per Guicciardi dipende dall'iniziativa degli interessati.

Per Guicciardi, inoltre la partecipazione del c.d. *iudex suspectus*<sup>47</sup> che non siasi astenuto o sia stato ricsuato alla deliberazione del Collegio giudicante non comporta alcuna conseguenza giuridica, mentre la partecipazione del funzionario interessato rende la deliberazione illegittima e quindi impugnabile dall'interessato ed annullabile<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> *Op. ult. cit.*, 130.

<sup>45</sup> *Op. ult. cit.*, *ib.*

<sup>46</sup> Il Guicciardi in particolare si riferisce alle cause di astensione di componenti delle G.P.A., previsti dall'art. 290 T.U. legge com. e prov. 1915, confermati dall'art. 279, n. 383/1934, il quale ultimo precisa che il funzionario ha l'obbligo di allontanarsi dalla sala delle adunanze nella trattazione di quel certo affare.

<sup>47</sup> Figura peraltro piuttosto risalente, derivante dal diritto romano. V. sul punto A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 1997, 1028, per cui era prevista l'ipotesi del *iudex qui litem suam fecit.*, cioè il giudice che aveva un interesse personale nella causa, rispetto al quale era consentita un *actio in bonum et aequum concepta* (azione in cui l'ammontare della condanna era rimessa all'equa discrezionalità del giudice).

<sup>48</sup> E. GUICCIARDI, *op. cit.*, 131.

Il Nigro<sup>49</sup> commentò una decisione del Consiglio di Stato in cui si stabiliva il principio per cui “*Sulle domande di riconsunzione dei componenti della Commissione di concorso come di ogni collegio amministrativo, pronuncia l'autorità che ha proceduto alla nomina della Commissione stessa*”<sup>50</sup>.

Per l'Illustre Autore, “... *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*”<sup>51</sup>.

Si tratta, per quest'impostazione, di un vizio di violazione di legge<sup>52</sup> che incide invero su un elemento esterno all'atto e però ne provoca l'annullabilità<sup>53</sup>.

La riconsunzione nel procedimento amministrativo è inutile, trattandosi di “*un diaframma che si interpone tra i vizi dell'atto amministrativo e le conseguenze di tali vizi e ripugna ad un principio fondamentale di diritto amministrativo che collega l'annullabilità come diretta conseguenza, ai vizi dell'atto*”<sup>54</sup>.

### 3. *Segue: conflitto d'interessi ed invalidità del provvedimento amministrativo*

Nella dottrina degli anni '60<sup>55</sup> si ritenne che il dovere di astensione per conflitto d'interessi (o incompatibilità occasionale) veniva a rappresentare un corollario del principio costituzionale d'imparzialità.

<sup>49</sup> M. NIGRO, *Sulla legittimazione degli organi amministrativi contenziosi*, cit., 74 ss.

<sup>50</sup> V. massima n. 6 del Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 1952, n. 65, cit., 74.

<sup>51</sup> M. NIGRO, *op. cit.*, 77.

<sup>52</sup> Tale conclusione per Nigro è “tranquillante e anodina”, ma nello stesso tempo, non è soluzione del tutto soddisfacente, *op. cit.*, 77.

<sup>53</sup> M. NIGRO, *op. cit.*, 77.

<sup>54</sup> *Op. cit.*, 81.

<sup>55</sup> V. U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 20 ss., nota 36, il quale ravvisa nel dovere di astensione un corollario di uno dei significati del principio d'imparzialità; L. GALATERIA, *Astensione (dir. cost. e amm.)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 947; U. GARGIULO, *I collegi amministrativi contenziosi*, Napoli, 1962, 189; M. NIGRO, *Sulla legittimazione degli organi amministrativi contenziosi*, cit., 78 ss. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1966, 317.

In particolare, secondo il Sandulli, l'obbligo di astensione sarebbe da applicare a tutti i casi in cui i funzionari che debbano provvedere possano non trovarsi, per ragioni di ordine obiettivo, in posizione di assoluta serenità rispetto alla decisione da adottare<sup>56</sup>. Quest'impostazione, ha approfondito i rapporti tra violazione dell'obbligo di astensione ed invalidità del provvedimento.

Secondo l'Illustre Autore, in tutti i casi in cui esista un obbligo di astensione, i soggetti esposti ad essere pregiudicati dalla parzialità dell'autorità decidente hanno diritto di effettuare la ricasazione, cioè di rifiutare il funzionario che dovrebbe provvedere. In qualche caso ciò è espressamente previsto dalla legge: l'impostazione in questione richiamava l'art. 149 T.U. degli impiegati civili dello Stato, secondo cui in una serie di ipotesi previste dalla norma il componente della Commissione di disciplina poteva essere ricasato<sup>57</sup>.

