

LA NOZIONE DI CONFLITTO DI INTERESSE NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO E NELL'AMBITO DELLA P.A.

di Vito Tenore (*)

Abstract: Lo studio analizza il concetto di conflitto di interesse in vari contesti (politica, lavoro privato, lavoro pubblico, libere professioni), concentrandosi sulla sua regolamentazione nella pubblica amministrazione alla stregua dei parametri costituzionali (artt. 97, 98, 54 Cost.) e dei referenti normativi specifici (art. 6-bis l. n. 241/1990; l. n. 190/2012 e d.p.r. n. 62/2013). Il saggio vaglia poi le conseguenze penali (323 c.p.), disciplinari, amministrativo-contabili derivanti dalla violazione dell'obbligo di astensione derivante dal conflitto di interesse, reale o potenziale. Vengono poi analizzate questioni venute al pettine della magistratura con riferimento ad alcuni delicati procedimenti connotati da possibili conflitti di interesse: a) concorsi pubblici; b) gare pubbliche; c) attività extralavorative; d) procedimenti disciplinari; e) controlli e ispezioni; f) interessi finanziari di dirigenti; g) grave inimicizia e amicizie sui social. Da ultimo, lo studio affronta il tema del conflitto di interesse nel difficile rapporto tra politica e apparato amministrativo.

The study analyzes the concept of conflict of interest in various contexts (politics, private work, public work, liberal professions), focusing on its regulation in the public administration in the light of constitutional parameters (Articles 97, 98, 54 of Italian Constitution) and specific regulatory references (Article 6-bis Law no. 241/1990; Law no. 190 of 2012 and Presidential Decree no. 62/2013). The essay then sifts through the criminal (323 Criminal Code), disciplinary and administrative-accounting responsibility consequences of violating the obligation to abstain arising from real or potential conflict of interest. Issues that have come to the Judiciary's attention are then analyzed with reference to some delicate proceedings connoted by possible conflicts of interest: a) public competitions; b) public tenders; c) extra-work activities; d) disciplinary proceedings; e) audits and inspections; f) financial interests of managers; and g) serious enmity and friendships on social media. Finally, the study addresses the issue of conflict of interest in the difficult relationship between politics and the administration systems.

Sommario: 1. *Nozione di conflitto di interesse e sua valenza costituzionale.* – 2. *I precetti normativi che prevedono il conflitto di interesse. Il codice di comportamento (d.p.r. n. 62/2013).* – 3. *Conseguenze derivanti dalla violazione dei precetti sul conflitto di interesse: disciplinari, penali, civili, amministrativo-contabili, dirigenziali.* – 4. *Alcune casistiche concrete: a) concorsi pubblici; b) gare pubbliche; c) attività extralavorative; d) procedimenti disciplinari; e) controlli e ispezioni; f) interessi finanziari di dirigenti; g) grave inimicizia e amicizie sui social.* – 5. *Un conflitto di interesse scarsamente attenzionato: l'indipendenza dell'apparato amministrativo dalla politica.* – 6. *Il conflitto di interesse "postumo" per il personale pubblico in quiescenza: il pantouflage e altri divieti.*

1. *Nozione di conflitto di interesse e sua valenza costituzionale*

La nozione giuridica di conflitto di interesse è di chiara e palpabile comprensibilità in quanto coincidente con senso comune del concetto: il conflitto di interessi (1) è definibile come una condizione di fatto e poi di diritto che si verifica quando viene affidata una responsabilità decisionale a un soggetto che ha interessi personali, professionali o familiari in contrasto con l'imparzialità richiesta da tale responsabilità, che può così venire meno a causa degli interessi divergenti in causa.

In altre parole, il conflitto d'interesse è un insieme di condizioni per cui un giudizio professionale concernente un interesse primario tende a essere indebitamente influenzato da un interesse secondario (denaro o vantaggio personale o familiare).

Il nostro Paese è connotato da conflitti di interesse, reali o potenziali (che possono cioè evolversi in una delle situazioni tipizzate), in ogni campo e non solo nella pubblica amministrazione. Qualche esempio può rendere più plasticamente evidente il problema: un politico che abbia imprese in vari settori è eleggibile potendo votare leggi che lo

(*) V. Tenore è presidente di sezione della Corte dei conti e professore presso la Scuola nazionale dell'amministrazione-Sna.

(1) Tra i lavori che hanno maggiormente approfondito la tematica in esame, si segnalano: G. Iudica, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2016; E. Lubrano, *Il conflitto di interessi nell'esercizio dell'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2018; F. Siciliano, *Conflitto di interessi e arte di amministrare. Contributo allo studio dell'art. 6 bis l. n. 241/90*, Milano, Giuffrè, 2018; A. Lalli, A. Moreschini, M. Ricci, *La prassi dell'Anac in materia di conflitti di interesse*, Napoli, Esi, 2019; V. Lopilato, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, *Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2022, 601 ss.; D. Serra, *Il conflitto dei funzionari pubblici*, in <www.lexitalia.it>, 31 maggio 2021. 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.

favoriscono (2)? Un consigliere comunale può approvare un regolamento edilizio che rende edificabili suoi terreni? Un magistrato può inquisire o giudicare un soggetto che ha come avversario sul piano condominiale, di carriera o affettivo? Un Consigliere di Stato che fa da capo gabinetto o di ufficio legislativo in un ministero può successivamente vagliare atti in sede giudiziaria che siano attuativi dei provvedimenti assunti da gabinettista? Un magistrato può avere un figlio in uno studio di un avvocato che abbia giudizi innanzi al genitore del suo remunerato praticante? Un politico influente che abbia procedimenti giudiziari in corso può spingere il Parlamento a intervenire con leggi su processi che lo riguardano (es. sulla durata o decorrenza della prescrizione)? Un funzionario pubblico può far parte di una commissione di gara (o di concorso) alla quale partecipa un parente o la sua amante? Un primario ospedaliero può esprimere per la sua azienda un parere formale per l'acquisto di protesi sanitarie qualificandole "infungibili", ove fornite da azienda farmaceutica per le quali tiene lezioni o redige articoli scientifici assai ben remunerati? Un primario ospedaliero può, a fronte di liste di attesa di lunghissima durata, suggerire al paziente un delicato intervento presso strutture private ove lavora *extramoenia*? Un politico influente può far approvare dal Parlamento una legge che depenalizzi un illecito commesso da un parente? La giunta di un Comune in crisi può incrementare entrate con contravvenzioni stradali con rilevanti posizionamenti di autovelox? Un componente di *authorities* (es. Banca d'Italia o Antitrust) può avere un figlio che lavori in una impresa bancaria vigilata? Un funzionario della Agenzia delle entrate può collaborare con studio di commercialista in orari extra ufficio? Un amministratore di condominio può affidare lavori a ditte amiche di cui è socio occulto? Un insegnante può fare lezioni private a suoi studenti? Un docente universitario può far adottare il proprio manuale ai propri studenti? Un magistrato o un professore o un avvocato possono essere componenti di una commissione di concorso preparando allievi in appositi corsi privati? Un vice consigliere di prefettura preposto all'ufficio contravvenzioni stradali può autoannullarsi una sanzione ancorché illegittima? Un agente del fisco può esercitare l'autotutela su un proprio avviso di accertamento? Un componente del c.d.a. di ente pubblico ambientale può dallo stesso c.d.a. essere nominato, a fine mandato, dirigente generale senza tra l'altro seguire procedure di interpello? Un ex magistrato può andare a lavorare in uno studio legale di un avvocato che ha patrocinato per anni presso di lui? Un avvocato può difendere un cliente pur avendo una profonda amicizia con la controparte convenuta o, addirittura, con il giudice?

Questi sono solo alcuni dei quotidiani conflitti di interesse, reali o potenziali, riscontrabili in contesti lavorativi, professionali, condominiali, familiari, politici, giudiziari.

Alcuni conflitti sono *occasional*i, legati cioè a singoli atti, contratti, scelte gestionali, mentre altri conflitti sono *strutturali*, derivanti cioè da uno *status* o da legami incompatibili, "a regime" e in modo permanente per un funzionario pubblico o un amministratore, con un sereno e indipendente esercizio delle proprie funzioni.

Il problema si pone con particolare frequenza e rilevanza all'interno della p.a., tenuta al principio di *buon andamento* (art. 97 Cost.) e retta dal canone di *esclusività del servizio pubblico alla Nazione* (art.98 Cost.), e presso la quale si configura un conflitto di interessi quando il funzionario pubblico, che deve agire in modo imparziale e indipendente, è portatore di un interesse privato – personale o di terzi – diverso dall'interesse pubblico alla cui cura egli è preposto, o, comunque, in contrasto con esso. Questa situazione può mettere a rischio l'imparzialità e, più in generale, il buon andamento dell'azione amministrativa. Tale conflitto nasce nel contesto ambientale, culturale, scientifico, economico e operativo del mondo in cui ogni dipendente pubblico, al pari di ogni professionista privato, deve affrontare quotidianamente lo svolgimento del proprio lavoro.

In altre parole, nella p.a. il conflitto si configura laddove la cura dell'interesse pubblico istituzionale cui è preposto il funzionario potrebbe essere deviato per favorire il soddisfacimento di interessi differenti, concernenti anche la sua sfera privata, di cui sia titolare il medesimo funzionario o terzi da lui assecondati in via immediata o anche indirettamente.

Gli interessi esterni che possono incidere sulla terzietà del funzionario pubblico possono essere di diversa natura: *a)* personali, familiari e affettivi (di natura anche non economica, ma persino di immagine, di stima sociale o sentimentali); *b)* finanziari ed economici (benefici di carriera, stipendiali, incarichi extra, percezione di contributi, valorizzazione di propri terreni etc.); *c)* politici, sindacali (3) o associativi (appartenenza a un sodalizio che crea forti legami di reciproco aiuto, talvolta con regole interne molto "ferree"); *d)* gerarchici (da parte di superiori che abbiano interessi di vario tipo in talune pratiche); *e)* lavorativi o professionali (legami nascenti da retribuite collaborazioni esterne, es. per

(2) Il problema, non solo teorico, si è posto nel caso Berlusconi (in cui si prospettarono soluzioni, non andate in porto, di *blind trust*, istitori o meccanismi di altro tipo della c.d. legge Fratini, ecc.), ma anche nei casi Soru/Tiscali in Sardegna, nei casi dei ministri Passera, Guidi e Marcegaglia.

(3) L'espletamento del servizio in funzione della collettività-Nazione, tuttavia, non rende il dipendente agnostico o ideologicamente indifferente e non preclude dunque al lavoratore l'esercizio di tutti i diritti di cittadinanza costituzionalmente sanciti (artt. 49 e 18 Cost.): il diritto di esprimere liberamente il proprio pensiero politico, di associarsi in partiti e, in quanto lavoratore, di aderire a una organizzazione sindacale e di esercitare il diritto di sciopero. Il problema sorge, in punto di conflitto di interesse, dalla sudditanza del dipendente nei confronti dell'associazione di appartenenza, che può attenuare o elidere la sua terzietà, favorendo altri affiliati alla associazione a scapito di altri più meritevoli aventi diritto. Sul delicato tema, v. A. Pizzorusso, *Appunti per lo studio della libertà di opinione dei funzionari: ambito soggettivo del problema*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 1607. Ecco perché i codici di comportamento che dispongono l'obbligo di comunicazione circa l'appartenenza ad associazioni richiedono "che il dipendente informi tempestivamente della adesione il responsabile dell'ufficio, indipendentemente dal carattere riservato o meno della associazione, nel caso in cui gli ambiti di interesse della associazione o della organizzazione possano interferire con quelli dell'ufficio" (cfr. Anac, delib. n. 177/2020).

il personale in *part-time*, o per alcuni “incarichisti”); f) giuridici o di affiliazione (ad esempio nascenti da contenziosi in atto o in potenza con destinatari del proprio provvedimento o da ruoli formali in associazioni destinatarie del provvedimento).

Ma tutti i codici di comportamento, al pari di quanto previsto per i magistrati dall’art. 51 c.p.c. (4), annoverano anche, quale previsione di chiusura sugli interessi esterni “devianti”, le “*gravi ragioni di convenienza*” (v., ad es., l’art.7, c. 3, del codice di comportamento del personale dell’Agenzia delle dogane e dei monopoli, approvato con determinazione n. 4755 del 28 aprile 2014, che recepisce l’art. 7 del d.p.r. n. 62/2013), formulazione volutamente ampia, come tale atta a sussumere nella sua portata applicativa casistiche ulteriori e diverse da quelle sopra tipizzate, circostanza, come si vedrà, non sempre ben valorizzata dalla giurisprudenza, ancorata al canone penalistico, e qui non pertinente, della tipizzazione tassativa, in realtà fortemente attenuato dal chiarissimo e ampio dato normativo sul conflitto di interesse. Le evenienze in materia di “*gravi ragioni di convenienza*” sono davvero molteplici (legami di amicizia non stabile ma profonda, o legami di inimicizia non plateale con: ex partner, vecchi compagni di scuola, padrini o madrine di battesimo dei figli, genitori di compagni di classe, professionisti o società presso i quali lavorano parenti stretti, condomini, avversari sentimentali, ecc.) e ricondurle a sistema per fornire orientamenti operativi è cosa assai difficile (5).

Tale conflitto di interesse riguarda, di regola, l’attività provvedimentale o privatistica avente *rilevanza esterna*; solo raramente *l’attività endoprocedimentale* (pur ritenuta destinataria dell’obbligo di astensione dall’art. 6-bis l. 7 agosto 1990, n. 241) (6) può originare problemi di conflitto di interesse, soprattutto se si tratta di atti meramente propulsivi, prodromici e non decisori, talvolta anche doverosi e non facoltativi (es. richiesta da parte di un dirigente al competente e distinto ufficio di una ispezione o di una azione disciplinare su soggetto con cui si è in forte attrito, che saranno svolti da altro ed autonomo soggetto che gode di piena libertà ed autonomia valutativa), come tali inidonei a ledere terzi arrecando svantaggi (7).

Il rischio di conflitto di interessi, secondo la giurisprudenza (e come recepito nel novellato art. 323 c.p. di seguito analizzato), riguarda principalmente le determinazioni dal contenuto *discrezionale* che, per loro natura, implicano scelte che possono essere più facilmente condizionate dal fatto che chi concorre all’adozione dell’atto abbia, nella vicenda, un interesse personale. Il rischio di conflitto di interessi è, al contrario, ridotto/eliminato nel caso di attività *vincolata*, ossia di quella attività volta a una verifica oggettiva di requisiti, presupposti o condizioni interamente predeterminati per legge (es., una doverosa segnalazione di fatti di valenza disciplinare all’Upd da parte di un dirigente pubblico, la cui inerzia si tradurrebbe a sua volta in un illecito).

Tale conflitto, in tutte le sue predette manifestazioni, mina la fiducia verso l’imparzialità del potere pubblico e della p.a., che agisce tramite uomini: politici/amministratori o funzionari. Tutte le infra-analizzate previsioni che regolano l’istituto sono “*norme di pericolo*”, in quanto esse, e le misure che contemplano, operano per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale possa determinare, indipendentemente dalla circostanza che poi il pregiudizio si verifichi: esse operano dunque in astratto ed *ex ante* e non già in concreto ed *ex post*: risulterebbe dunque abnorme e grottesco escludere un conflitto di interesse in una gara o in un concorso nascente dalla vittoriosa partecipazione a tali procedure di un parente di un commissario, facendo attestare al collegio di gara o di concorso che non ci sono state interferenze valutative a favore del vincitore da parte del parente commissario.

Va ben chiarito che le situazioni di conflitto di interesse per un dipendente pubblico possono sussistere sia in sede di reclutamento (o di conferimento di nuovo incarico o funzione) sia sopravvenire nel corso del rapporto di lavoro: da qui la necessità di autodichiarazioni e controlli in sede di reclutamento (potrebbero riscontrarsi anche assorbenti ipotesi di inconfiribilità *ex d.p.r. n. 39/2013* che tranciano ogni successivo problema di conflitto di interesse), ma anche di periodici (annuali) successivi verifiche e rinnovi delle iniziali dichiarazioni di assenza di conflitti in corso di rapporto. Le situazioni di conflitto di interesse vanno dunque ben monitorate dalla dirigenza, dal responsabile della prevenzione della anticorruzione e della trasparenza e dall’Anac, in quanto mutevoli ed escludibili solo *rebus sic stantibus*.

La situazione di conflitto di interesse, una volta debitamente segnalata al superiore gerarchico (o, per i dirigenti apicali, al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza), porterà alla sostituzione del funzionario, sempre che si ravvisi la effettiva sussistenza del conflitto, meramente prospettato dal segnalante. La medesima conclusione vale qualora a segnalare il conflitto non sia il soggetto che versa in tale situazione, ma un terzo: il superiore

(4) Recita l’art. 51, c. 2, c.p.c.: “*In ogni altro caso in cui esistono gravi ragioni di convenienza, il giudice può richiedere al capo dell’ufficio l’autorizzazione ad astenersi; quando l’astensione riguarda il capo dell’ufficio, l’autorizzazione è chiesta al capo dell’ufficio superiore*”.

(5) Un encomiabile tentativo di riconduzione a sistema di una variegata e atomistica casistica all’interno della p.a. è stato effettuato dall’Irpa e dalla Regione Lombardia, che hanno realizzato il 30 marzo 2021, tramite la società Polis Lombardia, una pubblicazione a cura di B. Mattarella e altri, *Linee guida in materia di conflitto di interessi per i dirigenti della Regione Lombardia*.

(6) Recita l’art. 6-bis l. n.241: “*Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale*”. Cfr. anche Anac, delib. n. 177/2020.

(7) Da qui l’inconfigurabilità di un abuso d’ufficio derivante da mera richiesta da parte di un dirigente di una ispezione o di un procedimento disciplinare su fatti di possibile valenza illecita (la cui segnalazione è tra l’altro doverosa e non facoltativa nella p.a. *ex art.55-sexies*, c. 3, d.lgs. n. 165/2001) posti in essere da un subordinato con cui sia in attrito, come si vedrà meglio nel successivo par. 3, lett. B).

gerarchico (o il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza per i dirigenti apicali) dovrà sostituire il subordinato con altro collega.

Per una miglior comprensione dell'istituto e del suo ambito applicativo all'interno della p.a. occorre partire dal basilare referente costituzionale che ne rappresenta la evidente base normativa.

L'art. 98, c. 1, Cost. recita: “*I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione*”. E tale obbligo, strutturale, funzionale e nel contempo finalistico, è plasticamente ribadito dalla non banale, seppur aulica e antica, espressione “*Servitori dello Stato*” (8), con cui sovente si identificano i dipendenti pubblici.

Il precetto, che costituisce il frutto di un progressivo lavoro di cesello in sede costituente (9), rientra tra i pochi articoli dedicati dalla suprema Carta alla pubblica amministrazione (10), ma in tempi più recenti, diversi interventi legislativi, di seguito analizzati (l. n. 241/1990 sul procedimento amministrativo; d.lgs. n. 29/1993, oggi d.lgs. n. 165/2001, sulla privatizzazione del pubblico impiego; l. n. 190/2012, c.d. anticorruzione, e suoi decreti attuativi), hanno reso centrale l'agere della p.a. e dei suoi dipendenti, dettagliando, sostanziando e problematizzando il laconico precetto costituzionale dell'art. 98 (oltre che dell'art. 97) nonché originando interventi giurisprudenziali e dottrinali su diversi profili della “*esclusività*” del servizio reso “*alla Nazione*”.

In buona sostanza, si è dovuta attendere una più recente multidirezionale specificazione legislativa per sostanziare il sintetico e lapidario precetto costituzionale, che aveva comunque, pur nella sua laconicità, una chiara portata teleologica e quasi di “monito” (11) ribadita, già prima degli interventi normativi sopradetti, sia dall'art. 13, cc. 1 e 2, del d.p.r. n. 3/1957 – ai sensi del quale “*L'impiegato deve prestare tutta la sua opera nel disimpegno delle mansioni che gli sono affidate curando, in conformità delle leggi, con diligenza e nel miglior modo, l'interesse dell'Amministrazione per il pubblico bene. L'impiegato deve conformare la sua condotta al dovere di servire esclusivamente la Nazione, di osservare lealmente la Costituzione e le altre leggi e non deve svolgere attività incompatibili con l'anzidetto dovere*” – sia dagli artt. 60 e 65 del medesimo d.p.r. n. 3, che vietano cumuli di rapporti di lavoro.

