amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 3/2025

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Valentina Maria Donini, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĭnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Beatrice Coppa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Benedetta Piazza, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Esper Tedeschi, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Operatività risolutiva della convalida in presenza di conflitto di interessi: una lettura sistematica dell'art. 6-*bis* della Legge n. 241/1990

di **Angiola Giovanna Modano**

(Dottoranda di ricerca in Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli")

Sommario

1. Il conflitto di interessi: considerazioni introduttive. 2. L'astensione quale garanzia di neutralità del decisore pubblico. 3. Tra nullità ed annullabilità del provvedimento adottato in conflitto di interessi 4. Il potere di convalida e la teorica del risultato. 5. Conclusioni.

Abstract

The document examines whether merely formal violations of conflict-of-interest rules can be resolved through validation, when they do not affect impartiality or hinder the public interest. Based on outcome theory, the study values the achievement of substantive outcomes over formal flaws, attempting to demonstrate how legal acts need to be preserved and promoting effectiveness, efficiency and cost-effectiveness in public administration.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Il conflitto di interessi: considerazioni introduttive.

L'interesse a sviluppare una riflessione su un tema, di lunga tradizione, come quello del conflitto di interessi nasce dalla necessità di interrogarsi su come garantire stabilità e certezza all'azione amministrativa anche quando questa risulti afflitta da un vizio potenzialmente lesivo dell'imparzialità.

A questo fine, il presente saggio intende approfondire se – e in quali termini – possa considerarsi legittimo il ricorso a rimedi che non comportino l'automatica rimozione dell'atto viziato, ma ne consentano invece, previa verifica dell'ininfluenza del conflitto sulla decisione presa, la conservazione qualora l'atto risulti comunque utile al conseguimento dell'interesse pubblico tutelato dalla norma.

Nel solco dei principi di certezza del diritto e di conservazione degli atti giuridici, l'indagine nello specifico si concentra sul ruolo dei provvedimenti con effetto conservativo-sanante, con specifico riguardo alla convalida, quale possibile strumento di equilibrio tra legalità sostanziale e salvaguardia dell'effettività dell'azione amministrativa. In tale prospettiva, si intende dimostrare come l'istituto citato, se correttamente applicato, possa rappresentare il rimedio più proporzionato in presenza di un vizio legato al conflitto di interessi, evitando l'annullamento automatico di atti che, seppur potenzialmente viziati sul piano del sottostante rapporto, conservano ancora la capacità di realizzare l'interesse pubblico.

Emerge, dunque, la necessità di inquadrare il tema anche alla luce dell'evoluzione normativa e del contesto attuale, che vede una costante attenzione verso la correttezza e la trasparenza dell'azione amministrativa, soprattutto in funzione del risultato da raggiungere.

Tale verifica è ancor più rilevante alla luce delle continue riforme legislative in materia di prevenzione e contrasto alla corruzione che, nell'esercizio della funzione ammnistrativa, hanno contribuito ad incentivare l'attenzione nei confronti del conflitto di interessi[1].

Infatti, al fine di rendere più solide e credibili le garanzie di imparzialità e trasparenza, è stato delineato un sistema di misure finalizzate ad evitare che i funzionari pubblici possano agire per interessi personali, familiari o, comunque, estranei all'interesse pubblico. Tali misure puntano a chiarire immediatamente i

[1] Sul conflitto di interessi in termini generali, G. COLAVITTI, *Il trattamento normativo del conflitto di interessi tra ragionevolezza e imparzialità*, in *Nomos*, 2002, p. 67 ss.; A. PERTICI, *Il conflitto di interessi*, Torino, 2002; E. VELTRI, F. PAOLA, *Il governo dei conflitti*, Milano, 2006; S. CASSESE, *Conflitto d'interesse: il fiume di Eraclito*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2004, p. 235 e ss.; M. CATRICALÀ, *La disciplina del conflitto di interessi nell'esercizio delle professioni*, in *Dir. Amm.*, 2011, p. 381 e ss. e M.R. SPASIANO, *Conflitto di interessi ed esercizio delle professioni*, in *Nuove Autonomie*, 2014, p. 45 ss.; C. MARCHETTA, *La legislazione italiana sul conflitto di interessi*, Milano, 2013.

Si vedano anche: Consiglio di Stato, Sezione VII, 7 novembre 2024, n. 8927; Cons. Stato, sez. IV, 24 aprile 2023, n. 4129; Cons. Stato, sez. VII, 8 marzo 2023, n. 2408; Cons. Stato, sez. II, 26 settembre 2022, n. 8271 in *www.giustiziaamministrativa.it*.

ISSN 2036-7821

limiti ed i doveri[2] cui è soggetto chi esercita un pubblico ufficio, nella consapevolezza che la prevenzione dei conflitti di interessi sia, tra i vari mezzi, il più idoneo a garantire la legittimità amministrativa[3].

Il conflitto tra interesse pubblico e interesse privato naturalmente non costituisce una novità nel dibattito giuridico. Alla fine dell'Ottocento, la dottrina[4] aveva iniziato a riflettere, sebbene in ambiti settoriali e specifici, sulla necessità che il dipendente pubblico si astenesse dal partecipare a decisioni in cui potesse avere un interesse diretto o indiretto. In quell'ottica, l'obbligo di astensione non era tanto volto a sanzionare colui che versasse in quella condizione quanto a tutelare la credibilità e l'autorevolezza dell'ente pubblico, che non poteva tollerare che le proprie decisioni ingenerassero il sospetto di essere mosse da fini estranei rispetto all'interesse generale.

Questa impostazione, di impronta formalistica oltre che etico-istituzionale, aveva trovato riconoscimento sistematico nella giurisprudenza e nella dottrina di inizio Novecento[5].

Sino ad allora, in effetti, non vi era una configurazione autonoma del conflitto di interessi, ritenendosi la nozione di "incompatibilità amministrativa" onnicomprensiva anche di tale concetto.

Ad onor del vero, la legislazione dell'epoca prevedeva, quale forma rimediale, il ricorso all'astensione, il cui effetto consisteva nel limitare temporaneamente e solo con riguardo ad un determinato affare, l'esercizio delle pubbliche funzioni.

---

[2] B.G. MATTARELLA, *Il conflitto di interessi dei pubblici funzionari*, in F. Palazzo (a cura di), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa. Atti del seminario (Firenze 6 maggio 2011)*, Firenze University Press, 2012, p. 63-64.

[3] E. GUICCIARDI, *Esercizio della funzione pubblica e interesse personale dei collegi amministrativi*, in *Riv. Amm.*, 1948, I, p. 129 e ss.

Secondo l'impostazione di Guicciardi, nel caso di conflitto di interessi, l'istituto della revocazione non avrebbe dovuto essere esteso dal campo giurisdizionale a quello amministrativo. Difatti, l'Amministrazione nei rapporti con i cittadini non è giudice, ma parte ed in quale caso è giudice di causa propria, come nel caso dei ricorsi amministrativi.

La legge amministrativo distingue due ipotesi: un'interferenza permanente e un'interferenza accidentale.

Nel primo caso, la legge prevede delle incompatibilità tassative, che impediscono che la persona sia eletta o nominata, mentre nel secondo vi è un obbligo di astensione. In tale ultima evenienza, vi è una vera e propria incapacità del funzionario che è più grave di quella del giudice ricusato. Inoltre, per Guicciardi la partecipazione di chi non si è astenuto o non è stato ricusato rende la deliberazione illegittima e, quindi, impugnabile da parte dell'interessato. Diversamente, il Nigro commentò una decisione del Consiglio di Stato, evidenziando che "l'interferenza, nell'esercizio del potere affidato ad un organo, di interessi privati o, comunque non propri di quell'organo, costituisce un vizio di legittimazione del soggetto, perché interrompe il nesso di strumentalità fra persona giuridica e fisica." Si tratta, dunque, di un vizio di violazione di legge che incide su un elemento esterno dell'atto e ne provoca l'annullabilità.

In tal senso, si legga: 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, p. 74 ss.

[4] A. SAVAGNONE, *Le incompatibilità amministrative*, Torino, 1896, p. 134.

[5] A. SAVAGNONE, *Le incompatibilità amministrative*, Torino, 1909, p. 13; E. GUICCIARDI, *Esercizio della funzione pubblica e interesse personale dei collegi amministrativi,* in *Riv. Amm.*, 1948, I, p. 129 e ss.

ISSN 2036-7821

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione, si era diffusa l'opinione circa l'esistenza di un principio generale in ragione del quale qualsiasi atto emanato in una situazione di conflitto di interessi era da ritenersi sempre viziato, anche nei casi in cui la legge nulla disponeva in ordine all'incompatibilità del funzionario. Tale assunto, di fatto, veniva ricondotto alla legittimazione del soggetto agente, più esattamente ai presupposti sui quali si riteneva si fondasse la legittimazione nel diritto pubblico, cioè l'abilitazione della persona fisica a disporre in relazione ad interessi della persona giuridica pubblica; mettendo, in tal modo, il funzionario a servizio dell'ente pubblico e dell'organo di cui fosse titolare e non viceversa.

Rispetto a questa tesi, tuttavia, l'art. 97 Cost. assumeva un mero valore rafforzativo in piena attuazione della teoria generale dell'immedesimazione organica.

In seguito, anche per effetto di un certo mutamento di indirizzo della giurisprudenza[6], fu sostenuta l'opinione che le disposizioni sull'astensione potessero inquadrarsi tra quelle norme di relazione che, pur avendo un contenuto determinato e circoscritto, se individualmente considerate, assumono un contenuto indeterminato rispetto al sistema, in quanto riconducibili ad un principio sovraordinato. Questo principio, invero, era individuato nel fatto che qualsiasi interferenza attuale o potenziale di interessi nell'esercizio della funzione amministrativa viziasse la legittimazione del soggetto agente.

In questo senso, il principio d'imparzialità non giocava ancora un ruolo centrale.

Soltanto negli anni Sessanta, gli studi sull'imparzialità amministrativa[7] hanno rappresentato il presupposto per potersi affermare che la pubblica amministrazione deve essere sempre libera da influenze derivanti da interessi personali dei funzionari, che possono inquinare l'attività dell'ente di appartenenza.

Progressivamente, prima dell'entrata in vigore della legge cd. anticorruzione del 2012, l'astensione è stata assunta come applicazione diretta del principio di buon andamento[8].

All'indomani dell'entrata in vigore della legge sul procedimento amministrativo, una parte della dottrina[9] aveva evidenziato infatti che il tema del dovere di astensione del dipendente pubblico non fosse stato trattato adeguatamente, generando uno dei limiti più gravi della riforma.

In questo scenario, si è collocata la legge n. 190 del 2012, che ha colmato una lacuna

---

[6] Consiglio di Stato, Sez. IV, 13 dicembre 1968, n. 3293 in *www.giustiziaamministrativa.it*.

[7] E. BALBONI, *Le riforme della pubblica amministrazione nel periodo costituente e nella prima legislatura*, in U. De Siervo (a cura di), *Scelte della costituente e cultura giuridica*, Vol. II – *Protagonisti e momenti del dibattito costituzionale, Bologna*, 1980, p. 225; U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in Digesto disc. pubb., VIII, Torino, 1993, p. 134-135.

[8] U. ALLEGRETTI, *Procedimenti e moralizzazione amministrativa*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano, 1988, p. 11.

[9] G. BANTERLE, A. TRAVI, *Art. 5*, in A. Travi (a cura di), *Commentario alla legge 7 agosto 1990 n. 241*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1995, p. 34.

ISSN 2036-7821

normativa ormai non più giustificabile in un ordinamento che, pur presentando solide fondamenta, non era stato sino a quel momento in grado di edificare un apparato normativo in grado di contrastare il conflitto di interessi dei pubblici dipendenti. Attraverso la previsione dell'art. 6-*bis* della legge 241/1990, in effetti, è stata esplicitata una regola ritenuta già immanente nel tessuto ordinamentale, ma che consente una più immediata e completa attuazione della natura teleologicamente orientata della funzione amministrativa, che deve essere tenuta lontana da alterazioni generate dal contrasto tra interesse secondario con quello primario.

Questa normativa, tra i tanti meriti, presenta quello di aver formalizzato l'obbligo di astensione in caso di conflitto di interessi, contribuendo ad una più chiara definizione dei comportamenti attesi da parte dei soggetti investiti di poteri pubblici per la salvaguardia del prestigio dell'amministrazione.

Per giunta, le indicazioni sempre più puntuali e frequenti degli organismi europei ed internazionali sono risultate sintomatiche dell'importanza che viene, ad oggi, riconosciuta nelle situazioni di contrasto tra doveri istituzionali e vantaggi personali.

In tal senso, a livello europeo, vengono in rilievo le linee guida dell'*Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD) del 2003[10] e le raccomandazioni del *Group d'Etats contre la corruption* (GRECO)[11], istituito in seno al Consiglio d'Europa.

Quanto alle prime, esse sono significative perché, sulla scorta di *best practies*, hanno il merito di aver indicato il "*recusal*"[12] tra gli strumenti più idonei per la gestione del conflitto di interessi.

Relativamente, invece, alle raccomandazioni del cd. Gruppo GRECO, esse sono finalizzate a migliorare la capacità degli Stati membri nel combattere la corruzione mediante l'adozione di riforme legislative, istituzionali o *practical*.

Altre indicazioni, poi, sono pervenute dagli accordi internazionali che hanno preceduto ed influenzato la l. 190/2012, nella parte dedicata al conflitto di interessi.

È centrale, in proposito, la Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale il 31 ottobre 2003 con la

[10] *Cfr.* http://www..oecd.org/governance/ethics/2957360.pdf. Tali linee guida individuano una serie di strumenti per riconoscere, prevenire, gestire e risolvere le situazioni di conflitto di interessi sia rispetto alla necessità di garantire che i funzionari pubblici sappiano ciò che è loro richiesto in relazione all'identificazione e alla dichiarazione di situazioni di conflitto di interessi sia rispetto alla necessità di fissare regole chiare sugli obblighi dei funzionari rispetto alle situazioni di conflitto di interessi.

[11] *Cfr.* http://www.coe.int/en/web/greco (ultima consultazione, 25 luglio 2025)

È interessante evidenziare che il Gruppo fornisce una piattaforma per la condivisione delle migliori pratiche di prevenzione e individuazione della corruzione. Peraltro, l'adesione al gruppo, che è un accordo allargato, non è limitata agli Stati membri del Consiglio d'Europa; infatti, qualsiasi Stato che abbia partecipato all'elaborazione dell'accordo parziale allargato può aderire al Gruppo, accettando in tal modo di sottoporsi alle sue procedure di valutazione.

Per l'Italia, il primo *Report* risale al 2009, avendo aderito al Gruppo il 30 giugno 2007.

[12] M. ARGENTATI, *La disciplina italiana del conflitto di interessi in una prospettiva di diritto comparato*, in *Dir. Pubbl.* 2009, p. 945-952.

ISSN 2036-7821

risoluzione n. 58/4[13], ratificata dallo Stato italiano con l. 3 agosto 2009, n. 116.
In detta legge, due diposizioni si occupano specificatamente del conflitto di interessi.
La prima lega insieme la necessità di favorire trasparenza a quella di prevenire i conflitti di interessi.
La seconda, più puntuale, impone a ciascuno Stato di adottare misure che obblighino i pubblici ufficiali a dichiarare alle autorità competenti ogni attività esterna, investimento, impegno, bene, dono o vantaggio sostanziale dal quale potrebbe emergere un conflitto.
Tali spinte esterne[14] hanno portato, per l'appunto, alla modifica della legge sul procedimento amministrativo e all'inserimento dell'art. 6-*bis* della legge 241 del 1990 norma, quest'ultima, da cui è emersa una nozione di corruzione più ampia e non strettamente limitata ai fenomeni che, nel diritto penale, hanno tradizionalmente ricevuto tale qualificazione con l'aspirazione di evitare che i funzionari pieghino l'azione amministrativa al perseguimento dei loro interessi privati.
Considerato quanto detto, occorre valutare però in quale misura sia legittimo, o persino doveroso, intervenire sugli interessi personali, qualora questi risultino non rispettosi dei doveri imposti all'ufficio pubblico: una tale riflessione richiede un approccio ponderato e rigoroso e, al tempo stesso, attento a non trascurare quali effetti possano generarsi sull'affidabilità e sull'imparzialità dell'amministrazione da una decisione viziata per violazione dell'art. 6-*bis* L. 241 del 1990.
Dopo aver chiarito che l'interferenza tra interessi pubblici e privati mina la legittimazione soggettiva dell'agente e compromette l'imparzialità dell'azione amministrativa, è importante provare a formulare in modo più consapevole una

[13] In generale sulla Convenzione di Merida del 2003, si veda: S. BONFIGLI, *L'Italia e le politiche internazionali di lotta alla corruzione*, in F. Merloni – L. Valdelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione, rimedi.*, in *Astrid*, 2010, p. 111-115. Tra i punti deboli della Convenzione vanno qui segnalati l'assenza di norme specifiche sul monitoraggio e sulle risorse per la sua implementazione e il carattere non vincolante di molte norme della Convenzione: tra queste, le norme sul finanziamento dei partiti politici, sulla corruzione nel settore privato e sulla protezione dei cd. *whistleblowers*.
In precedenza, *cfr.* anche la Convenzione penale sulla corruzione, siglata a Strasburgo il 4 novembre 1999.
[14] Si precisa che "l'origine delle azioni per combattere la corruzione nelle transazioni economiche internazionali viene tradizionalmente individuata nella iniziativa USA nata a seguito della adozione in quel paese del *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA-1977). Tale legge ha previsto gravi sanzioni nei casi di corruzione dei funzionari pubblici internazionali, dei partiti politici e nelle situazioni di indebito vantaggio acquisite da imprese americane (o comunque operanti nel mercato americano) nelle operazioni economiche. In pratica, fin dalla sua adozione, il FCPA ha esercitato un notevole impatto sul modo di fare affari delle imprese USA in ambito internazionale. La mancanza di analoghi strumenti negli altri paesi le cui imprese concorrevano con quelle americane sui mercati internazionali, ha posto queste ultime in una posizione di squilibrio nel commercio internazionale. Di qui la necessità, di cui gli americani si sono fatti paladini, di estendere il loro modello a livello internazionale. Per tale scopo l'OCSE (Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico) rappresentava il forum ideale per sensibilizzare e concentrare gli sforzi per convincere i paesi più ricchi a criminalizzare la corruzione transnazionale". In tal senso ancora: S. BONFIGLI, *L'Italia e le politiche internazionali di lotta alla corruzione*, in F. Merloni – L. Valdelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione, rimedi.*, *cit.*, p. 111-115

ISSN 2036-7821

prima definizione di conflitto di interessi, quale nodo centrale delle norme di relazione.

Il conflitto di interessi rappresenta "una situazione di tensione o contrasto tra due interessi diversificati[15]", per cui un giudizio concernente un interesse primario tende ad essere indebitamente influenzato da un interesse secondario (denaro, vantaggio personale o familiare), in modo tale da deviarlo.