Se la Commissione di disciplina respingeva l'istanza di ricasazione, il provvedimento di rigetto doveva essere impugnato congiuntamente al provvedimento finale, irrogante la punizione<sup>58</sup>.

Da ciò il Sandulli deduceva il principio dell'onere di ricasazione. In sostanza, l'estensione dell'istituto dell'astensione, previsto dall'art. 52 c.p.c., al procedimento amministrativo, comporta che il mancato assolvimento dell'onere di ricasazione preclude l'impugnazione del provvedimento per il solo fatto della partecipazione ad esso delle persone che possono essere ricasate (onere di ricasazione).

Il cittadino avrebbe potuto comunque impugnare il provvedimento facendo valere un eccesso di potere per disparità di trattamento, adducendo come indizio la partecipazione (indebita) del funzionario.

Da questa impostazione si evince che il sindacato (giurisdizionale) sull'organizzazione e sull'attività vengono ad essere scisse. Ove non si assolva il dovere di astensione, il cittadino deve azionare la ricasazione: se

---

<sup>56</sup> A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 317. Per l'A, chi era preposto all'organo che adottò il provvedimento impugnato non può pronunciare sul ricorso gerarchico presentato contro quel provvedimento.

<sup>57</sup> Si tratta di casi quali l'interesse personale nel procedimento; dare consiglio o manifestare il proprio parere sull'oggetto del procedimento; inimicizia grave tra il componente e l'impiegato sottoposto a procedimento disciplinare, ecc.

<sup>58</sup> La norma nulla peraltro diceva sul silenzio della Commissione in ordine all'istanza di ricasazione.

non lo fa, può impugnare il provvedimento, ma in relazione al vizio di disparità di trattamento, che riguarda il prodotto finale dell'attività della p.a.

Sempre nella linea (problematica) degli effetti della mancata astensione sulla validità del provvedimento, si considerò se il provvedimento dovesse essere annullato d'ufficio e a quali condizioni, ove fosse stato adottato in difetto dell'obbligo di astensione.

In particolare<sup>59</sup> si esaminò la seguente fattispecie giurisprudenziale: trascorso un biennio dall'adozione di una licenza edilizia, il Sindaco ne dispone l'annullamento d'ufficio, perché all'adunanza della Commissione edilizia che si era espressa favorevolmente aveva partecipato il progettista dell'opera.

Secondo l'impostazione richiamata, la partecipazione dell'interessato all'adunanza dell'organo collegiale si risolve in un difetto di legittimazione di quest'ultimo a deliberare sull'"affare" per il contrasto immediato con il principio d'imparzialità, configurandosi una violazione di legge. Il vizio della licenza era da ritenere violazione di legge inerendo all'organizzazione funzionale del Collegio e non alla formazione della volontà collegiale: in sostanza è vizio che si riporta all'agente e non alla volontà collegiale<sup>60</sup>.

Di conseguenza, sempre per questa impostazione, sarebbe un passaggio successivo indagare, da parte della p.a., se la violazione del dovere di astensione faccia pervenire ad un eccesso di potere per sviamento del fine dell'atto in relazione all'indebita partecipazione del progettista<sup>61</sup>.

Il punto importante di questa fattispecie, le cui problematiche dovranno essere riprese in prosieguo, è che la violazione del dovere di astensione non necessariamente fa pervenire ad una attività "parziale", così come all'organo imparziale non consegue necessariamente attività imparziale<sup>62</sup>.

Secondo questa impostazione, l'annullamento della licenza edilizia poteva essere disposto dal Governo, nell'esercizio del potere stabilito dall'art. 6 della legge com. e prov. (annullamento governativo), trattandosi di un interesse di alta amministrazione, consistente nella necessità del ri-

---

<sup>59</sup> V. M. ALI, *Annullamento d'ufficio, analogo procedimento e principi costituzionali* (nota a Cons. Giust. amm. Reg. sic, 6 maggio 1966, n. 389), in *Foro amm.*, 1966, 152 ss.

<sup>60</sup> *Op. ult. cit.*, 158.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> *Op. ult. cit.*, 157.



pristino della legalità violata in relazione alla mancata osservanza di norme di organizzazione<sup>63</sup>.

#### 4. Il conflitto d'interessi nella dottrina degli anni '70

All'inizio degli anni '70 autorevole dottrina approfondì il problema del conflitto d'interessi in relazione al sindacato del giudice (amministrativo) sull'imparzialità amministrativa<sup>64</sup>.

In linea di continuità con problematiche già presenti all'inizio del '900, il punto di partenza di questa impostazione è la distinzione tra astensione del giudice ed astensione del funzionario. Si sostenne che “... *scopo del giudice è realizzare l'imparzialità mentre scopo dell'amministrazione è realizzare l'interesse pubblico o gli interessi pubblici che abbiamo detto finali, nel rispetto dell'imparzialità*”<sup>65</sup>.