Il principio di esclusività a favore della Nazione del servizio reso dai pubblici impiegati intende sottolineare, in primo luogo, come si vedrà nel successivo par. 5, l'indipendenza dalla politica dell'organizzazione amministrativa e, dunque, del funzionario pubblico e del suo agere, indipendenza assente nel periodo fascista, ed esprime, nel contempo, il carattere servente dell'apparato amministrativo per la realizzazione del fine pubblico in modo imparziale e senza interferenze di interessi personali o esterni, ovvero evitando conflitti di interesse (12). In perfetta sintonia con tale obiettivo si pone il basilare principio di accesso alla p.a. tramite concorso (art. 97, c. 4, Cost.), che, sulla carta, esprime l'indipendente e meritocratica scelta dei “migliori” candidati, scevra da lottizzazioni politiche o lobbistiche.

L'articolo 98 Cost. in esame si correla poi ad altri canoni costituzionali: come è noto, ogni cittadino ha un dovere di fedeltà alla Repubblica in base all'art. 54, c.1, Cost. (13). Questo dovere di fedeltà viene ulteriormente dettagliato, sul piano modale, dal secondo comma dell'art. 54, che impone ai cittadini cui sono affidate “*funzioni pubbliche*” di adempierle con “*disciplina e onore*”.

In coerente sviluppo di tale dovere di “*disciplinata fedeltà*” generale si pone l'art. 98, c. 1, Cost., che lo ribadisce e rafforza per una particolare categoria di cittadini, ovvero i pubblici dipendenti, cui viene imposta, per il ruolo rivestito, una “*fedeltà qualificata*” (14), ossia la esclusività del servizio reso alla p.a. che, invece, non è regola generale (salvo

(8) Come ben coglie A. Cerri, voce *Fedeltà (dovere di)*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, l'attività esercitata dal pubblico impiegato deve ritenersi un “*nobile servizio reso al sistema democratico, non anche manifestazione di meschino servilismo*”. Pare evidente come il concetto di *servire* non debba essere inteso, per un pubblico dipendente, come *esser servo di*.

(9) L'interessante cronistoria del testo partorito dal Costituente è rinvenibile in <www.nascitacostituzione.it/03p2/03t3/s2/098/index.htm?art098-999.htm&2>. Le discussioni intervenute sulla elaborazione del testo sono ben riassunte da A. Saitta, *Art. 98 Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, 1911 ss.

(10) Lo scarso interesse del Costituente nel normare l'attività della p.a., la c.d. “*Costituzione amministrativa*”, è rimarcato da S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 2000, 437.

(11) La genericità del precetto è stata colta anche da G. Berti, *Interpretazione costituzionale*, Padova, Cedam, 1987, 499, e da G. Arena, *L'amministrazione dalla parte dei cittadini*, in <www.urp.it>, 17 novembre 2005, ben richiamati da C. De Fiore, *I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della nazione? Considerazioni sulla dimensione costituzionale del pubblico impiego tra privatizzazione del rapporto di lavoro e revisione del Titolo V*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 149.

(12) Su tale *ratio*, v. F. Goggiamani, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2005, 82 ss. Tra i vari contributi sull'art. 98 Cost., oltre ai saggi contenuti nelle successive note, v. C. Pinelli, *La pubblica amministrazione. Commento all'art. 98 Cost.*, in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione. La pubblica amministrazione*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro italiano, 1991, 424; A. Cariola, *La nozione costituzionale di pubblico impiego*, Milano, Giuffrè, 1991, 254 ss.; A. Saitta, *op. cit.*, 1917; C. De Fiore, *op. cit.*; D. Immordino, *Brevi spunti sullo “statuto costituzionale” del pubblico impiego*, in *Riv. amm.*, 2011, 277; M. Cecere, *Commento all'art. 98 Cost.*, in G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca, *Diritto del lavoro. La Costituzione, il codice civile e le leggi speciali*, Milano, Giuffrè, 2017, 492.

(13) Sul legame tra artt. 54 e 98 Cost., v. S. Battini, *Il personale*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, 396, ma la tesi era stata già propugnata da A. Cerri, *op. cit.*; Id., *Fedeltà (dovere di)*, postilla di aggiornamento, in *Enc. giur.*, agg. XVI; G.M. Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1965, 176 ss. Anche C. Pinelli, *La pubblica amministrazione*, cit., 419, evidenzia come dal combinato disposto fra le due norme “*se ne deve ricavare che il servizio esclusivo della Nazione costituisce vincolo più intenso della fedeltà alla Repubblica e dell'osservanza della Costituzione e delle leggi*”.

(14) Parla felicemente di fedeltà qualificata anche C. De Fiore, *op. cit.*, 160.

pattizia statuizione tra le parti) nel lavoro con datore privato, se non in caso di attività in concorrenza con quella datoriale (art. 2105 c.c.) (15). Tale “*fedeltà qualificata*” non interviene, si badi, nei confronti del (temporaneo) vertice politico (ministro, sindaco, presidente della regione, ecc.), ma opera nei confronti dell’amministrazione di appartenenza e di tutta la p.a. in generale, stante la convergenza di tutte le amministrazioni nel comune obiettivo della corretta gestione della “cosa pubblica” e, dunque, del principale fine della Nazione, cui fa riferimento l’esclusività sancita dall’art. 98.

Né va dimenticato il raccordo con il principio di imparzialità sancito dall’art. 97 Cost. (a sua volta corollario del principio di eguaglianza formale), di cui l’art. 98 costituisce rafforzamento, come ben rimarcato dalla Consulta (16), secondo cui «*L’art. 97, primo comma, Cost. individua nella “imparzialità” dell’amministrazione uno dei principi essenziali cui deve informarsi, in tutte le sue diverse articolazioni, l’organizzazione dei pubblici uffici. Alla salvaguardia di tale principio si collegano anche le norme costituzionali che individuano nel concorso il mezzo ordinario per accedere agli impieghi pubblici (art. 97, terzo comma) e che pongono i pubblici impiegati al servizio esclusivo della Nazione (art. 98). Sia l’una che l’altra di tali norme si pongono, infatti, come corollari naturali dell’imparzialità, in cui viene a esprimersi la distinzione più profonda tra politica e amministrazione, tra l’azione del governo – che, nelle democrazie parlamentari, è normalmente legata agli interessi di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza – e l’azione dell’amministrazione – che, nell’attuazione dell’indirizzo politico della maggioranza, è vincolata invece ad agire senza distinzione di parti politiche, al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obbiettivate dall’ordinamento*».

La richiamata regolamentazione del conflitto di interesse anche sul piano costituzionale garantisce dunque, attraverso la uguaglianza delle posizioni, la giustizia, la parità di trattamento, la tutela della concorrenza e la tutela dell’immagine imparziale del potere pubblico.

Sotto il profilo soggettivo, la dizione, volutamente ampia, “*pubblici impiegati*”, quale anacronistico e bigio sinonimo (di evidente matrice “burocratese” quasi gogoliana) di “*lavoratore (o dipendente) pubblico*” (termine più tecnico e maggiormente ancorato a comuni categorie lavoristiche), è idonea a sussumere nella sua vasta portata applicativa qualsiasi dipendente della pubblica amministrazione, centrale e locale, statale o di enti pubblici, a statuto ordinario o speciale, privatizzato o non privatizzato (17).

A quest’ultimo proposito, pare evidente come la sopravvenuta privatizzazione del rapporto di pubblico impiego (ad opera del d.lgs. n. 29/1993, oggi d.lgs. n. 165/2001) (18), riguardante la maggior parte dei lavoratori, non abbia scalfito minimamente il principio costituzionale di esclusività del servizio reso alla Nazione, mutando solo lo *status* giuridico e le fonti normative di riferimento. Difatti, anche la Consulta ha ben rimarcato come la cornice dei principi costituzionali in materia di pubblica amministrazione non deve ritenersi “*garantita necessariamente nelle forme dello statuto pubblicistico del dipendente*”, dal momento che tale soluzione costituirebbe un esito non imposto dall’art. 97 Cost. (né dall’art. 98, agguagliamo noi) (19).

Può dunque concludersi che, nonostante l’evoluzione policentrica delle Istituzioni titolari di indirizzo politico, il principio codificato nel primo comma dell’art. 98 ha operatività generale nel lavoro presso la p.a. e ha una portata soggettiva più ampia rispetto ai precetti del d.lgs. n. 165/2001, il cui art. 1, c. 2, delimita la portata dei principi sulla c.d. “*privatizzazione del pubblico impiego*” ai soli dipendenti delle pubbliche amministrazioni ivi menzionate.

(15) Un dipendente di datore privato può, al termine dell’orario di lavoro, salvo diverse previsioni contrattuali, legittimamente svolgere una ulteriore attività lavorativa privata o libero-professionale, purché non in concorrenza con quella datoriale, lesiva del canone di fedeltà codificato nell’art. 2105 c.c. Sul tema è sufficiente il richiamo a G. Cian, A. Trabucchi (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, Padova, Cedam, 2007, *sub* art. 2105, con vasti richiami giurisprudenziali e dottrinali, e a V. Tenore (a cura di), *Il manuale del pubblico impiego privatizzato*, Roma, Epc, 2020, 593.

(16) Corte cost. 15 ottobre 1990, n. 453, in *Giur. cost.*, 1990, 2706. Potremmo dunque affermare che, nel perseguire gli interessi obiettivi della Nazione da parte della doverosa azione amministrativa, fatta di scelte tra valori e interessi, l’imparzialità è il canone a cui ispirarsi. Specularmente, l’amministrazione è imparziale perché ad agire sono dipendenti al servizio esclusivo della Nazione.

Sulla imparzialità della p.a., v. F. Satta, voce *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, vol. XV.

(17) Sulla ampia portata soggettiva dell’art. 98, c. 1, Cost., v. C. Pinelli, *Art. 98, 1° comma*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro italiano, 1984, 419; G. D’Alessio (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana*, Bologna, il Mulino, 1979, 791 ss.

(18) Sulle tappe fondamentali della privatizzazione è sufficiente il rinvio a V. Tenore (a cura di), *Il manuale del pubblico impiego privatizzato*, cit., 44 ss., con vasti richiami normativi, dottrinali e giurisprudenziali.

(19) Così Corte cost. 25 luglio 1996, n. 313, in *Foro it.*, 1997, I, 34, con nota di A. Falcone, *La “mezza” privatizzazione della dirigenza pubblica al vaglio della Corte costituzionale*, che chiarisce che “*il valore dell’imparzialità, infatti, non deve essere garantito necessariamente nelle forme dello statuto pubblicistico del dipendente, ben potendo trovare attuazione in un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici che colgano l’aspetto dinamico-funzionale dell’attuale collocazione della dirigenza, assicurando anche i valori dell’efficienza e del buon andamento della p.a.*” e che altri regimi, quale quello privatistico, nel rapporto di lavoro con la p.a. potrebbero meglio “*garantire, senza pregiudizio dell’imparzialità, anche il valore dell’efficienza contenuto nel precetto costituzionale, grazie a strumenti gestionali che consentano, meglio che in passato, di assicurare il contenuto della prestazione in termini di produttività, ovvero una sua ben più flessibile utilizzazione*”.

Sotto il profilo oggettivo e teleologico, la portata applicativa del principio, sgombrato il campo da risalenti e non condivisibili tesi sulla sua valenza non giuridica, ma prevalentemente “etica” (20), va individuata in due direttrici fondamentali unificate dalla unitaria nozione di imparzialità cui tende il dovere di esclusività: a) l’esclusività come indipendenza dalla politica; b) l’esclusività come freno a possibili conflitti di interesse esterni.

Su questo secondo aspetto occorre concentrare prioritariamente l’attenzione per cogliere adeguatamente la portata degli attuali precetti sul conflitto di interesse. Al primo aspetto, ovvero l’indipendenza dalla politica, sarà dedicato il conclusivo par. 5.

2. I precetti normativi che prevedono il conflitto di interesse. Il codice di comportamento (d.p.r. n. 62/2013)

I richiamati obiettivi costituzionali tesi a prevenire il conflitto di interesse, come detto, sono stati in tempi più recenti dettagliati da varie normative primarie: art. 6-bis della l. n. 241/1990 sul procedimento amministrativo (21); art. 53, cc. 1-bis, 6 e 7, del d.lgs. n. 165/2001 (già d.lgs. n. 29/1993) in materia di inconfiribilità di incarichi dirigenziali gestionali del personale (c. 1-bis) (22) e di incompatibilità lavoristiche nel pubblico impiego alla stregua anche della sussistenza o meno di conflitti di interesse (cc. 6 e 7) (23); l. n. 190/2012, c.d. anticorruzione, e suoi decreti attuativi (si pensi al d.p.r. 8 aprile 2013, n. 39, sul conflitto di interessi nello svolgimento di incarichi amministrativi) (24); art. 42 del d.lgs.

(20) La risalente tesi è stata espressa, con sfumature simili, da G. Balladore Pallieri, *La nuova Costituzione italiana*, Milano, Marzotti, 1948, e da M. Cantucci, *La pubblica amministrazione*, in P. Calamandrei, A. Levi (a cura di), *Commentario sistematico alla costituzione*, Firenze, Barbera, 1950, 161 ss.

(21) L’art. 6-bis l. n. 241, introdotto dalla legge anticorruzione n. 190/2012, fa un generico riferimento alla astensione per conflitto “operante indipendentemente dal concretizzarsi di un vantaggio”: sul punto cfr. Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2017, n. 3415; 14 maggio 2018, n. 2853; Sez. III, 2 aprile 2014, n. 1577.

(22) L’art. 53, c. 1-bis, d.lgs. n. 165 recita: “Non possono essere conferiti incarichi di direzione di strutture deputate alla gestione del personale a soggetti che rivestano o abbiano rivestito negli ultimi due anni cariche in partiti politici o in organizzazioni sindacali o che abbiano avuto negli ultimi due anni rapporti continuativi di collaborazione o di consulenza con le predette organizzazioni”.

(23) L’art. 53, cc. 6 e 7, d.lgs. n. 165 recita: “6. I commi da 7 a 13 del presente articolo si applicano ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1, comma 2, compresi quelli di cui all’articolo 3, con esclusione dei dipendenti con rapporto di lavoro a tempo parziale con prestazione lavorativa non superiore al cinquanta per cento di quella a tempo pieno, dei docenti universitari a tempo definito e delle altre categorie di dipendenti pubblici ai quali è consentito da disposizioni speciali lo svolgimento di attività libero-professionali. Sono nulli tutti gli atti e provvedimenti comunque denominati, regolamentari e amministrativi, adottati dalle amministrazioni di appartenenza in contrasto con il presente comma. Gli incarichi retribuiti, di cui ai commi seguenti, sono tutti gli incarichi, anche occasionali, non compresi nei compiti e doveri di ufficio, per i quali è previsto, sotto qualsiasi forma, un compenso. Sono esclusi i compensi e le prestazioni derivanti:

- a) dalla collaborazione a giornali, riviste, enciclopedie e simili;
 - b) dalla utilizzazione economica da parte dell’autore o inventore di opere dell’ingegno e di invenzioni industriali;
 - c) dalla partecipazione a convegni e seminari;
 - d) da incarichi per i quali è corrisposto solo il rimborso delle spese documentate;
 - e) da incarichi per lo svolgimento dei quali il dipendente è posto in posizione di aspettativa, di comando o di fuori ruolo;
 - f) da incarichi conferiti dalle organizzazioni sindacali a dipendenti presso le stesse distaccati o in aspettativa non retribuita.
- f-bis) da attività di formazione diretta ai dipendenti della pubblica amministrazione nonché di docenza e di ricerca scientifica.

7. I dipendenti pubblici non possono svolgere incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall’amministrazione di appartenenza. Ai fini dell’autorizzazione, l’amministrazione verifica l’insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi. Con riferimento ai professori universitari a tempo pieno, gli statuti o i regolamenti degli atenei disciplinano i criteri e le procedure per il rilascio dell’autorizzazione nei casi previsti dal presente decreto. In caso di inosservanza del divieto, salve le più gravi sanzioni e ferma restando la responsabilità disciplinare, il compenso dovuto per le prestazioni eventualmente svolte deve essere versato, a cura dell’erogante o, in difetto, del percettore, nel conto dell’entrata del bilancio dell’amministrazione di appartenenza del dipendente per essere destinato ad incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti”.

(24) Tale normativa, criticata per essersi limitata a fissare, per le inconfiribilità, limiti per l’accesso (o obblighi di uscita per le incompatibilità) alle sole cariche gestionali e non anche a quelle politiche (pur unitariamente entrambe tese alla cura dell’interesse pubblico), ha anch’essa come obiettivo una attenta osservanza dell’art. 98 della Costituzione (oltre che dell’art. 97). E ciò sia nell’attribuzione di incarichi dirigenziali e di incarichi di responsabilità amministrativa di vertice (segretario generale, capo dipartimento, direttore generale o posizioni assimilate nelle pubbliche amministrazioni, da conferire a soggetti interni o esterni alle pubbliche amministrazioni) sia nel modificare la disciplina vigente in materia di incompatibilità tra i detti incarichi e lo svolgimento di incarichi pubblici elettivi o la titolarità di interessi privati che possano porsi in conflitto con l’esercizio imparziale delle funzioni pubbliche affidate.

Mentre le ipotesi di conflitto di interesse normate dall’art. 7 del d.p.r. n. 62/2013 riguardano la gestione di singoli procedimenti espressivi dell’attività amministrativa, le ipotesi di inconfiribilità e incompatibilità normate dal d.p.r. n. 39/2013 operano anch’esse sul piano del conflitto di interesse, ma su un livello più alto e strutturale, quello dell’organizzazione e dell’incardinamento del dipendente pubblico all’interno dell’articolazione amministrativa, tipizzando ipotesi di “divieto di ingresso” e “obblighi di uscita” dall’organizzazione senza alcun margine di apprezzamento su conflitti potenziali, essendo tutti normativamente attuali e reali.

Sul tema, v. A. Lalli, A. Moreschini, M. Ricci, *op. cit.*; M. Faviere, *L’inconfiribilità e l’incompatibilità di incarichi*, in C. Contessa, A. Ubaldi, (a cura di), *Manuale dell’anticorruzione e della trasparenza*, Piacenza, La Tribuna, 2021, 201; F. Merloni, *La nuova disciplina degli incarichi pubblici. Il regime delle inconfiribilità e incompatibilità nella prospettiva dell’imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, 806.

n. 40/2016 (c.d. codice dei contratti) (25), alla cui stregua è stato valutato il noto caso degli acquisti di camici e mascherine dalla Regione Lombardia da società di proprietà del cognato e della moglie del Governatore Fontana, norma che tutela l'imparzialità dei poteri pubblici, ma anche la concorrenza. Lo stesso art. 323 c.p., nel tipizzare alcune ipotesi di abuso d'ufficio, lo ritiene perfezionato se il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio ometta *“di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti”*.

Ma il rischio di conflitti di interesse era stato già in passato in parte normato e drenato, per quanto concerne gli incarichi esterni confliggenti con la terzietà decisoria ed il conseguente servizio esclusivo a favore della Nazione, attraverso il regime delle incompatibilità di cui agli artt. 60 ss. del d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3 (c.d. t.u. del pubblico impiego), vivo e vitale in virtù del richiamo operato dall'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001, che oggi disciplina la materia (oltre che da varie norme settoriali afferenti carriere pubbliche non privatizzate) (26), prevedendo che il rilascio di autorizzazioni ad espletamento di attività extralavorative è condizionato anche alla verifica sulla *“insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi”*.

In tempi più recenti, tale rischio di conflitti di interesse è stato più in dettaglio normato, per qualsiasi attività posta in essere da pubblici dipendenti (e non solo nell'espletamento di incarichi esterni), dagli artt. 3-6 (27) e soprattutto dall'art. 7 del d.p.r. 16 aprile 2013, n. 62 (*Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*), che, in attuazione della legge anticorruzione (l. n. 190/2012) e in sintonia con l'art. 6-bis della l. 7 agosto 1990, n. 241, impone che *“Il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza”*.