Vale a dire, quella situazione in cui un interesse (cd. secondario), riconducibile alla sfera personale del soggetto agente, entra in conflitto con quello diverso (cd. primario), correlato ad altro soggetto, che il medesimo agente dovrebbe, invece, perseguire in ragione di un dovere o di un obbligo; ne consegue che per ripristinare la legittimità della funzione pubblica si deve estromettere il funzionario dal servizio.

Esiste, dunque, un principio tanto etico quanto giuridico, secondo il quale non può concorrere a decidere, in veste di organo pubblico, colui che riguardo ad un determinato affare abbia un interesse materiale o morale: in tale evenienza, il funzionario può essere ricusato.

La ricusazione, tuttavia, deve essere fatta valere immediatamente, dato che costituisce una forma di difesa dell'imparzialità della condotta amministrativa mentre, se sollevata dopo l'adozione del provvedimento, serve dimostrare che la situazione di incompatibilità dell'organo amministrativo abbia inevitabilmente influenzato il contenuto dell'atto finale, facendolo divergere dall'interesse pubblico da perseguire. Se l'interessato, invece, presta acquiescenza alla vicenda, non può invocare contro il provvedimento alcuna difesa giurisdizionale, avendo omesso di esercitare l'opposizione accordatogli dalla legge per il rinnovamento della situazione.

Ulteriore passo da compiere è quello di comprendere cosa si intende per "interesse"[16].

---

[15] E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (dir. Amm), in Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1972, p. 1 ss. e A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1966, p. 317 e ss.

[16] E. BETTI, *Voce Interesse (teoria generale)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. VIII, Utet, Torino, 1957, p. 838 e A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. Trim. dir. e proc. Civ.*, 1972, p. 68.

Sul tema dell'interesse pubblico, senza alcuna pretesa di esaustività, si rinvia ai contributi di: S. ROMANO, *Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello Stato* (1930), ora in *Scritti minori*, II, Milano, 1950, p. 299; A. CATELANI, *In tema d'interesse pubblico e di interesse privato nella giurisdizione amministrativa di legittimità*, in *Foro amm.*,1967, II, p. 28; W. CESARINI SFORZA, *Sul concetto di interesse generale*, (1935) ora in *Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia e diritto*, Milano, 1967, II, p. 263; E. BETTI, *Interesse (teoria generale)*, in *Noviss. Dig. It.*, VIII, Torino, 1962, p. 839; L. MIGLIORINI, *Alcune considerazioni per un'analisi degli interessi pubblici, Riv. trim dir. pubbl.*, 1968, p. 274; G. AMATO, *L'interesse pubblico e le attività economiche private*, in *Pol. Dir.*, 1970, p. 448; E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (dir. amm.)* in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972; A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim dir. e proc. civ.*, 1972, p. 57; A. ANGIULI, *La tutela degli interessi superindividuali nella giurisprudenza amministrativa,* in *Dir. Soc.*, 1983, p. 337; ID. *Interessi collettivi e tutela giurisdizionale. Le azioni comunali e surrogatorie*, Napoli, 1986; D. SORACE, *Gli «interessi di servizio pubblico» tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, V, p. 205; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Situazioni soggettive private e processo amministrativo: per l'attuale difesa dell'interesse pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, p. 320; G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 25; G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e auto amministrazione*, in *Studi in onore di P.*

ISSN 2036-7821

L'interesse pubblico – come osservato da M.S. Giannini[17]– individua una nozione polimorfa e può essere rappresentato come "un poliedro a molteplici facce, dalle quali l'una è indubbiamente rappresentata da quell'interesse a limitare, costringere o annullare diritti e interessi dei privati per quel tanto strettamente necessario alla soddisfazione dell'interesse della comunità"[18].

In realtà, questa formula è stata adoperata per legittimare i più disparati comportamenti amministrativi, che vanno ad incidere su situazioni giuridiche soggettive, coinvolte nel procedimento.

Detto altrimenti, l'interesse pubblico si impone unilateralmente e, prevalendo su quello privato, viene tutelato dal fatto che la funzione pubblica non può essere messa in discussione, se non per verificare che sia stata esercitata nel rispetto della norma attributiva del potere. Tuttavia, la norma di legge è sede privilegiata ma non esclusiva per la qualificazione dell'interesse pubblico.

E, di conseguenza, il progressivo superamento della tradizionale concezione di interesse pubblico[19], inteso come interesse superiore e unitario che trascende e

---

Virga, Milano, 1994, II, p. 1305; M. SPASIANO, *Interesse pubblico- interesse privato: la crisi della «grande dicotomia»*, *Legalità e giustizia*, 1995, p. 547; ID., *Interesse pubblico e attività amministrativa*, in F.G. Scoca (a cura di), Diritto amministrativo, Torino, 2019, p. 15; F. BASSI, *Brevi note sulla nozione di interesse pubblico*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, 1996, I, p. 243; M. STIPO, *L'interesse pubblico: un mito sfatato?*, in Scritti in onore di M. S. Giannini, Milano, 1998, III, p. 907; ID., *Itinerari dell'interesse pubblico nell'ordinamento democratico nel quadro generale degli interessi*, in F. Astone, M. Caldarera, F. Manganaro, F. Saitta, N. Saitta, A. Tigano, *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, vol. III, 2017, p. 2569; M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione: la determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996; N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico e apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 413; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *I nuovi confini dell'interesse pubblico nella prospettiva della revisione costituzionale*, in *I nuovi confini dell'interesse pubblico e altri saggi*, Padova, 1999, p. 97; ID., *La definizione dell'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, in A. Contieri (a cura di), L'interesse pubblico fra politica e amministrazione, Napoli, 2010, II, p. 242; G. CORSO, *Atto amministrativo e interesse pubblico nella legislazione degli anni novanta*, in Studi in onore di A. Pensovecchio Li Bassi, Torino, 2004, I, p. 323; S. GIACCHETTI, *Dalla «amministrazione di diritto pubblico» allo «amministrare nel pubblico interesse»*, in *Foro amm.-Cds*, 2006, p. 2349; A. ROMANO TASSONE, *«Atto politico » ed interesse pubblico, ibidem*, p. 311; R. FERRARA, *L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza*, in Studi in onore di Alberto Romano, Napoli, 2011, I, p. 335; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Introduzione al buon andamento della pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Studi in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2012, p. 103; G. M. CARUSO, E. GUARNA ASSANTI, *L'interesse pubblico tra dinamiche organizzative e profili consensuali*, in *www.AmbienteDiritto.it*, 2020; R. CAVALLO PERIN, *La cura dell'interesse pubblico come dovere istituzionale che esclude l'annullamento per violazione di legge*, in *Dir. amm.*, 2022, p. 119. Mentre per un inquadramento dell'azione amministrativa in senso funzionale, rispondente a interessi pubblici, assunti come fini dell'azione, v. A. ROMANO, *Il procedimento amministrativo e il suo impatto sulla cultura giuridica italiana*, in Il *magistero scientifico di A. M. Sandulli*, nel centenario della nascita ((a cura di M. A. Sandulli), Napoli, 2016, p. 112.

[17] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, *cit.*, p. 316 ss., spec. 319.

[18] E. PRESUTTI, *Istutuzioni di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Messina, 1931, p. 47.

[19] È d'interesse richiamare la monografia di M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012 che, nelle pagine 50 e ss., ricostruisce compiutamente l'evoluzione del concetto di interesse generale nel senso che segue: "per interesse generale perseguito dall'amministrazione, infatti, non può intendersi quello dell'intera collettività, bensì quello di una parte (in genere la maggioranza) della stessa; ogni provvedimento amministrativo (ad eccezione di quelli totalmente vincolati) configura, in altri termini, la manifestazione di un giudizio di valore che – di conseguenza – rende la p.a. necessariamente "parte", pur nel rispetto del principio di

ISSN 2036-7821

sovrasta gli interessi particolari, si accompagna a non poche contraddizioni e incertezze interpretative[20].

Ciononostante, in uno Stato caratterizzato dalla compresenza di una pluralità di classi, gruppi sociali e istanze collettive, appare innegabile che ciascuna comunità possa legittimamente rivendicare un proprio interesse, o addirittura una pluralità di interessi, spesso tra loro confliggenti.

Gli interessi pubblici, d'altra parte, sono soggetti a continua ridefinizione, in quanto si ampliano per includere "ogni situazione sociale apprezzabile, anche priva di rilevanza patrimoniale, suscettiva di protezione da parte del diritto pubblico"[21].

Emerge una visione dell'interesse pubblico non più statica o monolitica, quanto piuttosto pluralistica e relazionale, in grado di accogliere una varietà di esigenze, anche non per forza riconducibili alla sfera economico-patrimoniale.

Il compito di individuare interessi riferibili alla collettività, nonché i mezzi per perseguirli, indubbiamente spetta al decisore nazionale che deve, per prima cosa,

---

legalità. In tal senso, dunque, non può intendersi contraria ai principi dello Stato di diritto, in quanto "parziale", quell'attività della pubblica amministrazione volta a favorire una determinata categoria di persone piuttosto che un'altra, non potendosi affatto escludere che, ad esempio, esigenze di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 Cost., possano portare a preferire gli interessi di categorie depresse rispetto agli interessi comuni". La ricostruzione riprende lo scritto di A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico della pubblica amministrazione*, Padova, 1973, il quale sostiene che: "dimostrata l'assenza di una vigenza *intrinseca* di imparzialità` all'interno dell'operato dell'amministrazione – si riveli necessario interpretare il principio di cui all'art. 97 Cost. come limite esterno delle scelte pubbliche, come «necessita` di ponderare tutti gli interessi legislativamente tutelati che possono essere direttamente toccati dall'agire amministrativo e solo essi e di operare le conseguenti scelte in base a criteri previsti dalla legge oppure unitari, ossia conformi ad indirizzi generali, adottati dagli organi competenti alla stregua del sistema democratico".

Nella ricostruzione, riprendendo ancora le parole di M. CALABRÒ: "successivamente, la dottrina e la giurisprudenza hanno capovolto il punto di osservazione – dall'analisi della posizione dei titolari dei pubblici uffici a quella degli interessi dei soggetti privati – finendo per valorizzare l'applicazione del principio di imparzialità nell'ambito del procedimento amministrativo, quale clausola generale dell'attività dell'amministrazione. È nata cosî in quegli anni la concezione del principio di imparzialità ancora oggi prevalente: esso vie- ne inteso quale canone inderogabile di condotta dell'amministrazione, alla quale e` vietata qualsiasi forma di discriminazione o disparita` di trattamento nelle diverse manifestazioni del suo agire. Si veda anche S. CASSESE, *Imparzialità` amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, 1973.

[20] Già V. SPAGNUOLO VIGORITA, nel saggio *Principio individualistico nel processo amministrativi e difesa dell'interesse pubblico* (in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ*, 1962, p. 631) aveva rilevato che l'interesse pubblico si presentava come una "formula in bianco (…) storicamente adoperata per coprire le realtà più disparate e a volte lontane da quel significato letterale che pure essa presenta". Si deve richiamare anche la tesi sostenuta da F. CAMMEO che individuava l'interesse pubblico nella causa dell'atto, concependo tale valutazione in termini di opportunità e non di legittimità dell'atto. (in *Corso di diritto amministrativo*, rist., Padova, 1960, p. 582).

Segue tale visione civilistica anche CANNADA – BARTOLI, *Interesse* (*dir. Amm*), in *Enc. del Dir.* XII, Milano, 1972, p. 1.

[21] M.S. GIANNINI, *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse*, 1979, p. 313 afferma: "La conseguenza de cambiamento dallo Stato monoclasse allo Stato pluriclasse, o "a direzione pluriclasse", è l'aumento del numero degli interessi che da privati o collettivi divengono pubblici, perché affidati a pubblici poteri": le amministrazioni nuove "sono, in sostanza, le amministrazioni di protezione sociale e le amministrazioni di direzione dell'economia".

ISSN 2036-7821

tener conto degli interessi costituzionali[22] in gioco; nonostante ciò, non sempre la legge si rivela adeguata a cogliere, o quantomeno ad esprimere, tutti gli interessi sui quali l'azione amministrativa è chiamata, poi, ad incidere[23]. Tra l'altro, una volta che vengono individuati i vari interessi, spetta proprio alla Pubblica Amministrazione dare loro attuazione.

Lo sgretolamento dell'accezione unitaria di interesse pubblico ha dato l'avvio ad un processo volto alla presa di coscienza della necessaria individuazione dell'interesse pubblico in concreto: frutto, cioè, della composizione tra contrapposte situazioni giuridiche soggettive.

In effetti, gli interessi pubblici risultano calati in una realtà dialettica che tramuta gli interessi in tutti quei fatti che compongono il cd. "caso concreto" e dai quali l'amministrazione, nel suo operare, non può prescindere: ad essi è tenuta a rapportarsi costantemente per realizzare una verifica di conformità della rispondenza dell'attività realizzata rispetto alle esigenze dietro cui si celano gli interessi pubblici[24].

La legge – come accennato – non è sempre in grado di ordinare pure gli interessi e questi, non di rado, risultano contrapposti e reclamano la loro elevazione ad interessi pubblici concreti. Per questo specifico motivo, mai si potrebbe pensare che per individuare un "interesse di sintesi" si debba ingabbiare l'interesse pubblico nella norma di diritto positivo, in quanto il suo contenuto, i suoi limiti e la sua portata devono essere sottoposti ad un procedimento di composizione e scomposizione che tenga in conto le ragioni dei cittadini.

La norma giuridica finisce così con il preoccuparsi di garantire gli obiettivi minimi ovvero di indicare ambiti di tutela: in tal modo, essa non resta indifferente alle esigenze sociali ma, consapevole dei propri limiti, affida all'amministrazione l'autoregolamentazione e l'individuazione degli interessi deboli da tutelare.

Ne deriva che l'amministrazione possiede un ruolo che, lungi dal collocarla in una condizione di esecutrice del dettato legislativo (come sarebbe proprio di un potere esecutivo nell'ambito di uno stato di diritto), piuttosto essa è artefice dell'attività di individuazione, oltreché di valutazione comparata fra vari interessi[25]. Può affermarsi,

---

[22] Art 1, c. 1 L.241/1990 "*L'attivita` amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed e` retta da criteri di economicita`, di efficacia, di imparzialita`, di pubblicita` e di trasparenza secondo le modalita` previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonche` dai princîpi dell'ordinamento comunitario*".

[23] A. CIOFFI, *Il problema della legittimità nell'ordinamento amministrativo*, Padova, 2012; M.R. SPASIANO, *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità: la regola del caso*, in *Diritto Amministrativo*, p. 131- 156, 2000.

[24] M.R. SPASIANO, *Interessi pubblici e soggettività emergenti, Gli organismi non lucrativi di utilità sociale*, 1996, p. 7-40.

[25] Ancora M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, *op.cit*, p. 54 e ss.: "Viene, dunque a delinearsi una concezione di amministrazione come «parte imparziale», definita anche «parte non di parte», in seguito accolta dalla quasi totalità della dottrina, in base alla quale la pubblica amministrazione – pur dovendo perseguire uno specifico interesse pubblico (*parte*) – sarebbe nel contempo tenuta ad aprirsi all'esame di tutte le

ISSN 2036-7821

in altre parole, che la pubblica amministrazione compartecipa quindi alla "creazione" dell'interesse pubblico debole o secondario, che non è costituito dalla mera somma algebrica della considerazione degli interessi ma è frutto di una scelta nomo-poietica[26].

La "demitizzazione"[27] dell'interesse pubblico, al più, ha condotto a preferire ad una tale nozione di quella di funzione pubblica rispetto alla quale è possibile riconoscere il carattere oggettivo dell'amministrazione rispetto alla tutela di un bene della vita: in effetti, è la funzione ad assumere un ruolo decisivo venendo a ricomprendere tutte le situazioni giuridiche soggettive coinvolte, collocate in posizioni tra loro antagoniste.

Nella funzione amministrativa, un vero e proprio *leitmotiv* è proprio la sintesi degli interessi in gioco, tipica dell'esercizio del potere nel contradditorio procedimentale, nel corso del quale l'osservanza delle regole costituisce garanzia per il privato interessato e assicura, al contempo, l'ottimale perseguimento del bene collettivo.

È evidente che l'amministrazione, come descritta, assume connotati di parte integrante e qualificata della più ampia realtà sociale, nella quale si declina non l'interesse bensì gli interessi. Ciò significa che l'amministrazione non deve smettere di preservare la legalità, in senso formale e nondimeno sostanziale, ma è chiamata ad assumere la veste di esecutrice della legge e "delle esigenze di giustizia"[28],

---

altre posizioni protette dall'ordinamento, siano esse pubbliche o private, al fine di effettuare un contemperamento tra queste e l'interesse di cui essa è titolare (*imparzialità*). Per tale motivo, il principio di imparzialità deve innanzitutto incidere sull'assetto organizzativo della p.a.: solo un'amministrazione strutturata in conformità al criterio dell'imparzialità sarebbe in grado (se non di garantire, almeno) di fornire i presupposti indispensabili per un esercizio imparziale dell'attività amministrativa. Si va a configurare, in tal modo, una duplice sistemazione concettuale del principio in esame: l'una, interna, relativa all'organizzazione dei pubblici uffici, all'impiego delle risorse; l'altra, esterna, operante in sede di concreto esercizio della funzione. In altri termini, l'applicazione del principio di imparzialità nella sua accezione interna (o statica) garantisce che la p.a. possa agire in completa indipendenza da qualsiasi indebita ingerenza e che ad essa vengano forniti strumenti, risorse e moduli procedimentali tali da permetterle di individuare ed esaminare adeguatamente tutti gli interessi giuridicamente rilevanti coinvolti nei diversi processi decisionali (accezione esterna, o dinamica). Una simile prospettiva giustifica, dunque, una interpretazione estensiva del principio di imparzialità, da regola di condotta meramente procedimentale a canone generale attinente all'intera "vita" della p.a., autentica garanzia di giustizia e di democrazia nell'ambito dell'ordinamento". Sul tema si legga anche: M.R. SPASIANO, *Profili di organizzazione della pubblica amministrazione in cinquanta anni di giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, (a cura di) G. Della Cananea, M. Dugato, Napoli, 2006, p. 163 ss.

[26] G. IUDICA, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 35 ss.

[27] Espressione di: M.R. SPASIANO, *Interessi pubblici e soggettività emergenti, Gli organismi non lucrativi di utilità sociale*, *op. cit.*, p. 43.

[28] M. NIGRO, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?* in *Foro Ital.*, 1983, V, p. 254. Nel saggio, l'Autore richiama le opposte concezioni di Hauriou (la p.a. è puissance) e di duguit (la p.a. è service). La ***"puissance publique"*** rappresenta, per Hauriou, il fondamento del diritto pubblico e della legittimità dello Stato come autorità sovrana. Duguit, invece, ne nega l'esistenza in senso assoluto, proponendo una visione **funzionalista e solidaristica dello Stato**, in cui il potere ha senso solo se giustificato dalla sua **utilità sociale**. Entrambe le visioni hanno influenzato profondamente il diritto amministrativo e costituzionale europeo: Hauriou ha posto le basi della **concezione istituzionale**, Duguit ha anticipato i moderni principi di **buona amministrazione e servizio pubblico**. Nigro, invece, afferma che l'amministrazione è una commistione tra i due termini.

