

La frontiera avanzata

Studi giuridici sulle funzioni di prevenzione
della criminalità negli enti locali

a cura di Marco Magri



Giappichelli

La frontiera avanzata

Studi giuridici sulle funzioni di prevenzione
della criminalità negli enti locali

In copertina:

Francesco Hayez, *Gli ultimi momenti del doge Marin Faliero sulla scala detta del piombo*, 1867, olio su tela, Pinacoteca di Brera, Milano.



IUSTITIAM COLIMUS

La frontiera avanzata

Studi giuridici sulle funzioni di prevenzione
della criminalità negli enti locali

a cura di Marco Magri



Giappichelli

© Copyright 2026 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-1928-2

ISBN/EAN 979-12-211-8406-8 (ebook - pdf)

ISBN/EAN 979-12-211-8407-5 (ebook - epub)

Finanziato dall'Unione europea - Next Generation EU, Missione 4 Componente 1 CUP F53D23003490006.



G. Giappichelli Editore



Questo libro è stato stampato su
carta certificata, riciclabile al 100%



Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Indice

	<i>pag.</i>
<i>Informazioni sugli Autori</i>	XIII

Introduzione

Marco Magri

1. Un tentativo di sintesi	1
2. Prevenzione della criminalità negli enti locali e concezione antropologica dello Stato	1
3. Soggettività dell'accertamento di pericolosità sociale	3
4. Un abbozzo di ricostruzione storica del problema	4
5. Sintesi della situazione attuale e breve illustrazione della ricerca	9

Lo scioglimento dei consigli comunali per infiltrazioni mafiose nel prisma dei poteri sostitutivi

Edoardo Caruso

1. La sostituzione totale quale <i>extrema ratio</i>	11
1.1. Il rapporto tra sostituzione e autonomia: profili evolutivi	15
2. Controllo e potere sostitutivo: tra tesi del controllo sostitutivo e impostazione riduzionista. Premesse teoriche per l'analisi dell'art. 143 TUEL	22
3. I presupposti dello scioglimento per infiltrazioni mafiose: il dato normativo	26
4. Finalità preventiva dello scioglimento, natura discrezionale delle valutazioni amministrative e riflessi sul sindacato	29
4.1. Contiguità mafiosa e disordine amministrativo: la torsione oggettiva dei presupposti dello scioglimento	36
4.2. La verifica del presupposto oggettivo tra logica preventiva e debolezza del nesso causale	41
5. Conclusioni. Lo scioglimento per infiltrazioni tra statuto del potere sostitutivo, proporzionalità e prospettive di riforma	44

pag.

L'irragionevole estensione dell'incandidabilità ex art. 143, comma 11, TUEL, alle elezioni del Parlamento nazionale ed europeo

Alberto Di Chiara

1. Introduzione	49
2. Dallo scioglimento dei comuni per infiltrazioni mafiose alla previsione dell'incandidabilità per gli ex amministratori locali	50
3. I profili procedurali dell'accertamento dell'incandidabilità nella prospettiva della responsabilità del singolo amministratore	51
4. Gli indizi per l'accertamento della responsabilità dell'amministratore locale e il ruolo della dimensione territoriale	52
5. La natura della misura dello scioglimento dei comuni per infiltrazioni mafiose tra esigenze preventivo-cautelari e intento sanzionatorio dell'organo rappresentativo	54
6. La traslazione della natura dell'incandidabilità da misura preventiva a sanzione nei confronti dei singoli ex amministratori locali	57
7. Il controverso rapporto con l'incandidabilità ex d.lgs. n. 235/2012	60
8. La perimetrazione temporale dell'incandidabilità ex art. 143, comma 11, TUEL	61
9. L'esigenza di riportare l'incandidabilità ex art. 143, comma 11, TUEL, entro binari costituzionali	64

Il silenzio degli amministratori: partecipazione, contraddittorio e scioglimento dei consigli comunali per mafia

Gianmarco Falduti

1. Inquadramento del tema	69
2. La fattispecie ex art. 143, d.lgs. n. 267/2000	72
3. I rischi connessi alla <i>non applicazione</i> della partecipazione amministrativa	75
4. I <i>benefici</i> connessi all'applicazione della partecipazione amministrativa	83
5. Considerazioni conclusive: il "dogma" della reviviscenza	87

Strumenti amministrativi di contrasto alla criminalità organizzata: un'analisi comparata tra scioglimento dei Consigli comunali per infiltrazione mafiosa e informativa antimafia

Martina Maggiolini

1. Frontiera avanzata del contrasto all'infiltrazione mafiosa: prevenzione o repressione?	91
---	----

pag.

2. Una lettura sistemica degli strumenti amministrativi di prevenzione: scioglimento dei Consigli comunali per infiltrazione mafiosa e informativa interdittiva antimafia	93
3. Presupposti e ambito di applicazione	98
4. Profili comparativi tra scioglimento dei consigli comunali per infiltrazioni mafiose e informativa antimafia	104
5. Riflessioni conclusive: prevenzione amministrativa, garanzie e limiti sistemici	109

L'incandidabilità degli amministratori locali di cui all'art. 143, comma 11, TUEL e le possibili tensioni con le garanzie offerte dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo

Antonella Mascia

1. Cenni introduttivi	113
2. Il diritto di candidarsi alle elezioni garantito dall'art. 3 del Protocollo n. 1 della Cedu e ...	114
3. (Segue) ... le possibili tensioni tra ordinamento nazionale e principi convenzionali quanto: a) all'assenza di condanna penale; b) alle ripercussioni abnormi rispetto a quelle delle altre misure di incandidabilità previste nell'ordinamento interno; c) all'eccessiva durata ed estensione territoriale	117
4. La possibilità che l'incandidabilità prevista dall'art. 143, comma 11, TUEL possa essere qualificata come 'accusa penale' e 'pena', alla luce dei principi <i>Engel</i> elaborati dalla Corte Edu e ...	119
5. (Segue) ... le relative conseguenze	124
6. Brevi conclusioni	125

Gli scioglimenti dei consigli comunali per infiltrazioni mafiose: un'analisi giuridico-econometrica nel mezzogiorno

Renato Rolli

1. Premessa	127
2. Disciplina giuridica e procedimento dello scioglimento dei comuni per infiltrazione mafiosa	128
3. Scioglimenti nel sud Italia in numeri	132
3.1. Le variabili statistiche	133
3.1.1. <i>Voice & Accountability</i>	135
3.1.2. <i>Government Effectiveness</i>	135

	<i>pag.</i>
3.1.3. <i>Regulatory Quality</i>	136
3.1.4. <i>Rule of Law</i>	136
3.1.5. <i>Corruption</i>	136
4. Il modello statistico	136
5. Considerazioni conclusive	138

Dal Comune sciolto all'Amministratore incandidabile: analisi di un mancato connubio

Dario Sammarro

1. Premessa: il contesto di riferimento	141
2. Tratti peculiari dello scioglimento dei Comuni per infiltrazioni mafiose	144
3. Nodi applicativi dell'istituto dell'incandidabilità	148
4. Il confronto tra i due istituti	149
5. Considerazioni conclusive: il "paradosso" della doppia valutazione	152

Alcune riflessioni su discrezionalità di polizia e sindacato giurisdizionale

Riccardo Ursi

1. La funzione di sicurezza pubblica e i poteri di polizia di prevenzione	155
2. La discrezionalità di polizia	157
3. Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità di polizia	160
4. La giurisprudenza sulle misure di prevenzione antimafia	163

Il conflitto di interessi di risultato nel codice dei contratti pubblici

Stefano Villamena

1. "Prevenzione" e "risultato" come valori tendenzialmente antagonisti da contemperare. Il "grido di dolore" della giurisprudenza derivante dall'abrogazione dell'abuso d'ufficio e le sue ripercussioni sul conflitto di interessi	171
2. La necessità di distinguere il conflitto di interessi dall'incompatibilità	173
3. Avvento della legge Severino a cui seguono momenti di chiarificazione in materia. Il conflitto di interessi potenziale in una prospettiva particolare e meno sviante	176

pag.