Tale precetto è stato poi recepito da ciascuna amministrazione nel proprio codice di comportamento aziendale, che ha facoltà di dettagliare e ampliare i precetti, fatalmente più generici in quanto valevoli per tutte le p.a., del d.p.r. n. 62 del 2013. Ad esempio, l'Agenzia delle dogane e dei monopoli, con determinazione n. 4755 del 28 aprile 2014, ha adottato il proprio codice di comportamento, il cui art. 7 ha ripreso (senza apportare integrazioni) gli artt. 6 e 7 del d.p.r. n. 62, stabilendo che *“(Obblighi di astensione) 1. Il dipendente si astiene dal prendere decisioni o svolgere attività inerenti alle sue mansioni in situazioni di conflitto, anche potenziale, di interessi con quelli personali, del coniuge, di conviventi, di parenti e affini entro il secondo grado. Il conflitto può riguardare interessi di qualsiasi natura, anche non patrimoniale, come quelli derivanti dall'intento di voler assecondare pressioni politiche, sindacali, di categorie professionali o di superiori gerarchici. 2. Il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di parenti e/o affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero di soggetti o organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito, ovvero di soggetti o organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni, comitati, società di cui sia amministratore o gerente o dirigente. 3. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. 4. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza o il sovraordinato gerarchico. 5. La dichiarazione di astensione è formalizzata con atto scritto consegnato al responsabile dell'ufficio di appartenenza, o*

(25) L'art. 42 del d.lgs. n. 40/2016, oggetto di numerose pronunce della magistratura amministrativa e dell'Anac, stabilisce che vi è conflitto di interessi quando un soggetto operante in nome e per conto della stazione appaltante, che interviene a qualsiasi titolo nella procedura di gara o *“che potrebbe in qualsiasi modo influenzarne l'esito”*, ha un interesse finanziario, economico o altro interesse personale in capo a tale procedura che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione.

(26) Sul regime delle incompatibilità, v. L. Busico, *Dipendenti pubblici. Incompatibilità e attività extraistituzionali*, Milano, Giuffrè, 2021; M. Rossi, *Le norme generali in materia di incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi*, in C. Contessa, A. Ubaldi (a cura di), *op. cit.*, 255; V. Tenore (a cura di), *Il manuale del pubblico impiego privatizzato*, cit., 591 ss.; Id., *Le incompatibilità per i pubblici dipendenti, le consulenze e gli incarichi dirigenziali esterni*, Milano, Giuffrè, 2014, 121 ss.; R. De Luca Tamaio, O. Mazzotta, *Commentario breve alle leggi sul lavoro, commento all'art. 53 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165*, Padova, Cedam, 2013, 1773 ss.; M. D'Aponte, *Commento all'art. 53 d.lgs. n. 165 del 2001*, in G. Amoroso et al., *Il diritto del lavoro, III, Il lavoro pubblico*, Milano, Giuffrè, 2011, 873; Id., *Lo svolgimento di incarichi esterni dopo la riforma Brunetta*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2011, 965; M. Rossi, *Le norme generali in materia di incompatibilità, cumulo di impieghi ed incarichi*, in M. Barilà, M. Lovo (a cura di), *Il nuovo testo unico sul pubblico impiego*, Milano, Il Sole 24 Ore, 2010, 423; E.A. Apicella, nota redazionale in *Osservatorio di giurisprudenza sul lavoro pubblico*, in *Giust. civ.*, 2010, 2378; V. Tenore, M. Rossi, M. Tilia, *Le incompatibilità nel pubblico impiego, gli incarichi, le consulenze e l'anagrafe delle prestazioni*, Roma, Epc, 2008; V. Tenore, *Le attività extraistituzionali e le incompatibilità per il pubblico dipendente*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, 1097; L. Paolucci, *Incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi*, in F. Carinci, L. Zoppoli (a cura di), *Diritto del lavoro*, Torino, Utet, 2004, 796.

(27) L'art. 3, cc. 1 e 2, prevede che *“1. Il dipendente osserva la Costituzione, servendo la Nazione con disciplina ed onore e conformando la propria condotta ai principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa. Il dipendente svolge i propri compiti nel rispetto della legge, perseguendo l'interesse pubblico senza abusare della posizione o dei poteri di cui è titolare. 2. Il dipendente rispetta altresì i principi di integrità, correttezza, buona fede, proporzionalità, obiettività, trasparenza, equità e ragionevolezza e agisce in posizione di indipendenza e imparzialità, astenendosi in caso di conflitto di interessi”*.

al sovraordinato gerarchico, che si pronuncia sulla sua ammissibilità e fondatezza entro tre giorni. 6. L’Agenzia pre-dispone un sistema di archiviazione dei casi di astensione formalmente registrati ai fini di rilevazione statistica e di catalogazione casistica”.

Tale norma, attuativa della legge anticorruzione del 2012, estende a tutti i dipendenti pubblici, e in parte amplia, i doveri di astensione (e di speculare recusazione) da sempre previsti per i magistrati (e oggetto di una rilevante produzione giurisprudenziale e persino disciplinare da parte del Csm per mancate astensioni), ontologicamente tenuti a giudicare con terzietà in assenza di conflitti di interesse: si vedano l’art. 51 c.p.c. (28) e gli artt. 36 e 52 c.p.c. sulla astensione, ai quali anche i codici sul processo amministrativo e sul processo contabile si riportano per le magistrature speciali.

Tale normativa processuale, seppur prevista testualmente per i soli magistrati, è espressione, secondo univoca giurisprudenza, di un principio generale (29): ecco perché tutte le sentenze in materia di conflitto di interesse in sede di procedimenti amministrativi (e non di processi) sono solite richiamare l’art. 51 c.p.c. in luogo del più pertinente e dettagliato d.p.r. n. 62 del 2013 (artt. 6 e 7).

Ma anche in altri micro-ordinamenti (per richiamare le categorie del Santi Romano sulla pluralità degli ordinamenti) sono state introdotte norme sul conflitto di interesse: si pensi all’art. 78, c. 2, d.lgs. n. 267/2000, Tuel (30) per gli amministratori di enti locali, oggetto di interessanti pronunce dell’Anac sul suo ambito soggettivo di applicazione; si pensi all’art. 11, c. 8, d.lgs. 175 del 2016, t.u. delle società a partecipazione pubblica (31) sul conflitto di interessi degli organi amministrativi e di controllo delle società pubbliche. Ma anche il codice civile, all’art. 2391, norma il conflitto di interesse, oltre a tutti i codici deontologici professionali per i diversi Ordini, che presentano peculiari e settoriali casi di conflitto di interesse per i liberi professionisti (32).

Va ben rimarcato che i precetti sul conflitto di interesse fissati dai codici di comportamento, ivi compreso quello dell’Agenzia delle dogane e dei monopoli approvato con determinazione n. 4755 del 28 aprile 2014, riguardano non solo i dipendenti dell’ente, ma anche i terzi, soggetti pubblici o privati (persone fisiche e giuridiche, ovviamente nei loro amministratori e dipendenti), che vengono in contatto con p.a. quali controparti di contratti, accordi, convenzioni o affidatari di incarichi o consulenze. Difatti, sia l’art. 2, c. 3, del d.p.r. 62/2013 (33) sia l’art. 1, c. 2, del codice di comportamento dell’Agenzia delle dogane e dei monopoli prevedono che *“Le disposizioni contenute nel presente*

(28) Art. 51 c.p.c. Astensione del giudice.

Il giudice ha l’obbligo di astenersi [c.p.c. 73]:

se ha interesse nella causa o in altra vertente su identica questione di diritto;

se egli stesso o la moglie è parente fino al quarto grado [c.c. 74, 76] o legato da vincoli di affiliazione, o è convivente o commensale abituale di una delle parti o di alcuno dei difensori;

3) se egli stesso o la moglie ha causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito con una delle parti o alcuno dei suoi difensori;

4) se ha dato consiglio o prestato patrocinio nella causa, o ha deposto in essa come testimone, oppure ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo o come arbitro o vi ha prestato assistenza come consulente tecnico;

5) se è tutore, curatore [c.c. 346, 392], amministratore di sostegno [c.c. 404], procuratore, agente o datore di lavoro di una delle parti; se, inoltre, è amministratore o gerente di un ente, di un’associazione anche non riconosciuta, di un comitato, di una società o stabilimento che ha interesse nella causa [c.c. 39, 2247].

In ogni altro caso in cui esistono gravi ragioni di convenienza, il giudice può richiedere al capo dell’ufficio l’autorizzazione ad astenersi; quando l’astensione riguarda il capo dell’ufficio l’autorizzazione è chiesta al capo dell’ufficio superiore”.

(29) *Ex pluribus*, Tar Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 19 maggio 2016, n. 517, secondo cui le cause d’incompatibilità sancite dall’art. 51 c.p.c. sono estensibili, proprio in rispetto al principio costituzionale di imparzialità, a tutti i campi dell’azione amministrativa, in quanto presunzioni di doverosa declinatoria eccepibile dalla parte interessata. Prima causa d’incompatibilità contemplata dal codice di procedura civile, con conseguente obbligo di astensione del funzionario che versi in tale ipotesi, è esattamente l’aver interesse proprio nella causa (*id est* nel procedimento amministrativo) o in altra vertente su identica questione di diritto. L’obbligo di astensione figura altresì tra i doveri che il codice di comportamento dei pubblici dipendenti, approvato con d.p.r. 16 aprile 2013, n. 62, configura tra i doveri d’ufficio la cui violazione è fonte, ferme restando le ipotesi di responsabilità civile, penale e amministrativa, di responsabilità disciplinare.

(30) L’art. 78, c. 2, d.lgs. n. 267/2000 prevede che *“Gli amministratori di cui all’articolo 77, comma 2, devono astenersi dal prendere parte alla discussione ed alla votazione di delibere riguardanti interessi propri o di loro parenti o affini sino al quarto grado. L’obbligo di astensione non si applica ai provvedimenti normativi o di carattere generale, quali i piani urbanistici, se non nei casi in cui sussista una correlazione immediata e diretta fra il contenuto della deliberazione e specifici interessi dell’amministratore o di parenti o affini fino al quarto grado”.*

(31) Recita la norma dell’art. 11, c. 8, d.lgs. n. 175/2016: *“gli amministratori delle società a controllo pubblico non possono essere dipendenti delle amministrazioni pubbliche controllanti o vigilanti”.*

(32) Sul tema v. V. Tenore, *Deontologia e nuovo procedimento disciplinare nelle libere professioni*, Giuffrè, Milano, 2012.

(33) Prevede l’art. 2, c. 3, d.p.r. n. 62/2013 che *“Le pubbliche amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001 estendono, per quanto compatibili, gli obblighi di condotta previsti dal presente codice a tutti i collaboratori o consulenti, con qualsiasi tipologia di contratto o incarico e a qualsiasi titolo, ai titolari di organi e di incarichi negli uffici di diretta collaborazione delle autorità politiche, nonché nei confronti dei collaboratori a qualsiasi titolo di imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell’amministrazione. A tale fine, negli atti di incarico o nei contratti di acquisizioni delle collaborazioni, delle consulenze o dei servizi, le amministrazioni inseriscono apposite disposizioni o clausole di risoluzione o decadenza del rapporto in caso di violazione degli obblighi derivanti dal presente codice”.*

codice si applicano a tutti i dipendenti dell’Agenzia nonché, in quanto compatibili, a tutti i collaboratori e consulenti, con qualsiasi tipologia di contratto o incarico, individuati mediante pubblicazione obbligatoria sul sito internet dell’Agenzia e ai collaboratori a qualsiasi titolo di imprese fornitrici di beni o servizi” (così il codice dell’Agenzia). Ciò comporta, sia per il conferente l’incarico (p.a.) che per destinatario (privato), l’obbligo di inserire – nel contratto, nell’accordo o nell’atto di conferimento – apposita clausola che preveda che una dichiarazione mendace del privato comporterà la revoca dell’incarico, originando concorrenti profili penali e risarcitori, come si vedrà.

Non condividiamo l’indirizzo giurisprudenziale (34) espresso in sede penale, e verosimilmente dettato dal timore di “abuso di denuncia”, secondo cui le cause di astensione (aventi rilevanza *ex art. 323 c.p.*) sarebbero tassative, avendo la giurisprudenza del Consiglio di Stato (35) spiegato come, anche dopo l’entrata in vigore dell’art. 6-*bis* della l. n. 241/1990, che impone l’astensione in caso di conflitto d’interessi anche potenziale, le cause di incompatibilità dei componenti delle commissioni di concorso indicate dall’art. 51 (astensione per i magistrati) rivestano carattere tassativo e sfuggano all’applicazione analogica poiché va tutelata l’esigenza di certezza dell’azione amministrativa. È agevole replicare a tale approdo interpretativo che sia l’art. 51, c. 2, c.p.c. sia i soprarichiamati precetti dell’art. 7 d.p.r. n. 62/2013 (recepiti nel corrispondente art. 7 del codice di comportamento del personale dell’Agenzia delle dogane e dei monopoli), pur ispirati a una tendenziale tipizzazione di taluni evidenti casi di conflitto di interesse, sono suscettibili di più ampia interpretazione, senza ricorrere al meccanismo della analogia, in quanto è il dato testuale a stabilire che “*Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza*” e lo stesso vale per i magistrati. Potrebbero dunque esserci situazioni ulteriori rispetto a quelle riconducibili a legami familiari, affettivi, amicali o inimicali, economici o credito/debitorie.

Va poi ricordato che anche un altro precetto del d.p.r. n. 62/2013 (recepito nell’art. 6, cc. 1 e 2, del codice di comportamento dell’Agenzia delle dogane e dei monopoli) regola il conflitto di interesse: gli artt. 6 e 13 del d.p.r. n. 62/2013, unitariamente recepiti nell’art. 6, cc. 1 e 2, del codice di comportamento dell’Agenzia delle dogane e dei monopoli. Quest’ultimo recita “1. *Il dipendente, all’atto di assegnazione all’ufficio, informa per iscritto il dirigente circa tutti i rapporti, diretti o indiretti, di collaborazione con soggetti privati in qualunque modo retribuiti che lo stesso abbia o abbia avuto negli ultimi tre anni, precisando: a) se egli, o suoi parenti o affini entro il secondo grado, il coniuge o il convivente abbiano ancora rapporti finanziari con il soggetto con cui ha avuto i precedenti rapporti di collaborazione; b) se tali rapporti siano intercorsi o intercorrano con soggetti che abbiano interessi in attività o decisioni inerenti all’ufficio, limitatamente alle pratiche a lui affidate. 2. Il dirigente, inoltre, prima di assumere le sue funzioni, comunica al proprio sovraordinato gerarchico le partecipazioni azionarie e gli altri interessi finanziari che possano porlo in conflitto di interessi con l’attività istituzionale della Struttura di cui assumerà la responsabilità e dichiara se ha parenti e affini entro il secondo grado, coniuge o convivente che esercitano attività politiche, professionali o economiche che li pongano in contatti frequenti con l’ufficio che dovrà dirigere o che siano coinvolti nelle decisioni o nelle attività inerenti all’ufficio. Il dirigente, previa motivata richiesta, fornisce informazioni sulla propria situazione patrimoniale e le proprie dichiarazioni annuali dei redditi*”.

È dunque evidente in tutta la p.a., ivi compresa l’Agenzia delle dogane e dei monopoli, la notevole e crescente attenzione al conflitto di interesse, le cui manifestazioni sono state oggetto di una tendenziale tipizzazione, completata, assai opportunamente, da clausole più aperte: difatti, il già citato art. 7 del codice di comportamento dell’Agenzia delle dogane e dei monopoli, se da un lato positivizza alcuni casi tipici di conflitto di interesse (36), al comma 2, con previsione “di chiusura”, lo individua, con conseguente obbligo di astensione, “[...] *in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza*”. Da qui i fatali ampi margini valutativi da parte degli organi disciplinari nel vagliare, come possibili illeciti, talune mancate astensioni per conflitto potenziale di interesse a fronte di evenienze non tipizzate, ma comunque “sconvenienti”.

Non solo l’attenzione normativa legislativa e regolamentare, ma anche quella giudiziaria e mediatica si è spesso concentrata su ipotesi di conflitti di interesse, come meglio si vedrà nel successivo par. 3: tra i settori maggiormente attenzionati il comparto sanità, in quanto connotato da rilevanti flussi di denaro e forti e suadenti pressioni di aziende farmaceutiche e fornitrici su personale sanitario preposto ad acquisti di farmaci, protesi e articoli sanitari, sovente

(34) Cass. pen., Sez. VI, 3 maggio 2021, n. 16782, in *Guida dir.*, 2021, 23, 84, con nota di G. Amato, *C’è reato se la disistima riguarda fatti estranei a compiti istituzionali*.

(35) Cons. Stato, Sez. III, 29 aprile 2019, n. 2775; 28 aprile 2016, n. 1628; Sez. VI, 10 luglio 2017, n. 3373; Sez. VI, 30 luglio 2013, n. 4015.

Sulla *ratio* sottesa, ovvero il rischio di “*abuso di denuncia*” da parte di taluni soggetti per impedire la regolare costituzione di un organo non gradito (es. in gare o concorsi), v. Cons. Stato, Sez. III, n. 1577/2014, cit.; Tar Sicilia, Palermo, Sez. I, 24 ottobre 2022, n. 2988.

(36) Recita l’art. 7, c. 2: “2. *Il dipendente si astiene dal partecipare all’adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di parenti e/o affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero di soggetti o organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito, ovvero di soggetti o organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni, comitati, società di cui sia amministratore o gerente o dirigente*”.

qualificati come “infungibili” per favorire acquisti senza gara. Il tema, assai interessante, esula dagli intenti di questo studio più sistemico e non settorialmente votato al comparto sanità (37).

3. Conseguenze derivanti dalla violazione dei precetti sul conflitto di interesse: disciplinari, penali, civili, amministrativo-contabili, dirigenziali

La violazione dei precetti sul conflitto di interesse, che impone l’astensione del dipendente pubblico dal “trattare pratiche” (es. di autorizzatorie, concessorie, negoziali, finanziarie, concorsuali, ispettive, ecc., in palese violazione dell’art. 98 Cost. e del d.p.r. n. 62/2013), in cui non sia in grado di assicurare terzietà gestionale e indipendenza di giudizio, può comportare diverse e concorrenti conseguenze sanzionatorie: disciplinari, penali, civili, amministrativo-contabili, dirigenziali, come desumibile dal sistema e come testualmente confermato dall’art. 54, c. 3, d.lgs. n. 165/2001 (38).

Ovviamente tali responsabilità sorgono solo ove si configuri un reale o potenziale conflitto ben acclarato e non solo lamentato o prospettato dall’interessato: la giurisprudenza analizzata nel successivo par. 4 evidenzierà come la tassatività delle ipotesi di astensione per conflitto di interesse e il loro rigoroso accertamento in concreto portino a escludere molto spesso la sussistenza dei presupposti per l’astensione (il caso della “*notoria inimicizia*” infra-analizzato è un caso emblematico della frequente temerarietà di tale asserito vizio procedurale sovente prospettato in varie sedi).

Dunque, le cinque responsabilità prospettabili sono le seguenti:

A) sul piano interno, è evidente che l’inosservanza di qualsiasi precetto del codice di comportamento, e dunque anche sul conflitto di interesse, assuma valenza *disciplinare*. La conclusione, già in passato desumibile dal sistema per i prevalenti codici di comportamento del 31 marzo 1994 e del 28 novembre 2000, è oggi confermata dal cennato art. 54, c. 3, d.lgs. n. 165 e dal codice disciplinare rinvenibile in tutti i c.c.n.l. di comparto (39).

In ossequio al basilare principio di proporzionalità punitiva (40), ovviamente, la sanzione potrà essere conservativa o espulsiva a seconda della gravità della condotta, della sua reiterazione, dei danni arrecati all’amministrazione, alla qualifica del dipendente, di attenuanti o di aggravanti, del concorso di persone nella condotta. Di recente la Cassazione ha confermato un licenziamento per mancata astensione (41).