ISSN 2036-7821

quest'ultime realizzabili anche tramite meccanismi di auto-correzione.
Nel momento in cui c'è un interesse pubblico da tutelare, si pone la questione di come esercitare correttamente l'arte di bene amministrare, tenendo in considerazione che in essa si innesta sempre la dimensione personale del funzionario[29].
La Carta costituzionale fornisce, tra l'altro, una risposta alla questione.
In particolare, l'art. 51, comma 1, Cost. rappresenta la prima disposizione che pone una significativa limitazione in materia di conflitto di interessi, affermando che "tutti i cittadini possono accedere ad uffici pubblici e cariche elettive in condizioni di uguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge"[30].
Tale previsione, verosimilmente, riflette la volontà del legislatore costituente di delineare una netta distinzione tra gli interessi privati, che il titolare di una funzione pubblica possiede, e gli interessi pubblici connessi all'esercizio del *munus*.
A questo punto, serve riflettere su quale deve essere la risposta dell'ordinamento in caso di violazione della norma sul conflitto di interessi: è forse più giusto applicare sanzioni rivolte al funzionario coinvolto oppure è preferibile adottare altri strumenti, magari più efficaci, per correggere situazioni di conflitto.
Tra questi strumenti, un ruolo centrale è svolto dalle misure di autotutela amministrativa, che consentono all'amministrazione di intervenire direttamente sugli atti viziati da illegittimità o da irregolarità, anche quando derivanti da situazioni di conflitto di interessi. Si tratta di rimedi che, pur non avendo natura sanzionatoria, risultano fondamentali per il ripristino della legalità dell'azione amministrativa, la conservazione dell'atto e la prevenzione di danni ulteriori.
In particolare, permettono di correggere, sanare o eliminare gli effetti degli atti viziati, offrendo così una risposta concreta, tempestiva e funzionale alla complessità delle situazioni che si possono verificare all'interno della pubblica amministrazione: un tale approccio appare più adatto a tutelare l'interesse pubblico, evitando di limitarsi a comminare soltanto la sanzione.
Il conflitto di interessi costituisce una patologia profonda del rapporto tra il soggetto agente e la funzione esercitata, poiché compromette la capacità del funzionario di

---

Dall'analisi di questi due orientamenti, che hanno influenzato la teoria dello Stato e del diritto pubblico francese dell''800 e del '900, chi scrive ritiene che si possa cogliere che nella funzione di preservare la legalità va ritenuta ricompresa anche quella di "rimeditare" su un provvedimento per poter ripristinare la sua legittimità.

Quindi, la visione funzionalistica di Duguit andrebbe letta anche in questo modo per poterla adeguare ai moderni principi di buon andamento e legittimo affidamento.

[29] G. SIRIANNI, *I profili costituzionali: una nuova lettura degli articoli 54,97 e 98 della Costituzione, in La corruzione amministrativa: cause prevenzione e rimedi*, (a cura di) F. Merloni e L. Vandelli, Firenze, 2010, p. 129-134. Si veda anche R. CAVALLO PERIN, F. MERLONI (a cura di), *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, Franco Angeli, 2009, p. 100.

[30] B. VALENSISE, *Il conflitto di interessi nella L.215/2004 tra luci (poche) e ombre (molte)*, *in Studium Juris*, n°3, 2005, p. 1034; B.G. MATTARELLA, *Conflitto di interessi, quello che le norme non dicono*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004, n° 12, p. 1281 ss.

ISSN 2036-7821

agire per il perseguimento del solo interesse pubblico.
Dacché la reazione dell'ordinamento non può essere unica.
Le sanzioni personali rivolte al soggetto che ha omesso di dichiarare la propria incompatibilità, si integrano con quelle che colpiscono l'atto viziato: le prime garantiscono la responsabilizzazione del singolo agente, mentre le seconde tutelano la legalità e l'affidabilità dell'azione amministrativa.
Tuttavia, l'amministrazione può ricorrere all'autotutela nei casi in cui, sebbene l'atto sia stato adottato in una situazione di conflitto di interessi, è evidente che esso non ha leso situazioni giuridiche soggettive e che, anzi, realizza l'interesse pubblico.
L'autotutela, in questa prospettiva, non è solo uno strumento tecnico ma un'espressione del dovere dell'amministrazione di mantenere alta la fiducia dei cittadini nel corretto esercizio del potere pubblico.
Ad avviso di chi scrive, questa impostazione riflette una logica più ampia che si rinviene anche nell'ordinamento della magistratura: i magistrati sono tenuti al "dovere di essere e di apparire imparziali"[31].
Il parallelismo è significativo: difatti, così come il giudice deve evitare ogni condotta che possa minare l'immagine di terzietà della giurisdizione, anche l'amministrazione deve intervenire su atti che, pur formalmente legittimi, risultano "viziati nella percezione di imparzialità".
In questo senso, correggere un atto viziato da un conflitto di interessi – anche quando non ne derivi un danno concreto – significa riaffermare il principio che il potere pubblico deve sempre mostrarsi integro, trasparente e orientato all'interesse della collettività.

2. L'astensione quale garanzia di neutralità del decisore pubblico.

Al fine di rafforzare le garanzie di imparzialità nell'azione amministrativa, il legislatore ha introdotto con l'art. 6-*bis* della L. 241/1990 un generale obbligo di astensione per i soggetti che partecipano all'adozione di atti istruttori o decisori, ove si configuri un conflitto di interessi, anche solo potenziale[32].
Dal tenore letterale del citato articolo, pare evincersi che esso dovrebbe essere applicato solo al responsabile del procedimento ed ai titolari degli uffici competenti, imponendo a loro carico un generale dovere di astensione o di segnalazione. Peraltro, nella citata norma il legislatore disciplina il conflitto di interesse potenziale ed attuale

[31] Cass, Sezioni Unite, n. 24148 del 25 ottobre 2013.
Si legga anche F. DEL CANTO, *La libertà di espressione dei magistrati e il dovere di essere e apparire imparziali*, in *La Rivista del "Gruppo di Pisa"*, 2/2024, p. 100.

[32] L'art. 6-*bis* della L. n. 241 del 1990 – rubricato "Conflitto di interessi" – inserito dall'art. 1, comma 41 della legge 6 novembre 2012, n. 190, prevede 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 nel caso di conflitto di interessi, segnalando una posizione di conflitto, anche potenziale".

ISSN 2036-7821

in modo unitario: questa scelta non è di poco momento e risiede nella necessità di salvaguardare, al contempo, tanto l'integrità del funzionario pubblico quanto l'immagine dell'amministrazione.

A dire il vero, il conflitto è potenziale quando non si concretizza rispetto ad una fattispecie procedimentale specifica, ma sorge solo in via astratta. Potenziale, in altri termini, può definirsi ciò che "attende di manifestarsi o realizzarsi compiutamente", che può tradursi in atto ma che ancora si trova allo stato di mera potenzialità. In questa fase, secondo recenti impostazioni[33], non parrebbe esserci un obbligo di astensione, ma di mera segnalazione del conflitto (cd. *disclosure*).

Viceversa, nel momento in cui si instaura il rapporto procedimentale, il conflitto è sempre attuale.

L'attualità viene in essere quando il dipendente ha un interesse, che si concretizza nel procedimento, ragion per cui è chiamato ad astenersi.

Diversa è invece l'impostazione dell'art. 3 della legge 20 luglio 2004, n. 215 ("Norme in materia di risoluzione dei conflitti di interessi"), normativa che si riferisce esclusivamente ai titolari di cariche di governo e che, sin dalla sua entrata in vigore, ha destato molte critiche.

Nello specifico, questa legge – nota come "Legge Frattini" – contiene una definizione ben precisa di conflitto di interessi, che sussiste quando il titolare di cariche di governo partecipa all'adozione di un atto, anche formulando la proposta, o omette un atto dovuto, trovandosi in situazione di incompatibilità […], ovvero quando l'atto o l'omissione ha un'incidenza specifica e preferenziale sul patrimonio del titolare, del coniuge o dei parenti entro il secondo grado, ovvero delle imprese o società da essi controllate […] con danno per l'interesse pubblico.

Una definizione di tal portata contrasta con il modo in cui l'espressione è normalmente intesa nell'art. 6-*bis* della L. 241-90, dato che la patologia causata dal conflitto di interessi viene definita come evento di danno e non come situazione di pericolo.

Va prontamente notato che, perché si abbia conflitto di interessi, non è sufficiente dunque che il politico tragga vantaggio dal proprio comportamento, ma addirittura che ci sia un danno all'interesse pubblico[34].

È pertanto escluso che si possa sanzionare la mera esistenza del conflitto derivante dall'agire del membro del governo in un settore nel quale operino sue imprese o, comunque, possano esserci interessi per il suo patrimonio, piuttosto la citata legge esige la realizzazione di un comportamento abusivo.

---

[33] S. FREGO LUPPI, *L'obbligo di astensione nella disciplina del procedimento dopo la legge n. 190 del 2012*, in *Dir. Amm.*, 2013, p. 684.

[34] B.G. MATTARELLA., «*Conflitto di interessi*», Relazione discussa al Convegno "Le evoluzioni della legislazione elettorale di contorno in Europa", Roma, 10-11 giugno 2010.

ISSN 2036-7821

Tale scelta muove da una ragione politica che è quella di consentire al titolare di una carica governativa di evitare di adottare un atto ovvero ometterne uno dovuto, allorquando l'adozione o l'omissione potrebbero avere un'incidenza specifica o preferenziale sul suo patrimonio o di quello del coniuge, dei parenti entro il secondo grado o, da ultimo, sulle imprese o società da lui stesso controllate con un immediato danno sull'assetto politico-economico del Paese.

Il vantaggio preferenziale personale ed il danno all'interesse pubblico sono fatti alquanto difficili da provare e tale aspetto inficia la tutela contro le molteplici fattispecie di conflitto.

Differentemente, l'6-*bis* possiede una connotazione soggettiva del potere, per cui l'esistenza del conflitto d'interessi prescinde dall'eventuale pregiudizio derivante dal provvedimento amministrativo, incentrandosi sul dovere di astensione del funzionario, unico comportamento che può accordargli la fiducia da parte dell'amministrazione.

Per le osservazioni sin qui svolte, non desta meraviglia che la disposizione sul conflitto di interessi per le cariche di governo sia rimasta pressoché priva di attuazione sin dalla sua entrata in vigore, perché ritenuta inadeguata a cogliere il conflitto di interessi nella realtà.

L'elemento di maggiore criticità è indubbiamente rappresentato dalla fattispecie del conflitto di interessi c.d. per incidenza specifica e preferenziale. Si tratta, come avvertito, di una disposizione che delinea un'ipotesi di conflitto di interessi attuale e sempre subordinato al verificarsi di condizioni assai difficili da dimostrare.

Inoltre, la nozione di atto di governo, che può dare luogo al conflitto, è stata interpretata in modo restrittivo, escludendo ad esempio le dichiarazioni pubbliche e ogni altro atto che non sia espressione di una competenza formalmente disciplinata.

In tal modo, si circoscrivono ulteriormente le ipotesi concrete in cui può accertarsi un conflitto[35].

La legislazione italiana si discosta, in tal modo, dalla *best practies* internazionali ed europee, che raccomandano di avvalersi di una visione di conflitto che consenta di intervenire prima che si verifichi la realizzazione del vantaggio personale (cd. evento dannoso).

Questa situazione di insoddisfazione ha più volte spinto il Parlamento a tentare di elaborare nuove leggi senza un esito concreto.

Probabilmente, il concetto centrale da affermare, *de iure condendo*, dovrebbe essere quello di prevedere una concezione di conflitto di interessi come fattispecie di mero

[35] Così il parere di V. Caianiello alla Commissione affari costituzionali della Camera dei deputati, nell'ambito dell'indagine conoscitiva sulle problematiche inerenti alla disciplina per la risoluzione del conflitto di interessi, XIV Legislatura, Servizio studi della Camera, Lavori preparatori della legge 20 luglio 2004, n. 215, 9 settembre 2004, 233-260.

ISSN 2036-7821

pericolo: "la semplice presenza di interessi, anche di natura non patrimoniale, dovrebbe poter già integrare l'ipotesi di conflitto vietata"[36]. Inoltre, far rendere in forma pubblica la dichiarazione di interessi potrebbe sollecitare l'attivazione di un dibattito o un confronto pubblico, con effetti dissuasivi preliminari oltreché di controllo sull'operato dell'uomo di governo[37].

Poi, sarebbe quantomai opportuno che la valutazione sulla sussistenza del conflitto venisse svolta prima dell'assunzione della carica e non, come spesso accade, dopo l'assunzione di quest'ultima.

I rimedi destinati alla soluzione del conflitto potrebbero anche prevedere gestioni indipendenti, realizzabili tramite schemi procedurali, che consentano di contemperare la cura degli interessi patrimoniali del destinato alla carica pubblica con l'intento di sterilizzare le situazioni di conflitto di interessi.

Dato il rilievo costituzionale delle cariche al vaglio, probabilmente le eventuali decisioni incidenti sulla carica governativa dovrebbero essere rimesse agli organi costituzionalmente competenti o, ancor meglio, alla Corte costituzionale quale organo supremo *super partes*.

Prima di procedere all'analisi della disciplina relativa al procedimento amministrativo, era doveroso accennare ad alcune problematiche inerenti al conflitto di interessi. Difatti, la disposizione in esame presenta margini di indeterminatezza e lacune sistematiche, che ne compromettono l'efficacia applicativa. E, solo alla luce di un inquadramento anche pratico del conflitto di interessi, è possibile restituire coerenza interpretativa alla disciplina e valutare con maggiore consapevolezza le soluzioni normative adottate o da adottare.

Difatti, l'esame delle questioni patologiche, che connotano l'istituto, risulta indispensabile per coglierne la portata applicativa, i limiti operativi nonché le ambiguità insite nella disciplina attualmente vigente.

A questo punto, serve approfondire l'analisi della disciplina sul procedimento amministrativo, prendendo le mosse sempre dall'art. 6-*bis* della L. 241/90, la cui formulazione normativa evidenzia significativi margini di indeterminatezza e carenze sistematiche che, parimenti a quanto detto per la Legge Frattini, limitano l'effettiva portata applicativa anche di detta disposizione.

In primo luogo, va osservato che l'aspetto destabilizzante dell'interesse, di cui il soggetto è portatore, viene resa ancor più complessa per l'assoluta difficoltà di capire cosa si intenda per conflitto. Esso viene definito con criteri non determinati e satisfattivi, rendendo difficoltoso per l'interprete del diritto pervenire all'elaborazione di una regola unitaria e coerente.

---

[36] A. LALLI, *Conflitto di interessi nel diritto privato e nel diritto pubblico*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, fasc.1, 1° marzo 2016, p. 155.

[37] B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 124.

ISSN 2036-7821

L'incertezza non si ferma a quanto esposto, piuttosto va evidenziato che la norma (addirittura) non dice nulla circa le modalità di attivazione delle procedure volte a manifestare l'astensione obbligatoria o la comunicazione, né accenna alle conseguenze della violazione.

Ebbene, la presenza di tali lacune solleva non poche perplessità sotto il profilo costituzionale, in quanto l'art. 97, comma 2, Cost. stabilisce che spetta alla legge determinare l'assetto dell'organizzazione amministrativa, definendo in modo preciso le competenze dei funzionari pubblici. Per tale motivo, la giurisprudenza[38] sostiene che per realizzare pienamente il principio di trasparenza occorre che, da un lato, vi sia una segnalazione di conflitto di interessi potenziale e, dall'altro, l'astensione nelle ipotesi in cui il conflitto di interesse sia già attuale.

Ai sensi dell'art. 1, comma 9, l. 190/2012, anche il piano di prevenzione della corruzione può prevedere obblighi di trasparenza ulteriori: le segnalazioni di conflitto d'interessi o quelle di astensione, nonché gli eventuali provvedimenti di sostituzione adottati, possono essere resi noti nel sito *internet* dell'amministrazione.

Di particolare notazione risulta anche l'interpretazione normativa proposta dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, secondo cui la disposizione oggetto d'esame deve essere letta sempre in coordinato con il Codice di comportamento dei pubblici dipendenti. In questa prospettiva, le singole amministrazioni sono legittimate ad indicare, in via esemplificativa, le situazioni in cui il conflitto di interessi può emergere con maggiore evidenza, tenendo conto sia dell'analisi dei precedenti sia della propria struttura organizzativa e, nondimeno, dell'ambito operativo di riferimento. Precisa, ancora, l'Anac[39] che la segnalazione dovrebbe essere indirizzata

[38] Consiglio di Stato, Sez. III - Sentenza del 23 febbraio 2023, n.1884; Cons. Stato, sez. II, 9 marzo 2020, n. 1654; sez. II, 10 settembre 2020, n. 5423; Cons. Stato, sez. VI, 24 luglio 2019, n. 5239; Cons. Stato, Sez. V, 11 gennaio 2018, n. 126; Cons. Stato, Sez. V, 29 ottobre 2019, n. 7411; Cons. Stato, sez. III, 28 aprile 2016, n. 1628 in *www.giustiziaamministrativa.it*.

[39] Si vedano: delibera dell'ANAC n.25 del 2020; ***delibera ANAC n. 377/2022;*** delibera dell'ANAC n. 494 del 2019; delibera dell'ANAC 22 del 2025; nota dell'ANAC del 6 luglio 2018; schema di Piano Nazionale Anticorruzione 2019 – 2021 in *www.anticorruzione.it*.

