
INTRODUZIONE

Ormai da alcuni decenni l'attenzione degli studiosi di diritto amministrativo si è progressivamente focalizzata sui temi connessi al fenomeno dell'esercizio del potere attribuito dalla legge per ottenere vantaggi privati e del "tradimento" della cosa pubblica proprio in relazione a tale esercizio distorto del potere¹. Al centro di numerosi contributi è stata posta l'esigenza di contrastare in modo efficace questo fenomeno, che numerose analisi definiscono in termini endemici o comunque patologi-

¹È significativo che in tempi remoti il termine "tradimento" fosse già adoperato per indicare un fenomeno di incompatibilità rispetto all'esercizio di una funzione e che il dibattito avviato sulle conseguenze del "tradimento" si fosse appuntato sulla questione della "validità" degli atti.

Traditores, infatti, era il termine con cui venivano additati i vescovi e i presbiteri che avevano consegnato ("tradere") le sacre scritture ai pagani, cioè alle autorità romane, in conseguenza delle persecuzioni disposte dall'imperatore Diocleziano. I *traditores* rientravano nella categoria più ampia dei *lapsi*, termine in uso nel III secolo per definire i cristiani che avevano ceduto alle persecuzioni compiendo un atto di apostasia. Rispetto ai *traditores* fu viva la polemica all'interno della Chiesa, soprattutto nelle province africane dell'Impero, su iniziativa dei "donatisti", cioè degli intransigenti appartenenti al movimento religioso che prese il nome dal vescovo Donato di *Casae Nigrae* in Numidia. Secondo i donatisti i sacramenti amministrati dai *traditores* non sarebbero stati "validi".

Nei confronti dei donatisti prese posizione fra gli altri Sant'Agostino. Egli sostenne che la Chiesa fosse una comunità di fedeli, composta da santi e da peccatori, e che l'efficacia dei sacramenti dipendesse non dalla bontà o dalla moralità di chi li amministra, ma dalla grazia divina che opera in essi, in forza del conferimento dell'Ordine sacro (cfr. S. Agostino, *Lettera ai cattolici sulla setta dei donatisti*, cap. 21-22). Il movimento donatista, già condannato nel concilio di Roma del 313 e in quello di Arles del 314, fu definitivamente condannato nel concilio di Cartagine del 411, nel quale fu decisivo appunto l'intervento di Sant'Agostino (il dibattito in tale concilio fu verbalizzato in un resoconto destinato all'imperatore Onorio recentemente ristampato a cura di A. Rossi, *La conferenza di Cartagine 411*, Milano, 2016).

ci nel nostro Paese, attraverso misure e strumenti propri del diritto amministrativo che chiariscano in anticipo gli obblighi e i limiti che devono rispettare i funzionari pubblici.

Molti di questi temi hanno trovato un rinnovato impulso grazie alla c.d. legge anticorruzione del 2012², prima, e alla riforma in materia di organizzazione delle pubbliche amministrazioni del 2015³, dopo, come per esempio quello della trasparenza amministrativa.

In questo contesto si colloca anche la disposizione sul conflitto di interessi, introdotta dalla legge anticorruzione del 2012 nel capo II della legge sul procedimento amministrativo dedicato al responsabile del procedimento. L'art. 6-*bis* l. 7 agosto 1990, n. 241 dispone che il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale.

Sia chiaro, però, che non si tratta di un tema “nuovo” per il diritto amministrativo. Semmai è un tema ciclico, almeno nei suoi elementi essenziali, in ragione di due considerazioni.

La prima è che già alla fine dell'Ottocento la dottrina aveva messo a fuoco, rispetto a disposizioni sull'obbligo di astensione dei funzionari in settori speciali, alcuni degli argomenti rilevanti ancora oggi ai fini dell'inquadramento delle questioni di fondo.

La seconda è che negli anni Sessanta del secolo scorso gli studi sulla procedura e sull'imparzialità amministrativa rappresentano tuttora nell'attuale dibattito scientifico un punto di riferimento saldo rispetto all'affermazione della necessità che la pubblica amministrazione sia libera dalle influenze degli interessi personali del funzionario che possono riflettersi sull'esercizio dell'attività amministrativa⁴. Questa prospettiva non ha mai trascurato che il conflitto di interessi del singolo fun-

²L. 6 novembre 2012, n. 190 («Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione»).

³L. 7 agosto 2015, n. 124 («Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche»; cfr. in particolare l'art. 7 «Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza»).

⁴Il riferimento è soprattutto a G. Pastori, *La procedura amministrativa. Introduzione generale*, Vicenza, 1964 e a U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965.

zionario rappresenti un fattore di “inquinamento” dell’opera prestata a servizio dell’ente pubblico di appartenenza⁵, ma ha ricondotto questa “alterazione” direttamente all’esercizio della funzione amministrativa.