L’iter punitivo seguirà le comuni regole ispirate al contraddittorio, alla tempestività, alla trasparenza, alla parità di trattamento e all’autonomia dall’azione penale (42) e, non trattandosi di condotta minimale da richiamo verbale, la competenza punitiva spetterà all’Ufficio procedimenti disciplinari (Upd) *ex art. 55-bis*, c. 2, d.lgs. n. 165/2001.

Le casistiche più frequenti, oltre alla violazione dell’obbligo di comunicare al superiore gerarchico, come previsto dal codice di comportamento (v. artt. 5 e 6 codice comportamento del personale dell’Agenzia delle dogane e dei monopoli), i legami o le partecipazioni in associazioni o società che possono in astratto porre problemi di conflitto di interesse, hanno riguardato ipotesi di attività extralavorative non espletabili (es. funzionario dell’Agenzia delle dogane

(37) Dopo un sofferto iter parlamentare, è stata approvata la l. 31 maggio 2022, n. 62. Si tratta del c.d. *Sunshine Act* italiano, “*Disposizioni in materia di trasparenza dei rapporti tra le imprese produttrici, i soggetti che operano nel settore della salute e le organizzazioni sanitarie*” che, in linea con Usa, Francia, Gb, vuol rendere più trasparenti i rapporti tra le imprese produttrici, i professionisti e le aziende della sanità pubblica e Stato. Questa legge intende garantire il diritto alla conoscenza dei rapporti intercorrenti tra le imprese produttrici e i soggetti operanti nel settore della salute, per finalità di trasparenza nonché di prevenzione e contrasto della corruzione nell’azione amministrativa, e colmare così un vuoto normativo sulle dinamiche in cui vi è un trasferimento di valore a scopo commerciale, di promozione o di sviluppo dei prodotti attraverso la creazione di un registro pubblico telematico in cui tutte queste informazioni sono raccolte e rese disponibili a tutti in maniera aperta.

Inoltre, nel 2006, il Comitato nazionale per la bioetica, istituito sotto la Presidenza del Consiglio dei ministri, ha pubblicato un documento dal titolo “*Conflitti di interesse nella ricerca biomedica e nella pratica clinica*”.

Sul tema dei conflitti di interesse in sanità, Farmindustria (che unisce 163 aziende) ha adottato nel 2016 un codice deontologico che richiede a tutte le aziende associate la pubblicazione dei dati sui trasferimenti di valore verso professionisti e aziende sanitarie. Tuttavia, il 45% delle società che fanno parte dell’associazione non pubblica tali informazioni, tra l’altro lacunose, e non fornisce dati aggregati in unitaria banca dati (occorre andare nel sito di ogni impresa) e poi non esistono sanzioni. Rendendo così inefficace questa autoregolamentazione. Anche Transparency International Italia e React, nell’ambito del Forum per l’integrità in sanità del 2020, hanno pubblicato a luglio 2021 un *policy paper* contenente talune osservazioni e proposte sul tema del conflitto di interesse.

(38) Recita l’art. 54, c. 3, d.lgs. n. 165: “*La violazione dei doveri contenuti nel codice di comportamento, compresi quelli relativi all’attuazione del Piano di prevenzione della corruzione, è fonte di responsabilità disciplinare. La violazione dei doveri è altresì rilevante ai fini della responsabilità civile, amministrativa e contabile ogniqualvolta le stesse responsabilità siano collegate alla violazione di doveri, obblighi, leggi o regolamenti. Violazioni gravi o reiterate del codice comportano l’applicazione della sanzione di cui all’articolo 55-*quater*, comma 1*”.

(39) Sul punto, v. V. Tenore, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, Milano, Giuffrè, 2021, 157 ss.

(40) Sulla proporzionalità il rinvio è sempre a V. Tenore, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, cit., 198 ss.

(41) Cass., Sez. lav., 25 settembre 2018, n. 22683: in tema di pubblico impiego privatizzato, ha rilievo disciplinare e legittima la sanzione espulsiva del licenziamento la condotta del dipendente, responsabile del procedimento amministrativo, il quale ometta di astenersi dalle attività di ufficio in caso di conflitto di interessi, ovvero ometta di segnalare situazioni di conflitto, anche solo potenziale, venendo in rilievo obblighi finalizzati a garantire la trasparenza e imparzialità dell’azione amministrativa e, a un tempo, a prevenire fenomeni corruttivi.

(42) Su tutti i richiamati principi fondanti del sistema disciplinare il rinvio è sempre a V. Tenore, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, cit., 190 ss.

e dei monopoli che nel pomeriggio lavori “in nero” presso uno spedizioniere o un commercialista) o non precedute da autorizzazione che serve anche a valutare conflitti reali o potenziali di interesse (es. funzionario dell’Agenzia delle dogane e dei monopoli che svolga incarichi esterni occasionalmente presso privati) (43). Ma ben ipotizzabili sono ricadute disciplinari derivanti da mancate astensioni su pratiche relative a parenti, amici, soggetti frequentati abitualmente o a società di cui il funzionario è socio (si pensi a un funzionario dell’Agenzia delle dogane e dei monopoli che controlli spedizioni provenienti o destinate a propri parenti o amici o a società di cui è pur legittimamente socio).

Da segnalare la vasta casistica giurisprudenziale e persino disciplinare presso il Csm relativa a mancate astensioni di magistrati in conflitto di interesse in violazione dell’art. 51 c.p.c. (44).

Tali sanzioni disciplinari operano per il solo personale dipendente (anche a termine o con incarico dirigenziale esterno ex art. 19, c. 6, d.lgs. n. 165 e art. 110 Tuel), mentre per il personale privato legato alla p.a. da rapporto contrattuale (aggiudicatari di appalti, fornitori, ecc.) o affidatario di incarichi (consulenti, docenti, esperti), e parimenti tenuto alla osservanza dei precetti del codice di comportamento (tra cui quelle sul conflitto di interesse) ex art. 2, c. 3, d.p.r. n. 62/2013 ed ex art. 1, c. 2 codice di comportamento Agenzia delle dogane e dei monopoli, non possono applicarsi sanzioni disciplinari, ma si procederà sul piano civilistico alla risoluzione del contratto o alla revoca dell’incarico per grave inadempimento o, se si tratta di condotte minori, alla sospensione temporanea del contratto o dell’incarico ovvero all’applicazione di penali (che è opportuno prevedere al momento della sottoscrizione del contratto o dell’affidamento dell’incarico, quali “pene private” a fronte di inadempimenti anche parziali).

B) La violazione del principio di esclusività, l’agire in situazioni di conflitto di interesse quale conseguenza della mancata astensione possono poi assumere valenza *penale*: a prescindere da pur possibili forme di truffa ai danni dello Stato, di falso in autodichiarazioni, di concorso nel reato con il soggetto beneficiario dal provvedimento non rilasciabile dal pubblico dipendente in conflitto di interessi o di reati più gravi quali la corruzione se la mancata astensione sia frutto di un “prezzo”, tale omessa astensione realizza di regola una testuale ipotesi di abuso d’ufficio. Recita difatti l’art. 323 c.p. (45): “*Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l’incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da uno a quattro anni. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno carattere di rilevante gravità*”.

Trattasi di norma penale in bianco quella dell’art. 323 c.p. nella parte in cui parla di omessa astensione “*in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti*”, ben completabile ad opera di fonti secondarie, quale l’art. 7 del d.p.r. n. 62/2013 (già art. 6 del d.m. 31 marzo 1994), come statuito dalla giurisprudenza (46), essendo preservato il canone della tipicità e della tassatività propri del precetto penale quando il livello minimo di etero-integrazione della fonte secondaria si risolve solo in una specificazione tecnica di un precetto comportamentale, già compiutamente definito nella norma primaria.

Può incorrere nel reato non qualsiasi dipendente, ma solo chi assuma la qualifica di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio. Dunque, tale qualifica non è individuabile in qualsiasi attività, ad esempio endoprocedimentale, espletata da un dipendente della p.a., ma solo in quelle riconducibili alle espressioni autoritative e volitive degli artt. 357 e 358 c.p. (47): si pensi a funzionari dell’Agenzia delle dogane e dei monopoli preposti a compiti di controllo

(43) Sulle conseguenze disciplinari, espulsive o conservative, derivanti dalla violazione del regime autorizzatorio delineato dall’art. 53 del d.lgs. n. 165/2001 v. V. Tenore, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, cit., 178 ss.

(44) Sul punto, v. M. Fresca, *La giustizia disciplinare*, Napoli, Esi, 2021, 264, 289.

(45) Sull’art. 323 c.p. novellato, tra i tanti saggi v. G.L. Gatta, *La riforma del 2020*; M. Gambardella, *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale*; T. Padovani, *Una riforma imperfetta*, tutti in B. Romano (a cura di), *Il nuovo abuso d’ufficio*, Pisa, Pacini, 2021; M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell’abuso d’ufficio*, in M. Catenacci, V.N. D’Ascola, R. Rampioni (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, Roma, RomaTre Press, 2021; V. Manes, *Sull’abuso d’ufficio non pesa il semplice eccesso di potere*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 luglio 2020; A. Natalini, *Nuovo abuso d’ufficio, il rischio è un’incriminazione fantasma*, in *Guida dir.*, 2020, 42, 24; T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell’abuso d’ufficio*, in <www.giurisprudenzapenale.com>, 28 luglio 2020.

(46) Cass. pen., Sez. VI, 24 aprile 2008, n. 27936; Sez. fer., 17 novembre 2020, n. 32174; Sez. VI, 8 settembre 2021, n. 33240; 9 dicembre 2020, n. 442; Trib. Roma, Sez. III pen., 22 ottobre 2021, n. 12169.

(47) Art. 357 c.p. (pubblico ufficiale): “*Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa*”.

Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi, e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi”.

Art. 358 c.p. (incaricato di pubblico servizio): “*Agli effetti della legge penale, sono incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio*”.

Per pubblico servizio deve intendersi un’attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di quest’ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale”.

doganale, a gare, a commissioni di concorso, a uffici disciplinari, a compiti ispettivi che non si astengano in situazioni di conflitto di interesse codificate nel codice di comportamento approvato con determinazione n. 4755 del 28 aprile 2014.

Pertanto le attività amministrative interne prive di rilevanza afflittiva esterna, le attività meramente istruttorie ancorché propulsive di successivi interventi sanzionatori (si pensi a doverose richieste di indagini ispettive interne da parte di un dirigente su fatti potenzialmente illeciti di subordinati; si pensi a segnalazioni all'Upd da parte di un capostruttura di illeciti posti in essere da subordinati) non sono atti di un pubblico ufficiale o di un incaricato di pubblico servizio, oltre ad essere condotte propulsive *doverose* per un dirigente (le cui inerzie nel segnalare illeciti sono passibili di sanzioni nei suoi confronti *ex artt. 55-quater, c. 3-quinquies, e 55-sexies, c. 3, d.lgs. n. 165/2001*) (48) e comunque inidonee a procurare *a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale* ovvero ad arrecare *ad altri un danno ingiusto*, come richiesto dall'art. 323 c.p.

La Cassazione (49) ha sotto quest'ultimo profilo di recente ribadito che, secondo un consolidato principio giurisprudenziale, anche nel caso in cui il reato di abuso d'ufficio consegua alla violazione dell'obbligo di astensione, è richiesta la sussistenza dell'ulteriore elemento costitutivo del danno o vantaggio ingiusto. Il danno ingiusto non deriva, *in re ipsa*, dalla violazione dell'obbligo di imparzialità gravante sul pubblico ufficiale, ma è requisito ulteriore e diverso rispetto alla violazione del dovere di imparzialità, che presuppone la produzione di un effetto pregiudizievole, concreto e individuabile, conseguente alla mancata astensione la violazione del dovere di astensione non comporta di per sé la responsabilità dell'agente se dal fatto non deriva alcun ingiusto vantaggio patrimoniale o un ingiusto danno.

A identico approdo giunge l'indirizzo di legittimità (50) secondo cui l'art. 323 c.p. delinea un reato di evento e non attribuisce rilievo alla mera esposizione a pericolo dell'interesse garantito, sicché deve escludersi l'esistenza del delitto allorché non vi sia la prova certa che dalla condotta sia conseguito un risultato *contra ius*, e ciò anche nel caso in cui la condotta dell'agente sia *non iure*. La mera violazione del dovere di astensione non è punibile in se stessa, dovendo essa essere, da una parte, diretta in modo idoneo e non equivoco a cagionare l'evento normativamente previsto, e, dall'altra, sorretta dal dolo intenzionale richiesto dalla norma incriminatrice. La violazione del dovere di astensione, cioè, non comporta di per sé la responsabilità dell'agente se dal fatto non deriva alcun ingiusto vantaggio patrimoniale o un ingiusto danno.

Va poi rimarcato che il decreto Semplificazioni (d.l. n. 76/2020), con l'intento di ridimensionare il reato di abuso d'ufficio *ex art. 323 c.p.*, ha espunto dalla norma i riferimenti all'attività connotata da margini di *discrezionalità* (51) e viziata da eccesso di potere, limitando la potestà di controllo del giudice penale soltanto in relazione all'*attività vincolata*: tale principio di fondo, ovvero quello della non configurabilità del reato a fronte di scelte discrezionali del pubblico

(48) Sulla obbligatorietà dell'azione disciplinare e dunque delle connesse segnalazioni e verifiche ispettive preliminari, v. Cass., Sez. lav., 10 luglio 2020, n. 14810; 8 agosto 2019, n. 21202. Tale indirizzo recepisce la tesi sostenuta in dottrina da V. Tenore, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, cit., 190 ss.

(49) Così Cass. pen., Sez. VI, 12 luglio 2021, n. 26429 (fattispecie relativa a un p.m. penale che non si è astenuto nel formulare al Gip, che la aveva valutata e concessa, richiesta di misura cautelare nei confronti di un indagato, ex marito di una donna da lui malmenata, di cui il magistrato inquirente era divenuto compagno); 6 febbraio 2020, n. 12075; 15 marzo 2016, n. 14457; 27 ottobre 2009, n. 47978 (fattispecie relativa alla condotta di un vice-procuratore onorario che non si era astenuto dal trattare il procedimento penale nel quale era imputato un soggetto di cui era stato in precedenza difensore).

(50) Cass. pen., Sez. VI, n. 16782/2021, cit.; la decisione richiama Cass. pen., Sez. VI, n. 12075/2020, cit.; n. 14457/2016, cit.; n. 47978/2009, cit.; 26 aprile 2007, n. 26324; 21 febbraio 2003, n. 11415. La decisione chiarisce che non è ingiusto il profitto o il danno ogni qual volta vi sia stata la violazione del dovere di astensione, occorrendo invece che profitto e danno siano in se stessi ingiusti; il danno o il vantaggio procurato non possono considerarsi ingiusti in tutti i casi in cui un corretto uso del potere discrezionale da parte di un altro pubblico ufficiale, non interessato all'atto, avrebbe condotto allo stesso risultato. L'ingiustizia del danno non si identifica nella illegittimità del mezzo utilizzato: esso deve sussistere a prescindere dall'abuso perpetrato, attesa la necessità che il risultato della condotta corrisponda di per sé ad una situazione anti-giuridica, senza considerare il mezzo con cui questa è stata posta in essere (cfr. Cas. pen., Sez. VI, 18 marzo 2016, n. 17676).

(51) Con la recente riforma del reato di abuso di ufficio, la dicotomia *attività discrezionale-attività vincolata* approda nel testo della fattispecie penale dell'art. 323 c.p., ma era già espressa nella seguente disciplina amministrativa: l'art. 21-*octies*, c. 2, l. n. 241/1990, secondo cui è vietato l'annullamento del provvedimento per violazione di norme formali o procedurali "qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato"; l'art. 31, c. 3, c.p.a. "Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata"; l'art. 19, c. 1, l. n. 241/1990, per delimitare i casi in cui all'autorizzazione si sostituisce la Scia "ogni atto di autorizzazione [...] il cui rilascio dipende esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale".

Il "catalogo" degli atti vincolati, d'altra parte, si è arricchito nel tempo di varie ipotesi tratte dall'elaborazione giurisprudenziale, tra cui è possibile citare: le sanzioni in materia di urbanistica e di edilizia; - la materia dei contratti pubblici, tra l'altro, nelle fasi di accertamento dei requisiti e di applicazione dei criteri di verifica dell'anomalia delle offerte; le prestazioni patrimoniali imposte ai privati (c.d. potere impositivo); l'attribuzione di contributi e di sovvenzioni ai privati; la materia dell'iscrizione agli albi professionali; l'applicazione dello sconto obbligatorio sul prezzo dei farmaci previsto dall'art. 13, c. 1, lett. a), d.l. 28 aprile 2009, n. 39 (convertito in l. 24 giugno 2009, n. 7735); la sospensione obbligatoria dalla carica del Sindaco destinatario di determinate condanne penali prevista dall'art. 11 del d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235; la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della licenza di porto di fucile per uso di caccia prevista dall'art. 32 della l. 11 febbraio 1992, n. 1573; le sanzioni in materia ambientale per lo sfioramento dei parametri di riferimento.

ufficiale, vale, per la sua portata sistemica e ragionevolezza oggettiva, anche per l'ipotesi di mancata astensione per l'espletamento di *attività vincolate*, in cui il rischio di "abusi" da conflitto di potere sono inipotizzabili.

Inoltre la Cassazione penale e quella civile hanno univocamente chiarito (52) che, ai sensi dell'art. 51, n. 3, c.p.c. (norma prevista per i magistrati, ma valevole anche per tutti i dipendenti pubblici in base all'identica formulazione dell'art. 7 d.p.r. n. 62/2013), la "*grave inimicizia*" che impone l'astensione deve riferirsi a ragioni private di rancore o di avversione sorte nell'ambito di rapporti estranei ai compiti istituzionali, né è rinvenibile in pareri non lusinghieri espressi in contesti lavorativi (53). Ma anche la giurisprudenza lavoristica è monolitica nel ribadire che l'inimicizia che impone l'astensione è quella qualificata, ossia tradottasi in contenziosi *inter partes* per fatti extralavorativi, non avendo rilevanza i fisiologici dissapori tra colleghi ancorché tradottisi in denunce penali o persino in azioni civili in qualche caso) (54). In conclusione, è in concreto integrata l'ipotesi di inimicizia grave quando, all'esito di un rigoroso scrutinio,

(52) Cass. pen., Sez. VI, n. 16782/2021, cit.; Sez. II, 31 ottobre 2018, n. 27973; Sez. VI, 14 luglio 2012, n. 34280: quest'ultima ha chiarito che, nell'esercizio dei poteri di disciplina, l'obbligo di astensione in capo al pubblico ufficiale sussiste solo quando l'inimicizia sia determinata da motivi di interesse personale, estranei all'esercizio della funzione e non anche per ragioni attinenti al servizio, sicché non può costituire elemento sintomatico di una situazione di grave inimicizia nei confronti dell'incolpato la proposizione (come nel caso in esame) di denunce da parte del dipendente sottoposto a procedimento disciplinare (nella specie, un dirigente scolastico era stato accusato di abuso di ufficio per avere omesso di astenersi, in presenza di un interesse personale, determinato dalla pendenza di una causa di lavoro per *mobbing* e di un procedimento penale, dal contestare una infrazione disciplinare).

(53) Afferma Cass. pen., Sez. VI, 17 novembre 2020, n. 16782, che il dovere di astenersi derivante dalla *grave inimicizia* presuppone che tra il pubblico agente e il destinatario dell'atto amministrativo sussistano motivi di rancore personale, mentre tale requisito non è integrato in presenza di manifestazioni di disistima e di critica professionale (fattispecie in cui la Corte ha escluso la sussistenza dell'obbligo di astensione in capo al direttore generale di un'azienda sanitaria che, dovendo procedere alla nomina di un dirigente di struttura complessa, e potendo esercitare un'ampia facoltà di scelta discrezionale, preferiva altro candidato rispetto ad un soggetto che, in più occasioni, aveva manifestato di non stimare sotto il profilo professionale).

(54) Secondo Tar Lazio, Roma, 2 marzo 2022, n. 2433, l'aver presentato, da parte del militare inquisito disciplinarmente, denunce penali nei confronti del superiore gerarchico (senza allegarne, peraltro, l'esito) non comporta alcun dovere di astensione di quest'ultimo nei successivi procedimenti disciplinari, non ricorrendo né gli estremi della lite pendente né quelli della grave inimicizia. Diversamente ragionando, si arriverebbe alla paralisi del potere disciplinare, perché il superiore che sia stato denunciato dall'inferiore dovrebbe astenersi, per questo solo fatto, in tutti i successivi procedimenti disciplinari.