Si legga anche parere di precontenzioso n. 114/2024 in materia di appalti pubblici e conflitti di interessi. A riguardo, è rilevante il seguente *dictum: "la giurisprudenza in tema di esclusione per precedente coinvolgimento nella preparazione della gara, e in particolare la sentenza con cui il Consiglio di Stato ha evidenziato che, in una tale situazione, «La previsione di esclusione dalla partecipazione deve essere interpretata in maniera rigida e così anche il correlato obbligo dichiarativo. Pertanto, spetta anzitutto all'amministrazione aggiudicatrice che si è avvalsa del contributo del concorrente, del quale è perfettamente a conoscenza, adottare le misure adeguate a garantire la parità del confronto concorrenziale, cosicché intanto può sussistere la causa di esclusione e il relativo obbligo informativo, in quanto – come afferma l'art. 80, co. 5, lett. e) – la situazione di asimmetria non possa essere risolta in altro modo». Nel caso trattato nella sentenza, il fatto che il progetto definitivo dell'opera e tutta la documentazione tecnica posta a base di gara fossero stati messi a disposizione di tutti i concorrenti ai fini della formulazione delle offerte «elide il vantaggio concorrenziale legato altrimenti alla disponibilità di informazioni privilegiate» (Cons. Stato III, 29 marzo 2019, n. 2079). Si evidenzia che è stata ritenuta legittima l'aggiudicazione nel caso in cui siano state adottate tutte le misure idonee a garantire la concorrenza. Nella fattispecie erano state illustrate in dettaglio, nel capitolato, le operazioni svolte durante la consultazione preliminare, con indicazione sia degli operatori economici contattati sia delle attività svolte nel corso delle consultazioni, e ai candidati era stato concesso un termine*

ISSN 2036-7821

al dirigente, il quale è chiamato a valutare se la situazione configuri un'ipotesi di conflitto di interessi, idoneo a ledere l'imparzialità dell'agire amministrativo.
Accertati i fatti, questi è tenuto a comunicare per iscritto al funzionario le ragioni che consentono l'espletamento dell'incarico oppure che rendono obbligatorio sollevarlo dall'incarico.
Diversamente, allorquando il conflitto investa un dirigente, è il responsabile della prevenzione della corruzione che dovrà valutare le iniziative da assumere.
Tuttavia, una chiave di lettura differente rispetto a quella finora illustrata può essere prospettata, ad esempio, attraverso l'applicazione analogica dell'art. 2, commi 9-*bis* e 9-*ter* della legge sul procedimento amministrativo.
Tale disposizione, pur riferendosi espressamente all'ipotesi di inerzia della pubblica amministrazione nella conclusione del procedimento mediante provvedimento espresso, offre uno spunto interpretativo rilevante anche nel caso in esame.
Infatti, essa individua un meccanismo sostitutivo volto a garantire comunque la definizione del procedimento, attribuendo al privato la facoltà di sollecitare l'intervento del responsabile mediante la nomina di un commissario o di altra struttura competente[40].
In caso di omessa individuazione, il potere sostitutivo si considera in capo al dirigente generale, al dirigente dell'ufficio o, in ultima istanza, al funzionario di rango più elevato.
Il richiamo a tale disciplina appare funzionale a rafforzare l'idea che l'ordinamento non tolleri situazioni di stallo procedimentale e che, anche in assenza di una norma specifica, occorre individuare soluzioni che garantiscano l'effettività dell'azione amministrativa e la tutela delle posizioni soggettive dei privati.
Tuttavia, oltre alle problematiche connesse all'ambito delle competenze, la norma presenta ulteriori carenze.
Infatti, l'art. 6-*bis* della L. 241/1990 tace sulla tempistica d'inoltro per la segnalazione della causa di astensione e parimenti sui termini per la risposta del dirigente o del responsabile dell'ufficio.

---

di 35 giorni per formulare le offerte, pur trattandosi di gara sottosoglia (TAR Puglia, Sez. I, 26 febbraio 2021, n. 340, confermata da Cons. Stato, Sez. V, 7 marzo 2022, n. 1619). In ogni caso, l'omissione, da parte della stazione appaltante, dell'adozione delle misure minime atte ad evitare la distorsione della concorrenza non puo` determinare l'automatica esclusione della societa` che ha partecipato alla fase preliminare. L'esclusione puo` essere disposta solo nel caso in cui vi sia stato un comportamento volutamente scorretto, nel senso che l'operatore economico abbia dolosamente influenzato l'esito dell'indagine di mercato (Cons. Stato, Sez. Consultiva per gli Atti Normativi, n. 455/2019). Una volta che sia affermata in concreto la lesione del principio della par condicio, la tutela che rimane in capo all'impresa concorrente e` l'impugnazione del bando che non abbia previsto sufficienti e proporzionate misure di compensazione dell'eventuale distorsione causata dalla partecipazione di un concorrente alla fase preliminare, ma non puo` essere - in assenza di indizi che dimostrino che l'operatore abbia intenzionalmente influenzato l'esito dell'indagine di mercato - la pretesa dell'esclusione della concorrente che ha partecipato alla fase preliminare (TAR Molise, Sez. I, 3 febbraio 2021, n. 31)".

[40] S. FREGO LUPPI, *op cit.*, p. 677.

ISSN 2036-7821

Rispetto ai vuoti esposti, appare forse arbitraria qualsiasi soluzione.
In presenza dei presupposti di incompatibilità, la dottrina[41] ha ribadito la possibilità del funzionario di non esercitare la sua funzione senza che ciò comporti una responsabilità civile, penale, amministrativa o, addirittura, disciplinare.
L'atto di astensione deve essere indirizzato al responsabile dell'ufficio, il quale promuove un *sub*-procedimento, finalizzato a definire la questione insorta, sollevando il dipendente dal suo incarico, in via cautelare e temporanea: è evidente che l'art. 6-*bis* della L. 241/90 si riflette dapprima sui doveri del pubblico dipendente e, di riflesso, sul rapporto organo – ufficio.
L'interesse del privato, in via conseguenziale, viene in rilievo soltanto in ragione della sua appartenenza all'amministrazione di cui è portavoce: questo interesse, d'altra parte, entra indubbiamente nella dialettica della funzione amministrativa.
Non tutti gli interessi personali del dipendente meritano però tutela, poiché quello che conta è il ruolo istituzionale che ricopre, strettamente legato al processo di immedesimazione organica con l'ente. In altre parole, la persona coincide con la funzione pubblica che svolge, anche se idealmente: dunque, l'ufficio dovrebbe essere visto come uno strumento per la crescita e l'affermazione della personalità del titolare, chiamato a impegnarsi per garantire il buon funzionamento della macchina amministrativa.
Probabilmente, l'intera normativa sul conflitto di interessi andrebbe riletta in una dimensione più consona, che è, probabilmente, quella organizzativa.
Ciò detto, il silenzio del legislatore mantiene viva la necessità di comprendere se il prestigio del dipendente e dell'amministrazione devono trovare un punto di contatto reciproco: non a caso, "l'attività lavorativa (*ergo*: attività burocratica) non è fine a stessa ma ha una duplice valenza positiva… per cui è conseguenza spontanea qualificarla come attività funzionale, in considerazione della sua preordinazione al conseguimento di fini che trascendono l'ambito dell'interesse egoistico"[42].
L'imparzialità nell'amministrazione e l'imparzialità dell'amministrazione ma, non meno, la lealtà sono condizioni immanenti all'esercizio di pubbliche funzioni, in quanto costituiscono presidio di tutela dell'immagine della pubblica amministrazione di appartenenza, prima che un parametro di valutazione dell'attività amministrativa. Sembra che il rischio attuale sia quella che, a causa di un'eccessiva tutela dell'imparzialità, ogni forma di interesse privato venga automaticamente demonizzata, con l'obiettivo di non compromettere l'efficienza

[41] F. SICILIANO, *Conflitto di interessi e arte di amministrare,* Contributo allo studio dell'art. 6-bis l. 241/1990, Milano, 2018, p. 95.
[42] F. SICILIANO, *Conflitto di interessi e arte di amministrare*, *cit*., p. 100 e ss.; R. CANTONE, F. MERLONI, *Conflitti di interesse: una diversa prospettiva*, in *Dir. pubbl.*, 2019, p. 886.

ISSN 2036-7821

della macchina amministrativa[43].

3. Tra nullità ed annullabilità del provvedimento adottato in conflitto di interessi.

A questo punto dell'analisi, occorre un approfondimento delle conseguenze giuridiche derivanti dall'inosservanza della prescrizione (art. 6-*bis* della L. 241/90) sul conflitto di interessi e una verifica degli strumenti di reazione dell'ordinamento difronte a tale violazione.

Occorre ribadire che la scarna formulazione normativa non consente di pervenire neppure ad una qualificazione univoca sulla patologia che affligge il provvedimento finale, adottato all'esito di uno sviluppo illegittimo della funzione amministrativa. Tuttavia, si è progressivamente consolidata un'elaborazione dottrinale rilevante, che può essere ricondotta a due orientamenti interpretativi prevalenti.

Ebbene, il primo sostiene che il conflitto di interessi comporta un obbligo di astensione o di previa segnalazione e, in questo perimetro, sono attratte tutte le definizioni conflitto di interessi[44]: questa tesi intende il conflitto di interessi come precipitato applicativo dell'imparzialità di cui all'art. 97 della Costituzione e delle previsioni del Codice di procedura civile (artt. 51 e 52 c.p.c.). Questa posizione interpretativa non riconosce valenza innovativa all'art. 6-*bis* cit., dato che tale disposizione ribadisce prescrizioni già immanenti e radicate nel tessuto normativo.

La seconda, e altrettanto plausibile, chiave interpretativa afferma che la norma sul conflitto di interessi è orientata alla salvaguardia dell'immagine della pubblica amministrazione, quale valore funzionale alla credibilità e al buon andamento dell'azione amministrativa. Tuttavia, l'interesse del privato giammai deve incontrarsi con l'interesse pubblico nella dialettica procedimentale.

L'attività del dipendente, invero, deve essere svolta non solo nell'interesse egoistico e patrimoniale dell'amministrazione ma, verosimilmente, nel perseguimento di quegli interessi superindividuali, che l'ordinamento, di volta in volta, intende tutelare con favore per tutti o per determinati amministrati. L'esigenza di tutela dell'immagine della pubblica amministrazione presenta, in astratto, una potenziale incidenza tanto sull'*iter* procedimentale quanto sull'atto conclusivo, rivelando così una connessione strutturale con la validità o invalidità del provvedimento amministrativo.

Nonostante la dottrina sia concorde nell'affermare che il provvedimento adottato in conflitto di interessi sia illegittimo[45], la non conformità al paradigma normativo non

[43] A. PERTICI, *Il conflitto di interessi. Dieci anni di proposte di legge e dibattiti parlamentari in attesa dell'approvazione di una legge di disciplina della fattispecie*, in *L'attuazione della Costituzione*, ((a cura di) S. Panizza – R. Romboli), Pisa, 2004, p. 244.

[44] Utile, sul piano sistemico per la ricostruzione della nozione, è la lettura del parere reso dal Consiglio di Stato, Sez. III, 2 novembre 2020, n. 6755 in www.giustiziaamministrativa.it.

[45] D. MARRAMA, *Brevi riflessioni sul tema dell'irregolarità e dell'invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. Proc. Amm*, 2005, 359, in particolare si leggano le pagine 362 e 363.

ISSN 2036-7821

sempre è causa di invalidità del provvedimento finale[46].
Esiste, infatti, "un'anormalità diversa"[47] dall'invalidità, che si verifica nei casi in cui l'atto viola norme meramente dispositive e non cogenti, riguardanti la forma o la procedura. L'inosservanza in questione, ritenuta di minore rilevanza, è qualificata come irregolarità non viziante, in quanto non incide su interessi determinanti per il contenuto dispositivo dell'atto conclusivo del procedimento. In effetti, non tutti i comportamenti sono in grado di indirizzare il processo decisionale dell'amministrazione, condizionando la composizione ultima degli interessi[48]. Sorge, dunque, una scissione tra i comportamenti finalizzati ad una corretta determinazione del dispositivo e, al contrario, comportamenti che non incidono su tale aspetto: soltanto l'inosservanza di questi ultimi determina l'irregolarità e non invalida il provvedimento[49].
È, quindi, fondamentale capire se il vizio derivante dal conflitto di interessi comporti l'annullabilità dell'atto oppure se, di contro, integri un'ipotesi di nullità[50].

Su questa categoria v. A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino 1993.

Sulla riconducibilità ad essa dei vizi formali dei quali qui ci si occupa v. le diverse opinioni di G. MORBIDELLI, *Invalidità e irregolarità*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano 2003, p. 79 ss.; F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa,* Torino 2003, *passim* e in particolare, p. 317 ss.

[46] I criteri distintivi sono indicati anche in modo diverso dalla dottrina e dalla giurisprudenza impegnate ad illustrare la diversità tra le due categorie di norme e quindi di vizi, indicando gli elementi caratterizzanti qualche volta l'una categoria, qualche volta l'altra ed utilizzando a tal fine criteri eterogenei. Così, per esempio, possiamo veder suggerito, da un canto, che debbono considerarsi vizi sostanziali quelli che riguardano l'applicazione della normativa sull'assetto degli interessi in gioco (TAR Lombardia, Milano, sez. I, n. 1042/2006) o più specificamente quelli attinenti ai presupposti del provvedimento, od al suo contenuto, od alla finalità pubblica da perseguirsi (v. G. BERGONZINI, *Art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 236). D'altro canto, si sostiene che si è in presenza di una illegittimità meramente formale quando, sebbene la struttura del procedimento o del provvedimento manchi di un elemento che avrebbe dovuto esserci ai sensi di legge, il contenuto dispositivo del provvedimento non ne risulta alterato, il vizio cioè è neutro rispetto alla sostanza della pretesa fatta valere in giudizio; invece l'illegittimità è sostanziale quando il vizio incide direttamente sulla possibilità dell'amministrazione ed eventualmente del giudice di accertare e soddisfare la pretesa di colui che *jure* la fa valere.

[47] Sull'irregolarità come anormalità non grave dell'atto amministrativo, *cfr.* M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, *cit.*, p. 355; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, p. 427.

F. LUBRANO, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003. N. PAOLANTONIO, *Ricusazione del responsabile del procedimento per conflitto di interessi tra dimensione organizzativa e pretese dei privati,* in *P.A. Persona e amministrazione*, 1, 2019, p. 53 ss.

[48] Infatti, spiega F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo,* in *Dir. Proc. amm.*, 2003, p. 420-1, "il provvedimento non è annullabile quando la statuizione è l'unica corretta, alla stregua del giudizio di conformità a diritto che l'ordinamento rimette al giudice"; giacché "non è l'incontrovertibilità del risultato dell'operazione intellettiva, ma la natura della funzione entro la quale questa si iscrive, che rende irrilevante il dubbio circa la possibilità di conclusioni diverse."

[49] F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1911, vol. III, par. 305, p. 1320; G. TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936, p. 15.

[50] L. GALATERIA, *Astensione*, *cit.* 941, che riteneva la nullità dell'atto sia nel caso di partecipazione alla discussione sia in quello di sola votazione da parte di chi aveva l'obbligo di astenersi.

ISSN 2036-7821

La distinzione non è meramente teorica ma la corretta qualificazione dell'invalidità permette, verosimilmente, di poter valutare il grado di incidenza che il conflitto ha avuto sull'esercizio del potere amministrativo e sulla legittimità dell'atto finale.
In passato, la tesi della nullità è stata sostenuta, e di recente ripresa[51], in ragione della necessità di assicurare l'osservanza di principi costituzionali essenziali, di cui l'art. 6-*bis* della L. 241/90 sarebbe espressione puntuale: difatti, il funzionario agisce in attuazione dell'art. 54 della Carta costituzionale.
La nullità, però, si configura solo nelle ipotesi tassativamente indicate e, di conseguenza, è utilizzabile quando l'amministrazione non ha altri strumenti a disposizione.
A riguardo, la giurisprudenza[52] ha ribadito che la sanzione generale rimane l'annullabilità, dato che essa trova fondamento nell'esigenza di stabilità, certezza e conservazione dell'atto amministrativo. Tra l'altro, la violazione della disposizione sul conflitto di interessi *ex* art 6-*bis* non rientra tra le nullità testuali e neppure rappresenta un caso di elusione o violazione del giudicato; resta, quindi, da verificare se si possa sussumere tale vizio tra i casi di nullità del provvedimento per mancanza degli elementi essenziali oppure tra quelli affetti da difetto assoluto di attribuzione[53].
Ebbene, la mancanza di una norma che individua espressamente gli elementi essenziali dell'atto amministrativo genera significative incertezze circa l'ambito di applicazione della nullità strutturale, al punto da rischiare di svuotare la relativa previsione di effettività[54].

---

[51] S. VILLAMENA, *Osservazioni su "conflitto di interessi" e procedimento amministrativo*, *cit.*, p. 290. L'autore riprende V.E. ORLANDO, voce *Consiglio Comunale*, p. 135 ribadendo che quando ricorrono ragioni sostanziali apprezzabili e lo strumento dell'annullabilità si rivela non predicabile, la nullità sarebbe il rimedio estremo (p. 291). Sia consentito rinviare ad A. SANDULLI, *Vittorio Emanuele Orlando, organizzatore di cultura: le riviste e il Primo Trattato Completo*, in *Dir. pubbl.*, 2011, p. 519 ss.

[52] La sentenza che ha dato vita a questo orientamento è quella del Cons. Stato, sez. IV, 3 ottobre 1911, in Giur.it, 1912, III, c. 162. La pronuncia negò la sussistenza di una categoria di nullità di ordine pubblico degli atti amministrativi, che siano rilevabili d'ufficio e deducibili in ogni stato della causa. La giurisprudenza anteriore, invece, era nel senso di ammettere nullità "speciali di ordine pubblico", rilevabili *ex officio iudicis*: Cons. Stato, sez. V, 13 maggio 1910, in Giur.it, 1910, III, p. 374; Cons. Stato, sez. IV, 28 ottobre 1904, III, c. 250.

[53] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 febbraio 2012, n. 792. Sul punto *amplius* M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, 2012; M. TIBERII, *La nullità e l'illecito. Contributo di diritto amministrativo*, Napoli, 2002, p. 135.

È interessante evidenziare sul punto che viene criticato l'uso dell'espressione difetto assoluto di attribuzione da: M.R. SPASIANO, *Art. 21-septies*, in N. Paolantonio-A. Police-A-Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2006, p. 565.

[54] F. G. SCOCA, *Esistenza, validita`ed efficacia degli atti amministrativi*, in *La nuova disciplina dell'attivita`amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, (a cura di) G. C. di San Luca, Torino, 2005, p. 170.

Di contrario avviso è L. MAZZAROLLI, che nell'articolo *Sulla disciplina della nullita` dei provvedimenti amministrativi*, in *Diritto processuale amministrativo* n. 3 del 2006 afferma che: "Può apparire un'affermazione un po' singolare, ma ritengo che si tratti di una lacuna che, a ben riflettere, può essere valutata non negativamente. La presenza di un elenco degli elementi essenziali porrebbe problemi non facili, quali quelli scaturenti dalla qualificazione del suo carattere: se dovesse cioè essere concepito come completo ed esaustivo o invece come meramente indicativo.

ISSN 2036-7821

Non avendo definito gli elementi essenziali di questa categoria, il legislatore si è esposto al pericolo di vedere del tutto inattuata la categoria in esame o, peggio ancora, vederla applicata sulla base di elementi essenziali di creazione pretoria, in grado di comminare la sanzione massima di invalidità senza che sussista il necessario supporto legislativo.

Relativamente al provvedimento nullo per difetto assoluto di attribuzione, è ampiamente condivisa l'opinione circa il fatto che in questa fattispecie rientrano sia i casi di "straripamento del potere" sia quelli di incompetenza assoluta[55]: tali fattispecie non si applicano alla violazione dell'obbligo di astensione del funzionario in conflitto di interessi.

Tanto è vero, il fine pubblico definisce di per sé il provvedimento amministrativo come esercizio del potere funzionalizzato che non può e non deve curare (o essere espressione di) interessi privati. L'interesse pubblico non è l'interesse del soggetto pubblica amministrazione (intesa sia come organo che come ufficio), ma uno degli interessi presenti nella società, che assumono la qualificazione pubblica, perché la legge li ha considerati prevalenti e (soltanto) affidati alla cura di una pubblica amministrazione.