- | | |
|---|-----|
| 4. La disciplina del conflitto di interessi nel codice dei contratti pubblici: vecchio e nuovo regime a confronto | 181 |
| 5. Il parziale recupero “per via amministrativa” della tutela persa dopo l’abrogazione dell’abuso d’ufficio | 186 |

Per un approccio ecosistemico alla disciplina sullo scioglimento degli enti locali per infiltrazioni mafiose

Antonio Viscomi

- | | |
|------------------------------------|-----|
| 1. Dal comune alla comunità | 189 |
| 2. Il potere e i limiti al potere | 190 |
| 3. Proposte di revisione | 193 |
| 4. Ricostruire il capitale sociale | 195 |
| 5. Motivazione e informazione | 196 |
| 6. Per un approccio ecosistemico | 199 |

Scioglimento, controllo, sostituzione, interdizione: un sistema da scomporre e ricostruire

Marco Magri

- | | |
|---|-----|
| 1. I cattivi postumi delle riforme già fatte | 203 |
| 2. Il paradosso dell’incandidabilità da scioglimento | 204 |
| 3. Quando «non basta» la legalità, occorre la «dittatura»? | 206 |
| 4. Un intricato groviglio concettuale | 208 |
| 5. L’importanza del contributo della Corte costituzionale | 209 |
| 6. L’impropria assimilazione dello scioglimento al controllo | 211 |
| 7. Su alcuni riflessi della confusione tra categorie dommatiche nell’interpretazione dell’art. 143 TUEL | 215 |
| 8. Il “più probabile che non” e la scomparsa del singolo dall’orizzonte dello scioglimento per infiltrazioni mafiose | 217 |
| 9. Scomporre, prima di ricostruire. Tornare a Taurianova? | 219 |
| 10. Qualche considerazione conclusiva: la contiguità “soggiacente” dell’amministratore locale come punto di riferimento di una nuova disciplina | 221 |

Il conflitto di interessi di risultato nel codice dei contratti pubblici

Stefano Villamena

SOMMARIO: 1. “Prevenzione” e “risultato” come valori tendenzialmente antagonisti da contemperare. Il “grido di dolore” della giurisprudenza derivante dall’abrogazione dell’abuso d’ufficio e le sue ripercussioni sul conflitto di interessi. – 2. La necessità di distinguere il conflitto di interessi dall’incompatibilità. – 3. Avvento della legge Severino a cui seguono momenti di chiarificazione in materia. Il conflitto di interessi potenziale in una prospettiva particolare e meno sviante. – 4. La disciplina del conflitto di interessi nel codice dei contratti pubblici: vecchio e nuovo regime a confronto. – 5. Il parziale recupero “per via amministrativa” della tutela persa dopo l’abrogazione dell’abuso d’ufficio.

1. “Prevenzione” e “risultato” come valori tendenzialmente antagonisti da contemperare. Il “grido di dolore” della giurisprudenza derivante dall’abrogazione dell’abuso d’ufficio e le sue ripercussioni sul conflitto di interessi

Sembra quasi scontato osservare come il tema del “conflitto di interessi” possa essere collegato ad esigenze di prevenzione degli illeciti soprattutto negli enti locali, ove la vicinanza fra persone e attività amministrative incrementa il rischio di una più incisiva commistione fra interessi pubblici e privati. Il dato è talmente evidente da non richiedere ulteriori precisazioni.

Ciò che invece appare meno scontato è cercare di inquadrare questo importante istituto della c.d. legge Severino¹ nella particolare dimensione dei contratti pubblici, tradizionale area di rischio infiltrazione². Infatti, a seguito dell’approvazione del Codice del 2023 (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36), il nuovo regime impresso tende a superare alcune rigidità del passato, condizionando il limite costituito da questo strumento

¹ Sul tema, per una trattazione ampia e sistematica, si rinvia ai seguenti lavori monografici: G. IUDICA, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2016 e G. D’ANGELO, *Conflitto di interessi ed esercizio della funzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2020.

² In tema, da ultimi, F. GAFFURI, *La disciplina del conflitto di interessi nel codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 10/2025, p. 95 ss.; A. BERRETTINI, *Commento all’art. 16*, in R. VILLATA, M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Pacini, Pisa, 2025, p. 93 ss. e G. IUDICA, *Profili critici del conflitto d’interessi nel nuovo codice degli appalti*, in *Dir. e proc. amm.*, 2024, p. 157 ss.

alle circostanze in cui lo stesso appaia come reale e soprattutto provato e non semplicemente adombrato da chi lo intende far emergere.

Si tratta di una prospettiva nuova attraverso cui osservare il conflitto di interessi, fondata in qualche modo sul “risultato” di cui parla l’art. 1 del menzionato Codice del 2023 e che regge l’intera disciplina dei contratti pubblici. Risultato, lo si rammenta, che per espressa indicazione normativa comporta attenzione alla «massima tempestività» dell’azione in rapporto alla pur sempre necessaria garanzia di qualità non disgiunta naturalmente dalla sua legalità³.

Una logica nuova, in qualche misura apprezzabile, che però dovrà fare i conti con i rischi di riduzione del livello di tutela preventiva che ciò potrebbe comportare. Rischi ancora più incombenti se si guarda all’evoluzione del sistema amministrativo degli ultimi anni, in cui si percepisce il tendenziale moto di indebolimento di alcuni presidi di legalità, vittime talvolta di letture un po’ troppo estensive che alla fine conducono ad una reazione opposta dell’ordinamento, legittimando scelte politiche poco condivisibili sul piano della prevenzione, ma forse ammissibili sul piano della speditezza amministrativa. Semplificando, la logica di risultato opera come un controlimito rispetto ad esigenze troppo spinte di prevenzione, di una prevenzione “tiranna” verrebbe da dire⁴.

Molteplici esempi si potrebbero portare. Mi limito a farne tre. Un primo e più tradizionale è quello della c.d. sanatoria dei vizi formali riconosciuta dalla legge sul procedimento amministrativo, che solo una logica di risultato è in grado di spiegare⁵. La stessa logica ha poi incoraggiato più recenti provvedimenti, dapprima sullo “scudo erariale”, successivamente, con ampi addentellati sul tema specifico oggetto di questo approfondimento, sull’abrogazione dell’abuso d’ufficio. Per giunta, in entrambi i casi, con la certificazione di qualità, se così si può dire, del giudice delle leggi intervenute nel 2024 e nel 2025⁶, con ampi richiami alla c.d. amministrazione di risultato.

Certo, non si possono trascurare le molteplici obiezioni apparse. Da ultimo, si consideri il vero e proprio “grido di dolore” proveniente dalla magistratura ordinaria in sede di remissione della questione di legittimità costituzionale sull’abrogazione

³ Su tale profilo vedi, in generale: S. DEL GATTO, *La dimensione amministrativa del conflitto di interessi e il principio di buona amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2024, p. 311 ss.

⁴ Infatti, in generale, la Corte costituzionale insegna che nel nostro ordinamento non dovrebbero esistere “interessi tiranni” (alludendosi qui all’oramai celebre passaggio contenuto nella sentenza della medesima Corte n. 85/2013, sul c.d. caso ILVA), ossia posizioni da far prevalere sempre e comunque rispetto ad altre. Ed in effetti, secondo la stessa Corte «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri». Ne consegue che la tutela deve essere costantemente «sistemica»; «Se così non fosse si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona».

⁵ Come è noto alla luce dell’art. 21-octies, comma 2, l. n. 241/1990.