Ma anche la Cassazione penale (Sez. VI, n. 34280/2012, cit.) ha chiarito che, nell'esercizio dei poteri di disciplina, l'obbligo di astensione in capo al pubblico ufficiale sussiste solo quando l'inimicizia sia determinata da motivi di interesse personale, estranei all'esercizio della funzione e non anche per ragioni attinenti al servizio, sicché non può costituire elemento sintomatico di una situazione di grave inimicizia nei confronti dell'incolpato la proposizione (come nel caso in esame) di denunce da parte del dipendente sottoposto a procedimento disciplinare (nella specie, un dirigente scolastico era stato accusato di abuso di ufficio per avere omesso di astenersi, in presenza di un interesse personale, determinato dalla pendenza di una causa di lavoro per *mobbing* e di un procedimento penale, dal contestare una infrazione disciplinare).

Anche Tar Campania, Napoli, Sez. I, 19 maggio 2010, n. 7147, afferma che, stante la natura amministrativa e non giurisdizionale del procedimento disciplinare a carico dei magistrati amministrativi e l'identica natura dell'organo disciplinare, il regime di incompatibilità va ricercato non già nell'art. 51 c.p.c. (che annovera tra le ragioni di astensione anche le "cause pendenti" tra il giudice e la parte od altra norma sugli organi giurisdizionali), bensì, in via analogica, nell'art. 149 d.p.r. n. 3/1957 sul "giudice disciplinare" nel pubblico impiego, il quale contempla l'ipotesi della "inimicizia grave" tra il componente dell'organo di disciplina (o alcuno dei suoi prossimi congiunti) e l'impiegato sottoposto al procedimento disciplinare. Detta situazione di "inimicizia grave" ricorre soltanto quando l'inimicizia sia dettata da motivi di interesse personale, estranei all'esercizio della funzione e, in particolare, non può essere unilateralmente determinata dallo stesso soggetto inquisito, neppure attraverso la proposizione di denunce penali o di querele che siano, appunto, legate all'esercizio della funzione disciplinare senza riferimento alla sussistenza di un interesse personale del membro dell'organo di disciplina, con conclusione "*a fortiori*" estendibile al caso in cui il soggetto inquisito, come nel caso di specie, abbia convenuto in giudizio per danni quest'ultimo in relazione ad un preteso illegittimo esercizio della sua funzione.

Anche per Cons. Stato, Sez. VI, 19 ottobre 2007, n. 5437, l'obbligo di astensione sussiste solo quando l'inimicizia sia determinata da motivi di interesse personale, estranei all'esercizio della funzione e non anche per ragioni attinenti al servizio; non può costituire, pertanto, elemento sintomatico di una situazione di grave inimicizia nei confronti dell'incolpato anche la proposizione di denunce da parte del dipendente sottoposto a procedimento disciplinare. *In terminis*, Tar Calabria, Catanzaro, Sez. II, 9 giugno 2021, n. 1152, per il quale la presentazione di denunce, come anche le pubbliche accuse di scorretta amministrazione dell'urbanistica comunale, non possono essere considerate motivo di astensione obbligatoria del funzionario. La tesi è pacifica: v. Tar Trentino-Alto Adige, Trento, Sez. I, 18 gennaio 2021, n. 6; Tar Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 7 luglio 2020, n. 267; Tar Marche, Ancona, Sez. I, 26 marzo 2019, n. 175.

Anche per i magistrati, Cass. pen., Sez. VI, 13 marzo 2018, n. 22540, afferma addirittura che non solo la presentazione di una denuncia penale ma anche l'instaurazione di una *causa civile* per il risarcimento del danno nei confronti di un magistrato non è di per sé sufficiente a integrare l'ipotesi di ricasazione trattandosi di iniziative riferibili alla parte e non al magistrato, mentre il sentimento di grave inimicizia, per risultare pregiudizievole, deve essere reciproco e deve trarre origine da rapporti di carattere privato, estranei al processo, non potendosi desumere dal mero trattamento riservato in tale sede alla parte, anche se da questa ritenuto frutto di mancanza di serenità (fattispecie relativa a dichiarazione di ricasazione fondata sulla presentazione di una domanda di risarcimento danni nei confronti del magistrato in quanto lo stesso aveva fatto parte, in qualità di relatore, del collegio che aveva applicato al ricorrente la misura di prevenzione della sorveglianza speciale, successivamente revocata dalla corte di appello).

Anche Cass. pen., Sez. VI, 27 maggio 2020, n. 28113, conferma che, in tema di ricasazione, non integrano inimicizia grave, ai sensi degli artt. 36, c. 1, lett. d), e 37, c. 1, lett. a), c.p.p., le manifestazioni di dissenso ideologico e culturale, anche radicale, del giudice rispetto all'attività svolta dall'imputato, ove non si traducano in un'avversione di tipo personale, incompatibile con le logiche di neutrale professionalità che devono invece informare la condotta del decisore. (Fattispecie in cui sono state ritenute non significative di inimicizia grave

si possa ritenere che la presentazione della denuncia o querela abbia tratto origine da esperienze di vita e rapporti interpersonali che esulano dalla sfera strettamente professionale.

Si è già sopra detto che non condividiamo l'indirizzo giurisprudenziale (55), espresso in sede penale, secondo cui le cause di astensione (aventi rilevanza *ex art. 323 c.p.*) sarebbero tassative per evitare il c.d. abuso di denuncia.

Non vanno poi dimenticati, in relazione ad altre fattispecie di reato ipotizzabili in materia di conflitto di interesse, i non rari giudizi su profili di truffa ai danni dello Stato o di false autodichiarazioni relativi alla violazione dolosa da parte di dipendenti pubblici (soprattutto professori universitari o medici in regime di tempo pieno o di *intramoenia*) delle basilari regole sul divieto di espletamento di attività extralavorative senza autorizzazione o non autorizzabili, in spregio dell'art. 53 d.lgs. n. 165/2001 e di norme settoriali (ad esempio, per i professori universitari a tempo pieno, dell'art. 6, c. 10, della legge Gelmini 30 dicembre 2010 n. 104), con conseguente introito di somme non dovute per maggiorazioni retributive correlate a regimi di esclusiva lavoristica e, dunque, al divieto di espletare incarichi libero-professionali o *extramoenia* (rispettivamente per docenti e medici pubblici).

C) La mancata astensione nonostante il conflitto di interesse in capo al funzionario deliberante o agente può inoltre originare una *responsabilità civile* nascente da contenziosi amministrativi tesi all'annullamento di gare, concorsi, procedimenti vari e a cumulative azioni risarcitorie innanzi al medesimo complesso Tar-CdS. Si pensi al caso di mancata astensione da parte di un commissario di gara nonostante la partecipazione di una impresa di un suo stretto congiunto risultata poi vincitrice: l'aggiudicazione risulterebbe annullabile e il successivo annesso contratto diverrebbe inefficace (56). Una società concorrente esclusa, dunque, potrebbe far invalidare la gara per violazione di legge (la mancata astensione) e chiedere il risarcimento dei danni patiti (costi sopportati per la partecipazione e perdita della *chance*, ove provata). Ad analogo approdo dovrebbe pervenirsi in caso di annullamento di un concorso per mancata astensione di un commissario in evidente conflitto di interesse, con richiesta altresì di risarcimento dei danni a favore dei candidati ricorrenti (per spese di viaggio, albergo, pasti, e per sofferenza, patimento, ecc.).

Il soggetto evocato in tali possibili contenziosi sarà la p.a. e più difficilmente il singolo dipendente che ha portato al vizio invalidante e foriero di danno, stante la evidente maggior capienza patrimoniale del datore, corresponsabile solidale *ex art. 28 Cost.*

D) Tali ultimi esempi evidenziano altresì una ben ipotizzabile *responsabilità amministrativo-contabile* (57) per i possibili danni erariali patiti dalla p.a. che si veda annullare una gara o un concorso per una mancata astensione di un componente della commissione: oltre ai danni risarciti al terzo (impresa ricorrente; candidati ricorrenti), configuranti un c.d. danno patrimoniale indiretto per la p.a., vi è un ulteriore e concorrente danno patito dal soggetto pubblico, ovvero quello per i costi sopportati per la procedura di gara o per quella concorsuale (affitto di costosi locali, dispendio di ore lavorative per attività rivelatesi inutili, ecc.).

Non è da escludere, in qualche caso connotato da peculiare gravità dei fatti e rilevante ritorno mediatico, un danno all'immagine, purché il fatto configuri reato (es. abuso d'ufficio, truffa, falso) e dopo il giudicato penale: questi ultimi limiti alla perseguibilità del danno all'immagine sono stati introdotti dall'improvvido "lodo Bernardo" (art. 17, c. 30-ter, d.l. 1 luglio 2009, n. 78, convertito in l. n. 102/2009) (58).

Né può escludersi, sempre che se ne ammetta la sua configurabilità, un danno da "disservizio" (59), ovvero derivante da costi sopportati dalla p.a. per inutile attività gestionale svolta per una gara o un concorso, che ha comportato retribuzione per dipendenti a fronte di attività rivelatesi inutile in quanto viziata dal conflitto di interesse vittoriosamente fatto valere in giudizio. Altra voce di danno da disservizio potrebbe riguardare i costi per verifiche ispettive per la ricostruzione dei fatti che hanno portato all'invalidazione di gare, concorsi o per interventi in autotutela volti a correggere gli errori gestionali commessi con colpa grave o con dolo.

l'adesione del magistrato, già candidato alle elezioni regionali, a partito politico antagonista allo schieramento del ricorrente nonché la redazione di alcuni scritti critici nei confronti di detto schieramento).

Ribadisce Cons. Stato, Sez. VI, 9 luglio 2012, n. 4009, che l'obbligo di astensione (di un componente della commissione di disciplina) sussiste solo quando l'inimicizia sia dettata da motivi d'ordine personale, estranei all'esercizio della funzione e non anche per ragioni attinenti al servizio.

Sull'"abuso di denuncia" da parte di taluni soggetti per impedire la regolare costituzione di un organo non gradito (es. in gare o concorsi), v. Cons. Stato, Sez. III, n. 1577/2014; Tar Sicilia, Palermo, Sez. I, n. 2988/2022, citt.

(55) Si rinvia al par. 2, nt. 34 e 35. Sull'abuso di denuncia, v. la precedente nt. 54, nel finale.

(56) Gli artt. 21-124 c.p.a. parlano di inefficacia del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione "a monte": in realtà tale categoria attiene al profilo degli effetti derivanti da quella che possiamo definire una nullità speciale del contratto tra p.a. e impresa aggiudicataria: *in terminis*, V. Lopilato, *op. cit.*, 1170 ss.

(57) Sulla responsabilità amministrativo-contabile è sufficiente il rinvio a V. Tenore (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, Giuffrè, 2021.

(58) Sulla portata del lodo Bernardo, prima e dopo la novella del codice del processo contabile (d.lgs. n. 174/2016), cfr. V. Tenore (a cura di), *La nuova Corte dei conti*, cit., 334 ss.

(59) Sul danno da disservizio v. V. Tenore, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, cit., 180 ss.; Id., *La nuova Corte dei conti*, cit., 363 ss.

Assai diffuso è poi il già segnalato contenzioso giuscontabile sui danni da mancati versamenti stragiudiziali al datore di lavoro dei proventi di attività extralavorative non autorizzate o non autorizzabili: la violazione dell'art. 53 del d.lgs. n. 165 ha infatti originato moltissimi giudizi innanzi alla Corte dei conti, soprattutto nel mondo universitario e nel comparto sanità (riguardanti quasi esclusivamente docenti a tempo pieno e medici optanti per il regime *intramoenia*), con analisi casistica di centinaia di ipotesi e con importanti pronunciamenti sul computo (purtroppo) al lordo delle somme da versare e sulle attività da ritenere liberalizzate, e come tali non necessitanti autorizzazione (es. attività didattiche o di mera percezione di diritti d'autore, attività meramente consulenziali occasionali per i professori a tempo pieno) (60).

E) Da ultimo, una tollerata e reiterata mancata astensione propria o di propri subordinati in vari procedimenti facenti capo a un ufficio di un ente pubblico potrebbe originare in capo al relativo dirigente una plastica ipotesi di *responsabilità dirigenziale ex art. 21 d.lgs. n. 165/2001* (61). Difatti quest'ultima norma sanziona *“il mancato raggiungimento degli obiettivi, [...] l'inosservanza delle direttive imputabili al dirigente, [...] la colpevole violazione del dovere di vigilanza sul rispetto, da parte del personale assegnato ai propri uffici, degli standard quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione”*. Orbene, a tali previsioni sono verosimilmente riconducibili, ferma restando la responsabilità disciplinare, le predette reiterate tollerate mancate astensioni per conflitto di interesse, passibili di misure gestionali che vanno dal mancato rinnovo dell'incarico al recesso unilaterale.

In conclusione, come si coglie da tali plurimi profili patologici, il canone costituzionale di esclusività statuito dall'art. 98 Cost., sui cui si fondano i precetti sul conflitto di interesse comportante obbligo di astensione, ha una portata non meramente teorica, bensì concreta e dalle diversificate ricadute sanzionatorie.

4. *Alcune casistiche concrete: a) concorsi pubblici; b) gare pubbliche; c) attività extralavorative; d) procedimenti disciplinari; e) controlli e ispezioni; f) interessi finanziari di dirigenti; g) grave inimicizia e amicizie sui social*

Il conflitto di interesse nella gestione amministrativa della pubblica amministrazione si è posto in molte occasioni. Una rassegna casistica (62) appare dunque opportuna.

a) Con riferimento a selezioni o concorsi pubblici

Spesso la magistratura e l'Anac hanno vagliato obblighi di astensione connessi a conflitti di interesse in procedure selettive o concorsuali, utilizzando talvolta impropriamente quale referente l'art. 51 c.p.c. in luogo degli artt. 6 e 7 del d.p.r. n. 62/2013 e codici aziendali di recepimento.

Ad esempio, con la delibera n. 1305 del 2016, l'Anac si è espressa in merito alla mancata dichiarazione, da parte di un pubblico dipendente, della sussistenza di un rapporto di parentela con un soggetto poi assunto dalla stessa amministrazione di appartenenza; il dipendente, nell'ambito della procedura di valutazione delle candidature, avrebbe avuto un ruolo non meramente di ausilio, avendo attivamente collaborato con la sindaca durante la fase di selezione. Nel caso di specie, l'Autorità non ha ritenuto idonea a rimuovere il conflitto di interessi la dichiarazione resa dalla sindaca circa la conoscenza del suddetto rapporto di parentela. Il d.p.r. n. 62/2013, infatti, prevede che l'organo che viene a conoscenza della situazione di conflitto di interessi deve disporre ogni misura volta a evitare la partecipazione del funzionario nei procedimenti nei quali lo stesso possa trovarsi in tale situazione. La partecipazione, da parte del dirigente non astenutosi, all'istruttoria e alla predisposizione dell'atto di nomina, senza l'adozione, da parte dell'amministrazione, di alcun ulteriore provvedimento oltre alla semplice presa di conoscenza da parte della sindaca del conflitto di interessi, hanno costituito, ad avviso dell'Autorità, una violazione dell'art. 7 del d.p.r. n. 62/2013, con tutte le conseguenze sanzionatorie del caso. Stante, inoltre, la sussistenza di una relazione di parentela, il dipendente non astenutosi avrebbe violato anche l'art. 10 del decreto sopra citato.

La giurisprudenza ha sovente rimarcato (63) la tassatività delle ipotesi di conflitto di interesse ritenendo che nelle procedure concorsuali i componenti delle commissioni esaminatrici hanno l'obbligo di astenersi solo se sussiste una delle condizioni tassativamente indicate dall'art. 51 c.p.c., senza che le cause di incompatibilità previste dalla stessa disposizione possano essere oggetto di estensione analogica. In particolare, l'appartenenza allo stesso ufficio del candidato e il legame di subordinazione o di collaborazione tra i componenti della commissione e il candidato non rientrano nelle ipotesi di astensione di cui all'art. 51 c.p.c. Abbiamo già sopra rimarcato che non condividiamo tale approdo interpretativo in quanto i soprarichiamati precetti dell'art. 7 d.p.r. n. 62/2013 (recepiti nel corrispondente art. 7 del codice di comportamento del personale dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli), pur ispirati a una tendenziale tipizzazione di taluni evidenti casi di conflitto di interesse, sono suscettibili di più ampia interpretazione, senza ricorrere al meccanismo della analogia, in quanto è il dato testuale a stabilire che *“Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui*

(60) Per una compiuta analisi della giurisprudenza intervenuta in materia v. V. Tenore, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, cit., 180 ss.; Id., *La nuova Corte dei conti*, cit., 88 ss.

(61) Sulla responsabilità dirigenziale v. V. Tenore, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, cit., 589 ss., con ampi richiami dottrinali.

(62) Per una utile analisi della prassi vagliata dall'Anac in materia di conflitto di interesse, cfr. A. Lalli, A. Moreschini, M. Ricci, *op. cit.*

(63) Cons. Stato, Sez. III, 31 gennaio 2020, n. 796; Tar Puglia, Bari, Sez. I, 14 giugno 2022, n. 868; Cons. Stato, Sez. III, n. 2775/2019, cit.; n. 1628/2016, cit.; Sez. VI, n. 3373/2017, cit.; Sez. VI, n. 4015/2013, cit.; Tar Campania, Napoli, Sez. VIII, 3 aprile 2019, n. 1844.

esistono gravi ragioni di convenienza". Potrebbero dunque esserci situazioni ulteriori rispetto a quelle riconducibili a legami familiari, affettive, amicali o inimicali e credito/debitorie.

Ma sia il giudice amministrativo che l'Anac hanno sovente vagliato questioni di conflitto in procedure concorsuali in relazione ai concorsi universitari, a fronte della laconicità dei codici di ateneo sui conflitti di interesse in sede selettiva. Un marmoreo indirizzo della magistratura amministrativa afferma che il rapporto di collaborazione accademica tra candidati e commissari, se espressivo di un *"fisiologico e ordinario rapporto di collaborazione scientifica e di ufficio in ambito universitario"*, non si traduce in una sistemica attività di comune e congiunta attività libero-professionale e non è dunque in grado di arrecare pregiudizio all'imparzialità della commissione giudicatrice presieduta dal docente (64). La conoscenza personale e/o l'instaurazione di rapporti lavorativi e accademici non sono motivi di astensione, salvo che i rapporti personali o professionali non siano di rilievo e intensità tali da far sorgere il sospetto che il candidato sia giudicato non in base al risultato delle prove, ma in virtù delle conoscenze personali (65).

La giurisprudenza ha poi più volte ribadito (66) che, ai fini dell'applicazione della fattispecie di cui all'art. 51 c.p.c., la *grave inimicizia* che impone il dovere di astensione deve essere necessariamente fondata su obiettive circostanze di conflittualità con il candidato istante, cui incombe l'onere di provare l'esistenza di comportamenti inequivoci e palesi di ostilità preconcepita. Non possono ricondursi, pertanto, a tale ipotesi, rilevante ai fini ricusatori ai sensi dell'art. 51, c. 1, n. 3, c.p.c. (e agli artt. 6 e 7 d.p.r. n. 62/2013), le normali dinamiche lavorative tra colleghi o tra dirigente e dipendente, di talché è esclusa la sussistenza di una causa di incompatibilità qualora non sia in alcun modo provato che tale contrapposizione abbia superato i limiti della tollerabilità, sfociando in atteggiamenti illeciti e persecutori, volti palesemente e ingiustificatamente a pregiudicare o danneggiare, irrimediabilmente, la persona del proprio dipendente-collaboratore.