La distinzione tra giudice e funzionario consiste nella disciplina dell'astensione e della ricusazione. L'astensione obbligatoria del giudice è prevista espressamente dalla legge e così pure la ricusazione, i cui effetti sono specificatamente disciplinati, sospendendo essa il processo ed aprendo un procedimento in contraddittorio con l'interessato.

Nel caso del funzionario invece non sempre l'astensione è prevista espressamente dalla legge, mentre la disciplina della ricusazione è totalmente assente<sup>66</sup>.

L'impostazione in oggetto ritiene che la ricusazione del funzionario sia un semplice denuncia del cittadino da cui non discendono effetti tipici<sup>67</sup>.

Nella giurisprudenza, a partire dagli anni '50, in taluni casi il giudice esamina esclusivamente il vizio di violazione di legge derivante dalla mancata astensione del funzionario e quindi la violazione dell'imparzialità nel momento della composizione dell'organo.

Per esempio, ci si riferisce al caso in cui nella commissione di concorso

---

<sup>63</sup> *Op. ult. cit.*, 159.

<sup>64</sup> S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, 1973, 85 ss.

<sup>65</sup> *Op. ult. cit.*, 97.

<sup>66</sup> *Op. ult. cit.*, 101.

<sup>67</sup> *Op. ult. cit.*, 102.

per la scuola veniva nominato non un magistrato, ma un direttore generale del Ministero della pubblica istruzione<sup>68</sup>. Sol per questo il Consiglio di Stato annulla il decreto ministeriale di nomina, senza esaminare se il giudizio della Commissione comporti una disparità di trattamento.

In altre ipotesi invece l'annullamento viene dato dal giudice in relazione alla disparità di trattamento che si pone come effetto del provvedimento. L'impostazione in esame riscontra che in giurisprudenza il sindacato giudiziale riguarda sia la violazione del principio d'imparzialità nel momento di composizione dell'organo, sia la commessa parzialità nel momento dell'adozione dell'atto<sup>69</sup>.

Altresì questa impostazione mise in luce ulteriori profili problematici del conflitto d'interessi: 1) la necessità di bilanciare, in determinati casi, il dovere d'astensione del funzionario, con il principio di continuità dell'azione amministrativa, ove quel funzionario sia l'unico a poter provvedere; 2) il pericolo di ritardo nel provvedere conseguente all'astensione del funzionario.

Entrambe queste ipotesi vengono richiamate dalla dottrina statunitense che si riferisce, alla "dottrina della necessità"<sup>70</sup>.

## **5. Il conflitto d'interessi e la ricsuzione nella giurisprudenza amministrativa**

La giurisprudenza amministrativa in epoca piuttosto risalente (anni '40 del secolo scorso), aveva dovuto affrontare la questione dell'applicazione dell'istituto della ricsuzione nel procedimento amministrativo ove vi fosse conflitto d'interessi.

Il Consiglio di Stato<sup>71</sup> ebbe ad occuparsi dell'istanza di ricsuzione

---

<sup>68</sup> Cassese richiama la decisione del Cons. Stato, sez. V, 16 dicembre 1966, n. 1601, in *Foro amm.*, 1966, I, 2057, anche se precisa che la decisione non specifica se il ricorrente avesse sviluppato motivi di ricorso attinenti al giudizio espresso dalla Commissione in relazione ad una eventuale disparità di trattamento, *op. cit.*, 121.

<sup>69</sup> S. CASSESE, *op. cit.*, 119.

<sup>70</sup> *Op. ult. cit.*, 92.

<sup>71</sup> Si tratta della risalente decisione del Cons. Stato, sez. I, 15 maggio 1946, n. 150, in *Foro amm.*, 1946, 154 ss., con nota di M.S. GIANNINI, *Decisioni e deliberazioni amministrative*, *ivi*, 154, in *Giur. it.*, III, 1947, E. GUICCIARDI, *Sulla natura delle Commissioni*

formulata nell'ambito dei procedimenti di epurazione.

Si trattava in particolare di una richiesta di annullamento di una deliberazione di dispensa dal servizio<sup>72</sup> adottata dalla Commissione centrale d'epurazione, a cui fu presentata, senza che fosse tenuta in considerazione, istanza di ricasazione nei confronti di uno dei componenti.

Bisogna ricordare che le Commissioni di epurazione (di 1° e 2° grado) erano organi amministrativi istituiti con d.lgs. n. 159/1944. Il procedimento di epurazione era simile ad un procedimento disciplinare, avendo il fine di selezionare il personale della pubblica amministrazione mediante la eliminazione degli indegni e degli incompatibili.