⁶ Corte cost., sentt. nn. 132/2024 (scudo erariale) e 95/2025 (abuso d’ufficio).

del già menzionato abuso d'ufficio. Si legge, ad esempio nell'ordinanza della Cassazione, che «Nell'abrogare il reato di abuso di ufficio, il legislatore non avrebbe correlativamente rafforzato il livello di prevenzione, a livello amministrativo, contro le condotte abusive e la violazione dell'imparzialità da parte dei pubblici agenti in danno dei privati». Ancora, stavolta nell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Firenze, che l'abolizione di tale reato «avrebbe depotenziato, indirettamente, lo stesso obbligo di astensione del pubblico ufficiale in caso di conflitto di interessi, tenuto conto che nella giurisprudenza di legittimità la disposizione abrogata fungeva, in un tempo, da norma repressiva della violazione dell'obbligo di astensione e da norma fondativa dell'obbligo stesso, specialmente in settori nei quali l'obbligo non era oggetto di una specifica disciplina». Infine, ed è il rilievo che appare più forte, i Tribunali di Teramo e di Roma parlano addirittura di «*vulnus*» al nostro ordinamento, che «si sostanzerebbe nella attribuzione al funzionario pubblico [di] un potere assoluto, suscettibile di essere impunemente impiegato quale strumento di aggressione della libertà dei privati, in violazione dei valori costituzionali che governano l'azione amministrativa»; aggiungendo che sarebbero «rimaste prive di qualunque tutela penale le diverse ipotesi in cui un pubblico ufficiale, che si trovi in una situazione di conflitto di interessi, ometta di astenersi dall'adozione di una decisione da assumere in relazione al proprio Ufficio, ovvero, in violazione di norme che non prevedono discrezionalità, faccia uso del potere a lui conferito per favorire o danneggiare taluno, procurando, a seconda dei casi, vantaggi o danni ingiusti».

Insomma, un quadro a tinte fosche per la prevenzione degli abusi amministrativi, ivi comprese le infiltrazioni criminali. In esso si colloca anche la nuova disciplina sul conflitto di interessi nei contratti pubblici, che allude non più alla sola prevenzione, bensì a questa in connessione al risultato finale della relativa azione cui il procedimento è preordinato.

2. La necessità di distinguere il conflitto di interessi dall'incompatibilità

Prima di analizzare il profilo specifico di questo contributo, ossia il nuovo regime del conflitto di interessi nei contratti pubblici qui definito “di risultato”, appare necessario partire da alcune indicazioni di fondo. In primo luogo va ricordato che solo di recente si è sganciato il fondamento del conflitto di interessi dal generico rinvio al principio di imparzialità, oppure al classico, per quanto talvolta poco meditato, richiamo all'art. 51 c.p.c. sulle cause di astensione del giudice⁷. Richiamo, quest'ultimo,

⁷ Basti pensare che nel Codice dei contratti pubblici del 2006 (d.lgs. n. 163/2006), l'art. 84, comma 7, stabiliva che «Si applicano ai commissari le cause di astensione previste dall'articolo 51 cod. proc. civ.». Un altro esempio era quello contenuto all'art. 11, comma 1, del Regolamento sui concorsi pubblici (d.P.R. n. 487/1994) secondo cui, riguardo agli «Adempimenti della commissione»: «Prima dell'inizio delle prove concorsuali, la commissione, considerato il numero dei concorrenti, stabilisce il

poco meditato perché è come se l'indipendenza predicabile per gli appartenenti alla magistratura fosse equiparabile all'imparzialità praticabile nell'amministrazione. Tali forzature erano come giustificate dall'inerzia del legislatore in tema. Sulla base del fatto che per un lungo periodo di tempo si è assistito alla mancanza di una reale distinzione fra attività politica e attività amministrativa. In effetti, in un sistema in cui era tradizionalmente l'organo politico ad assumere anche i provvedimenti amministrativi, l'interesse era logicamente spostato sulla parte politica piuttosto che su quella amministrativa in ruolo subalterno alla prima. Non a caso, una delle discipline forse più compiute in materia di conflitto di interessi, ancor prima che l'istituto formalmente emergesse e fosse forgiato ed isolato dalla norma, era contenuta nella normativa sugli enti locali a proposito degli "amministratori", frammisto però con i casi di incompatibilità. L'art. 78 del Testo unico degli enti locali, che oggi raccoglie le vestigia di normative precedenti dello stesso segno, afferma tuttora che gli amministratori, nell'esercizio delle proprie funzioni, devono astenersi dal prendere parte alla discussione ed alla votazione di delibere riguardanti interessi propri o di loro parenti o affini sino al quarto grado. Inoltre è vietato agli stessi di ricoprire incarichi e/o di assumere consulenze presso gli enti dipendenti o comunque sottoposti al controllo ed alla vigilanza dei relativi comuni e province.

Nella previsione indicata si concentrano diversi aspetti utili all'inquadramento del tema oggetto di questo lavoro. Il primo è che il conflitto di interessi riguardava originariamente la parte politica che svolgeva anche attività amministrativa; il secondo è che l'accertamento di questa fattispecie aveva come effetto l'astensione dell'interessato; il terzo è che nel passato, in assenza di una disciplina *ad hoc* sul conflitto di interessi, si tendeva a sovrapporre quelle che oggi chiameremmo cause di incompatibilità alle cause di conflitto di interessi.

Invero, fra le due ipotesi, per quanto appartenenti ad una radice comune che tende a far astenere il funzionario al verificarsi di certe condizioni, esiste una distinzione netta: le incompatibilità sono infatti caratterizzate da rigidità dei presupposti che ne stanno a fondamento; invece, i conflitti di interesse sono caratterizzati, almeno nella maggior parte dei casi, da una certa flessibilità. Non a caso, la stessa ANAC, allorché si vede chiamata a deliberare su cause di incompatibilità, rileva che le disposizioni sulle incompatibilità sono «norme di stretta interpretazione che non trovano applicazione al di fuori delle ipotesi specificamente e tassativamente indicate dalla normativa di riferimento, atteso il divieto non solo di interpretazione analogica, ma anche di interpretazione estensiva»⁸. In sintesi, in questa materia rileva l'art. 12 delle

termine del procedimento concorsuale e lo rende pubblico. I componenti, presa visione dell'elenco dei partecipanti, sottoscrivono la dichiarazione che non sussistono situazioni di incompatibilità tra essi ed i concorrenti, ai sensi degli articoli 51 e 52 del codice di procedura civile».

⁸ Fra le altre, vedi delibera ANAC n. 600/2020 (che riprende Cons. Stato, sez. III, 12 novembre 2014, n. 5583). Ancora, nello stesso senso, è stato rilevato che le norme sulle incompatibilità «comportando una rilevante limitazione alla conferibilità di un incarico pubblico, devono essere interpretate in modo rigoroso, restando precluse opzioni ermeneutiche di carattere ampliativo, analogico o solo estensivo» (Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2016, n. 4009).

preleggi al c.c., nella parte in cui stabilisce: «Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole». In caso contrario, infatti, sarebbe fin troppo agevole per i controinteressati rendere instabile la continuità di un organo con richieste di decadenza ripetute, che potrebbero minare la continuità dell'azione con pesantissime ricadute sui servizi.

Certo, quanto indicato segna solo una linea di tendenza, nel senso che anche nel caso di conflitto di interessi alcuni presupposti, allo stesso modo che nelle incompatibilità, sono talvolta rigidi. Si pensi al caso della "parentela", foriera pur sempre di conflitto di interessi. Nondimeno, nelle altre ipotesi si rinviene pur sempre un certo grado di flessibilità e connessa discrezionalità applicativa, come accade nei casi di conflitto di interessi legati alle «gravi ragioni di convenienza», oppure ai «rapporti di credito significativi». Essi, guardando all'attualità, sono stati alla base delle ben note vicende che hanno interessato la realizzazione di una serie di immobili nel Comune di Milano ritenuti per giunta abusivi dalla magistratura inquirente⁹.

Naturale conseguenza di questa diversità è che l'incompatibilità opera a partire dall'organo, mentre il conflitto di interessi opera sull'attività che quell'organo sta svolgendo, la sola davvero in grado di sostanziare la patologia conflittuale. Ne consegue che, mentre l'incompatibilità agisce a prescindere dall'attività che quel singolo organo è chiamato a svolgere, il conflitto di interessi agisce caso per caso, poiché l'organo dovrà astenersi solo in ragione di una specifica causa conflittuale emergente nello specifico procedimento.