Da ultimo va segnalato l'indirizzo secondo cui (67), in tema di abuso d'ufficio, il dovere di astenersi derivante dalla *grave inimicizia* presuppone che tra il pubblico agente e il destinatario dell'atto amministrativo sussistano motivi di rancore personale, mentre tale requisito non è integrato in presenza di manifestazioni di disistima e di critica professionale (fattispecie in cui la Corte ha escluso la sussistenza dell'obbligo di astensione in capo al direttore generale di un'azienda sanitaria che, dovendo procedere alla nomina di un dirigente di struttura complessa e potendo esercitare un'ampia facoltà di scelta discrezionale, preferiva altro candidato rispetto a un soggetto che, in più occasioni, aveva manifestato di non stimare sotto il profilo professionale).

b) In relazione alle gare pubbliche

Il conflitto di interesse in materia di gare è normato dall'art. 42 del d.lgs. n. 50 del 2016 (68), che richiama l'art. 7 del d.p.r. n. 62/2013. Sul piano definitorio, il Consiglio di Stato ha esplicitato (69) che, ai sensi dell'art. 42, c. 2, del

(64) Tra le tante, v. Tar Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 3 giugno 2021, n. 546; Cons. Stato, Sez. VI, 24 settembre 2020, n. 5610; Tar Emilia-Romagna, Sez. I, 1 ottobre 2019, n. 743; Tar Lazio, Roma, Sez. III, 12 gennaio 2018, n. 392. *In terminis*, Anac delib. n. 209/2017 (il provvedimento riguarda un presunto conflitto di interessi in capo al presidente della commissione giudicatrice in una procedura di selezione per un posto di ricercatore universitario con la candidata vincitrice).

La delibera n. 384/2017 ha invece vagliato, escludendolo, il presunto conflitto di interessi in capo a un membro della commissione giudicatrice della selezione indetta per la copertura di un posto di professore ordinario derivante dalla sussistenza di una serie di rapporti professionali di carattere patrimoniale e fiduciario con i familiari della candidata risultata vincitrice. In particolare, i familiari e gli affini della vincitrice avrebbero conferito al commissario valutatore svariati incarichi professionali; l'Anac ha ravvisato l'occasionalità di tali incarichi escludendo dunque un conflitto di interesse valutativo.

Anche nel campo dei concorsi sanitari, Cons. Stato, Sez. III, 30 luglio 2019, n. 5397, afferma che nel concorso pubblico per l'assunzione a tempo indeterminato di un dirigente medico, la semplice collaborazione scientifica o anche professionale, all'interno della stessa équipe medica, tra un componente di una commissione di concorso e un candidato non configura automaticamente una situazione di incompatibilità tale da giustificare l'astensione del commissario, purché tale collaborazione non sia in realtà espressione dell'esistenza di una più solida e stabile comunanza di interessi economici e di vita tra le parti.

(65) Cons. Stato, Sez. VI, 15 giugno 2020, n. 3804.

(66) Da ultimo, Tar Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, n. 267/2020, cit.

(67) Cass. pen., Sez. VI, n. 16782/2020, cit.

(68) L'art. 42 d.lgs. n. 50 recita: *"1. Le stazioni appaltanti prevedono misure adeguate per contrastare le frodi e la corruzione nonché per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici.*

2. Si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, 62.

3. Il personale che versa nelle ipotesi di cui al comma 2 è tenuto a darne comunicazione alla stazione appaltante, ad astenersi dal partecipare alla procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni. Fatte salve le ipotesi di responsabilità amministrativa e penale, la mancata astensione nei casi di cui al primo periodo costituisce comunque fonte di responsabilità disciplinare a carico del dipendente pubblico".

(69) Cons. Stato, Sez. V, n. 3415/2017, cit.

d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, si ha conflitto di interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi – che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzare, in qualsiasi modo, il risultato – ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale, che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione.

Sul tema sono intervenute le Linee guida Anac n. 15/2019.

La giurisprudenza ha inoltre chiarito che (70), ai fini dell'individuazione di una situazione di conflitto di interesse è sufficiente il carattere anche solo potenziale dell'asimmetria informativa di cui abbia potuto godere un concorrente grazie all'acquisizione di elementi ignoti agli altri partecipanti per il tramite di un soggetto in rapporto diretto con la stazione appaltante, così come anche solo potenziale può configurarsi il conseguente, indebito vantaggio competitivo conseguito, in violazione dei principi di imparzialità, buon andamento e *par condicio competitorum*; in altre parole, per le sue caratteristiche funzionali, la disposizione in parola è da intendersi come norma *lato sensu* "di pericolo", in quanto le misure che essa contempla (astensione dei dipendenti) o comporta (esclusione dell'impresa concorrente) operano per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale può determinare. Nondimeno, se il conflitto di interessi è evidenziato in una fase più avanzata del procedimento di gara, o addirittura successivamente all'aggiudicazione, non può che trovare applicazione la misura demolitoria, che, secondo la regola generale, colpisce il provvedimento conclusivo della procedura, viziato in via derivata dal conflitto di interessi (71).

Costituisce principio generale nella giurisprudenza amministrativa (72) che non sussiste l'obbligo di astensione dall'esercizio delle funzioni di componente della commissione giudicatrice di una procedura concorsuale se la situazione di fatto in concreto verificatasi non sia riconducibile ad alcuno dei casi di astensione o di incompatibilità previsti espressamente dalla legge, né *ex art. 51 c.p.c.*, né *ex art. 13, c. 6, direttiva Ce 18 giugno 1992, n. 92/50*.

Sempre la giurisprudenza ha chiarito che (73) non ricorre una situazione di conflitto di interessi nel caso in cui risulti che un dirigente della p.a. nominato presidente della commissione di gara nel corso degli anni, nello svolgimento delle sue mansioni, abbia adottato molteplici provvedimenti pregiudizievoli tali da determinare l'insorgere di diverse controversie giurisdizionali con l'impresa concorrente; tale fattispecie non integra alcuna delle condizioni tassativamente previste dall'art. 51 c.p.c. e dall'art. 42 d.lgs. n. 50/2016, in presenza delle quali sussiste l'obbligo di astensione dalle funzioni di commissario né un potenziale conflitto di interessi per l'esistenza di gravi ragioni di convenienza, di una causa pendente tra le parti o di una grave inimicizia tra le medesime.

È stato poi precisato (74) che le regole sul conflitto di interesse operano anche per i funzionari esterni, ovvero i professionisti e i professori universitari, allorché l'amministrazione appaltante sia costretta a rivolgersi a tali categorie di soggetti per l'accertata carenza in organico di adeguate professionalità ovvero nei casi in cui, secondo le specifiche previsioni del regolamento, ricorrono esigenze oggettive e comprovate.

c) *In materia di attività extralavorative non autorizzabili o non autorizzate*

La casistica relativa alla lesione dell'esclusività e del connesso principio di prevenzione del conflitto di interesse a fronte dell'espletamento di attività extralavorative non autorizzabili (in quanto vietate *ex art. 60 ss. d.p.r. n. 3/1957*) o per le quali non è stata chiesta l'autorizzazione prevista dall'art. 53 d.lgs. n. 165/2001 è davvero poderosa ed è stata vagliata sia in sede lavoristica (innanzi al g.o. o al g.a. a fronte di sanzioni disciplinare inflitte a personale privatizzato e non) sia in sede giuscontabile (per il mancato versamento al datore delle somme percepite senza la previa autorizzazione all'incarico o non autorizzabili proprio: art. 53, cc.7 e 7-bis, d.lgs. n. 165) sia in sede penale (per eventuali profili di truffa ai danni dello Stato o di falso per autodichiarazioni mendaci o non veritiere). Il tema è stato analizzato nel precedente par. 3, al quale è sufficiente rinviare.

Per le attività *assolutamente vietate* (imprenditoriali, commerciali, libero professionali, altri lavori pubblici o privati: art. 60 d.p.r. n. 3/1957, richiamato dall'art. 53 d.lgs. n. 165/2001) opera una presunzione di legge di conflitto di interesse implicante *ope legis* la decadenza non disciplinare dall'impiego in caso di espletamento.

Per le attività invece *autorizzabili* (occasionalmente, svolte nel tempo libero, non lesive dell'immagine della p.a. e non in contrasto con compiti istituzionali), l'art. 53 del d.lgs. n. 165 impone una richiesta al datore e una verifica di quest'ultimo sulla autorizzabilità anche alla stregua della sussistenza di conflitti di interesse, palesemente configurabile se il conferente l'incarico è destinatario (o è stato destinatario: sul punto sarebbe opportuno che i codici di comportamento

(70) Cons. Stato, Sez. III, 20 agosto 2020, n. 5151, che richiama Cons. Stato, Sez. atti norm., n. 667/2019, Sez. III, n. 355/2019 e Sez. V, n. 3048/2020.

(71) Cons. Stato, Sez. III, n. 5151/2020, cit., che richiama Cons. Stato, Sez. V, n. 7389/2019.

(72) Cons. Stato, Sez. VI, 3 marzo 2007, n. 1011 (nella specie è stata esclusa dall'ambito di operatività dei summenzionati articoli l'ipotesi in cui il membro di commissione di gara fosse legato da rapporto di collaborazione volontaria ed essenzialmente gratuita con una società collegata ad altra partecipante al procedimento di gara).

(73) Cons. Stato, Sez. V, 20 dicembre 2018, n. 7170. *In terminis*, Tar Lazio, Roma, Sez. II, 9 agosto 2018, n. 8953.

Inoltre, secondo Cons. Stato, Sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4903, è generica l'eccezione con cui ci si duole del fatto che due membri della commissione di gara sono colleghi universitari del progettista, atteso che non viene specificato come l'essere commissari e incaricato della progettazione colleghi universitari dia luogo a una delle tassative cause di astensione di cui all'art. 51 c.p.c.

(74) Cons. Stato, Sez. V, n. 3415/2017, cit.

fissino un periodo “di raffreddamento”) di atti o controlli che fanno capo al dipendente pubblico che riceve l’incarico dal privato.

Per le attività *liberalizzate* infine (quelle che non richiedono autorizzazione *ex art. 53, c. 6, d.lgs. n. 165*) va comunque prevista una comunicazione conoscitiva al datore per prevenire incomprensioni e, soprattutto, conflitti di interesse che potrebbero configurarsi anche a fronte di attività espletabili sul piano lavoristico (75).

Per approfondimenti sul tema, sul piano normativo e giurisprudenziale, è sufficiente il rinvio a studi specifici (76).

d) Con riferimento all’esercizio dell’azione disciplinare

Pur non operando nel procedimento disciplinare il principio processuale di terzietà valevole per il giudice (è il datore, ovvero una delle parti del rapporto contrattuale, a sanzionare la controparte tramite l’Upd o il capo struttura) (77), l’organo disciplinarmente competente deve agire con serenità, imparzialità ed indipendenza. Sono dunque ben applicabili anche per tale procedimento sanzionatorio gli obblighi di astensione in caso di conflitto di interesse.

Pur non rinvenendosi se non poche casistiche giudiziarie sul punto, è ben ipotizzabile dunque un dovere di astensione (78) del preposto all’azione disciplinare se in rapporto di parentela, notoria amicizia o inimicizia (qualificata, ovvero tradottasi in denunce reciproche per fatti extralavorativi, non avendo rilevanza i fisiologici dissapori tra colleghi ancorché tradottisi in iniziative legali) (79), frequentazione abituale o in rapporto di significativo credito/debito con il collega giudicando.

(75) Si pensi a un primario medico che svolga numerose attività di docenza o scriva molti articoli (attività che non richiedono autorizzazione *ex art. 53, c. 6, d.lgs. n. 165*), ricevendo buona remunerazione, per azienda farmaceutica o di protesi sanitarie, il quale venga poi a far parte di commissione di gara per forniture sanitarie e farmacologiche nella azienda ospedaliera, con partecipazione alla gara della stessa impresa per cui tiene lezioni o scrive articoli. Palese sarebbe il conflitto di interesse se questa seconda attività fosse intensa e reiterata. Il primario dovrebbe essere escluso dalla commissione di gara per potenziale conflitto di interesse.

(76) Si rinvia alla bibliografia in nt. 26.

(77) Sulla assenza di un principio di terzietà, ma sulla applicabilità degli obblighi di astensione codificati nel codice di comportamento, v. V. Tenore, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, cit., 279 ss.

(78) Tar Campania, Napoli, Sez. VI, 6 luglio 2021, n. 4642: l’obbligo di astensione, tipizzato all’art. 51 c.p.c. (a nostro avviso il richiamo più pertinente sarebbe stato al d.p.r. n. 62/2013, artt. 6 e 7), rappresenta un corollario del principio di imparzialità, sancito dall’art. 97 Cost., il quale, in virtù della sua portata generale, non può non trovare applicazione anche rispetto all’ordinamento militare e in particolare nei procedimenti sanzionatori.

(79) V. la vasta giurisprudenza citata nelle nt. 52-54. Secondo Tar Lazio, Roma, n. 2433/2022, cit., l’aver presentato, da parte del militare inquisito disciplinarmente, denunce penali nei confronti del superiore gerarchico (senza allegarne, peraltro, l’esito), non comporta alcun dovere di astensione di quest’ultimo nei successivi procedimenti disciplinari, non ricorrendo né gli estremi della lite pendente né quelli della grave inimicizia. Diversamente ragionando, si arriverebbe alla paralisi del potere disciplinare, perché il superiore che sia stato denunciato dall’inferiore dovrebbe astenersi, per questo solo fatto, in tutti i successivi procedimenti disciplinari.

Ma anche la Cassazione penale (Sez. VI, n. 34280/2012, cit.) ha chiarito che, nell’esercizio dei poteri di disciplina, l’obbligo di astensione in capo al pubblico ufficiale sussiste solo quando l’inimicizia sia determinata da motivi di interesse personale, estranei all’esercizio della funzione e non anche per ragioni attinenti al servizio, sicché non può costituire elemento sintomatico di una situazione di grave inimicizia nei confronti dell’incolpato la proposizione (come nel caso in esame) di denunce da parte del dipendente sottoposto a procedimento disciplinare (nella specie, un dirigente scolastico era stato accusato di abuso di ufficio per avere omesso di astenersi, in presenza di un interesse personale, determinato dalla pendenza di una causa di lavoro per *mobbing* e di un procedimento penale, dal contestare una infrazione disciplinare).

Anche Tar Campania, Napoli, Sez. I, n. 7147/2010, cit., afferma che, stante la natura amministrativa e non giurisdizionale del procedimento disciplinare a carico dei magistrati amministrativi e l’identica natura dell’organo disciplinare, il regime di incompatibilità va ricercato non già nell’art. 51 c.p.c. (che annovera tra le ragioni di astensione anche le “cause pendenti” tra il giudice e la parte o altra norma sugli organi giurisdizionali), bensì, in via analogica, nell’art. 149 d.p.r. n. 3/1957 sul “giudice disciplinare” nel pubblico impiego, il quale contempla l’ipotesi della “inimicizia grave” tra il componente dell’organo di disciplina (o alcuno dei suoi prossimi congiunti) e l’impiegato sottoposto al procedimento disciplinare. Detta situazione di “inimicizia grave” ricorre soltanto quando l’inimicizia sia dettata da motivi di interesse personale, estranei all’esercizio della funzione e, in particolare, non può essere unilateralmente determinata dallo stesso soggetto inquisito, neppure attraverso la proposizione di denunce penali o di querele che siano, appunto, legate all’esercizio della funzione disciplinare senza riferimento alla sussistenza di un interesse personale del membro dell’organo di disciplina, con conclusione “*a fortiori*” estendibile al caso in cui il soggetto inquisito, come nel caso di specie, abbia convenuto in giudizio per danni quest’ultimo in relazione ad un preteso illegittimo esercizio della sua funzione.

Anche per Cons. Stato, Sez. VI, n. 5437/2007, cit.; Sez. IV, 9 giugno 2006, n. 3467, l’obbligo di astensione sussiste solo quando l’inimicizia sia determinata da motivi di interesse personale, estranei all’esercizio della funzione e non anche per ragioni attinenti al servizio; non può costituire, pertanto, elemento sintomatico di una situazione di grave inimicizia nei confronti dell’incolpato anche la proposizione di denunce da parte del dipendente sottoposto a procedimento disciplinare.

Ribadisce Cons. Stato, Sez. VI, n. 4009/2012, cit., che l’obbligo di astensione (di un componente della commissione di disciplina) sussiste solo quando l’inimicizia sia dettata da motivi d’ordine personale, estranei all’esercizio della funzione e non anche per ragioni attinenti al servizio.

Tuttavia Cons. Stato, Sez. V, 5 settembre 2005, n. 4486, afferma che più che su di una rigorosa applicazione dell’obbligo di astensione e la ricusazione del giudice desumibili dagli artt. 51 e 52 c.p.c., il procedimento disciplinare nei confronti dei dipendenti della p.a. è governato dal principio di imparzialità di cui all’art. 97 Cost.: qualora l’autorità agente sia un organo collegiale, l’obbligo di astenersi del singolo componente trova perciò espressione nell’interesse a partecipare alla deliberazione cui questi sia direttamente interessato, per la presunzione che il soggetto coinvolto nella situazione oggetto del provvedimento non possa determinarsi con la dovuta serenità. Deve ritenersi, pertanto, illegittima la delibera della giunta municipale con cui viene inflitta la sanzione disciplinare della sospensione dalla

Del resto, la giurisprudenza ha nitidamente chiarito che (80), con riferimento alla impugnazione di una sanzione disciplinare irrogata dalla stessa persona fisica oggetto del comportamento del dipendente per cui è stata irrogata la sanzione, il principio di terzietà e di obiettività dell'azione amministrativa supera la previsione legislativa della competenza al superiore gerarchico, in quanto il principio di imparzialità, sancito dall'art. 97 Cost., ha portata generale e di questo l'obbligo di astensione rappresenta un corollario che non tollera alcun tipo di compressione ed ha quindi carattere immediatamente e direttamente precettivo.

L'omessa astensione, oltre a configurare un vizio procedurale da far valere in giudizio, potrebbe assurgere a valenza disciplinare e persino penale, o tradursi in *mobbing*, i cui profili risarcitori, ove acclarati in sede lavoristica, ridondano in punto di danno erariale per gli esborsi patiti dalla p.a. per la mancata astensione per finalità "persecutorie" di taluni dirigenti in sede disciplinare.

La giurisprudenza ha poi chiarito, in punto di conflitto, che l'identità tra la persona fisica, titolare dell'ufficio dei procedimenti disciplinari, e la persona fisica titolare della struttura nella quale sia collocato il dipendente incolpato, non configura alcuna incompatibilità che possa dare luogo alla nullità del procedimento disciplinare e del provvedimento sanzionatorio conclusivo del procedimento, anche alla luce di quanto prevede l'attuale c. 9-ter dell'art. 55-bis del d.lgs. n. 165/2001 (81) e lo stesso approdo è stato confermato in caso di presenza del soggetto segnalante l'illecito all'interno dell'Upd quale componente (82).

Sempre la giurisprudenza (83) ha esplicitato che aver reso un generico parere su una questione in esame da parte dell'organo disciplinare da parte di un suo componente non configura una causa di astensione.

La magistratura ha poi soggiunto (84) che non è incostituzionale un regime disciplinare che non prevede l'obbligo di astensione da parte del membro della commissione di disciplina già sentito nel medesimo procedimento in qualità di testimone, in quanto non possono essere automaticamente trasferiti al procedimento amministrativo i principi che regolano lo svolgimento del processo, oltre al fatto che tale norma assicura adeguate garanzie, prevedendo l'astensione del membro del collegio in presenza di situazioni obiettivamente in grado di mettere in dubbio la terzietà dell'organo decidente.

e) In relazione all'attività ispettiva o di controllo

Anche l'attività ispettiva o comunque di controllo, al pari di qualsiasi attività gestionale affidata a pubblici dipendenti, va svolta con serenità e indipendenza. Anche per tale attività sono dunque pacificamente applicabili gli obblighi di astensione previsti dal codice di comportamento qualora il controllato/ispezionato ponga problemi di conflitto di interesse (85). Anzi, la peculiare terzietà ed obiettività che ontologicamente connota la funzione di controllo, impone una ancor maggiore attenzione a possibili conflitti di interesse anche potenziali, che dovrebbero indurre le amministrazioni, nel redigere i propri codici di comportamento aziendali, a prevedere e puntualizzare precetti ancor più rigorosi per i preposti a compiti di controllo, non solo in tema di non accettazione di donativi in connessione a compiti d'ufficio, ma anche in tema di divieto di espletare incarichi esterni a favore di soggetti anche potenzialmente controllabili o ad essi connessi.