Se, in concreto, viene meno l'interesse pubblico che dovrebbe orientare l'azione amministrativa, l'amministrazione – o il soggetto che agisce in sua vece – non può legittimamente esercitare il potere, né utilizzarlo per soddisfare interessi diversi da quelli previsti dalla norma attributiva della funzione; infatti, viene meno il fondamento stesso della legittimazione ad agire.

Tuttavia, secondo l'interpretazione divenuta maggioritaria, che si intende seguire, anche allorquando si faccia rientrare la violazione dell'art. 6-*bis* l. 241/1990 in una delle ipotesi in cui il potere non poteva essere esercitato in mancanza del presupposto, l'invalidità è e resta relativa[56].

Ciononostante, una parte della dottrina[57] ha evidenziato che la nullità potrebbe tornare *in auge* ove si consideri che il provvedimento sia viziato per difetto degli elementi essenziali, considerando a tal proposito l'interesse pubblico primario come tale. Non è mancato neppure chi[58], in ragione della formulazione piuttosto ecclettica dell'art. 21-*septies* della L. 241/90, ha ritenuto possibile configurare casi di nullità del

[55] Secondo la giurisprudenza "non rientra tra le ipotesi di nullità il caso di investitura formale poi caducata con effetto retroattivo", in quanto in tal caso va riconosciuta la validità del provvedimento adottato prima dell'annullamento dell'atto presupposto di nomina. V. Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2116 in *www.giustiziaamministrativa.it*.

[56] La tesi sulla nullità sostenuta da questa parte della dottrina era ispirata al pensiero di Vittorio Emanuele Orlando, che – prima della netta presa disposizione della giurisprudenza amministrativa sopra citata – aveva espresso l'opinione secondo cui la presenza ed il voto di un consigliere comunale comportasse di per sé la nullità dell'intera deliberazione, aldilà del fatto che tali fattori avessero o meno influito sulla decisione.

[57] S. VILLAMENA, *Il potere di sospensione amministrativa*, Torino, 2012, p. 36 e ss.

[58] S. VILLAMENA, *op. cit.*, p. 40 e ss.

ISSN 2036-7821

provvedimento amministrativo per violazione delle norme che custodiscono i principi giuridici ed etici fondamentali. Questa tesi – che va a creare una sorta di gerarchia tra norme, seppur in assenza di criteri uniformi - fa riferimento alle norme *ultra*-imperative, che potrebbero individuarsi in base al concetto di ordine pubblico.
In ogni caso, la disposizione sul conflitto di interessi (art. 6-*bis* cit.), pur essendo espressione dei principi fondamentali, che riguardano l'esercizio della funzione, non viene fatta rientrare tra le norme ultra-imperative. Le norme pubblicistiche – tra cui figura l'art 6-*bis* della L. 241/1990 – assumono un ruolo assiologico, in quanto esprimono una concezione dei valori che dovrebbero ispirare la legittimità, l'integrità e l'onesta della vita pubblica, nel suo più ampio significato. Sicché, non dovrebbe mai verificarsi una distinzione tra norma giuridica e concreta attitudine all'osservanza di essa da parte del dipendente pubblico, che è chiamato a conformare la sua condotta (o, forse, coscienza civica) alla realizzazione del bene comune.
Si può concludere che la violazione dell'art. 6-*bis* della L. 241/1990 non può essere ricondotta ad alcuna delle ipotesi di nullità previste dall'art. 21-*septies* della legge 241/1990.
Giunti a questo punto, resta ancora aperta la questione relativa alla qualificazione del vizio derivante da tale condotta[59].
Con riguardo all'annullabilità, la violazione della norma in esame è qualificata da alcuni come eccesso di potere, da altri come violazione di legge e altri, infine, la annoverano nell'incompetenza[60].
Va evidenziato che l'eccesso di potere inficia la causa dell'atto, come fissata dalla legge.
Nell'ambito del rapporto tra fattispecie reale ed astratta, spetta all'organo oggettivare il potere senza fuoriuscire dal perimetro della prescrizione legislativa; ove ciò non accada, il funzionario agente va a dare seguito ad un interesse diverso rispetto a

[59] Sull'annullabilità come regime ordinario del provvedimento amministrativo: A. CIOFFI, *Il problema di legittimità dell'atto amministrativo*, Padova, 2012, p. 178; B.G. MATTARELLA, *Il Provvedimento* in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo – Diritto amministrativo generale*, Tomo I, p. 10005; A. PIRAS, voce *Invalidità* (dir. amm), in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 608; F.G. SCOCA, *I vizi formali nel sistema delle invalidita` dei provvedimenti amministrativi*, in V. Parisio (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano 2004, p. 61.
Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2202, in *For. Amm.*, 2016, p. 1191.
[60] G. IUDICA, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, Torino, 2016, p. 58-60. L'autore evidenzia che, a suo avviso, la violazione dell'art. 6-*bis* può essere configurata come figura sintomatica dell'eccesso di potere, soltanto se viene accompagnata da un'effettiva disparità di trattamento o da una distorsione dell'interesse pubblico. Una posizione analoga era seguita da A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, X ed., Napoli, 1972, p. 336-337, il quale affermava: "… la sussistenza del conflitto di interessi personali tra soggetto preposto all'organo che abbia adottato il provvedimento e il soggetto colpito sfavorevolmente da questo vizia l'atto quando alla base sussistono adeguati motivi di interesse pubblico".
Sotto altro angolo visuale, F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, III ed., Padova, 1957 ora in *Scritti giuridici*, Vol. I, Milano, 2006, p. 500; E. LUBRANO, *Il conflitto di interessi nell'esercizio dell'attività amministrativa*, Torino, 2018, p. 163-164.

ISSN 2036-7821

quello protetto dalla norma attributiva del potere, sviando la causa dell'atto. Talvolta, può essere viziata piuttosto che la causa, direttamente la funzione, la quale è esplicata contravvenendo al principio gerarchico organizzativo.

A riguardo, la dottrina[61] ribadisce che è sintomo di eccesso di potere anche quel vizio che attiene alla relazione tra soggetto e potere-fattispecie reale, in quanto in essa si espleta un momento discrezionale del potere. Per esempio, è viziata la composizione di una commissione giudicatrice di un concorso, composta da persone in stato di inimicizia col concorrente; in una tale evenienza, l'atto non sarebbe viziato per incompetenza del collegio ma per eccesso di potere nella costituzione discrezionale del suo assetto soggettivo[62].

Uniforme appare la posizione dell'ANAC[63], che ha ribadito che la violazione *de quo* può costituire fonte di illegittimità del provvedimento conclusivo del procedimento per lo sviamento della funzione amministrativa.

Al contrario, una parte della dottrina - grazie al contributo della giurisprudenza - ha ricondotto nella sfera dell'annullabilità per incompetenza le violazioni della "misura dell'attribuzione"[64] nonché tutti i difetti dei requisiti soggettivi che abilitano il titolare dell'organo all'emanazione del provvedimento (*rectius*, i cd. vizi di legittimazione). Proprio all'interno dei vizi di incompetenza, è frequente il richiamo all'elusione delle norme sull'incompatibilità nell'esercizio della funzione o sulla mancata astensione obbligatoria del dipendente.

Questo non significa negare che l'art. 6-*bis* della L. 241/1990 abbia una valenza funzionale[65] ma, diversamente, significa valorizzare la centralità della funzione amministrativa non in relazione al risultato da raggiungere ma focalizzando l'attenzione su colui che agisce in luogo della p.a.; allorquando il funzionario versi in uno stato di incompatibilità, il potere dell'organo è inidoneo a trasformarsi in atto.

Quando il titolare dell'organo non si astiene o continua a far parte dell'organo, si genera una patologia del procedimento e non del provvedimento[66]: il vizio riguarda l'aspetto soggettivo e non quello oggettivo.

Da ultimo, per quanto attiene all'inquadramento della fattispecie nei termini della

---

[61] *Cfr.* G. D'ANGELO, *Conflitto di interessi ed esercizio della funzione amministrativa*, *cit.*, p. 156.

[62] F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, *cit.*, p. 500.

[63] Determina Anac 28 ottobre 2015, n. 12, in *www.Lexitalia.it;* Cfr. anche Anac, delib. n. 177/2020. Si veda anche: M. RICCI, *La prassi dell'Anac in materia di conflitti di interesse*, Napoli, Esi, 2019.

[64] È dunque possibile imputare gli effetti degli atti del dipendente direttamente all'amministrazione di appartenenza solo quando *"risulti che l'agire incriminato di questi sia strettamente strumentale al regolare e diligente adempimento dei compiti istituzionali di servizio" ovvero "vi sia coincidenza di posizioni e non si concreti invero un conflitto di interessi con l'amministrazione di appartenenza*" (Cons. Stato, sez. I, n. 1870/2019 in *www.giustiziaamministrativa.it*).

Si veda anche la sentenza del Tar Campania, Sez. VI, 13 novembre 2023 in *www.giustiziaamministrativa.it*.

[65] Tar Campania, sez. IV, 20 novembre 2006, n. 9983. *Cfr.* A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*, che parla dello "scopo generale dell'azione amministrativa complessivamente considerata: pervenire ad una decisione provvedimentale intrinsecamente legittima".

[66] A. CROSETTI, *Incompetenza (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1993, p. 206.

ISSN 2036-7821

violazione di legge, il conflitto di interessi più che una caratteristica dell'azione amministrativa appare un generico dovere di correttezza del soggetto agente, rinvenibile nel divieto di non aggravamento dell'*iter* procedimentale.

Il comportamento del funzionario pubblico è preordinato all'attuazione di un determinato valore di riferimento, che è rappresentato dall'interesse pubblico perseguito.

Secondo questa parte della letteratura[67], la contrarietà alla norma è tale da ledere interessi rilevanti ai fini della determinazione del contenuto del provvedimento ma questo aspetto non impedisce l'annullamento dell'atto neppure allorquando non sia riscontrabile un pregiudizio all'interesse pubblico tutelato. In verità, il prestigio del dipendente e quello dell'amministrazione trovano il loro punto di contatto nell'affermazione: "l'attività lavorativa non è fine a sé stessa, ma ha una duplice valenza positiva nei confronti del funzionario e nei confronti dell'ordinamento, per cui è conseguenza spontanea qualificarla come attività funzionalizzata, in considerazione della sua preordinazione al conseguimento di fini che trascendono l'ambito dell'interesse egoistico"[68].

Di contro, una parte della giurisprudenza amministrativa[69] ha espresso un orientamento che favorisce l'invalidità del provvedimento considerando i concreti effetti che il conflitto di interessi ha generato sull'atto. La valutazione circa l'invalidità del provvedimento deve essere sganciata dalla situazione di incompatibilità, sia essa concreta o astratta, al contrario deve assumere rilevanza il solo pregiudizio, che quel comportamento illegittimo ha generato.

La legittimazione del funzionario – definita da Mario Nigro come abilitazione della persona fisica a disporre degli interessi della persona giuridica[70] – prevede che questi non versi in una situazione di conflitto di interessi ma che orienti il suo agire al "risultato corretto".

Ne deriva che al centro della valutazione del giudice dovrebbe esserci non solo la conformità del provvedimento rispetto allo schema fissato dal precetto, quanto il pericolo derivante da uno sviamento dell'azione rispetto all'esercizio imparziale del potere.

Leggendo la norma in modo contrario, si finisce con il "de-quotare" i valori costituzionali a presidio del conflitto di interessi, mentre, rispetto ai valori costituzionali, non si può scindere l'azione del funzionario da quella dell'amministrazione: l'uguaglianza formale e sostanziale, la non discriminazione e

[67] S. VILLAMENA, *Il potere di sospensione amministrativa*, *op. ult. cit.*, p. 100 e ss.

[68] F. SICILIANO, *Conflitto di interessi e arte di amministrare*, *op. ult. cit*, p. 115 e ss. Sul tema, Cons. Stato, sez. v, 17 novembre 2014 n. 5618 e sez VI, 17 giugno 2014, n. 3049 in *www.giustiziaamministrativa.it*.

[69] Cons. Stato, sez. III, 26 marzo 2021, n. 2581 in www.giustiziaamministrativa.it.

[70] M. NIGRO, *Sulla legittimazione degli organi amministrativi contenziosi*, (nota a Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 1952, n. 65), in *Foro.it*, 1953, III, p. 74 ss.

ISSN 2036-7821

la parità di trattamento possono essere conseguiti soltanto se chi svolge una pubblica funzione persegue un interesse convergente rispetto a quello pubblico[71].
Resta da considerare il perimetro operativo dell'art. 21-*octies* della L. 241/90, che non stabilisce una correlazione automatica tra l'illegittimità dell'atto amministrativo e la sua annullabilità.
In effetti, nel caso di provvedimento vincolato sembra difficile pervenire automaticamente all'annullamento dell'atto finale, dato che occorre che vi sia una falsa applicazione della norma o risulti mancante un presupposto di fatto.
Nella sostanza, il contenuto del provvedimento non può causare trattamenti impari, ove corrisponda alla norma di legge e, seguendo questa chiave di lettura, le conseguenze dell'atto possono portare a parzialità ma non la sola sussistenza del conflitto di interessi.
Accogliendo una richiesta di annullamento di un provvedimento per mero conflitto statico, si finirebbe per accordare alla giurisdizione amministrativa connotazioni che vanno oltre gli interessi delle parti. In merito, la dottrina ha evidenziato che, nonostante l'obbligo di astensione sia correlato ad una regola di ordine pubblico, non può essere annullato il provvedimento, se in ogni caso non poteva assumere un contenuto diverso.
In questa direzione si finisce addirittura per innestare nell'art. 21- *octies* cit. finalità superiori, che vanno oltre gli interessi individuali, violando la riserva di legge di cui all'art. 113 comma 3 Cost.
Non si può di certo presumere che il provvedimento sia automaticamente annullabile in presenza di un conflitto di interessi: questo sintomo non può contagiare il provvedimento, in quanto ogni "eccesso" deve essere misurato in base agli effetti che l'atto può generare[72].
Forse non resta che domandarsi se far rientrare i provvedimenti assunti in violazione

[71] Sul punto M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione, op. ult. cit.* p. 55 e ss.: "In realtà, appare opportuno ricordare che, se è vero che la p.a., nella sua funzione di amministrazione attiva, risulta effettivamente portatrice di un interesse pubblico, tale interesse non è identificabile con quello dell'intera collettività, bensì attiene un interesse pubblico specifico, che rappresenta, al massimo, solo una categoria di cittadini. La titolarità di una simile posizione giuridica rende senza dubbio l'amministrazione legittimata a prendere delle scelte che – se effettuate sulla base di determinati presupposti – possono anche incidere negativamente ed autoritativamente su posizioni giuridiche private (da qui, del resto, la costruzione teorica della figura dell'interesse legittimo). Quando, tuttavia, l'operato della p.a. viene contestato e se ne nega la legittimità innanzi ad un giudice, la circostanza che l'amministrazione sia titolare di un determinato interesse pubblico proprio e non di un interesse generale fa si che il passaggio attraverso il "diaframma" dell'art. 111 Cost. depuri la p.a. del suo carattere "speciale", dovendosi considerare, dunque, assimilabile a qual- siasi parte privata. Una posizione differente, del resto, contrasterebbe con la stessa idea costitutiva di giurisdizione, laddove non si ha giudice se le parti non sono uguali, se le situazioni giuridiche che si affrontano nel processo non sono considerate di pari dignità". *Cfr.* anche F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, p. 389 ss.
[72] *Cfr.* G. D'ANGELO, *Conflitto di interessi ed esercizio della funzione amministrativa*, Torino, 2020, p. 150.

ISSN 2036-7821

della norma sul conflitto di interessi tra i vizi irrilevanti[73] potrebbe rispecchiare una chiave di lettura più tranquillizzante o se, invece, resta preferibile consentire all'amministrazione di continuare a rieditare il suo potere, in tutte le sue possibili flessioni.

I principi di conservazione e di economicità degli atti giuridici postulano che una buona amministrazione valuti, tramite un'adeguata ponderazione dei presupposti, la possibilità di mantenere in vita l'atto, ricorrendo al potere di autotutela eliminatoria o conservativa.

L'amministrazione incarna, in tal senso, un modello di azione[74] in grado di porre efficacemente rimedio ai propri errori, riflettendo sul proprio potere per la correzione dell'atto finale.

Secondo tale impostazione, proprio il richiamo alle "responsabilità" dovrebbe indurre l'amministrazione a preferire la conservazione dell'atto piuttosto che prediligerne la sua definitiva eliminazione, per ovviare alle conseguenze negative

---

[73] Di fatti, un atto amministrativo, oltre a poter essere invalido per illegittimità lo può essere anche per inopportunità, soprattutto quando contravviene alle regole della buona amministrazione; in tali casi, il vizio inficia il contenuto dell'atto nel suo insieme, o come si suol dire, inficia il merito del provvedimento. I vizi di inopportunità sono innominati, non rilevabili dal destinatario dell'atto ma solo dal suo autore: inevitabilmente, l'atto è sindacabile nei soli casi in cui la legge consente al giudice di esercitare un vaglio di merito. Tar Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 3 giugno 2021, n. 546; Tar Emilia-Romagna, Sez. I, 1° ottobre 2019, n. 743; Tar Lazio, Roma, Sez. III, 12 gennaio 2018, n. 392. Tar Campania, Sez. VI, 6 luglio 2021, n. 4642 in *www.giustiziaamministrativa.it*.

[74] Si riprende il pensiero espresso da M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, *op.ult. cit.* 57 e ss: "Ebbene, ciò premesso, appare chiaro come la funzione giustiziale della pubblica amministrazione debba trovare un proprio fondamento nella accezione interna del principio di imparzialità, e in particolare nella sua specifica manifestazione rappresentata dall'indipendenza. In tal senso, l'attività di risoluzione di una lite – intesa quale espressione del potere-dovere di autotutela contenziosa, così come precedentemente delineato – per essere realmente esercitata in funzione del solo interesse generale alla giustizia, deve necessariamente essere attribuita a soggetti pubblici diversi da quelli che esercitano la funzione di amministrazione attiva, soggetti, per l'appunto, da essi indipendenti.

Del resto, è possibile rinvenire una relazione tra principio di imparzialità e rispetto dei canoni di giustizia in opere di diversi autori, tra cui anche negli scritti di Allegretti, il quale, tuttavia, si limita a valorizzare tale legame nell'ambito dell'esercizio del potere decisionale, affermando che – nella ponderazione dei diversi interessi – l'amministrazione "posporrà alla giustizia il suo fine parziale, quando se ne delinei il contrasto". (U. ALLEGRETTI, *L'imparzialita` amministrativa*, Padova, 1965. Ma si veda anche ID., voce *Imparzialita` e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, p. 131 ss.; ID., *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996).