Secondo il giudice amministrativo l'istanza di ricasazione è proponibile, in quanto un principio etico-giuridico di tale importanza è sempre applicabile, purché sussista un interesse specifico e concreto, dato dall'esistenza di obiettive ragioni d'incompatibilità<sup>73</sup>.

L'altra questione che il giudice amministrativo ebbe ad affrontare è il termine entro cui la ricasazione debba essere proposta. Tale questione per il giudice amministrativo doveva essere affrontata in relazione al procedimento oggetto di giudizio: essendo il procedimento di epurazione di carattere inquisitorio, l'istanza può essere proposta fin quando la decisione sia stata firmata e pubblicata diventando perfetta<sup>74</sup>.

In qualche successiva decisione degli anni '50, in tema di concorso pubblico, il giudice amministrativo<sup>75</sup> affermò il principio che “... la ragione di ricasazione deve essere fatta valere prima che il soggetto ammi-

---

*d'epurazione e sull'impugnabilità delle loro pronunce*, *ivi*, 33 ss. I due Illustri annotatori peraltro non si occupano della questione della ricasazione, ma piuttosto della natura decisoria degli atti delle Commissioni d'epurazione.

<sup>72</sup> Bisogna considerare che l'annullamento era stato chiesto deducendo vizio d'incompetenza, in quanto l'art. 24 del d.lgs. n. 159/1944 lo prevedeva come unico vizio deducibile: norma evidentemente finalizzata alla limitazione della tutela giurisdizionale. Il Collegio (v. *Giur. it.*, cit., 40), dà una interpretazione estensiva di questa norma, ritenendo da disapprovare tutte quelle norme che limitano la tutela giurisdizionale in relazione a tali vizi, auspicando sul punto la formulazione di una norma costituzionale che elimini ogni forma di limitazione di tutela. Tale principio verrà espressamente formulato nell'art. 113 Cost.

<sup>73</sup> V. questo punto della motivazione in *Foro amm.*, cit., 168; in *Giur. it.*, cit., 44.

<sup>74</sup> V. *Foro amm.*, cit., 170. Si tratta di una pronuncia interlocutoria, in quanto non avendo il Collegio elementi per valutare la fondatezza dell'istanza di ricasazione, sospende il processo, nell'attesa che l'amministrazione dia i necessari chiarimenti.

<sup>75</sup> Si tratta di Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 1951, n. 527, in *Foro amm.*, 1951, I, 2, 256.

*nistrativo adotti il proprio provvedimento, poiché essa costituisce una forma di difesa preventiva della imparzialità della condotta amministrativa ... dopo l'adozione del provvedimento si può configurare un vizio di legittimità dell'atto, ma occorre dimostrare in concreto che la situazione d'incompatibilità dell'organo amministrativo con il soggetto destinatario del provvedimento abbia influenzato il contenuto di questo, facendolo divergere dal fine d'interesse pubblico".*

Per questa decisione ove il cittadino non formuli istanza di riconsiderazione, deve dimostrare la concreta influenza della posizione di incompatibilità<sup>76</sup> del componente rispetto al provvedimento finale, non venendo in considerazione alcuna "presunzione di illegittimità" del provvedimento.

Di contrario avviso una decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 1958<sup>77</sup>, secondo cui ove un componente della Commissione sia incompatibile (nella specie il commissario aveva un rapporto di affinità entro il quarto grado con un concorrente), ancor se non sia stato riconsiderato, ciò non toglie che i provvedimenti adottati dalla Commissione siano illegittimi.

Nel caso in specie, il giudice amministrativo afferma che la posizione d'incompatibilità del componente della Commissione comporta una presunzione che il componente si trovi in una situazione "di menomata obiettività"<sup>78</sup>.

La Plenaria considerò i due orientamenti giurisprudenziali dominanti:

1. il vizio d'incompatibilità rende illegittimo il provvedimento, ma solo a condizione che il ricorrente riesca a dimostrare che la situazione d'incompatibilità influenzi il contenuto del provvedimento facendolo divergere con il fine di interesse pubblico<sup>79</sup>;

2. il vizio d'incompatibilità rende illegittimo il provvedimento senza necessità di una prova dell'influenza dell'incompatibilità con il contenuto dell'atto.

---

<sup>76</sup> È da rilevare che in queste risalenti decisioni non ci si riferisce al conflitto d'interessi, ma alla posizione d'incompatibilità del componente rispetto alla procedura concorsuale: si tratta in tutta evidenza di incompatibilità occasionale, cioè connessa ad un singolo affare.

<sup>77</sup> V. Cons. Stato, Ad. Plen., 30 giugno 1958, n. 6, in *Il Consiglio di Stato*, 1958, I, 536 ss.

<sup>78</sup> *Ivi*, 537.

<sup>79</sup> *Op. ult. cit.*