Sono evidenti i segni di diversità applicativa degli istituti considerati. Il che trova conferma anche nella disciplina madre in tema, assistita da specifica prevalenza sulle altre¹⁰, secondo cui per «incompatibilità» si deve intendere l'obbligo per il soggetto a cui viene conferito l'incarico di scegliere «tra la permanenza nell'incarico stesso e l'assunzione e lo svolgimento di incarichi e cariche» di altro tipo. Così confermando che l'incompatibilità prescinde dagli altri soggetti che convergeranno nel procedimento¹¹, guardando alla carica ricoperta e non all'attività che si andrà nel concreto a svolgere.

Nonostante questa distinzione, tutto sommato abbastanza chiara, si continua ad utilizzare l'incompatibilità come sinonimo del conflitto di interessi, ingenerando dubbi in tema. Ad esempio, in un caso recente, quasi da manuale, in cui si sarebbe dovuto parlare di conflitto di interessi, la giurisprudenza parla di incompatibilità. Il

⁹ Il conflitto di interessi, da quanto si legge sui giornali, riguardava alcuni membri della Commissione paesaggio del Comune di Milano, relativamente ad incarichi che gli stessi avrebbero ricevuto da operatori economici sui quali si trovavano poi a deliberare in ordine alle relative valutazioni di compatibilità paesaggistica.

¹⁰ In particolare, art. 22, d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39, «Disposizioni in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico», a tenore del quale: «Le disposizioni del presente decreto recano norme di attuazione degli articoli 54 e 97 della Costituzione e prevalgono sulle diverse disposizioni di legge regionale, in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni, gli enti pubblici e presso gli enti privati in controllo pubblico».

¹¹ Art. 1, comma 2, lett. h), d.lgs. n. 39/2013, cit.

caso è il seguente: «Affermano i ricorrenti che, dalle fotografie pubblicate sul *social network Facebook*, appare che tra il commissario e i candidati vi siano rapporti non di semplice conoscenza, ma di amicizia, frequentazione e confidenza. All'uopo i ricorrenti depositano fotografie scaricate dal citato *social network* che avvalorerebbero la loro tesi»¹². Ebbene, nella pronuncia *de qua* si afferma più volte che la fattispecie rilevante sarebbe riconducibile all'incompatibilità. Tuttavia, se si considera che nel caso di specie era già intervenuta l'approvazione del menzionato d.lgs. n. 39/2013, nonché del coevo codice di comportamento, essa rappresenta un chiaro esempio di conflitto di interessi sussumibile nella fattispecie generale «frequentazione abituale».

3. Avvento della legge Severino a cui seguono momenti di chiarificazione in materia. Il conflitto di interessi potenziale in una prospettiva particolare e meno sviante

A cercare di mettere ordine in tema è intervenuta, dapprima la c.d. legge Severino (l. n. 190/2012), successivamente i (connessi) decreti sulle incompatibilità (d.lgs. n. 39/2013) e sui comportamenti che i funzionari pubblici devono tenere (d.P.R. n. 62/2013).

In diverse previsioni questi atti hanno distinto il conflitto di interessi dall'incompatibilità, così come, dalla inconferibilità, quest'ultima legata soprattutto a pendenze penali a carico dell'interessato, che sconsigliano che lo stesso possa assumere un determinato ruolo di responsabilità¹³.

È con la c.d. legge Severino che, per la prima volta, si introduce una disciplina *ad hoc* sul conflitto di interessi nell'attività amministrativa. Ciò, a partire da una previsione avente portata generale come l'art. 6-*bis* della legge sul procedimento amministrativo.

I tratti peculiari della fattispecie possono essere sintetizzati nel modo che segue: in primo luogo la platea dei possibili destinatari del conflitto di interessi è ampia, corrispondendo grosso modo a tutti coloro che potrebbero prendere parte con un ruolo funzionale ad un procedimento¹⁴, oppure ad un'operazione amministrativa¹⁵,

¹² Caso deciso dal T.a.r. Sardegna, Cagliari, sez. I, 3 maggio 2017, n. 281.

¹³ Art. 1, comma 2, lett. g), d.lgs. n. 39/2013, cit., secondo cui per «inconferibilità» deve intendersi «la preclusione, permanente o temporanea, a conferire gli incarichi previsti dal presente decreto a coloro che abbiano riportato condanne penali per i reati previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale, a coloro che abbiano svolto incarichi o ricoperto cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati da pubbliche amministrazioni o svolto attività professionali a favore di questi ultimi, a coloro che siano stati componenti di organi di indirizzo politico».

¹⁴ Vale a dire con una posizione che possa concretamente influenzare il risultato della procedura in virtù di un interesse finanziario, economico o altro interesse personale, diretto o indiretto, percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza.

¹⁵ Si parla infatti di responsabile del procedimento, nonché di quanti saranno chiamati ad esprimere

dunque anche per atti della sequenza procedimentale precedenti alla decisione finale; in secondo luogo si fissa l'obbligo a carico dell'interessato dal (presunto) conflitto di segnalazione dello stesso; inoltre, si stabilisce la conseguenza derivante da un'ipotesi conflittuale, pur se non la sola, ossia l'astensione; infine, rileva una non meglio definita "potenzialità" del conflitto di interessi, solo affermata ma non specificata.

A parte questo non ci sono altre specificazioni. Ad esempio, non si precisano quali sarebbero i casi specifici di conflitto di interesse; che cosa si debba intendere per conflitto di interessi potenziale, evidentemente da contrapporsi a quello effettuale; infine, si omettono di indicare gli effetti del conflitto di interessi sull'atto conseguente, nonché sul funzionario che lo pone in essere o che prende parte alla decisione.

Dunque, l'avvento della legge Severino, per quanto utile a distinguere in termini generali il conflitto di interessi da altri istituti consimili, pone diverse problematiche definitorie e applicative che condizioneranno la dinamica reale in tema, così come le discipline *ad hoc*, ad esempio quella in materia di contratti pubblici, figlie di questa disciplina generale. Nondimeno, il merito dell'art. 6-*bis* è di aver dato dignità all'istituto nel campo dell'attività amministrativa, senza dover ricorrere (per analogia) ad altre discipline e/o principi generali.

Subito dopo la menzionata riforma Severino, attraverso una delle sue emanazioni, ossia il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici approvato nel 2013, il primo ad avere un concreto valore inderogabile rispetto alla contrattazione collettiva, si offre una coloritura ulteriore al conflitto di interessi, integrando talune lacune contenute nel menzionato art. 6-*bis*, l. n. 241/1990. Quella più importante è di aver identificato gli specifici "interessi" che potrebbero rilevare nella fattispecie. Infatti, nell'art. 7 del menzionato Codice si stabilisce che l'astensione del funzionario (effetto tipico del conflitto di interessi) deriva dal verificarsi di una situazione in grado di porre dubbi sulla sua imparzialità di giudizio (sia nei destinatari dell'azione che nei terzi) a causa della presenza, nella stessa azione, di «interessi propri» o di propri «parenti»¹⁶ o, ancora, di persone con le quali «abbia rapporti di frequentazione abituale», ovvero «causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, infine ogni volta che sussistano «gravi ragioni di convenienza»¹⁷.

Insomma, il dettato normativo specifica le situazioni che identificano l'insorgere di un rapporto conflittuale che minano l'imparzialità di giudizio del funzionario.

La seconda lacuna colmata riguarda l'indicazione del soggetto competente a decidere sulla presenza o meno di conflitto di interessi, ossia il responsabile dell'ufficio di appartenenza. Il che significa che il dipendente che pensi di trovarsi in

pareri o valutazioni tecniche, atti endoprocedimentali (non meglio determinati) ed infine di colui che dovrà adottare il provvedimento finale.

¹⁶ Affini entro il secondo grado, coniuge o convivente.