Alla luce delle considerazioni ora effettuate, l'amministrazione chiamata a risolvere un affare contenzioso tra un (diverso) soggetto pubblico ed un priva- to, pertanto, non solo deve agire nel rispetto della tradizionale accezione del principio di imparzialità (valutando in egual maniera i diversi interessi coinvolti, senza, tra l'altro, doverli comparare con un proprio interesse pubblico specifico che non sia quello alla giustizia), ma deve altresì essere strutturata in maniera da garantire l'assenza di pericoli di influenze esterne da parte di altri poteri pubblici. In altri termini, più che di amministrazione imparziale, in tale contesto sembra doversi parlare di amministrazione "neutrale". L'dea di una amministrazione che agisca in modo neutrale – che si ponga, cioè, in posizione di estraneità (indipendenza) ed indifferenza (imparzialità) rispetto alla materia ed agli interessi destinatari della funzione – pur essendo stata da alcuni definita «soltanto un mito», è stata oggetto di alcuni interessanti studi che ne hanno, invece, dimostrato la piena validità, sia teorica che pratica".

ISSN 2036-7821

che derivano proprio dall'emanazione di un atto invalido[75].
Esiste, dunque, rispetto alla caducazione dell'atto, una "preferenza di sistema" per il "riesame" del provvedimento[76].
L'amministrazione è chiamata a valutare se vi sia la possibilità di "salvare" l'atto illegittimo o, in alternativa, ove non sia possibile, sospenderne gli effetti in vista di una sua possibile modifica tramite un "annullamento parziale e limitato del procedimento", il cui vizio si riverbera sul provvedimento finale. La scelta di un modello non demolitorio ma conservativo del provvedimento si rinviene nei principi fondanti l'esercizio dell'azione amministrativa e, tra questi, quelli di economicità, di collaborazione e buona fede[77]. Le stesse "ragioni di interesse pubblico", identificate in questi principi, impongono il ricorso a mezzi salvifici dell'atto.

4. Il potere di convalida e la teorica del risultato.

Com'è emerso, l'art. 6-*bis* della L. 241/1990 non è un esempio di chiarezza, ma non è certo dando fuoco alle "polveri dell'invalidità" che si supera il problema. Per tale ragione, l'obiettivo del presente lavoro è proporre una prospettiva interpretativa che giustifichi la scelta conservativa del provvedimento, considerata più garantista non solo rispetto ai principi di efficienza, efficacia ed economicità ma, soprattutto, nei confronti del principio di certezza del diritto.
È necessario considerare la validità del provvedimento non richiamando "la teorica della legittimità" piuttosto la "teorica del risultato", che sposa una visione

[75] In tal senso espressamente, la sentenza del Tar Campania, Salerno, Sez. II, 05 gennaio 2021, n. 18 ove si legge «in omaggio al principio di conservazione dei valori giuridici, la giurisprudenza ha reputato illegittima la rimozione in autotutela di un titolo edilizio, se il Comune non abbia dedicato alcun passaggio motivazionale alla possibilità, non implausibile, di annullamento d'uffizio parziale al fine di contemperare le contrapposte esigenze recando il minore sacrificio possibile alla posizione giuridica del privato». Si veda anche Cons. Stato, Sez. IV, 30 settembre 2002, n. 4983. Mentre con riferimento ai piani urbanistici, si veda Cons. Stato, Sez. IV, 5 ottobre 1991, n. 775, *in Foro amm.*, 1991, 2551 in *www.giustiziaamministrativa.it.*

[76] A tal riguardo, cfr. B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, 1993, p. 404 e ss.; R. VILLATA, *L'atto amministrativo, in AA.VV., Diritto amministrativo,* Tomo II, Bologna, 1998, p. 1540; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in AA.VV., Trattato di Diritto Amministrativo, (a cura di) S. Cassese, Diritto Amministrativo parte generale, I, Milano, 2003, p. 939; M. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo,* Torino, 2017, II ed., p. 692 e ss. N. BERTI, *La modifica dei provvedimenti amministrativi*, Torino, 2022, p. 60.

[77] La giurisprudenza aveva già sostenuto che «in base al principio dell'economia dei mezzi giuridici, se l'amministrazione riscontra vizi nel *modus procedendi*, che non travolgono l'intero procedimento ma coinvolgono solo singole fasi, legittimamente può far ricorso alla regola cardine della conservazione degli atti validi e di conseguenza, può limitare l'esercizio dell'autotutela agli atti effettivamente incisi dalle accertate illegittimità` e, quindi, circoscrivere la rinnovazione del procedimento alle sole fasi viziate e a quelle successive, conservando l'efficacia dei precedenti atti legittimi del procedimento». Salvati gli atti non illegittimi, con la possibilità di ottenere l'emanazione in tempi brevi dei soli atti invalidi, si garantisce pertanto un risultato di stabilizzazione del rapporto giuridico amministrativo. Nell'ambito della giurisprudenza nazionale, *ex multis*, si richiamano Cons. Stato, Sez. V, 10 febbraio 2020 n. 1004; Cons. Stato, sez. III, 5 novembre, 2018 n. 6240; Tar Marche, Ancona, Sez. I, 14 giugno 2021, n. 485, in *www.giustizia-amministrativa.it.*
Si veda F. BENVENUTI, voce *Autotutela (Dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959.

ISSN 2036-7821

interpretativa antiformalistica.

In questo modo, accanto al criterio di validità tradizionale – basato sulla conformità/difformità di un atto rispetto alla norma – si pone un diverso parametro, che valuta la validità della decisione sull'adeguatezza o inadeguatezza dell'esercizio del potere rispetto al fine pubblico. Proprio il passaggio "da una legalità esecutiva ad una legalità teleologica, orientata al fine dell'agire giustamente e, dunque, da un'idea di decisione amministrativa interamente predeterminata dalla legge ad un'idea di decisione, forgiata sullo scopo di interesse pubblico"[78], comporta inevitabili conseguenze riguardo la validità del provvedimento amministrativo.

Nella logica della legalità, infatti, ogni violazione normativa determina l'annullabilità dell'atto amministrativo, senza che rilevi che sia stato soddisfatto l'interesse pubblico sotteso.

Il quadro muta quando si approda alla teorica del risultato, secondo cui per l'invalidità dell'atto non conta soltanto la deviazione dal modello legale di riferimento.

Accanto a tale vaglio di corrispondenza del provvedimento alla norma, occorre compiere un "giudizio sulla spettanza"[79]: se, nonostante la violazione della legge, sia stato raggiunto il risultato fissato dalle norme che indirizzano l'esercizio del potere amministrativo. In realtà, questo baratto tra legalità ed efficienza già si coglie nell'irregolarità, che, per sua natura, rappresenta una via di fuga dalla rigida formalizzazione del potere amministrativo.

Tuttavia, il mancato rispetto di una delle regole di formazione della decisione[80], che non abbia inciso sul contenuto dell'atto, rende l'atto idoneo a dispiegare i suoi effetti giuridici. E, in attuazione del principio di conservazione degli atti giuridici[81], è sicuramente innegabile l'importanza che assumono le forme di sanatoria dell'atto amministrativo tra cui, in particolare, la convalida[82].

---

[78] A. ROMEO, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi delle decisioni amministrative*, in *Dir. Proc. Amm*, n. 3/2018, p. 555.

[79] *Cfr.* A. ZITO, *La Nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo*, Napoli, 2021, p. 103 e ss.; M. TRIMARCHI, *Stabilita` del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 321 ss.

[80] A. TRAVI, voce *Decisione amministrativa*, in *Dig. dir. pubbl.*, IV, Torino, 1989, p. 130.

[81] Il punto di approdo di questo processo di efficientamento della macchina pubblica si è avuto con la positivizzazione dell'art. 21-*octies*, legge 241/1990, che ha il merito di aver mitigato la portata invalidante dei vizi di violazione di norme meramente formali o procedimentali, non incidenti sull'atto.

[82] Sulla convalida si registra lo studio risalente nel tempo compendiato nell'opera monografica di P. RAVA`, *La convalida degli atti amministrativi*, Padova, 1937.

Piu` di recente, sul tema della convalida e` stato pubblicato il lavoro monografico di B. ACCETTURA, *La convalida del provvedimento. Studio sull'inversione dell'interesse*, Napoli, 2023, p. 45 e ss.

Tra le voci enciclopediche che studiano l'istituto si vedano, tra gli Autori che se ne occupano direttamente, G. SANTANIELLO, *Convalida (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 503 e ss.; L. MAZZAROLLI, *Convalida dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988; mentre, tra gli altri Autori che analizzano la convalida in una prospettiva più generale e inserita a fianco di altre fattispecie, si vedano E. CANNADA BARTOLI, (voce) *Conferma (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 856 e ss.; G. GHETTI, *Conferma, convalida e sanatoria degli atti*

ISSN 2036-7821

Quest'ultima si inserisce nell'ambito del potere di riesame, rimuovendo le cause di illegittimità dell'atto di primo grado e, al contempo, consolidando gli effetti del provvedimento[83].

---

amministrativi, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1987, p. 347 e ss.; M. D'ORSOGNA, *Sanatoria del provvedimento amministrativo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. VI, Milano, 2006, p. 5406 e ss.

Nell'ambito di trattazioni più ampie su procedimento e provvedimento amministrativi, A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964, p. 351 362 e ss.; P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972; L. ACQUARONE, *Attivita` amministrativa e provvedimenti amministrativi*, Genova, 1988, p. 187 e ss.; B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, 1993, p. 404 e ss.; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Tomo II, Bologna, 1998, p. 1540; V. CERULLI IRELLI, *Convalida in corso di giudizio e tutela della pretesa sostanziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 6, p. 641 e ss.; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in AA.VV., *Trattato di Diritto Amministrativo*, (a cura di) S. Cassese, *Diritto Amministrativo parte generale*, I, Milano, 2003, p. 939; G. TROPEA, *La c.d. motivazione «successiva» tra attivita`di sanatoria e giudizio amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2003, fasc. 3, p. 531 e ss.; M. D'ORSOGNA, *Sanatoria del provvedimento amministrativo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. VI, Milano, 2006, p. 5406 e ss.; M. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Torino, 2017, p. 692 e ss.; sempre sul tema si possono inoltre citare, tra i molti, i contributi di G. MANNUCCI, *Della convalida del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2011, p. 201 e ss.; P. COTZA, *Dell'interesse pubblico e di altri incidenti nell'annullamento d'ufficio e nella convalida delle fattispecie precettive di diritto amministrativo*, Napoli, 2012; A. PRONTERA, *La convalida del provvedimento amministrativo. Spunti ricostruttivi*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1, p. 203 e ss.; V. ANTONELLI, *La convalida del provvedimento annullabile e la riforma della legge sul procedimento amministrativo*, in *Foro amm. CdS*, fasc. 7-8, 2005, p. 2214 e ss.; S. VASTA, *Convalida e vizi sostanziali: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. pubbl.*, 2014, p. 953 e ss.; F. COSTANTINO, *La convalida del provvedimento*, *cit.*, p. 897 e ss.; A.G. PIETROSANTI, *La convalida del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Princìpi e regole dell'azione amministrativa*, III ed., Milano, 2020, p. 501 e ss.; per un preliminare studio su alcuni caratteri della convalida, si rinvia a A. DI CAGNO, *Profili problematici del potere di convalida*, in *www.amministrativamente.com*, 2023, 1, p. 227 e ss.

Ben piu` numerosi appaiono gli scritti dedicati all'annullamento d'ufficio e alla revoca; *ex multis*: E. CANNADA BARTOLI, *Annullabilita` e annullamento*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958; G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, p. 206 ss.; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo, I, Annullamento e revoca tra posizioni "favorevoli" e interessi sopravvenuti*, Napoli, 1991; A. CORPACI, *Ritiro e rimozione del provvedimento amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, p. 477 e ss.; E. FERRARI, *Revoca nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, p. 333 e ss.; G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Dir. amm.*, 2002, fasc. 4, p. 689 e ss.; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; R. CHIEPPA, *Provvedimenti di secondo grado (dir. amm.)*, in *Enc. dir., Annali*, II, Tomo II, Milano, 2008, p. 910 e ss.; M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, (a cura di) F.G. Scoca, Torino, 2008, p. 329 e ss.; G. MANFREDI, *Doverosita`dell'annullamento vs. annullamento doveroso*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 316 e ss.; P. L. PORTALURI, *Note sull'autotutela dopo la l. n. 164/2014 (Qualche passo verso la doverosità?)*, in *Riv. giur. edil.*, 2014, 6, p. 21 e ss.; ID., *Il nuovo diritto procedimentale nella riforma della p.A.: l'autotutela (profili interni e comunitari)*, in *federalismi.it*, 2016; M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, p. 99 e ss.; C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 1175 e ss.; R. DE NICTOLIS, *L'autotutela provvedimentale di annullamento degli atti illegittimi tra principi costituzionali, regole e eccezioni*, in *www.sipotra.it*, 22 novembre 2017; F. FRANCARIO, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilita`degli effetti giuridici*, in *www.federalismi.it*, 2017; sul tema del legittimo affidamento del singolo anche in connessione con i poteri di riesame si veda F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; si vedano altresì F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, fasc. 5, p. 843 e ss.; M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in M. Renna-F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 159 e ss.; A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubb.*, 2018, 1, p. 121 e ss..

[83] Nell'ottica del risultato amministrativo, tale considerazione può essere applicata anche al caso in cui il funzionario, in conflitto di interessi – dopo aver condotto l'intera istruttoria – redige, sotto dettatura di terzi, il provvedimento finale del procedimento. Dunque, se l'*iter* procedimentale è corretto, il provvedimento invalido può essere sanato tramite una convalida senza doversi ripetere *ex novo* anche la fase istruttoria.

ISSN 2036-7821

Ciononostante, la struttura operativa della teorica del risultato impone un'analisi anche degli aspetti e delle conseguenze della convalida, con particolar riguardo l'ambito di applicazione e i vizi realmente sanabili.

Ebbene, la regola sulla non invalidazione di un atto per vizi formali o procedimentali induce a preferire esiti decisionali non diretti alla demolizione dell'atto ma, per l'appunto, alla sua eventuale sanatoria.

Nel perseguimento del fine pubblico, non si deve avere come obiettivo la caccia all'errore piuttosto serve valutare se il risultato costituisca parte sostanziale del provvedimento: l'annullamento di un atto illegittimo, viziato solo nella forma ma non nella sostanza, si rivela non solo inutile ma addirittura uno "spreco" per l'amministrazione.

Per definire i limiti operativi del riesercizio della funzione amministrativa, è indubbiamente necessario distinguere tra i vizi che derivano da uno scostamento rispetto all'interesse pubblico e all'obiettivo ad esso collegato (i cosiddetti vizi sostanziali), e quelli che invece dipendono dalla non conformità del provvedimento rispetto al modello previsto dalla legge (i cosiddetti vizi formali).

Tuttavia, se il vizio è di natura sostanziale, esso determina uno sviamento dell'atto rispetto alla funzione pubblica, configurandosi come eccesso di potere; in tal caso, il provvedimento non potrebbe essere corretto. La stessa conclusione si impone anche quando una determinata forma o prescrizione procedimentale assume valore sostanziale, in quanto posta a tutela di interessi o valori indisponibili.

Al contrario, si considera formale — e quindi sanabile — il vizio che può essere rimosso senza alterare l'impianto precettivo dell'atto. Bisogna valutare caso per caso se il vizio abbia effettivamente inciso sulla volontà amministrativa già formatasi[84].

Ma, per individuare con maggior certezza i vizi che si possono convalidare, è utile comprendere prima quali siano i limiti del potere di riesame con effetto sanante.

Una prima limitazione all'utilizzabilità dell'istituto della convalida si riscontra nell'ipotesi in cui manchi un atto endoprocedimentale.

In tale circostanza, l'amministrazione non è legittimata a correggere il vizio del provvedimento attraverso gli ordinari strumenti di riesame, in quanto l'adozione dell'atto mancante rientra nella competenza di un soggetto estraneo all'amministrazione procedente. Peraltro, anche qualora tale atto sopravvenga successivamente, non si potrà propriamente parlare di convalida, ma, semmai, di una sanatoria in senso stretto.

Nell'ambito dell'analisi dei vizi non sanabili mediante convalida, rientra anche il caso dell'assenza — originaria o sopravvenuta — dei presupposti necessari per l'adozione del provvedimento. In simili circostanze, l'atto viziato non può essere mantenuto, poiché i fatti e le motivazioni giuridiche su cui dovrebbe basarsi

[84] Tar Campania, sez. V, 9 giugno 2021, n. 3909 in *www.giustiziaamministrativa.it*.

ISSN 2036-7821

risultano, se non del tutto inesistenti, comunque estranei alla sfera di disponibilità dell'amministrazione procedente[85].

Spostando l'indagine verso quanto di maggiore interesse, va sottolineato che in un altro gruppo si inseriscono quegli atti viziati sul piano della struttura e della funzione del potere e non sanabili con provvedimento di riesame conservativo. La sanatoria non può decretare una modifica del contenuto necessario del provvedimento e, di conseguenza, ne deriva che la convalida è esclusa per l'atto di primo grado, che risulta viziato per sviamento di potere o per disparità di trattamento.

La valutazione circa l'incidenza del vizio da sanare rispetto al contenuto dispositivo dell'atto spetterà soltanto all'amministrazione che, nell'opportuna sede, è tenuta a considerare se la sostanza del provvedimento di primo grado non è alterata, stante la sua rispondenza all'interesse pubblico sotteso. Diversamente, quindi, ove in seguito ad un'attività di riesame, diretta all'eliminazione del vizio di legittimità, l'atto dovesse avere un contenuto dispositivo diverso non si sarebbe più in presenza di una causa di invalidità convalidabile, ma di correzione del vizio sostanziale.

Si potrebbe restringere il campo applicativo della convalida ai soli vizi formali, escludendo quelli sostanziali, la cui correzione comporterebbe una modifica del contenuto precettivo, essenziale o accessorio, dell'atto ovvero un esito decisionale non compatibile.

Ad avviso di chi scrive, tuttavia, la verifica della convalidabilità di un vizio di legittimità deve essere fatta in concreto, valutando con riguardo al singolo caso di specie se residuino tutti i presupposti per l'esercizio del potere, che ha legittimato l'amministrazione all'adozione del provvedimento di primo grado.

Questa soluzione considera il ruolo svolto dall'elemento viziante rispetto al processo decisionale, che deve essere inteso come sostanziale o formale in base al suo impatto sulla determinazione finale.

Anche laddove lo studioso tenti di approcciare il tema sotto il profilo più propriamente civilistico, la descritta dicotomia tra forma e sostanza riemerge.

Infatti, il quadro normativo civilistico, parimenti privo di una definizione formale di conflitto di interessi, mostra una forte coerenza sistemica e offre anch'esso una lettura sostanzialistica dell'istituto in esame, fondata sulla concreta protezione dell'interesse leso.

Infatti, l'accertamento dell'incompatibilità non necessariamente travolge l'attività pregressa o gli atti giuridici posti in essere dal soggetto in conflitto di interessi: serve verificare il margine di compatibilità tra la posizione del soggetto agente e l'attività effettivamente svolta in relazione agli interessi perseguiti e alle relative modalità di realizzazione.

[85] Ancora sul tema B. ACCETTURA, *op. cit.*, p. 150. Si pensi, ancora, fra le altre, all'ipotesi in cui la convalida è esclusa per l'assenza dell'urgenza che avrebbe giustificato l'adozione di un provvedimento con finalità cautelari.