Del resto, anche la direttiva 2 luglio 2002 sulle attività d'ispezione del Dipartimento della funzione pubblica chiarisce al punto A) che *"Tutte le iniziative dell'ispettore devono basarsi su imparzialità e autonomia di giudizio. L'attività di ispezione presuppone l'imparzialità e l'autonomia di giudizio. La funzione di soggetto estraneo e neutrale (terzietà), che deve caratterizzare l'attività dell'ispettore, gli permette di avanzare proposte adatte a risolvere le inefficienze che incontra; mentre l'autonomia di giudizio ne qualifica la professionalità e garantisce l'imparzialità che deve caratterizzare il lavoro di ogni dipendente della pubblica Amministrazione. Se l'incaricato non è in grado di assicurare l'imparzialità e l'estraneità personale, deve rinunciare ad effettuare la verifica"*.

qualifica, nel caso in cui il procedimento tragga origine da dissidi personali insorti fra l'incolpato e il sindaco e il provvedimento sia stato assunto in violazione del dovere del sindaco di astenersi dal partecipare alla commissione di disciplina data l'inimicizia grave, la quale poteva lasciar supporre un suo interesse alla deliberazione, per la presunzione che il coinvolgimento nella situazione oggetto del provvedimento non lo inducesse a determinarsi con la dovuta imparzialità in relazione a circostanze concernenti i rapporti personali con l'interessato.

(80) Cons. Stato, Sez. II, 9 marzo 2020, n. 1654, con riferimento alla impugnazione di una sanzione disciplinare a carico di un militare dell'Arma dei carabinieri, irrogata dalla stessa persona fisica oggetto del comportamento del militare.

(81) Trib. Perugia, Sez. lav., 4 febbraio 2019, n. 17, in <www.ilgiuslavorista.it>, 22 febbraio 2019.

(82) Cass., Sez. lav., 1 giugno 2021, n. 15239, in *Foro it.*, 2021, I, 2746.

(83) Cass. civ., Sez. II, 8 luglio 2020, n. 14299, in tema di procedimento disciplinare promosso dal Consiglio dell'ordine degli psicologi, non integra un motivo di ricusazione l'aver manifestato pubblicamente il proprio parere sulla vicenda oggetto del procedimento, purché si tratti di affermazioni del tutto generiche, prive di riferimenti anche superficiali al possibile esito del procedimento stesso (nella specie, la S.C. ha confermato la decisione di merito, che aveva escluso che integrasse un motivo di ricusazione nei confronti del presidente del Consiglio dell'ordine degli psicologi – per effetto del dovere di astensione contemplato dall'art. 3 del regolamento dell'Ordine degli psicologi della Toscana – la circostanza che questi si fosse pubblicamente espresso, in maniera critica, sulle cinque leggi Hamer, l'adesione alle quali era oggetto della contestazione disciplinare a carico del professionista).

(84) Tar Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 13 giugno 2013, n. 559, ha ritenuto manifestamente infondata, in riferimento agli art. 24 e 111 Cost., la q.l.c. dell'art. 149 d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3.

(85) Sul punto si rinvia a V. Tenore, *Studio sull'ispezione amministrativa ed il suo procedimento*, Milano, Giuffrè, 2020, 138 e 273.

La mancata astensione potrebbe avere effetti invalidanti sui provvedimenti assunti dall'amministrazione attiva sulla scorta di risultanze ispettive faziose e originare profili disciplinari e persino penali (art. 323 c.p.) in capo all'ispettore in conflitto di interesse non dichiarato, ferme restando ipotesi di concorso omissivo in forme ulteriori di reato ipotizzabili in capo all'ispezionato.

Giova tuttavia ribadire che tali conclusioni non valgono a fronte di mere richieste di ispezione al competente organo di controllo da parte di un soggetto che l'ispezionato ritenga "non sereno" nei suoi confronti: pare evidente che la non partecipazione del richiedente l'ispezione al successivo e concreto controllo esclude in radice qualsiasi conflitto di interesse. E tale conclusione vale ancora di più qualora la richiesta di verifica ispettiva si palesi come atto doveroso da parte di un dirigente che, ancorché in generico conflitto con l'ispezionato (non tradottosi in "grave inimicizia" come sopra delineata dalla giurisprudenza) (86), ravvisi possibili profili di illiceità in condotte di un subordinato da acclarare in sede ispettiva per successive iniziative punitive o segnalazioni all'autorità giudiziaria. In altre parole, la richiesta di una verifica ispettiva, soprattutto se doverosa a tutela del principio di legalità operante all'interno della p.a., non configura alcun illecito per il richiedente: né disciplinare, né penale (87), né amministrativo-contabile.

f) Con riferimento alla dichiarazione dirigenziale sulla sussistenza di eventuali interessi finanziari contrastanti con l'esercizio della funzione pubblica

La delibera Anac n. 740/2018 si è pronunciata su un caso di violazione dell'art. 13 del d.p.r. n. 62/2013 che, in ottica preventiva su conflitti di interesse, impone al dirigente di dichiarare, prima dell'assunzione delle funzioni, la sussistenza di eventuali interessi finanziari contrastanti con l'esercizio della funzione pubblica nonché di rapporti di parentela con soggetti che possano entrare in contatto con l'ufficio o che siano coinvolti nelle decisioni o nelle attività dell'ufficio stesso. La delibera n. 740/2018, individuata l'assenza della dichiarazione di cui all'art. 13 da parte di un dirigente medico responsabile di una struttura pubblica in violazione del codice di comportamento, ha rimarcato la valenza disciplinare dell'omissione e ha stigmatizzato la successiva inerzia sanzionatoria dell'ente di appartenenza.

g) Con riferimento alla c.d. "grave inimicizia" e alla amicizia su social

Il valore basilico della "amicizia" e, specularmente, la sua antitesi, ovvero "l'inimicizia", assurgono spesso a rilevanza giuridica quali cause di astensione codificate per i magistrati nell'art. 51 c.p.c. e per tutti i pubblici dipendenti nell'art. 7 del d.p.r. n. 62/2013 (recepito nell'art. 7 del codice di comportamento del personale dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli).

Si è già visto, nel precedente paragrafo, che non qualsiasi "inimicizia" impone l'astensione, ma solo la c.d. "grave inimicizia". Afferma una lapidaria giurisprudenza (88) che, ai sensi dell'art. 51, n. 3, c.p.c. (norma prevista per i magistrati, ma valevole anche per tutti i dipendenti pubblici in base all'identica formulazione dell'art. 7 d.p.r. n. 62/2013), la "grave inimicizia" che impone l'astensione deve riferirsi a ragioni private di rancore o di avversione sorte nell'ambito di rapporti estranei ai compiti istituzionali né è rinvenibile in pareri non lusinghieri espressi in contesti lavorativi. Ma anche la giurisprudenza lavoristica è monolitica nel ribadire che l'inimicizia che impone l'astensione è quella qualificata, ovvero tradottasi in denunce reciproche per fatti extralavorativi, non avendo rilevanza i fisiologici dissapori tra colleghi ancorché tradottisi in iniziative legali.

In ordine allo speculare concetto di "amicizia", che parimenti impone l'astensione, la stessa non coincide con la mera "colleganza" d'ufficio, ma deve tradursi in una durevole intensa frequentazione abituale in contesti anche extralavorativi. La giurisprudenza, sul sempre più frequente utilizzo dei *social* (89), ha poi ritenuto che le amicizie sui profili *social* e le foto ivi caricate non costituiscano un elemento di per sé rilevante a manifestare il carattere abituale della frequentazione richiesto dall'art. 51 c.p.c. (o dagli artt. 6 e 7, aggiungiamo noi, del d.p.r. n. 62/2013).

(86) V. nt. 52-54.

(87) Si rammenta sul punto la chiara giurisprudenza penale (v. nt. 48 e 49) sulla irrilevanza come illecito *ex art.* 323 c.p. di mere richieste di iniziative punitive ai competenti organi da parte di soggetto in potenziale conflitto di interesse con il soggetto punibile: la mediazione del soggetto terzo, che dispone la misura restrittiva o sanzionatoria valutandone i presupposti, esclude in radice qualsiasi danno o vantaggio ingiusto che l'art. 323 c.p. presuppone.

(88) Si rinvia alle nt. 52-54.

(89) Cons. Stato, Sez. VII, 14 aprile 2022, n. 2849, che ricorda che anche la delibera del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa n. 40 del 25 marzo 2021, avente ad oggetto l'uso dei mezzi di comunicazione elettronica e dei *social media* da parte dei magistrati amministrativi, all'art. 8 stabilisce che "le amicizie sui profili social non costituiscono un elemento di per sé rilevante a manifestare la reale consuetudine di rapporto personale richiesta ai fini delle incompatibilità, la cui disciplina, di carattere tassativo, è prevista unicamente nell'art. 51 c.p.c.". Interessante sul tema è anche Cons. Stato, Sez. III, 27 novembre 2020, n. 7508, secondo cui non può costituire causa di astensione l'aver il magistrato "ritwittato" alcuni *post* pubblicati nel profilo di un'associazione animalista, nell'ipotesi in cui questa assuma veste di parte del processo in cui il magistrato è chiamato a decidere. Difatti, l'atto del "retweet", cioè il pubblicare il *post* pubblicato da un altro soggetto nel proprio profilo, non necessariamente implica adesione al contenuto del *post*, ben potendo avere il diverso obiettivo di far conoscere detto *post* ai propri *followers*, anche allo scopo di criticarlo o magari di stigmatizzarlo. A dirlo è il Consiglio di Stato in relazione a una istanza di ricasazione mossa verso un magistrato amministrativo che aveva utilizzato la nota piattaforma *Twitter*, ritwittando il *post* di un'associazione, finita poi parte del processo cui era chiamato a decidere. Per i giudici amministrativi le eventuali dichiarazioni del giudice non sono sintomatiche dell'esistenza di rapporti di inimicizia con una parte del processo né possono essere considerate manifestazioni di simpatia nei confronti di un'altra. Trattasi, piuttosto, di espressioni di libertà di opinione, costituzionalmente tutelata.

5. Un conflitto di interesse scarsamente attenzionato: l'indipendenza dell'apparato amministrativo dalla politica

Gli artt. 6 e 7 del d.p.r. n. 62 stabiliscono non solo che “(Obblighi di astensione) 1. Il dipendente si astiene dal prendere decisioni o svolgere attività inerenti alle sue mansioni in situazioni di conflitto, anche potenziale, di interessi con quelli personali, del coniuge, di conviventi, di parenti e affini entro il secondo grado”, ma anche che “Il conflitto può riguardare interessi di qualsiasi natura, anche non patrimoniale, come quelli derivanti dall'intento di voler assecondare pressioni politiche, sindacali, di categorie professionali o di superiori gerarchici”.

Come si è già rimarcato nel par. 1, una delle due linee portanti dell'art. 98 Cost., e del principio di “esclusività” del servizio alla Nazione volto a prevenire conflitti di interesse, è dato proprio dalla indipendenza dell'apparato amministrativo (*ergo* dei dirigenti e funzionari pubblici) dal vertice politico. È il precetto contenuto nell'art. 7 del codice di comportamento dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli 28 aprile 2014, statuente il divieto di “*assecondare pressioni politiche, sindacali, di categorie professionali o di superiori gerarchici*”, ne è concreta attuazione.

In perfetta sintonia con tale obiettivo si pone anche il basilare principio di accesso alla p.a. tramite concorso (art. 97, c. 4, Cost.), che, sulla carta, esprime l'indipendente e meritocratica scelta dei “migliori” candidati, scevra da lottizzazioni politiche, sindacali o lobbistiche.

Secondo la Consulta (90), dunque, l'organo di governo fissa le direttive di indirizzo politico legato agli interessi di una parte politica ed espressivo delle forze di maggioranza, mentre l'amministrazione è vincolata ad agire senza distinzione di parti politiche, per il perseguimento delle finalità pubbliche obbiettivate dall'ordinamento.

Il principio della distinzione tra indirizzo e controllo, da un lato, e attuazione e gestione, dall'altro, è oggi testualmente sancito dall'art. 4, cc. 1 e 2, del d.lgs. n. 165/2001 (completato dall'art. 14).

Il principio è ribadito, per gli enti locali, dall'art. 51 della l. n. 142/1990 e, oggi, dall'art. 107 del d.lgs. n. 267/2000, circa il riparto tra compiti di governo, di indirizzo e di controllo, spettanti agli organi politici elettivi, e compiti di gestione, spettanti ai dirigenti.

In sintonia con tale riparto di compiti si pone, in materia di responsabilità amministrativo-contabile, l'art. 1, c. 1-ter, della l. 14 gennaio 1994, n. 20, secondo cui “*Nel caso di atti che rientrano nella competenza propria degli uffici tecnici o amministrativi la responsabilità non si estende ai titolari degli organi politici che in buona fede li abbiano approvati ovvero ne abbiano autorizzato o consentito l'esecuzione*” (91).

Sul piano sistemico complessivo, come dimostrano altresì alcuni interventi sulla l. n. 241/1990, è stato dunque esaltato l'aspetto funzionale per evitare il rischio di sovrapposizioni di ruoli, di interferenze e di ingerenze fra autorità politica e dirigenti. Tale obiettivo è stato realizzato tramite la sostituzione, da parte del legislatore, del modello gerarchico dei rapporti tra ministro e dirigente con il modello funzionale basato sulla definitività dei provvedimenti amministrativi (e delle determinate privatistiche) emanati dai dirigenti.

Anche la riforma di cui alla legge delega n. 15/2009 e al d.lgs. attuativo n. 150/2009 (c.d. riforma Brunetta), che ha investito la disciplina della dirigenza pubblica, ha avuto tra i principi ispiratori quello di rafforzare l'autonomia della dirigenza rispetto agli organi politici e, a tal fine, ha previsto la ridefinizione della disciplina del conferimento degli incarichi dirigenziali e delle modalità di accesso alla prima fascia dirigenziale, rivisitando altresì la procedura di valutazione delle prestazioni rese dai dirigenti.

La torsione privatistica intervenuta nel lavoro pubblico, salutata con ingenua enfasi da parte della dottrina che intravedeva e quasi auspicava una conversione dell'amministrazione in azienda e in una trasformazione dei burocrati pubblici in *manager* (92), non ha tuttavia affatto esaltato il principio di esclusività del “*servizio esclusivo alla Nazione*” dei pubblici dipendenti e dei dirigenti in particolare e, anzi, la ha messa seriamente in discussione.

Difatti, a fronte del quadro normativo qui sunteggiato, formalmente attuativo anche dell'art. 98, c. 1, Cost. e teso a prevenire conflitti di interesse derivanti da ingerenze politiche sull'*agere* dei dirigenti pubblici, va rimarcato come l'osservazione “sul campo” dell'attività gestionale della dirigenza pubblica, l'analisi del contenzioso giudiziario innanzi alle varie magistrature (ordinaria, del lavoro e penale, amministrativa e contabile), il franco dialogo con centinaia di dirigenti in contesti didattici, evidenzino una forte discrasia tra l'utopia normativa e la ben diversa realtà fattuale: se, in modo più edulcorato, parte della dottrina ha osservato come tali misure normative sul lavoro pubblico, pur essendo intervenute “*a valle ed a monte dello svolgimento dell'incarico*” dirigenziale, non risultino inidonee a garantire durante l'attuazione dello stesso incarico un esercizio della funzione dirigenziale effettivamente autonomo rispetto agli organi politici, noi riteniamo, con ancor più netta valutazione, che mai come in questo momento storico la dirigenza sia

(90) Corte cost. n. 453/1990, cit. (che ha fatto applicazione di tale ripartizione per la formazione delle commissioni di concorso); 23 marzo 2007, n. 103, in *Foro it.*, 2007, I, 1631, con nota di D. Dalfino, *Dirigenza regionale e locale di vertice: il metodo delle relazioni tra politica e amministrazione e il giusto procedimento*, annotata da F.G. Scoca, *Politica e amministrazione nelle sentenze sullo spoils system*, in *Giur. cost.*, 2007, 1015 (che ha fatto applicazione di tale ripartizione per lo *spoils system* dei dirigenti generali).

(91) Per una ampia analisi di tale previsione, definita la “*esimente politica*”, e dei suoi limiti, v. V. Tenore (a cura di), *La nuova Corte dei conti*, cit., 271 ss.

(92) C. D'Orta, *La seconda fase di riforma della dirigenza pubblica: verso la fine del guado, cercando di evitare gli scogli*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1998, 347.

letteralmente asservita alla mutevole politica (93) in totale spregio del dettato costituzionale, con evidenti conflitti di interesse.

Depongono per questa cruda, ma realistica, conclusione diversi dati, che confermano la evidente forbice esistente tra intenti legislativi e distorsioni applicative fattuali:

a) la pervicace volontà di continuare a espletare in forma decentrata (presso ciascun ente, centrale e locale) i concorsi, i cui commissari sono scelti dal vertice politico, porta a scarsa indipendenza selettiva, garantibile esclusivamente con concorsi centralizzati presso soggetti terzi e meritocratici, quali la Sna (che ad oggi recluta solo una parte minima della dirigenza). La cooptazione locale in sede di reclutamento è il primo strumento di fidelizzazione della dirigenza al vertice politico;

b) il principio della separazione tra rapporto di lavoro, che si instaura, di regola, a seguito della partecipazione a un concorso pubblico e che resta stabile, e rapporto di ufficio, che si realizza a seguito del conferimento di un incarico da parte dell'organo politico (94), comporta una fatale sudditanza alla politica, stante la temporaneità e modificabilità (*in peius*) dell'incarico, il cui rinnovo presuppone "fedeltà" e "collateralismo";

c) gli incarichi di segretario generale e di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali sono conferiti con d.p.r. su proposta del ministro competente, *ergo* su proposta politica (art. 14, c. 3, d.lgs. n. 165);

d) gli incarichi dirigenziali generali sono conferiti con d.p.c.m. su proposta del ministro competente (art. 14, c. 4, d.lgs. n. 165), *ergo* su proposta politica; a loro volta i dirigenti generali così prescelti conferiscono gli incarichi dirigenziali di seconda fascia ai dirigenti assegnati al proprio ufficio, con conseguenti possibili strascichi anche in tale fase dell'influenza politica;

e) gli incarichi dirigenziali apicali, generali e non generali, possono essere conferiti a termine (3 o 5 anni) anche a "persone di particolare e comprovata qualificazione professionale, non rinvenibile nei ruoli dell'amministrazione" sebbene non abbiano vinto un concorso per accedere alla p.a. (es. liberi professionisti). Analoga norma opera negli enti locali (art. 110 Tuel, d.lgs. n. 267/2000) (95). Tali precetti istituzionalizzano, nei limiti percentuali di legge, la nomina temporanea e non concorsuale, ma esclusivamente fiduciaria e meritocratica, che, se rettamente intesa, dovrebbe selezionare, a tempo, i migliori talenti operanti nel privato e nel pubblico per colmare lacune professionali interne e far crescere giovani funzionari interni sotto l'autorevole (e comunque indipendente dalla politica) (96) guida del prescelto, ma la realtà giudiziaria (soprattutto quella vagliata dalla attenta Corte dei conti) e la prassi applicativa (i prescelti e i relativi *curricula* sono *on line*, al pari dei reiterati rinnovi degli incarichi) evidenziano conferimenti, con le dovute eccezioni, di incarichi a soggetti con *curricula* abbastanza ordinari (97), ispirati a logiche clientelari, politiche nel senso spartitorio del termine e, soprattutto, una frequentissima reiterazione degli stessi, in evidente violazione della temporaneità normativa (triennale o quinquennale) (98);

f) il c.d. *spoils system* al momento dell'insediamento del nuovo Governo, codificato nell'art. 19, c. 8, del d.lgs. n. 165, seppur ritenuto costituzionalmente illegittimo per i dirigenti generali (in quanto la precarizzazione dell'incarico dirigenziale generale è stata ritenuta in contrasto con il valore costituzionale dell'imparzialità e autonomia dalla politica), ha retto al vaglio della Consulta con riferimento agli incarichi di funzioni dirigenziali conferiti a personale non appartenente ai ruoli di cui all'art. 23 d.lgs. n. 165 (99) e ai capi dipartimento e segretari generali, in quanto tra tali

(93) Forse l'unico distinguo rispetto alla sudditanza fascista dell'amministrazione al partito unico è dato dalla attuale mutevolezza degli assetti politici, che preclude una "stabile" subordinazione ideologica dell'apparato burocratico, che, soprattutto nei suoi dirigenti apicali, deve dunque palesare doti camaleontiche di adattamento empatico alle alternanze dei vertici politici.