¹⁷ In tema, V. TENORE, *La nozione di conflitto di interesse nel diritto amministrativo e nell'ambito della p.a.*, in *Riv. Corte dei conti*, 1/2023, p. 19 ss.

un potenziale conflitto di interessi avrà l'obbligo di segnalarlo a quest'ultimo (capo-ufficio) o in alternativa al responsabile della prevenzione dell'ente.

Invece, non si chiarisce cosa si intende per conflitto di interessi potenziale. Tale profilo richiede un approfondimento. A parere di chi scrive, la segnalazione di un conflitto di interessi è sempre potenziale per la semplice ragione che questa andrà verificata (in concreto) da un soggetto diverso dal segnalante. Tale verifica non sarà quasi mai banale perché riguarderà sovente ipotesi ambigue (vedi sopra), nelle quali non è scontato stabilire se ci si trovi o meno in questa condizione ostativa. Dunque, la potenzialità di cui si accenna nella normativa sta a significare che la verifica condurrà talvolta a risolvere in positivo l'esistenza del conflitto, talaltra no.

Sarà chi riceve la segnalazione a dover decidere se far astenere (o no) il segnalante in potenziale conflitto di interessi. Se così non fosse sarebbe lo stesso soggetto interessato dal conflitto a decidere su sé stesso, il che però lo farebbe cadere inesorabilmente in una ulteriore ipotesi di conflitto di interessi autonoma rispetto alla prima.

Si è consapevoli che la nozione di "potenzialità" appena offerta è diversa e distante da quella che ne dà l'ANAC, nonché una parte della giurisprudenza amministrativa, anche recente. Per questi il conflitto di interessi potenziale si dovrebbe intendere come quello consistente nella semplice "minaccia" che un determinato soggetto possa versare in conflitto di interessi, ragion per cui dovrebbe pur sempre astenersi a scopo per così dire precauzionale¹⁸. Per questa via si arriva a dire che «la configurazione di una situazione di conflitto rilevante prescinde dall'effettivo manifestarsi nel concreto della fattispecie», atteso che «operare in conflitto di interessi significa agire nonostante sussista o sia anche soltanto potenziale una situazione del genere»¹⁹.

Tuttavia, nella stessa giurisprudenza non mancano posizioni meno nette, che escludono un obbligo di astensione innanzi ad una semplice minaccia all'imparzialità del funzionario, salvo che emergano elementi concreti in senso contrario²⁰. Soprattutto, vi è una parte che offre uno spunto originale sul significato da attribuire all'espressione "potenziale" nel conflitto di interessi, ipotizzando una sovrapposibilità fra l'attributo indicato e le «gravi ragioni di convenienza» che rappresentano invece un'ipotesi di conflitto di interesse. In particolare, si sostiene come «la qualificazione "potenziale" e le "gravi ragioni di convenienza" siano espressioni equivalenti perché

¹⁸ Sul punto sembra sufficiente il richiamo ad una recente pronuncia del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. III, 4 marzo 2025, n. 1841), che riprende le Linee guida dell'ANAC aventi ad oggetto "Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici", che hanno chiarito come «il conflitto di interesse (...) si ha quando le decisioni che richiedono imparzialità di giudizio siano adottate da un soggetto che abbia, anche solo potenzialmente, interessi privati in contrasto con l'interesse pubblico».

¹⁹ Cons. Stato, sez. VI, 16 giugno 2025, n. 5259.

²⁰ T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. IV, 29 ottobre 2025, n. 2391, così che non conduce ad alcun conflitto di interessi l'attività svolta dal funzionario che si limiti all'adozione di un atto strettamente vincolato, rispetto al quale non residuavano margini di discrezionalità.

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»²¹. Sembra però trattarsi di una forzatura. In tal modo, infatti, si arriva al punto di legare un attributo generale come quello della “potenzialità” ad uno specifico come quello delle “gravi ragioni di convenienza”: il primo rileva in tutti i casi, mentre il secondo in uno soltanto. Né si può giustificare tale scelta argomentando dall’indeterminatezza della fattispecie, così da arrivare al punto che in questa potrebbero rientrare un po’ tutte le ipotesi di conflitto di interessi. Tale caratteristica si apprezza anche in altri casi (si pensi alla «frequentazione abituale» o, al suo opposto, che è poi è la «grave inimicizia», ma anche «ai rapporti di debito o di credito significativi»), ragion per cui non può essere assunta come dato determinante.

Del resto, queste forzature sono opinabili perché a ben vedere non essenziali ai fini del completamento della fattispecie. Infatti, assumendo una prospettiva diversa, e forse più in linea con la lettera dell’art. 6-*bis*, l. n. 241/1990, in combinato disposto con l’art. 7 del Codice di comportamento, ci si avvede di come la potenzialità di cui si parla è legata ad una esigenza reale, ossia evitare, come già anticipato, che il soggetto interessato dal conflitto di interessi possa decidere sul caso che lo riguarda. Sicché, nel momento in cui verrà segnalato, il conflitto di interessi sarà oggetto di verifica ed in tal senso questo si definisce “potenziale”, ossia ipotizzabile ma anche no.

Quanto indicato vale anche nel caso in cui il conflitto di interessi sia segnalato non dal diretto interessato, bensì da un terzo, magari partecipante ad una procedura, che chiede pertanto di effettuare delle verifiche. Anch’egli, nel momento della segnalazione comunicherà solo un presunto, dunque potenziale, conflitto di interessi, che sarà poi vagliato dal soggetto competente individuato dalla singola amministrazione. È appena il caso di ricordare che è proprio quest’ultimo il caso di cui si occupa il nuovo codice dei contratti pubblici, introducendo elementi innovativi rispetto al passato che forse valgono solo relativamente alle procedure di appalto pubblico (*infra*).

Infine, nella dinamica applicativa indicata occorre precisare un profilo, ossia che un conto è l’astensione “cautelare”, a cui ogni funzionario è tenuto subito dopo aver effettuato la segnalazione nell’attesa di ricevere una risposta dal soggetto competente a decidere sul suo conflitto, altro conto è l’astensione “di merito”, con connotati di definitività, che deriva dalla decisione di chi riceverà la menzionata segnalazione.

²¹ Cons. Stato, sez. V, 14 luglio 2025, n. 6126. Inoltre, si precisa: «poiché l’aggettivo “potenziale” rende ambigua la qualificazione della situazione di conflitto di interessi che impone l’obbligo di astensione dell’organo che deve svolgere una determinata attività all’interno dell’ufficio pubblico, e l’espressione gravi ragioni di convenienza è ancora generica, è opportuno precisare che possono configurarsi ipotesi di potenziale conflitto di interessi, con conseguente obbligo di astensione, solo quando ragionevolmente l’organo amministrativo chiamato a svolgere una determinata attività si trovi in una posizione personale e/o abbia relazioni con terzi che possono, anche astrattamente, inquinare l’imparzialità dell’azione amministrativa, con riferimento alla potenzialità del verificarsi di una situazione tipizzata di conflitto (cfr. Consiglio di Stato atti norm., 5 marzo 2019, n. 667)».

Di questa astensione cautelare la norma non parla, ma essa appare legata intimamente alla fattispecie, dunque implicita ed oggetto come tale di tutela, anche disciplinare, ove non rispettata.

L'impostazione qui proposta, volta evidentemente a limitare il campo ad interpretazioni troppo ampie del conflitto di interessi, è legata anche all'esigenza di ridurre i casi di inerzia amministrativa che scaturiscono da una astensione causata da una lettura eccessiva del conflitto di interessi. Un'astensione che si potrebbe definire sproporzionalmente precauzionata. Infatti, si deve sempre tener presente che ad ogni astensione dovrà seguire una sostituzione con altro personale qualificato per quello specifico ruolo, il che però non è sempre possibile specie nelle amministrazioni di più ridotte dimensioni. E poi, anche ove fosse tecnicamente possibile, servirà comunque del tempo per consentire un efficiente passaggio di consegne.