Così come non è nuova la valutazione circa l’utilità di introdurre una disposizione sull’obbligo di astensione del funzionario (compreso quello relativo ai membri degli organi collegiali), cioè sull’opportunità che tale obbligo fosse stabilito in via generale.

A questo proposito è significativo ricordare che i progetti e le proposte di legge sulla riforma della pubblica amministrazione e dell’azione amministrativa, che si sono succedute nel decennio seguente all’entrata in vigore della Costituzione, avevano previsto, tutte, una disposizione puntuale sull’obbligo di astensione o sull’incompatibilità del funzionario e sulla sua sostituzione in questi casi⁶. Il fatto che non si ricorresse, eventualmente adattandole, alle previsioni del codice di procedura civile in materia di astensione dei giudici segnava, sin da allora, una certa consapevolezza della autonomia concettuale dell’imparzialità del soggetto titolare della funzione amministrativa, che si rifletteva, appunto, anche sul piano delle proposte in ordine alla disciplina che costituisce diretta espressione dell’imparzialità soggettiva.

Allo stesso tempo, le indicazioni, sempre più frequenti e puntuali negli ultimi anni, che provengono dagli organismi internazionali e dal diritto dell’Unione europea sono sintomatiche dell’importanza che ha assunto, in tutti i settori dell’ordinamento, la prevenzione e il contrasto delle situazioni di conflitto di interessi del funzionario.

L’indagine sul conflitto di interessi ed esercizio della funzione amministrativa ha trovato una ragione negli scritti della dottrina, numerosi dopo l’introduzione della disposizione, e nelle pronunce della giurisprudenza amministrativa, significative col trascorrere del tempo e tali da consentire di trarre una prima linea evolutiva.

Lo studio e l’analisi del conflitto di interessi sono stati condotti con l’obiettivo di rifuggire dagli aspetti sociologici del fenomeno e da ogni tentazione etica o moralizzatrice, che pure pervadono una certa lettura delle misure e degli strumenti propri del diritto amministrativo nella prevenzione della cattiva amministrazione.

⁵U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, cit., p. 21, in nota 36.

⁶Cfr. i, in particolare cap. I, § 4.

In altri termini, l'indagine si è mossa volutamente sul piano giuridico, già di per sé ricco di temi e implicazioni, ed è stata stimolata dall'emersione di un progressivo scostamento, nella elaborazione delle diverse interpretazioni, dalla dimensione e dalla collocazione della disposizione sul conflitto di interessi come riferita all'esercizio della funzione amministrativa.

Da questo punto di vista, l'indagine ha dato spazio a profili che non è sembrato di cogliere appieno negli argomenti sviluppati da una parte della dottrina e nelle motivazioni di alcune sentenze del giudice amministrativo, primo fra tutti quello del difetto di legittimazione del funzionario che versa in una situazione di conflitto di interessi, anche potenziale.

Anche aspetti certamente dibattuti e oggetto di grande attenzione nei contributi e nelle sentenze amministrative sul conflitto di interessi del funzionario, in particolare quello legato all'affermazione ricorrente che le regole sull'incompatibilità del funzionario, oltre ad assicurare l'imparzialità dell'azione amministrativa, sono rivolte ad assicurare il prestigio e l'immagine della pubblica amministrazione ponendola al di sopra di ogni sospetto, sono stati indagati non solo nella dimensione dell'affermazione di principio, ma anche nella prospettiva dell'incidenza sul piano degli effetti della violazione della disposizione sull'obbligo di astensione.

È stato naturale cogliere un'altra sollecitazione per l'indagine nell'interrogativo di fondo che ha accompagnato sin da subito l'introduzione dell'art. 6-*bis* l. n. 241/1990: quello della effettiva "utilità", a fronte dei principi generali che governano l'azione amministrativa e del principio d'imparzialità *in primis*, di una disposizione di carattere generale sul conflitto di interessi del funzionario, soprattutto valutata in relazione a una certa lacunosità del testo normativo, riferita da alcuni anche alla nozione stessa di conflitto di interessi. Si tratta di un interrogativo che molti autori hanno colto, seppure il più delle volte nella prospettiva di una critica generale rispetto all'opportunità e all'utilità delle modifiche apportate dalla riforma del 2012 alla legge sul procedimento.

A questo interrogativo si è cercato di rispondere nella prospettiva troppo spesso sottovalutata della centralità, anche rispetto alla disposizione sul conflitto di interessi, della funzione amministrativa, non però in senso puramente oggettivo, in ragione di un risultato o di uno scopo da raggiungere, ma nell'ottica corretta richiesta dall'art. 6-*bis* l. n.

241/1990, cioè quella del soggetto agente. Una prospettiva nella quale la centralità dell'imparzialità soggettiva è presa sul serio, perché in gioco è molto di più un onere organizzativo che grava sull'apparato burocratico, ma la stessa credibilità della pubblica amministrazione.