ISSN 2036-7821

Si pensi alla norma dedicata alla figura del contratto con sé stesso (art. 1395 c.c.)[86]. Come noto, essa prevede che "è annullabile il contratto che il rappresentante conclude con sé stesso, in proprio o come rappresentante di un'altra parte, a meno che il rappresentato lo abbia autorizzato specificamente ovvero il contenuto del contratto sia determinato in modo da escludere la possibilità di conflitto d'interessi. L'impugnazione può essere proposta soltanto dal rappresentato"[87].

Questa ipotesi, benché eccezionale, rappresenta una delle più rilevanti manifestazioni del conflitto di interessi in senso diretto, in quanto il medesimo soggetto assume contemporaneamente le vesti di entrambe le parti del contratto. La disciplina siede su una presunzione legale di conflitto, superabile solo in presenza di due condizioni alternative: un'autorizzazione preventiva e specifica del rappresentato e la predeterminazione oggettiva del contenuto del contratto in modo da escludere ogni margine discrezionale in capo al rappresentante[88].

In assenza di tali elementi, l'atto è soggetto ad annullabilità, non a nullità, poiché in gioco vi è un interesse privato, e la legittimazione ad agire spetta esclusivamente al rappresentato[89].

A questa ipotesi si affianca quella del conflitto di interessi indiretto, disciplinata dall'art. 1394 c.c., che si configura quando il rappresentante, pur agendo formalmente nei limiti del potere conferitogli, persegue un interesse personale o di un terzo, in contrasto con quello del rappresentato. In tal caso, la legge stabilisce l'annullabilità del contratto, salvo ratifica da parte del rappresentato[90].

Si tratta, come è stato efficacemente osservato in dottrina, di un vizio che incide sulla causa dell'attività sostitutiva; giacché l'atto negoziale, pur validamente formato sotto il profilo formale, risulta ispirato da un interesse estraneo alla sfera del rappresentato e potenzialmente lesivo della sua posizione giuridica soggettiva.

Anche in questa evenienza l'ordinamento prevede un meccanismo correttivo attraverso la possibilità di ratifica, valorizzando l'autonomia decisionale del soggetto leso e offrendo una tutela graduata e proporzionata alla gravità del vizio[91].

---

[86] F. MESSINEO, *Contratto con sé stesso*, voce in Enc. Del dir., Milano, 1962, X, p. 210-211. Si veda anche: C. DONISI, *Il contratto con sé stesso*, Napoli, 1982, p. 153

[87] Sul distinguo, sono significative: Cass. 9 aprile 1975, n. 1310; Cass., 1° aprile 1977, n. 1233 in *Foro.it*, 1977, p. 2721; Cass., 27 marzo 1979, n. 1789 in *www.cortedicassazione.it*

[88] Cass. Civile, Sez. II, ordinanza n. 11439, 8 aprile 2022 in *www.cortedicassazione.it.*

[89] M. PARADISO, *Istituzioni di diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 405; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 96 ss.

[90] F. MESSINEO, *Contratto con sé stesso*, voce in *Enc. Del dir*., Milano, 1962, X, p. 210-211. Si veda anche: C. DONISI, Il contratto con sé stesso, Napoli, 1982, p. 153

[91] M.C. DIENER, *Il contratto in generale*, dalle lezioni di G. Capozzi, 2002, p. 605. L'autrice evidenzia che nodo da sciogliere resta quello della verifica dell'annullabilità di un contratto che, seppur stipulato da un rappresentante in un'astratta situazione fattuale di conflitto, abbia un contenuto pienamente satisfattivo dei bisogni e delle esigenze del rappresentato o, comunque, sia congegnato in modo tale che, nonostante sia rilevabile

ISSN 2036-7821

A ben vedere, pure il diritto amministrativo, al pari di quello civile, si sta orientando verso una valutazione sostanziale degli atti, privilegiando l'effettività dei risultati piuttosto che il rispetto formale delle regole. In altre parole, si adottano soluzioni – come la convalida – che permettono di sanare i vizi non essenziali del provvedimento, allorquando sia garantita la tutela concreta del pubblico interesse.
Si potrebbe pertanto ipotizzare una sorta di comune tendenza a non considerare il conflitto di interessi come causa automatica di nullità, ma come motivo di annullabilità da valutare in relazione al concreto pregiudizio arrecato all'interesse che si intende proteggere[92].
Tuttavia, se nel diritto privato l'atto di ratifica è frutto di "un comportamento volontario" riconducibile all'autodeterminazione del privato, nel diritto amministrativo il provvedimento di convalida è espressione di un'operazione di "autotutela spontanea"[93] che si concreta nel bilanciamento tra diversi interessi pubblici e privati, finalizzato a correggere vizi formali senza compromettere la funzionalità e l'efficacia dell'azione amministrativa[94].
Da tale parallelismo non emerge una regola di corrispondenza biunivoca tra il conflitto d'interessi (ancor più se potenziale o, addirittura, apparente) ed invalidità del singolo atto, bensì una crescente preferenza per la conservazione degli effetti dell'atto[95].
E, proprio questa comune tendenza alla conservazione degli effetti dell'atto, anche in presenza di situazioni di conflitto d'interessi non manifeste o potenziali, rafforza l'esigenza di una lettura unitaria dell'ordinamento giuridico, che permetta di attingere in modo integrato agli strumenti offerti dalle diverse branche del diritto, adattandoli al caso concreto da negoziare, da amministrare o da giudicare.
Ancora di più, però, la citata tendenza conferma quanto sia opportuna soprattutto

---

oggettivamente un interesse del rappresentante, esso è convergente e non incompatibile rispetto all'interesse del rappresentato.

[92] A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1973; ID., *L'eguaglianza giuridica nei rapporti interprivati*, in *Foro it.*, 1992, I, p. 1526; ID., *Principi di legalità, imparzialità, efficienza*, in *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, (a cura di) L. Lanfranchi, Roma, 1997, p. 191 ss.

[93] F. BENVENUTI, *Autotutela (Diritto amministrativo)*, Scritti giuridici, Volume II, 2006, p. 1793.

[94] Sicché nel diritto privato vi è un solo antagonista che opera come limite esterno: il principio di autonomia che muove anche la legalità del negozio giuridico; nel diritto amministrativo invece gli interlocutori restano sempre due: il Parlamento e i cittadini B. G. MATTARELLA, *Conflitto di interessi quello che le norme non dicono, in Giornale di diritto amministrativo, 2004, p. 1281*.

[95] L'assenza di una disciplina normativa chiara nella legge sul procedimento amministrativo rende necessario il ricorso a rimedi che oltrepassino i confini tradizionali del diritto amministrativo. Tuttavia, proprio per la sua natura aperta e in costante evoluzione, questo ambito giuridico si confronta frequentemente con altri settori dell'ordinamento, in particolare con il diritto civile. Quest'ultimo, grazie alla sua struttura sistematica e all'elaborazione di categorie concettuali consolidate, offre strumenti — come la ratifica — che si sono rivelati efficaci nella gestione del conflitto di interessi. Tali strumenti mostrano come anche nel procedimento amministrativo sia possibile disinnescare l'impatto distorsivo del conflitto attraverso meccanismi di riesame dell'atto.

ISSN 2036-7821

nel diritto amministrativo il ricorso al potere di riesame.

Chiarito così l'apporto che si può trarre dall'esame multidisciplinare sul conflitto di interessi, resta da interrogarsi su un punto cruciale: se e a quali condizioni un atto adottato in violazione dell'obbligo di astensione del funzionario possa essere oggetto di convalida[96].

Pertanto, serve adottare una visione unitaria del sistema giuridico, riconoscendo che gli strumenti dei due ambiti vanno utilizzati, comparati e talvolta integrati, in base alle esigenze concrete della situazione da affrontare: sia essa da negoziare, amministrare o giudicare[97].

Chiarito così l'apporto che il diritto civile può offrire, occorre domandarsi se un atto adottato in violazione dell'obbligo di astensione del funzionario possa essere oggetto di convalida.

---

[96] Il diritto civile disciplina variegate ipotesi di conflitto di interessi mediante una serie di norme.

In particolare, nella volontaria giurisdizione, sono state considerate diverse ed ulteriori ipotesi di conflitto di interessi, che vengono risolte tramite il ricorso ad un soggetto terzo: il curatore speciale, talvolta con funzione assistenziali e, in altre evenienze, con poteri rappresentativi. Questi viene nominato dal giudice tutelare e, una volta nominato, dovrà egli stesso valutare la necessità o utilità dell'atto e richiedere l'autorizzazione ulteriore. Unica eccezione a tale regola del caso è data dalla nomina del curatore speciale *ex* art. 321 cod. civ. in quanto la nomina giudiziale si accompagna alla sua contestuale autorizzazione. Sulla base di quanto premesso, rileva sottolineare che non sempre il legislatore ha disciplinato il conflitto di interessi, determinandone anche le sue conseguenze giuridiche, soprattutto in materia di volontaria giurisdizione. Tuttavia, tramite le ipotesi espressamente previste, la dottrina ha tratto un principio generale in virtù del quale quando sorge un conflitto di interessi tra il titolare di un ufficio di diritto privato e il patrimonio amministrato, la funzione resta sospesa limitatamente all'atto per cui vi è conflitto. Per superarlo, occorre far ricorso all'autorità giudiziaria che deve nominare un curatore speciale il quale, a sua volta, va autorizzato tramite decreto alla conclusione del negozio in questione.

[97] P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Milano, 2018. Ancor più interessanti le considerazioni di V. ROPPO, *Parole introduttive*, in *Il diritto civile, e gli altri. Atti del Convegno, Roma, 2-3 dicembre 2011*, (a cura di) V. Roppo e P. Sirena, Milano, 2013, 1. *Graecia capta ferum victorem cepit, et artes intulit agresti Latio*".

"*Viviamo tempi strani: tempi in cui ci sorprendiamo a lamentarci di una cosa, ma insieme della cosa (almeno apparentemente) contraria. Per dire: non abbiamo simpatia per la globalizzazione, e tuttavia deploriamo la frammentazione, le separatezze; aborriamo il pensiero unico, ma neppure ci piace la dispersione parcellizzata dei saperi. Questa è una condizione generale che non risparmia il giurista, preso anche lui nella tenaglia fra unità e pluralità: l'unità dell'ordinamento giuridico, e del sapere giuridico; la pluralità dei livelli e degli ambiti specifici in cui si articolano la realtà del diritto e la scienza che lo studia. Unità e pluralità: entrambe un po' temute e un po' agognate; un po' cercate e un po' respinte. Come uscirne? Come allontanarsi dal bordo di questa schizofrenia? … Come trovare un bandolo?*". Continua ancora affermando: "Potremmo essere tentati di trasferire questa relazione dialettica sul piano dell'interazione fra diritto civile e diritto amministrativo, e domandarci, un po' per gioco: a quale, fra i due diritti, spetta il ruolo della civiltà romana (quella che ha vinto sul piano politico-militare), a quale il ruolo della civiltà greca (quella che ha vinto sul piano culturale)? Chi ha catturato chi, e come? È il diritto civile che ha conquistato il diritto amministrativo, o al contrario è il diritto amministrativo ad essersi impossessato del diritto civile colonizzandolo? Sarebbero domande oziose. In una prospettiva di ampio respiro, che superi la dicotomia fra dimensione culturale e dimensione politico-militare, fra Grecia e Roma non c'è un vincitore e un vinto. Hanno vinto entrambe, perché entrambe hanno concorso a creare un superiore livello di civiltà umana. Vale lo stesso, mi pare, per il tema di oggi. Se ci collochiamo in una prospettiva frammentata, atomistica, focalizzata su singoli settori o problemi si può forse vedere una prevalenza: ora del diritto civile, ora del diritto amministrativo. Ma se sì ci colloca in una prospettiva globale, le prevalenze settoriali si stemperano dentro questo complessivo diritto comune a cui entrambe le componenti concorrono in modo fecondo: senza primati, senza gerarchie".

ISSN 2036-7821

Per rispondere all'interrogativo, anzitutto, va richiamato l'art. 21-*nonies*, comma secondo, della L. 241/1990 che, riferendosi al "provvedimento annullabile" legittima un'interpretazione estensiva della norma, tale da ritenere compatibile la convalida con qualsivoglia vizio di legittimità. Questa disposizione esclude la rilevanza invalidante dei vizi formali e procedimentali, dando prevalenza in sostanza al "ciò che si è deciso" piuttosto che al "come si è deciso"[98].

La norma si inserisce nel processo di riorganizzazione del giudizio amministrativo, volto a liberarlo dalle rigide limitazioni della tradizione al fine di andare oltre l'atto e spingersi al cuore del rapporto sottostante; tale cambiamento di prospettiva si collega all'attuazione concreta del principio costituzionale del buon andamento e alla crescente necessità di superare la visione formale del principio di legalità.

In tal senso, la norma dell'art. 21-*octies*, secondo comma, della L. 241/1990 ha il compito di privilegiare la sostanza sulla forma, determinando in anticipo che, quando si tratta di bilanciare il raggiungimento dello scopo e il rispetto della legalità formale, prevalga il primo.

La logica dell'irrilevanza del cd. vizio formale si basa sulla necessità di considerare che, seppur in astratto l'invalidità dell'atto sussista, essa è irrilevante in concreto per l'univocità del risultato: il contenuto dell'atto non avrebbe potuto essere diverso[99].

Un tale approccio incide sull'effettività della tutela per il privato, perché, se l'amministrazione ha correttamente agito fin dall'inizio, il cittadino non può comunque ottenere un risultato diverso tramite una pronuncia giurisdizionale.

In passato, la giurisprudenza amministrativa ha escluso che il mancato rispetto delle formalità legali comporti sempre l'annullamento del provvedimento, trattando il vizio come semplice irregolarità. L'approccio dell'art. 21-*octies* della L. 241/1990 è diverso: se l'amministrazione ha comunque raggiunto il risultato previsto dalla legge, anche in caso di violazione di obblighi formali, il provvedimento è legittimo, grazie ad una sorta di "scudo amministrativo".

La teoria che consente di dare priorità al raggiungimento dell'obiettivo deve essere limitata a casi specifici, in cui l'effettiva tutela dei diritti del privato non venga sacrificata a favore della conservazione dell'attività amministrativa già svolta.

---

[98] B. ACCETTURA, *op. cit,* p. 160 e ss.

[99] Con riferimento alla dicotomia legalità-risultato *cfr.* M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, **in** www.ius-publicum.com, **2011, 33, ove precisa "***Risolta la dicotomia prospettata dall'inaccettabile baratto legalità-efficienza, si è addivenuti infatti ad un concetto di "buona amministrazione" che è qualcosa di ben diverso dal perseguimento "a tutti i costi" di un risultato celere ed economicamente vantaggioso, che ha invece piuttosto a che fare con il grado di soddisfazione del cittadino-utente (o come si suole ormai affermare con una terminologia diversa ma equivalente con la "qualità della prestazione"), stante la prioritaria e insopprimibile esigenza dell'amministrazione di tutela di diritti, di situazioni giuridiche soggettive - a cominciare dalle più deboli - di concreti beni della vita, di imparzialità e di* trasparenza".

Nel passo evidenziato l'A. cita F. LEDDA, ***Dal principio di legalità al principio d'infallibilità dell'amministrazione***, in ***Foro amm.***, 1997, p. 3303 ss. e M.R. SPASIANO, ***Funzione amministrativa e legalità di risultato***, Torino, Giappichelli, 2003, p. 274.

ISSN 2036-7821

A riguardo, va ribadito che: "le energie dell'azione pubblica non vadano, entro i limiti consentiti dal sistema, disperse, là dove possono invece venire senza pregiudizio risparmiate"[100]. In tal caso, l'amministrazione dove motivare, in modo rafforzato, le ragioni poste a sostegno della convalida, per dimostrare come si possano confermare gli effetti dell'atto originario e sanare al contempo il vizio del procedimento[101].

La convalida sana l'irregolarità procedurale o formale, senza compromettere il contenuto dell'atto, garantendo al più che l'atto possa essere ritenuto valido retroattivamente, senza invalidare l'intero procedimento amministrativo. Al contrario, non pare possibile convalidare un vizio del provvedimento, che genera disparità di trattamento o, ancora, sviamento di potere, travisamento dei fatti o, in ultimo, difetto di istruttoria per mancata acquisizione di fatti decisivi.

Una scelta di questo tipo sarebbe contraria ai canoni di logicità, giustizia, imparzialità e proporzionalità e, di conseguenza, risulterebbe difficile ammetterne una convalida, dato che l'atto originario non persegue l'interesse pubblico; di conseguenza, non si comprende come possa arrivare a perseguire quest'interesse attraverso il solo atto di convalida, che non potrebbe correggere la deviazione dell'atto rispetto al fine pubblico senza modificarne del tutto il contenuto del provvedimento originario[102].

Nella riflessione sulla possibilità di convalidare un atto, adottato da un funzionario in violazione dell'obbligo di astensione previsto dall'art. 6-*bis* della legge n. 241/1990, è interessante inserire un breve parallelismo sulla sanabilità del "vizio di motivazione".

In proposito, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale si concentra sulla qualificazione della motivazione come elemento formale o sostanziale del provvedimento amministrativo.

Sotto un primo profilo, la motivazione è intesa come mera esternazione dei presupposti di fatto e di diritto posti a fondamento della decisione, assumendo così una valenza essenzialmente formale. In quest'ottica, il vizio consisterebbe in una "carenza espositiva", sanabile mediante successiva integrazione.

Sotto altro profilo, tuttavia, la motivazione assurge a componente sostanziale

---

[100] A.M. SANDULLI, ***Il procedimento amministrativo***, Milano, 1940, consultato nella ristampa inalterata del 1964, p. 351.

[101] **Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385 in *www.giustiziaamministrativa.it*.**

[102] Bisognerebbe interrogarsi se, nelle ipotesi mancata astensione del funzionario, potrebbe ritersi parimenti idonea la conferma propria, quale strumento di sanatoria del provvedimento, adottato in conflitto di interessi, poiché essa presuppone l'apertura formale di un nuovo procedimento, un'ulteriore istruttoria e una nuova valutazione degli interessi già considerati in precedenza, verificando la legittimità (o l'opportunità) del precedente provvedimento sfavorevole per destinatario ovvero la necessità di modificarne o meno il contenuto. Del resto, **soltanto con la conferma si avrebbe "un emendamento", seppur con effetti *ex nunc*, dell'intero *iter* procedurale e una rivalutazione dei vari interessi sottesi.**

ISSN 2036-7821

dell'atto e della correttezza dell'*iter* logico-decisionale seguito dall'amministrazione.
Ne deriva che, qualora l'insufficienza motivazionale si traduca in un vizio sostanziale[103], l'atto risulta insanabile, con conseguente necessità di annullamento. Diversamente, ove "la carenza della motivazione equivalga unicamente ad una insufficienza del discorso giustificativo-formale, ovvero al non corretto riepilogo della decisione presa, si è di fronte ad un vizio formale dell'atto e non della funzione" [104], l'amministrazione potrà procedere alla convalida del provvedimento, integrando la motivazione sulla base delle risultanze istruttorie già acquisite, purché non si alteri la sostanza della decisione originaria[105]. In assoluto, non dovrebbero porsi ostacoli alla convalida del vizio di motivazione anche in ossequio a quanto prescrive l'art. 21-*nonies*, comma secondo, della L. 241/90, che non esclude la sua operatività con riferimento a questo vizio specifico.
La convalida, o meglio l'autotutela conservativa, assicura una maggiore stabilità agli effetti già prodotti da un atto, confermando la scelta ed il risultato amministrativo già esistente. Gli strumenti di conservazione dell'attività amministrativa, tra i quali la convalida si pone, risultano applicativi dei principi di buona fede, affidamento nell'esercizio del potere e di buon andamento.
Tali principi orientano ormai l'esercizio del potere e consentono di salvaguardare gli esiti dell'attività amministrativa, non disperdendone i frutti e i risultati, anche nel

[103] Spunti in tal senso si traggono, sia pure nel diverso contesto della c.d. fiscalizzazione dell'abuso edilizio, nella decisione dell'Adunanza Plenaria del Cons. Stato n. 17 del 2020 in *www.giustiziaamministrativa.it*

[104] Così Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385 in *www.giustiziaamministrativa.it*. In dottrina, merita esser richiamato lo scritto di: A. DI CAGNO, *Contributo allo studio del potere di convalida*, Torino, 2024, p. 262 e ss.