Pertanto, il conflitto di interessi, come ogni altra misura di prevenzione, va applicato temperandolo con gli interessi antagonisti che tende in qualche modo a sacrificare. Qui naturalmente rilevano quelli legati all'efficienza e alla tempestività dell'azione. Del resto, se si guardasse alla misura della trasparenza e, con essa, allo strumento principe inserito dalla legge Severino, vale a dire l'accesso civico generalizzato, anche questo non è scevro da limitazioni nello stesso senso qui precisato. Infatti, se da una parte è ampiamente assodato che l'accesso civico "generalizzato" consente a chiunque di richiedere ed avere copia di atti e documenti "ulteriori" rispetto a quelli pubblicati per previsione di legge, dall'altra parte può ritenersi pacificamente ammesso che le istanze di accesso che dovessero richiedere, ai fini della loro eventuale ostensione, una troppo onerosa attività, fatta ad esempio di «operazioni di elaborazione, sintesi, anonimizzazione e sistematizzazione», finiscono per qualificare l'istanza medesima come «massiva»²², con il conseguente rigetto di quest'ultima.

Nella stessa giurisprudenza si evince un principio generale di necessaria composizione fra interessi legati alla prevenzione e interessi legati alla funzionalità dell'amministrazione, dunque al buon andamento e, in ultima analisi, alla tempestività del risultato di interesse pubblico cui l'azione medesima è preordinata. Allude proprio a questo, nella c.d. istanza massiva, l'argomento del «carico operativo eccessivamente gravoso»²³.

Insomma, il controlimite appena indicato non è molto distante da quello che si è voluto elaborare rispetto ad interpretazioni troppo ampie del conflitto di interessi potenziale.

²² Cons. Stato, sez. III, 10 ottobre 2025, n. 7973.

²³ Del resto, tale indirizzo si colloca in piena continuità con la pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 10/2020, secondo cui sono da respingere istanze di accesso «manifestamente onerose o sproporzionate, e cioè tali da comportare un carico irragionevole di lavoro, idoneo a interferire con il buon andamento della pubblica amministrazione; richieste massive uniche, contenenti un numero rilevante di dati o documenti, ovvero richieste massive plurime, pervenute in un arco temporale limitato da parte dello stesso soggetto o da soggetti comunque riconducibili a un unico centro di interesse».

L'ipotesi qui prospettata sembra possedere un ulteriore pregio, ossia di rendere la fattispecie in esame meno aperta ai condizionamenti svianti del funzionario interessato. In caso contrario, egli potrebbe approfittare di un'interpretazione eccessivamente ampia del conflitto di interessi per sottrarsi ai propri doveri di servizio e d'ufficio. Conflitti di interessi svianti poiché finalizzati ad astenersi per timore di prendere parte ad una certa procedura o talvolta per vera e propria pigrizia, con i noti risvolti che ciò potrebbe produrre in termini di inerzia.

4. La disciplina del conflitto di interessi nel codice dei contratti pubblici: vecchio e nuovo regime a confronto

La riflessione sul conflitto di interessi all'interno dei contratti pubblici pone una prima domanda: come mai in questo ambito è stato necessario prevedere una sorta di disciplina *ad hoc*? Per fornire una risposta occorre osservare che un ruolo importante lo ha giocato l'ANAC, che ha qualificato da sempre la materia dei contratti pubblici, fase pubblicistica e fase privatistica, come un settore ad alto rischio corruttivo, come per altro conferma anche l'apposito approfondimento dedicato al tema dal recente PNA (Piano nazionale anticorruzione) per l'anno 2025. In esso, coesistono due profili che innalzano il livello di rischio corruttivo: elevata discrezionalità (sia pura che tecnica) e alto impatto organizzativo, ossia grado di incidenza quantitativa e qualitativa sul bilancio dell'ente.

A riprova di ciò si consideri che è nel Codice del 2016, quello che si potrebbe definire semplificando "Codice ANAC", poiché caratterizzato in molte parti dalle famose Linee guida di questa Autorità, che ci si affranca dal classico richiamo (contenuto nel precedente Codice di dieci anni prima) all'art. 51 c.p.c., per giungere ad una disciplina *ad hoc* contenuta all'art. 42. È chiaro, dunque, che questo articolo è il principale parametro di riferimento per trattare del tema anche nel nuovo Codice.

Nei due atti che si sono succeduti nell'arco temporale che va dal 2016 al 2023, si passa dal versante che privilegia l'imparzialità, al versante che privilegia il buon andamento (*i.e.* risultato). Per chiarire il passaggio indicato è necessario mettere a confronto la disciplina contenuta all'art. 42 del Codice del 2016 con quella contenuta all'art. 16 del Codice del 2023. Da ciò emergono analogie, ma anche differenze. Come si vedrà è il comma 2 dell'art. 16 a spiccare per contenuti innovativi, capaci di modificare non tanto la natura dell'istituto, che resta preordinato a prevenire abusi amministrativi, volto a ciò che potrebbe definirsi integrità amministrativa, bensì a rendere più forti e verificabili i presupposti, le condizioni, i limiti al suo verificarsi; in una parola, a ridurre il conflitto di interessi "potenziale".

Ciò premesso, nel vecchio art. 42, al comma 1, spiccava l'esigenza, a carico delle stazioni appaltanti, di prevedere misure adeguate al fine di risolvere "in modo efficace" ogni ipotesi di conflitto di interessi oltre a quelle già indicate dalla legge. Dunque, si guardava all'autonomia delle singole amministrazioni, cioè alle possibili misure da assumere nel proprio Piano di prevenzione. Profilo, questo, che sarà ripreso

nell'ultima parte del lavoro. Invece, nella nuova disciplina questa esigenza è ripresa al comma 4, in cui viene meno il richiamo ai principi di concorrenza e di parità di trattamento, prima presenti quali baluardi dell'intero Codice. Nel nuovo Codice questi principi devono scendere a patti con quello di risultato e, come si vedrà, il neonato art. 16 va esattamente in questa direzione. Del resto, ciò accade in svariati altri istituti collegati al conflitto di interessi, si pensi alla rotazione, ora interessato da numerose deroghe²⁴, o al regime delle incompatibilità che interessavano il RUP, ora venute meno²⁵.

Quanto al profilo soggettivo, nella vecchia disciplina, al comma 2, si parlava genericamente di personale della stazione appaltante che «interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione (...) o può influenzarne il risultato». Dunque, nella logica del conflitto di interessi di prevenzione astratto e legato soprattutto all'immagine e alla integrità della p.a. bastava un semplice intervento da parte del soggetto portatore di un interesse in conflitto perché si verificasse la fattispecie. Invece, nella nuova disciplina, contenuta in questa parte al comma 1, il conflitto di interessi investe il soggetto che «interviene con compiti funzionali nella procedura» e ne possa «influenzare, in qualsiasi modo, il risultato». Pertanto, nella nuova disciplina per determinare se il soggetto sia (o no) in conflitto di interessi è più forte la «qualità» dell'intervento del funzionario, il suo peso nella decisione finale.

Sempre in questa parte merita osservare che, per individuare il catalogo delle situazioni di conflitto di interesse, nella vecchia disciplina si richiamava il Codice di comportamento del 2013, a cui si aggiungevano quelle esplicitate dallo stesso art. 42, ossia interesse finanziario, economico o altro interesse personale, poi ripresi anche all'art. 16. Invece, tale richiamo scompare nella nuova disciplina. Ciò è forse legato alla necessità di voler tracciare una linea di confine fra la rilevanza disciplinare del conflitto di interessi propria del Codice di comportamento, valevole come tale in generale, e quella in materia di contratti pubblici che assurge ad un regime speciale. Due ipotesi almeno tendenzialmente autonome.

Nei due articoli messi a confronto, il solo ad essere conservato nella stessa numerazione e contenuti è il comma 3. In esso si fa riferimento all'obbligo a carico del funzionario in conflitto di interessi di astenersi. Previsione che non sembra determinare dubbi poiché è scontato che in caso di conflitto di interessi ci si debba astenere. Tuttavia, se si scende nel concreto ci si avvede che la disposizione prevede la «comunicazione» alla stazione appaltante e la relativa astensione quasi come fossero due momenti coincidenti ad effetto istantaneo. Ma occorre porsi una domanda: si tratta di un'astensione vera e propria, oppure è una forma precauzionale o cautelare di qualcosa che poi dovrà essere definito nel merito? Come già detto qui si è di fronte ad una astensione cautelare, come tale temporanea, nell'attesa della misura che assumerà l'amministrazione.