(94) Risulta normativamente smentito l'insegnamento della Corte costituzionale nelle sent. nn. 103 e 104/2017 che, sulla scorta degli artt. 97 e 98 Cost., ritiene che la precarizzazione dell'incarico dirigenziale è in contrasto con il valore costituzionale dell'imparzialità, che impone di garantire l'autonomia del dirigente dall'influenza dell'organo politico, e del buon andamento, che richiede che venga garantita continuità all'azione amministrativa e una valutazione dei risultati per il conseguimento dei quali è necessario che venga messo a disposizione un tempo adeguato.

Sul rapporto tra contratto di lavoro dirigenziale e incarico, è sufficiente rinviare a V. Tenore (a cura di), *Il manuale del pubblico impiego privatizzato*, cit., 740; E.A. Apicella, *Lineamenti del pubblico impiego privatizzato*, Milano, Giuffrè, 2012.

(95) L'art. 110 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, richiede una "previa selezione pubblica volta ad accertare, in capo ai soggetti interessati, il possesso di comprovata esperienza pluriennale e specifica professionalità nelle materie oggetto dell'incarico".

(96) Corte cost. 20 maggio 2008, n. 161, in *Giur. cost.*, 2008, 3967, con nota di S. Spuntarelli, *Struttura e ratio delle disposizioni sullo spoils system*, ribadisce che anche il rapporto di lavoro dei dirigenti non appartenenti ai ruoli e nominati dall'esterno deve essere connotato da specifiche garanzie, che assicurino la tendenziale continuità dell'azione amministrativa e una chiara distinzione funzionale tra indirizzo e gestione: infatti, "la natura esterna dell'incarico non costituisce un elemento in grado di diversificare in senso fiduciario il rapporto di lavoro dirigenziale, che deve rimanere caratterizzato, sul piano funzionale, da una netta e chiara separazione tra attività di indirizzo politico-amministrativo e funzioni gestorie".

(97) Emblematico, tra i tanti, il caso vagliato da Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia, 22 giugno 2017, n. 91, in *Giust. amm.*, 2017, relativo a dirigente apicale di Arpa Lombardia.

(98) L'art. 19, c. 6, testualmente prevede che "La durata di tali incarichi, comunque, non può eccedere, per gli incarichi di funzione dirigenziale di cui ai commi 3 e 4, il termine di tre anni, e, per gli altri incarichi di funzione dirigenziale, il termine di cinque anni".

(99) Corte cost. 28 ottobre 2010, n. 304, in *Giur. cost.*, 2010, 3943, secondo cui non è fondata, in riferimento agli artt. 97 e 98 Cost., la q.l.c. dell'art. 1, c. 24 bis, d.l. 18 maggio 2006, n. 181, convertito con modificazioni in l. 17 luglio 2006, n. 233, il quale – stabilendo che all'atto del giuramento del ministro, tutte le assegnazioni di personale, ivi compresi gli incarichi anche di livello dirigenziale e le consulenze

apicali dirigenti e l'organo politico vi è un rapporto diretto di stretta collaborazione ed è, quindi, ammissibile un rapporto di tipo fiduciario (100); tale istituto manifesta l'incremento delle già presenti forme di *collateralismo* tra politica e massimi livelli dirigenziali e della conseguenziale sudditanza psicologica della dirigenza nei confronti del vertice politico (101);

g) il dirigente apicale degli enti locali, il segretario comunale, soggetto di elevata competenza tecnico-giuridica frutto di accurata selezione centrale (e non locale) e di costante formazione e aggiornamento nel lungo percorso di ascesa professionale, è soggetto a una sorta di *spoils system* sancito dall'art. 99 del d.lgs. n. 267/2000 (c.d. Tuel) allorché si insedia un nuovo sindaco; tale criticabile regime, ritenuto tuttavia costituzionalmente legittimo dalla Consulta (102), porta, ancor di più che presso ministeri ed enti nazionali, a una forte fidelizzazione con il vertice politico, delle cui scelte il segretario sarà per anni supporto coadiuvante, esecutore e garante in punto di legittimità, e tale quadro normativo, a nostro avviso da rivedere con urgenza, attenua fortemente la terzietà normativamente attribuita all'alto dirigente locale;

h) la stessa precarizzazione del rapporto di lavoro pubblico, attraverso forme flessibili, porta a una fatale dipendenza dalla politica in sede di conferimento, rinnovo o proroga degli incarichi (103).

e i contratti, anche a termine, conferiti nell'ambito degli uffici di diretta collaborazione, decadono automaticamente ove non confermati entro trenta giorni dal giuramento del nuovo ministro – lederebbe i principi di continuità e di buon andamento dell'azione amministrativa. La disposizione si giustifica, infatti, in ragione del rapporto strettamente fiduciario che deve sussistere tra l'organo di governo e tutto il personale di cui esso si avvale per svolgere l'attività di indirizzo politico-amministrativo, sicché è legittima la previsione, al momento del cambio nella direzione del ministero, dell'azzeramento degli incarichi esistenti, che possono essere confermati qualora il ministro stesso ritenga che il personale in servizio possa godere della sua fiducia, senza che possa limitarsi l'operatività della norma al solo capo di gabinetto, atteso che l'attuale configurazione degli uffici di diretta collaborazione impedisce di scindere l'attività di chi svolge funzioni "apicali" da quella del restante personale, poiché l'unitarietà di tali uffici, pur nella diversità dei compiti espletati dagli addetti, giustifica un trattamento normativo omogeneo in relazione alle modalità di cessazione degli incarichi conferiti.

In dottrina, sulle posizioni della Consulta in tema di *spoils system*, A. Vallebona, *Spoils system: solo per il vertice*, in *Mass. giur. lav.*, 2007, 325; D. Dalfino, *op. cit.*; P. Sciortino, *Spoils system "una tantum": i rapporti tra politica ed amministrazione secondo la Consulta*, in *Lav. giur.*, 2007, 783; C. Pinelli, *L'avallo del sistema delle spoglie, ovvero la vanificazione dell'art. 97 Cost.*, in *Giur. cost.*, 2006, 2357; E. Gragnoli, *Lo spoils system e l'imparzialità del dipendente degli enti locali*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, 38; G. Gardini, *Lo spoils system al primo vaglio di costituzionalità: le nomine fiduciarie delle regioni sono legittime, ma la querelle resta aperta*, *ivi*, 2006, 679; R. Salomone, *Spoils system regionale e riparto di competenza: via libera dalla Consulta*, *ivi*, 2006, 692.

(100) Corte cost. n. 103/2007, cit., annotata da P. Sciortino, *op. cit.* La Corte costituzionale, individuando come referente del proprio ragionamento gli artt. 97 e 98 Cost., si è pronunciata sull'art. 3, c. 1, lett. i), della l. n. 145/2002, che ha modificato l'art. 19, c. 8, del d.lgs. n. 165/2001, prevedendo che gli incarichi dirigenziali apicali cessano decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo e sull'art. 3, c. 7, della l. n. 145/2002, il quale prevedeva che gli incarichi dirigenziali di direttore generale cessassero il sessantesimo giorno dall'entrata in vigore della legge. La revoca delle funzioni legittimamente conferite ai dirigenti "può essere conseguenza soltanto di una accertata responsabilità dirigenziale in presenza di determinati presupposti e all'esito di un procedimento di garanzia puntualmente disciplinato (sentenza n. 193 del 2002)".

Con la coeva sent. 23 marzo 2007, n. 104, la Corte costituzionale ha poi vagliato medesima questione con riferimento agli enti ad autonomia costituzionalmente garantita e, in particolare, delle regioni. Questa sentenza ha confermato quanto enunciato nella pronuncia n. 103/2007, cit., con riferimento alla cessazione automatica dei direttori generali delle Asl delle Regioni Lazio e Sicilia all'inizio delle legislature regionali.

Con sent. 7 aprile 2011, n. 124, in questa *Rivista*, 2012, 1-2, 360, la Corte costituzionale ha dichiarato "l'illegittimità costituzionale dell'art. 19, comma 8, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nel testo vigente prima dell'entrata in vigore dell'art. 40 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, nella parte in cui dispone che gli incarichi di funzione dirigenziale generale di cui al comma 5-bis, limitatamente al personale non appartenente ai ruoli di cui all'art. 23 del d.lgs. n. 165 del 2001, cessano decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo".

Con sent. 25 luglio 2011, n. 246, in *Foro it.*, 2011, I, 2890, la Corte costituzionale ha dichiarato "l'illegittimità costituzionale dell'articolo 19, comma 8, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, come modificato dall'art. 2, comma 159, del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2006, n. 286, nel testo vigente prima dell'entrata in vigore dell'art. 40 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, nella parte in cui dispone che gli incarichi di funzione dirigenziale conferiti ai sensi del comma 6 del medesimo art. 19 del d.lgs. n. 165 del 2001, cessano decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo". Sul tema, L. Fiorillo, *Incarichi di funzione dirigenziale e spoils system: la Corte costituzionale definisce il quadro di operatività dell'istituto*, in *Giur. cost.*, 2010, 2693; G. D'Auria, *Ancora su nomine fiduciarie dei dirigenti pubblici e garanzie contro lo spoils system*, in *Foro it.*, 2010, I, 2278.

(101) Osserva assai efficacemente C. De Fiore, *op. cit.*, 170, come "il rapporto fiduciario con il potere politico contamina, alla base, il fondamento di legittimazione del dirigente, la cui titolarità dell'ufficio dipende non solo dal merito, ma, anche e soprattutto, dal gradimento politico". Concetto ribadito da G. Azzariti, *Modelli di amministrazione*, in *Pol. dir.*, 1996, 529, secondo cui "viola le regole e i valori sanciti dal nostro ordinamento costituzionale, dal momento che non può di certo essere definita imparziale e al servizio della nazione l'amministrazione collegata istituzionalmente agli interessi di partiti, tramite meccanismi – come quelli cui si è accennato – che ne sanciscono la parzialità".

(102) Corte cost. 8 gennaio 2019, n. 23, in *Giur. cost.*, 2019, 267, con nota di M. Gorlani, *I segretari comunali e lo "spoil system": un compromesso non semplice (e non convincente) per una figura dai profili multiformi*, che pur ritenendo che "Lo statuto burocratico e funzionale che lo caratterizza resta segnato da aspetti tra loro in apparenza".

(103) Sulle forme flessibili nel lavoro pubblico, V. Tenore (a cura di), *Il manuale del pubblico impiego privatizzato*, cit., 629 ss.; M. Delfino, V. Luciani, *Rapporti flessibili di lavoro pubblico e contrattazione collettiva*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, 171.

Si può quindi concludere, all'esito di tale disamina normativa espressiva della c.d. privatizzazione, che il tentativo operato con le progressive riforme apportate al lavoro pubblico, su pungolo di alcuni ministri della Funzione pubblica, della dottrina e della giurisprudenza, in particolare quella costituzionale e contabile, per cercare di mediare tra le spinte della politica tendenti a fidelizzare a sé la dirigenza pubblica e la tendenza a garantire l'autonomia della dirigenza dalla politica in funzione del rispetto dei principi sanciti dagli artt. 95, 97 e 98 dalla Costituzione sul conflitto di interesse, si è solo in teoria, e in modo tendenziale, tradotto in un doveroso ossequio legislativo al canone costituzionale del “*servizio esclusivo della Nazione*” reso dai dipendenti pubblici.

Difatti, sul piano della applicazione concreta delle norme, le ingerenze della politica, attraverso scelte fiduciarie fidelizzanti, permangono oggi più forti che mai, consentendo opzioni dei vertici gestionali, centrali e locali a favore di alti dirigenti vicini o contigui alla politica, che, a loro volta, prescelgono i dirigenti di seconda fascia con verosimili tributi alla politica.

Come icasticamente affermato da attenta dottrina “*non può di certo essere definita imparziale e al servizio della Nazione l'amministrazione collegata istituzionalmente agli interessi di partiti, tramite meccanismi – come quelli cui si è accennato – che ne sanciscono la parzialità*” (104).

6. Il conflitto di interesse “postumo” per il personale pubblico in quiescenza: il pantouflage e altri divieti

La l. n. 190/2012, per prevenire conflitti di interesse, ha introdotto ulteriori norme in materia di incompatibilità addirittura “postuma”: difatti l'art. 1, c. 42, lett. l), ha aggiunto il seguente comma all'art. 53: “*16-ter. I dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti*” (il c. 43 dell'art.1 della l. n. 190 lascia in vita sino alla scadenza i contratti già in essere alla data di entrata in vigore della norma) (105).

La norma è evidentemente ispirata da affliti di tutela di trasparenza e imparzialità e, dunque, da un evidente ossequio all'art. 98 Cost., in quanto previene condotte poco imparziali (ovvero non al “*servizio esclusivo della Nazione*”, ma tese al perseguimento dell'interesse proprio) di dipendenti in servizio, assunte in vista di successivi incarichi, una volta in quiescenza, presso i soggetti privati beneficiari dell'attività della pubblica amministrazione.

Numerosi sono stati gli interventi dell'Anac sul punto e i conseguenti contenziosi innanzi al giudice amministrativo (106).

A una similare *ratio*, unita ad esigenze di risparmio di spesa, risponde anche il più risalente art. 25 della l. 23 dicembre 1994, n. 724, ritenuto costituzionalmente legittimo (107), che, al fine di garantire la piena ed effettiva trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa, vieta il conferimento di incarichi di consulenza, collaborazione, studio e ricerca al personale delle amministrazioni pubbliche che, pur non avendo il requisito previsto per il pensionamento di vecchiaia, ha tuttavia il requisito contributivo per l'ottenimento della pensione anticipata di anzianità da parte dell'amministrazione di provenienza o di amministrazioni con le quali ha avuto rapporti di lavoro o impiego nei cinque anni precedenti a quello della cessazione dal servizio e, dunque, cessa volontariamente dal servizio (108).

È poi intervenuto, poco prima della l. n. 190/2012, l'art. 5, c. 9, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito in l. 7 agosto 2012, n. 135 (c.d. “*spending review*”), che vieta alle amministrazioni pubbliche di attribuire incarichi di studio e di consulenza a soggetti, già appartenenti ai ruoli delle stesse e collocati in quiescenza, che abbiano svolto, nel corso

(104) C. De Fiore, *op. cit.*, 170, che richiama G. Azzariti, *op. cit.* De Fiore ben rimarca come “*il pubblico impiegato si è così trovato in questi anni progressivamente relegato in una condizione di debolezza che lo ha reso sempre meno adatto ad assicurare l'imparziale ponderazione degli interessi di tutti, ad ispirare la propria azione al rispetto del principio di eguaglianza (visto che la stessa parzialità non è altro che un modo di essere della disuguaglianza)*” (S. Cassese, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1968, 80). Il punto è stato evidenziato anche da F. Sorrentino, *Brevi riflessioni su sovranità popolare e pubblica amministrazione*, in <www.associazionedeicostituzionalisti.it>, 2003.

(105) Su tale norma v. L. Busico, *op. cit.*, 95 ss., con vasti richiami giurisprudenziali e dottrinali; Id., *Il conferimento di incarichi esterni a soggetti in quiescenza*, in <www.lexitalia>, 5 dicembre 2014. Sulla portata applicativa della norma, v. i pareri Anac 4 febbraio 2015, n. AG2; 18 febbraio 2015, n. AG/8; 21 ottobre 2015, n. AG74/2015/AC; v. anche Ministero per la semplificazione e per la pubblica amministrazione, circolare 4 dicembre 2014, n. 6. In dottrina, v. D. Andracchio, *Il divieto di pantouflage: una misura di prevenzione della corruzione nella p.a.*, in <www.giustamm.it>, 30 settembre 2016; G. Gargiulo, *Il divieto di pantouflage quale presidio dell'imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2019, 205; G. Telesio, *Il divieto di pantouflage-revolving doors*, in C. Contessa, A. Ubaldi (a cura di), *op. cit.*, 403.

(106) Su tali casistiche v. A. Lalli, A. Moreschini, M. Ricci, *op. cit.*, 60 ss.

(107) Corte cost. 27 luglio 1995, n. 406, in *Giur. cost.*, 2005, 2808. La disposizione intende arginare il fenomeno di dimissioni accompagnate da incarichi a ex dipendenti, sì da garantire la piena ed effettiva trasparenza e la imparzialità dell'azione amministrativa.

(108) V. Corte conti, Sez. contr. reg. Emilia-Romagna, 10 novembre 2011, n. 105, in questa *Rivista*, 2011, 5-6, 131; Cass., Sez. lav., 28 luglio 2008, n. 20523, in *Mass. giust. civ.*, 2008, 1215.

dell'ultimo anno di servizio, funzioni e attività corrispondenti a quelle oggetto dello stesso incarico di studio e di consulenza.

La disposizione, tesa anche al ricambio generazionale nella p.a., ha allargato il campo di applicazione rispetto all'art. 25 della l. n. 724/1994, che si limitava ad indicare quali destinatari solamente i dipendenti cessati per pensionamento di anzianità (e non di vecchiaia), estendendo il divieto a tutti i dipendenti collocati in quiescenza dall'amministrazione di appartenenza, senza alcuna distinzione. L'art. 5, c. 9, della l. n. 135/2012 è stato poi modificato ad opera dell'art. 6 della l. 11 agosto 2014, n. 114: la nuova versione della norma estende il divieto di attribuire incarichi di studio e di consulenza a tutti i soggetti già lavoratori privati o pubblici collocati in quiescenza. Il successivo periodo prevede un'unica deroga alla citata disciplina, consentendo incarichi e collaborazioni a titolo gratuito e per una durata non superiore a un anno, non prorogabile né rinnovabile. La Corte dei conti (109) ha sottolineato in più di un'occasione che il divieto *ex art. 5, c. 9, l. n. 135/2012* non può essere applicato oltre i casi espressamente indicati dalla norma limitatrice, vale a dire gli incarichi di studio e di consulenza. Ne consegue l'inapplicabilità del divieto a tutte le ipotesi di incarico o collaborazione non rientranti nelle suddette fattispecie.

Va da ultimo rimarcato che la opportuna circolare 4 dicembre 2014, n. 6, del Ministero per la semplificazione e per la pubblica amministrazione ha individuato una serie di fattispecie di incarichi conferibili a dipendenti pubblici in quiescenza non ricadenti nel divieto: *a)* incarichi inerenti all'attività legale o sanitaria, non aventi carattere di studio o consulenza; *b)* incarichi di ricerca, per i quali occorre ricordare che presuppongono la preventiva definizione del programma da parte dell'amministrazione; *c)* incarichi di docenza; *d)* incarichi nelle commissioni di concorso e di gara (sull'utilizzo di pensionati da non oltre 4 anni per commissioni di concorso si veda anche l'art. 3, c. 11, l. 19 giugno 2019, n. 56, c.d. "legge concretezza"); *e)* la partecipazione a organi collegiali consultivi, a commissioni consultive e comitati scientifici o tecnici, ove essa non dia luogo di fatto a incarichi di studio o consulenza. La circolare della Funzione pubblica ha precisato altresì che devono ritenersi esclusi dall'applicazione del divieto, per la loro natura eccezionale, anche gli incarichi dei commissari straordinari nominati per l'amministrazione temporanea di enti pubblici o per lo svolgimento di compiti specifici.

In queste ultime ipotesi il servizio esclusivo alla Nazione è reso da soggetti particolarmente indipendenti e terzi, in quanto sottratti a pressioni e ingerenze politiche: i pensionati della p.a., un formidabile bacino di esperti alla cui vasta esperienza occorrerebbe sempre più spesso attingere per garantire in gare e concorsi una maggior rapidità (visto il tempo disponibile) e una più elevata impermeabilità a logiche lottizzatorie.

* * *

(109) Cfr. Corte conti, Sez. centr. contr. gestione, 30 settembre 2014, n. 23; 12 novembre 2014 n. 26; Sez. contr. reg. Puglia, 6 novembre 2014, n. 193.