[105] Cfr. Cons. Stato, sentenza n. 1321 del 2019. Va precisato che ormai la convalida può essere adottata anche se pende già l'impugnativa dell'atto da convalidare. In tal caso, l'interessato, con motivi aggiunti, può domandare, sia l'annullamento dell'atto di convalida perché autonomamente viziato – contestandone quindi la stessa ammissibilità – ovvero parimenti l'annullamento dell'atto come convalidato, adducendone la persistente illegittimità. Se ne deduce che, anche un provvedimento che, su un fronte solo formale, risulti non motivato o scarsamente motivato, può essere legittimo sul piano sostanziale, rappresentando il risultato di un corretto esercizio del potere. Aderendo, dunque, ad una qualificazione della motivazione in senso funzionale, ciò che conta non è l'aspetto formale ma l'effettiva esistenza delle ragioni oggettive che giustificano il provvedimento. In virtù della esposta prospettiva, il vizio di motivazione (sia essa carente, omessa, illogica) può addirittura non essere decisivo ai fini dell'annullamento del provvedimento, ove il giudice ricavi la bontà della decisione *aliunde*, tramite altri atti acquisiti in giudizio.
Per quanto attiene, invece, alla emendabilità, tramite l'atto di convalida, del vizio di motivazione nel corso di un giudizio già instaurato per il suo annullamento, prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo si riteneva che ciò fosse precluso in ragione delle preminenti garanzie predisposte a tutela del cittadino leso dal provvedimento e del suo diritto ad ottenere una decisione di annullamento del provvedimento viziato.
In questo senso Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385 in *www.giustiziaamministrativa.it*: "L'ammissibilità, nei limiti anzidetti, di una motivazione successiva non comporta una "dequotazione" dell'obbligo motivazionale, sussistendo adeguati disincentivi alla sua inosservanza: sul piano individuale, perché restano ferme le ricadute negative sulla valutazione della performance del funzionario; sul piano processuale, in quanto il giudice potrà accollare (in tutto o in parte) le spese di lite all'Amministrazione che (pur non soccombente, cionondimeno) abbia con il suo comportamento dato scaturigine alla controversia".

ISSN 2036-7821

caso in cui la funzione venga svolta da un soggetto privo della legittima sfera di attribuzione.

Nonostante la ridotta attenzione al fenomeno della convalida, si dimostra che l'attività dell'amministrazione e il suo rapporto con il risultato deve essere fondato, allo stato, su regole di conservazione dell'atto amministrativo, optando per un annullamento demolitorio soltanto ove sia impossibile la stabilizzazione o il consolidamento del rapporto giuridico amministrativo. Peraltro, proprio in riferimento al fenomeno del conflitto di interessi, guardando al provvedimento amministrativo come ad un comportamento funzionalizzato ad un determinato volere, la validità va perimetrata proprio in base alla coerenza di tale comportamento rispetto al fine. E se, in concreto, è stato perseguito un determinato interesse pubblico, nonostante il conflitto, non pare potersi imporre l'annullamento del provvedimento.

Al contrario, pur riconoscendo che la violazione di una norma possa compromettere interessi fondamentali nella determinazione del contenuto del provvedimento, si può affermare che anche, in tal caso, non bisogna ricorrere automaticamente all'annullabilità dell'atto. Questo perché esistono diverse tipologie di invalidità che, a causa della distinzione tra validità ed efficacia, impediscono l'annullamento di un atto amministrativo che, pur invalido in astratto, non va in concreto annullato.

Il conflitto d'interessi, dunque, è una cartina di tornasole per capire ancora meglio la crisi del principio di legalità. Secondo la logica della teorica del risultato[106], ogni vizio, compreso quello di violazione di legge, deve essere ridimensionato, abbandonando l'esasperato formalismo della legalità, attraverso una verifica successiva dell'attuazione concreta dell'interesse pubblico. In particolare, il legame tra norma e interesse va considerato solo quando si guarda al provvedimento nella sua vera natura, cioè alla decisione presa dall'organo competente. Soltanto in questo modo, si sottolinea che l'attività amministrativa è un impegno concreto a tutela dell'interesse pubblico; di certo, non è corretto applicare in modo esteso la regola che rende nullo o annullabile un atto adottato in violazione del dovere di astensione.

A migliorare l'efficienza amministrativa non bastano gli auspicati sforzi di perimetrazione della patologia ma, con ogni probabilità, una reale "soluzione del problema del formalismo amministrativo che scinda nettamente profilo sostanziale e profilo formale dalla legalità dovrebbe contemplare dei meccanismi di controllo a presidio della "legalità delle regole"[107].

---

[106] A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in Scritti in onore di Elio Casetta, Napoli, 2001, p. 813 ss.; ID., *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, in *Riv. Dir. amm.*, 1, 2007, 63, ss.; ID., *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*, in AA.VV., Principio di legalità e amministrazione di risultati, *cit.*, p. 1.

[107] Si riporta espressamente A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993, p. 30.

ISSN 2036-7821

Soltanto il riesercizio del potere ha il merito di salvaguardare lo spazio decisionale, che può essere vitale nella logica della tutela dell'interesse pubblico e della salvaguardia di una riserva di amministrazione rispetto al potere giurisdizionale.
Il giudice, dal canto suo, non è chiamato a curare l'interesse pubblico mentre, al contrario, l'amministrazione, quando convalida un atto, verifica se sussistono le ragioni di pubblico interesse per poterlo fare. In quest'ottica, il potere di riesame evita che il procedimento sia riaperto in una sede impropria, quale quella processuale, garantendo che l'atto amministrativo venga rivisto nella sua reale dimora.
La convalida è, dunque, una valvola di sicurezza, che non comprime il diritto di difesa del singolo perché l'originaria illegittimità dell'atto è rimediata dal provvedimento di secondo grado. Ciononostante, il privato potrebbe sempre tutelare le sue ragioni, impugnando l'atto di convalida e chiedendo il risarcimento dei danni derivanti dall'atto sanato.
Il procedimento amministrativo non può mai essere concepito come un meccanismo rigido e concluso, ma come un processo aperto all'adattamento e alla revisione, capace di accogliere interventi correttivi e strumenti rimediali funzionali al miglior conseguimento anche degli interessi pubblici sopravvenuti nel rispetto dei principi di legalità, efficienza e imparzialità.
Una tale conclusione è coerente con l'idea di ritenere i procedimenti di primo e secondo grado come un unico procedimento, volto all'assolvimento di una funzione amministrativa inesauribile, che giustifica proprio il potere-dovere di curare l'interesse pubblico.
Solo dall'individuazione degli interessi sottesi al provvedimento discende l'opzione dell'amministrazione per il ricorso alla stabilità piuttosto che all'eliminazione e, dunque, per un'autotutela di tipo conservativo e non demolitorio. Una scelta, quest'ultima, che presuppone la consapevolezza del continuo adattamento della funzione amministrativa rispetto alla mutevole realtà, che non costituisce un correttivo solo del già menzionato principio di inesauribilità del potere ma che, al contrario, è concatenata a doppio filo con il rigido e sempre più complesso sistema di governo e gestione delle decisioni pubbliche, sia a livello politico, che giurisdizionale o amministrativo.
Questo mutamento dell'esercizio del potere amministrativo permette di considerare la conservazione dei provvedimenti come il modello più evoluto per i rapporti giuridici tra cittadini/operatori economici e poteri pubblici e, per tale ragione, è quello più garantista[108].

[108] Si riprendono testualmente espressioni della pronuncia della Cass. SS.UU, civ., 28 aprile 2020, n. 8236 in *www.cortedicassazione.it*.

ISSN 2036-7821

5. Conclusioni.

Dal lavoro di ricerca è emerso che l'art. 6-*bis* persegue finalità di trasparenza e di integrità, imponendo l'adozione di condotte che si collochino al di sopra di qualsiasi sospetto di cointeressenza o di utilizzo per fini privati di pubbliche funzioni. Gli obblighi di comportamento a carico del funzionario danno rilievo alla componente moralizzatrice della funzione amministrativa, che deve concorrere parallelamente con il fine pubblico del "risultato amministrativo".

L'incerta lettera della norma, accompagnata dal complesso quadro ordinamentale, accresce "la paura di amministrare" [109]; nell'indecisione che ne consegue, il funzionario è sempre più propenso ad abdicare al suo ufficio, lasciando che si devolva la vicenda al giudice amministrativo, per evitare qualsiasi forma di responsabilità[110].

Le corti nazionali e sovranazionali, dal canto loro, spesso confondono l'operatore del diritto con orientamenti oscillanti da cui prendono vita prassi amministrative non pregevoli.

Dopo una lunga fase in cui l'azione amministrativa è parsa spesso subordinata a logiche di semplificazione procedurale si impone oggi la necessità di un ripensamento strutturale dell'agire amministrativo. Tale ripensamento dovrebbe orientarsi verso un modello teleologicamente fondato, capace di valorizzare la funzione pubblica in rapporto agli obiettivi sostanziali dell'azione amministrativa[111].

Infatti, il ricorso agli strumenti di riesercizio conservativo/confermativo del potere[112] non è concentrato sull'interesse del privato, piuttosto va visto come rimedio che, entrando nella logica del bilanciamento, considera il raggiungimento dell'interesse pubblico quale naturale automedicazione dell'"inquinata" funzione amministrativa.

Ecco come forme di stabilizzazione dei provvedimenti vanno a ingenerare nuova fiducia[113] nelle istituzioni, eliminando la precarietà nella relazione tra cittadino e amministrazione.

---

[109] P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, p. 121 e 123. L'Autore sottolinea: *"Lo Stato non può abdicare alla fissazione di fondamentali linee portanti, ma è altrettanto chiaro che una delegificazione si impone abbandonando l'illuministica sfiducia verso il sociale e realizzando un autentico pluralismo giuridico con i privati protagonisti attivi della organizzazione giuridica così come lo sono del mutamento sociale. Solo in tal modo tra mutamento sociale e sistema di regole giuridiche si potrà colmare quel fossato che oggi constatiamo con amarezza".*

[110] F. CINTIOLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2024: dalla responsabilità amministrativa per colpa grave al risultato amministrativo*, in *Riv. Federalismi*.it, 7 agosto 2024.

[111] Riguardo all'oggetto del risultato inteso non solo nel senso della realizzazione della prestazione, ma anche di interessi di natura diversa si invita a leggere Cons. Stato, Sez. V, 25 gennaio 2024, n. 807 in *www.giustiziaamministrativa.it*.

[112] F. FRANCARIO, *Profili evolutivi dell'autotutela (decisoria) amministrativa*, in A. Rallo e A. Scognamiglio (a cura di), Napoli, 2016, p. 9 ss.

[113] Si rinvia anche alla pronuncia del T.A.R. Lazio, Sez. III-S, 27 giugno 2023, n. 10825 in *www.giustiziaamministrativa.it*, che riconosce l'applicazione avanzata del "principio della fiducia" e del "principio del risultato", precipitati di superiori paradigmi costituzionali.

ISSN 2036-7821

Nello specifico, la rivitalizzazione del potere di convalida, quale rimedio di un sistema, permea l'intera azione amministrativa verso il ripristino delle legalità violata.

La convalida è una categoria dalle maglie larghe, chiamata a correggere non solo vizi di carattere formale ma, addirittura, come si è tentato di dimostrare, anche quelli sostanziali: difatti, forma e sostanza non vanno considerate antitetiche perché contribuiscono congiuntamente alla realizzazione dell'interesse, la cui soddisfazione passa solo attraverso il conseguimento del risultato.

Ciononostante, il rimedio del riesercizio del potere non può costituire l'unico mezzo per ovviare al problema della mancata astensione del funzionario.

Un meccanismo alternativo[114], compatibile con quanto previsto dall'art. 6-*bis* della legge n. 241/1990 e, al contempo, conforme al principio di proporzionalità[115], può essere individuato nell'applicazione della cosiddetta *public disclosure*, ovvero nella comunicazione preventiva e trasparente di informazioni relative a interessi privati del dipendente, principalmente di natura economico-finanziaria.

Tale modello – che non sostituisce l'obbligo di astensione, ma ne costituisce una misura preventiva e complementare – si fonda sull'assunzione di responsabilità da parte del dipendente pubblico, chiamato a dichiarare *ex ante* eventuali situazioni idonee a configurare un conflitto di interessi. Questa segnalazione preliminare dovrebbe intervenire in una fase logicamente anteriore rispetto all'astensione formale, e cioè al momento dell'assegnazione del procedimento amministrativo al singolo dipendente.

In questo modo, il responsabile dell'ufficio può evitare fin da subito l'affidamento di determinate pratiche a soggetti che abbiano già segnalato potenziali conflitti, superando a monte il problema dell'astensione postuma e garantendo un'organizzazione più efficiente e trasparente del lavoro amministrativo. Così, la *public disclosure* assume così una funzione deflattiva, contribuendo a rafforzare la fiducia del cittadino nella neutralità dell'azione amministrativa e a ridurre il rischio di condotte incompatibili con il dovere di imparzialità.

Sul piano comparatistico, il modello della *public disclosure* trova significativi precedenti negli Stati Uniti, dove le norme federali in materia di etica pubblica (*Ethics in Government Act*, 1978) impongono ai funzionari pubblici la dichiarazione periodica e pubblica degli interessi finanziari, proprio al fine di prevenire conflitti latenti e di consentire un controllo diffuso sulla loro condotta[116].

---

[114] Si leggano a riguardo le attente riflessioni di G. IUDICA, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, *op. cit*, p. 162 e ss.

[115] A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, p. 100.

[116] Anche l'OCSE, nei propri *Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service*, sottolinea l'importanza della trasparenza *ex ante* e della pubblicità delle situazioni di potenziale conflitto, promuovendo sistemi di *disclosure* come strumenti essenziali per una gestione efficace e responsabile dell'integrità pubblica.

ISSN 2036-7821

Una simile impostazione potrebbe essere valorizzata anche nell'ordinamento italiano, attraverso una lettura sistematica e sostanziale dell'art. 6-*bis*, orientata a tutelare non solo l'imparzialità formale, ma anche quella sostanziale, riducendo al minimo le aree grigie e i margini di ambiguità nell'agire amministrativo.

Si potrebbe, altresì, far ricorso ai cd. patti di integrità, con cui solitamente un partecipante ad una gara assume l'impegno di segnalare qualsiasi illecito tentativo di terzi di turbare o distorcere la procedura di affidamento o di esecuzione del contratto. Anche tale patto, trasposto in altri ambiti, potrebbe realizzare una funzione preventiva rispetto al conflitto di interessi con effetto deflattivo del contenzioso.

Ai nostri fini, potrebbe assumere un rilievo anche la figura del *whistleblower*, ancorché tale strumento dovrebbe essere usato con cautela, dovendo il responsabile valutare attentamente i fatti esposti per evitare che la segnalazione sia usata con fine di ritorsione.

A tal riguardo, andrebbero utilizzati i criteri elaborati dall'ANAC, che mettono in evidenza che non sono meritevoli di tutela le segnalazioni fondate su meri sospetti, benché sia ritenuto sufficiente che il dipendente ritenga molto probabile che si sia verificato quel dato illecito o che possa verificarsi.

In relazione tanto alla prevenzione quanto alla gestione di situazioni di conflitto di interessi già in atto, un ruolo non trascurabile è svolto dalle prassi amministrative, le quali possono orientare il comportamento del dipendente pubblico verso l'adozione di meccanismi preventivi e conformi ai principi di legalità e imparzialità. Tali prassi, tuttavia, dovrebbero essere calibrate sulle specificità organizzative e funzionali delle singole amministrazioni, evitando l'imposizione di modelli uniformi di matrice centralistica che non tengano conto delle peculiarità operative dei diversi contesti amministrativi.

Sarebbe auspicabile una loro formalizzazione e pubblicazione, affinché siano conoscibili sia dai dipendenti che dai cittadini, i quali, in caso di scostamento ingiustificato da tali pratiche, potrebbero invocarne l'applicazione.

La trasparenza delle prassi, oltre a rappresentare un presidio di legalità, contribuirebbe a colmare le lacune interpretative insite nella formulazione ampia e, perlopiù, generica dell'art. 6-*bis* della legge n. 241/1990, fornendo riferimenti comportamentali concreti e prevedibili.

D'altronde, una prassi amministrativa trasparente, coerente e assistita da adeguate garanzie procedimentali non solo favorisce l'efficienza e la legittimità dell'azione amministrativa, ma costituisce anche uno strumento funzionale a preservare il buon andamento della pubblica amministrazione e l'integrità del dipendente pubblico[117].

[117] Sul rapporto tra principio di risultato e principio costituzionale di buon andamento, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 4 giugno 2024, n. 4996; Cons. Stato, Sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866. Cons. Stato, Sez. V, 1° ottobre 2024, n. 7875; Cons. Stato, Sez. III, 27 maggio 2024, n. 1215; Cons. Stato, Sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866; Cons. Stato, Sez. V, 27 febbraio

ISSN 2036-7821

Nel contesto odierno, appare fondamentale riconoscere l'importanza di un'efficace azione amministrativa, che sia realmente orientata, anche tramite l'esercizio dei poteri conservativi, al bene comune. Per tale motivo, come riteneva A. Romano Tassone, "la capacità di conseguire risultati utili per la collettività è un nuovo paradigma normativo dell'amministrazione, avente valore costituzionale, un autentico principio istituzionale destinato a incidere sull'organizzazione e sulla funzione amministrativa, la stessa ragion d'essere degli apparati pubblici"[118]: nella prospettiva tale ingranaggio rimediale deve trovare concreta applicazione anche nelle ipotesi di conflitto di interesse.

2024, n. 1924. Cons. Stato, Sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866; Cons. Stato, Sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924 in *www.giustiziaamministrativa.it*.

[118] A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione di risultato e provvedimento amministrativo*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, (a cura di) M. Immordino e A. Police, Torino, 2004, p. 1.

ISSN 2036-7821