²⁴ Art. 49, comma 3 ss.

²⁵ Artt. 51, comma 1, e 93, comma 3, del Codice dei contratti pubblici in cui vengono superati i limiti di partecipazione del RUP alla Commissione di appalto.

Infine, nel nuovo comma 3, viene meno il richiamo, prima presente, alle responsabilità amministrativa, penale e disciplinare a carico del dipendente pubblico. Certo, tali responsabilità restano predicabili perché previste in fonti diverse, come nell'art. 28 Cost. e nel Testo unico sul pubblico impiego del 2001, ma forse l'omissione si spiega per ragioni "psicologiche", cioè per limitare la c.d. paura della firma, di cui anche questa nuova disciplina è un po' figlia. Ed in effetti, non va trascurato che il funzionario potrebbe abusare del conflitto di interessi per sottrarsi da talune responsabilità, accampando motivazioni generiche per astenersi e non incorrere nelle responsabilità. Qui merita richiamare un passaggio della celebre sentenza della Corte costituzionale sul c.d. scudo erariale che, dopo aver elencato importanti riforme introdotte a partire dagli anni novanta²⁶, rileva che tali innovazioni hanno marcato il passaggio «da un'amministrazione che, secondo il modello dello Stato di diritto liberale, doveva dare semplicemente esecuzione alla legge, adottando un singolo e puntuale atto amministrativo, a quella che è stata definita "amministrazione di risultato", cioè un'amministrazione che deve raggiungere determinati obiettivi di *policy* e che risponde dei risultati economici e sociali conseguiti attraverso la sua complessiva attività»²⁷. A ciò si aggiunge, sempre secondo la Corte, che «L'ampia discrezionalità» e «La necessità di scegliere, entro un termine predeterminato, sovente tra un ventaglio ampio di possibilità e in un ambito non più integralmente tracciato dalla legge, accresce inevitabilmente la possibilità di errori da parte dell'agente pubblico, ingenerando il rischio della sua inazione». Sono tali sviluppi, osserva la Corte, che «hanno accentuato la "fatica dell'amministrare", rendendo difficile l'esercizio della discrezionalità amministrativa e stimolando, come reazione al rischio percepito di incorrere in responsabilità, la "burocrazia difensiva"». Ebbene, in diverse parti innovative già indicate anche il Codice del 2023 può essere annoverato fra i prodotti della fenomenologia descritta dalla Corte.

Comunque, almeno fin qui dal confronto fra vecchio e nuovo regime in materia di conflitto di interessi non emergono grandi differenze. Se ci si limitasse a questo si potrebbe concludere che si è trattato di una semplice manutenzione legislativa. Ma ciò che impedisce una simile conclusione è la presenza di un comma, completamente nuovo rispetto al regime precedente, capace di incidere sull'intera sistematica dell'istituto. Trattasi, del comma 2 dell'art. 16. In esso, sulla base di una logica nuova che guarda sia al buon andamento che all'imparzialità dell'azione, si richiamano, nel conflitto di interessi, due principi essenziali: la «fiducia» e la «funzionalità dell'azione amministrativa»²⁸. Ebbene, nel momento della sussunzione del fatto sotto la norma questi due principi, fiducia e potrei dire conservazione della funzionalità

²⁶ Come quella degli enti locali; della legge sul procedimento amministrativo; della c.d. privatizzazione del rapporto di pubblico impiego; del c.d. federalismo amministrativo, nonché delle c.d. semplificazioni amministrative.

²⁷ Corte cost. n. 132/2024, punti 6.2. ss.

²⁸ Mentre il risultato in questa parte non è richiamato. Del resto, il risultato più che un principio da cui muove l'azione sembra essere un obiettivo a cui questa tende.

amministrativa, sono da contemperare con quelli opposti che fanno capo all'integrità amministrativa del funzionario, ossia imparzialità e indipendenza.

Ben inteso, tutti i principi indicati sono essenziali, ma con la nuova disciplina si inseriscono nella fattispecie astratta principi nuovi con il preciso scopo, a parere di chi scrive, di modificare i tradizionali rapporti di forza che governavano l'azione, rispetto ai quali si impone ora una più stringente reciproca composizione²⁹. In sostanza, sempre ragionando sul piano astratto, concorrenza, parità di trattamento, imparzialità, indipendenza non sono più "tiranni" rispetto ad altri principi appena introdotti, meritevoli di tutela e coagulati nella garanzia di funzionalità dell'amministrazione.

Naturale sviluppo di questa premessa sta nel fatto di onerare chi invoca il conflitto, cioè un terzo rispetto al funzionario, della dimostrazione della violazione dei principi di imparzialità e indipendenza del medesimo funzionario che agisce, ossia, lo si ricorda, di colui che in base al comma 1: «interviene con compiti funzionali» e che «ha direttamente o indirettamente un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza». Onere probatorio che il comma 2 rafforza precisando che questo dovrà riguardare: «presupposti specifici e documentati» e dovrà «riferirsi a interessi effettivi» «la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro».

Sono questi passaggi che catturano l'attenzione rispetto al quadro preesistente. Inoltre, la norma sembra alludere implicitamente all'art. 21-*octies*, l. n. 241/1990 quando stabilisce che, anche qualora ci fosse la prova del conflitto di interessi, per annullare l'atto servirebbe la verifica del suo effettivo grado di incidenza sul provvedimento finale. Questo sembra dire la norma quando afferma che l'interesse rilevante nel conflitto di interessi dovrà «riferirsi a interessi effettivi», «la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro. Ed in effetti, parafrasando il 21-*octies*, «Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme» sul conflitto di interessi, «qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».

Comunque, si tratta di una precisazione superflua, poiché anche in sua assenza si sarebbe potuto applicare l'effetto sanante del 21-*octies* alla fattispecie di cui trattasi. Il fatto di precisarlo è però significativo di un nuovo orientamento a cui il Legislatore delegato vuole condurre la fattispecie.

Nello stesso senso si muovono le vere e proprie "prove di resistenza" contenute nel comma 2, poste evidentemente a tutela della conservazione dell'atto. Qui, con terminologia antica si potrebbe parlare di presunzione di legittimità dei relativi atti, anche ove gli stessi siano adottati in "potenziale" conflitto di interessi. Infatti, per come declinato dal Codice il principio della fiducia sembra andare nella direzione della già menzionata presunzione di legittimità dell'atto di cui negli anni trenta del

²⁹ Per una lettura assai critica di questo nuovo regime: F. GAFFURI, *La disciplina del conflitto di interessi nel codice dei contratti pubblici*, cit., spec. p. 106 ss.

secolo scorso parlava Treves³⁰, successivamente criticato da Giannini alla fine degli anni cinquanta³¹. Questa opzione è ora supportata dall'art. 2 del Codice, che disciplina il principio della fiducia, che non a caso viene richiamato nell'art. 16.

Da ciò consegue l'impostazione secondo cui i conflitti di interessi solo potenziali, almeno nel senso di semplice minaccia (*retro*), non potranno più condurre all'astensione del funzionario e/o alla invalidità dell'atto perché, data la presunzione di legittimità di questo, ci vorranno prove forti per accertarlo e condurlo alle relative conseguenze. Inoltre, lo stesso vale quando il conflitto di interessi è segnalato dal diretto interessato al suo superiore o al Responsabile della prevenzione.

Merita ricordare la critica di Giannini a Treves. Il primo, con la sua consueta schiettezza, rilevava che la costruzione secondo cui «l'atto amministrativo è assistito da una presunzione di legittimità (o di validità), per cui è esecutorio, ossia può esser eseguito senza necessità di previo accertamento giudiziale» – che era la tesi di Treves – è anzitutto una cosa «rintorcinata», ma che nonostante questo ha «avuto cospicui suffragi»; inoltre, prosegue Giannini, «quando si andò a vedere dinanzi a quali soggetti operasse tale presunzione si dovette escludere che essa operasse dinanzi al giudice, ordinario e amministrativo, perché altrimenti si sarebbe dovuto assumere che l'onere della prova si sarebbe dovuto spostare tutto sull'attore o sul ricorrente, contrariamente al disposto delle stesse norme positive».

Ecco, volgendo questa indicazione del passato al presente, la presunzione di legittimità per operare ha bisogno di specifiche norme di supporto. L'odierno art. 16 del Codice dei contratti pubblici, limitatamente al conflitto di interessi nei contratti pubblici, offre questa copertura, rafforzata per altro verso dal sopra menzionato art. 2, comma 1, del Codice quando afferma che il principio di fiducia consiste nel considerare l'esercizio del potere amministrativo come «legittimo, trasparente e corretto».

Perché nella sostanza delle cose sussiste la necessità di caricare sul segnalante l'onere della prova?

Una delle possibili giustificazioni potrebbe essere ricercata nella grande diffusione di informazioni su cose e persone che i moderni motori di ricerca e *social network* offrono, ivi inclusi i siti *web* istituzionali “amministrazione trasparente”. Evidentemente questo tende a far impennare le ipotesi di segnalazione di conflitto di interessi e porta (quasi naturalmente) l'ordinamento a trovare delle contromisure.

Inoltre, con il nuovo regime analizzato si viene a creare una rigida distinzione fra “invalidità” dell'atto e “illecito” compiuto sotto forma di conflitto di interessi, un po' come se si volesse scorporare il frutto dell'azione dal suo agente, con la conseguenza che i casi di sanzioni disciplinari derivanti dal mancato rispetto del conflitto di interessi saranno probabilmente più frequenti rispetto a quelli di invalidità dell'atto. Così, un caso di conflitto di interessi non in grado di incidere sull'atto finale, sarà comunque rilevante sul funzionario qualora lo stesso non abbia effettuato la

³⁰ G. TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Cedam, Padova, 1936.

³¹ M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 187.

necessaria segnalazione. In fondo è questo un punto di equilibrio fra la necessità di preservare l'integrità amministrativa e la garanzia di perseguire l'obiettivo del risultato amministrativo.

5. Il parziale recupero “per via amministrativa” della tutela persa dopo l'abrogazione dell'abuso d'ufficio

In apertura si è specificato che l'abrogazione dell'abuso d'ufficio pone importanti limitazioni alla possibilità di perseguire con gli strumenti del diritto penale l'omessa astensione del funzionario in caso di conflitto di interessi. Tuttavia, da questa ipotesi potrebbero comunque scattare conseguenze disciplinari sul funzionario responsabile, vizi di legittimità del provvedimento eventualmente adottato, infine responsabilità contabili qualora si dimostrasse che dal conflitto di interessi sia derivato un danno erariale.

Nondimeno, non essendo più possibile contestare l'abuso d'ufficio al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio è come ridotta la garanzia in tema. Per altro, il reato in parola era procedibile d'ufficio, non essendo necessaria alcuna formale querela per chiedere la punizione del presunto colpevole.

In materia di contratti pubblici, ambito come già rilevato assai delicato fra le “aree di rischio”, la combinazione di abrogazione dell'abuso d'ufficio e rafforzamento dell'onere probatorio a carico del segnalante, conduce ad una sensibile diminuzione di alcuni presidi di prevenzione, seppure a vantaggio della celerità dell'azione. Si ritiene però che questa limitazione possa essere in qualche modo compensata da misure di prevenzione interna, cioè che la stessa amministrazione potrebbe mettere in campo. Mi riferisco, ad esempio, alla predisposizione di una modulistica *ad hoc* in materia di conflitto di interessi che possa fornire da un lato un esatto quadro dei doveri e dei limiti in cui operano coloro che sono coinvolti nella procedura rendendoli così pienamente consapevoli del proprio delicato ruolo; dall'altro lato che riesca a colmare almeno parzialmente il vuoto di tutela per la prevenzione lasciato dal venir meno dell'abuso d'ufficio.

A tal proposito merita richiamare una recente pronuncia della Cassazione. In essa si contestava a dei funzionari di aver attestato falsamente la sussistenza di alcune condizioni necessarie per poter aggiudicare ad un operatore un contratto di appalto (si trattava del possesso di documentate esperienze pregresse)³². *Mutatis mutandis* si ritiene possibile che lo stesso possa accadere se un funzionario ometta di segnalare un conflitto di interessi rilevante nella procedura di cui si occupa. Per questa via la mancata astensione avrebbe rilevanza anche penale poiché, lungi dal poter essere ascritta al reato di abuso d'ufficio oramai cancellato, verrebbe sussunta nell'ipotesi di falso ideologico. Infatti, il delitto ipotizzato è astrattamente configurabile ogni volta che per la emanazione di un certo provvedimento risulta necessario il possesso

³² Cass. pen., sez. V, 17 gennaio 2025, n. 2153.

di determinati requisiti, ivi compresi quelli in capo al funzionario che agisce. Ne deriva che omettere di segnalare un conflitto di interessi, oppure dichiarare falsamente la sua assenza, potrebbe costituire falso ideologico.

Necessario presupposto perché quanto indicato si possa verificare è la predisposizione, a cura della singola amministrazione, di una modulistica completa sul conflitto di interessi, nonché di un modulo, altrettanto completo, idoneo a consentire ai soggetti terzi di segnalare potenziali ipotesi di conflitto di interessi. Su questo secondo profilo merita svolgere una precisazione. Ciascuna amministrazione, a maggior ragione se oggetto di controlli per infiltrazioni e/o di condizionamenti di tipo mafioso ai sensi dell'art. 143 TUEL, sarà portata ad introdurre regole *ad hoc* per la gestione, nonché il tracciamento delle segnalazioni provenienti da terzi "sentinelle" della legalità amministrativa. Si dovranno porre autovincoli, frutto di meccanismi interni di prevenzione, come ad esempio la disciplina puntuale dell'attività successiva alla presentazione di una segnalazione di terzi in materia di contratti pubblici. Così, nel Piano di prevenzione dell'ente si potrebbe inserire una disciplina di questo genere; anzitutto, il segnalante potrà essere "chiunque", senza bisogno della dimostrazione di alcun interesse; ricevuta la segnalazione, la gestione della stessa da parte del soggetto indicato nel medesimo Piano avverrà secondo uno schema prestabilito, ossia si rilascerà tempestivamente alla persona segnalante un "avviso di ricevimento della segnalazione"; il soggetto che riceverà la segnalazione potrà interloquire con la persona segnalante e richiedere a quest'ultima integrazioni; infine, entro un termine massimo, sempre prefissato dall'ente, il medesimo funzionario darà riscontro alla segnalazione ricevuta.

Allo stesso modo dovrà essere chiaro che, qualora il segnalante presentasse una segnalazione carente dei requisiti formali e sostanziali, come previsti anche nel relativo modulo, il funzionario competente applicherà la disciplina del c.d. rigetto in forma breve di cui all'art. 2, comma 1, l. n. 241/1990, a tenore del quale: se si ravvisa la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità, qui l'Rpct conclude «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».

Questa ipotesi costituisce un esempio concreto di come puntellare l'attività di prevenzione dell'ente con scelte riconducibili alla sua autonomia. Si dovrà lasciare traccia di certe azioni, sintomatiche talvolta di cattiva gestione del sistema di prevenzione, monitorando taluni presidi e ponendo rimedio in prospettiva futura a scelte non in linea con i dettami della legge Severino. Ecco che l'attività preventiva interna alla singola amministrazione diventerà fondamentale per l'esatta applicazione di uno strumento di prevenzione come il conflitto di interessi. Il che vale in una logica di "conflitto di interessi di risultato", che altrimenti potrebbe apparire paradossale se non giustificata come qui si è tentato di fare.

