

ANTICIPAZIONI

FEDERICO DONELLI

I risvolti penalistici degli artt. 53 e 54 d.lgs. n. 165/2001: incompatibilità, conflitto di interessi e atto contrario ai doveri di ufficio nella vicenda dell'urbanistica milanese*

Il contributo, muovendo da una recente vicenda giudiziaria che ha interessato anche le cronache, esamina il rapporto tra il divieto di conflitto di interessi – come declinato dagli artt. 53 e 54 del d.lgs. n. 165/2001 e dalla normativa di secondo livello – e la tutela penale dell'imparzialità della pubblica amministrazione, oggi orfana della fattispecie di abuso di ufficio. Ci si propone di evidenziare la natura intrinsecamente anticipata e “pericolosa” del divieto di conflitto di interessi, mostrando come la sua violazione non possa coincidere con l'atto contrario ai doveri dell'ufficio rilevante ai sensi dell'art. 319 c.p., né valere a fondare, di per sé, la prova dell'accordo corruttivo. Si mette così in guardia dal rischio di un ragionamento presuntivo e circolare che trasformi l'illegittimità amministrativa in responsabilità penale, auspicando un più rigoroso coordinamento tra diritto amministrativo e diritto penale secondo i canoni di sussidiarietà, frammentarietà e offensività.

Criminal-law implications of Articles 53 and 54 of Legislative Decree No. 165/2001: incompatibility, conflict of interest and acts contrary to official duties in the Milan urban-planning affair

Taking the Milan urban-planning affair as its starting point, this paper examines the relationship between the prohibition of conflicts of interest – as set out in Articles 53 and 54 of Legislative Decree No. 165/2001 and in subordinate sources – and the criminal protection of the impartiality of public administration, now deprived of the offence of abuse of office. The paper aims at highlighting the inherently pre-emptive and “dangerous” nature of the conflict-of-interest prohibition, showing that its breach can neither coincide with the act contrary to official duties relevant under Article 319 of the Criminal Code, nor, in itself, establish proof of a corruption agreement. The paper thus warns against the risk of circular and presumptive reasoning that would turn administrative illegitimacy into criminal liability, calling for a more rigorous coordination between administrative and criminal law in accordance with the principle of subsidiarity, harm principle, and also with the principle that criminal law must, by necessity, remain fragmentary in nature.

SOMMARIO: 1. Premessa: il caso dell'urbanistica milanese... - 2. Conflitto di interessi come principio e come regola: le coordinate di fondo. - 3. Le incompatibilità e l'anticipazione della tutela. - 4. La nozione di atto contrario ai doveri di ufficio e l'attività discrezionale della p.a.

1. *Premessa: il caso dell'urbanistica milanese...* Una vicenda recentemente as-

⁰ Il contributo è destinato al volume *Il pubblico impiego: profili interdisciplinari*, a cura di Crepaldi-Morzenti Pellegrini, Torino, 2026. Si ringraziano i curatori e la casa editrice per averne consentito la pubblicazione anche su questa Rivista.

surta agli onori delle cronache offre l'occasione per guardare più da vicino il rapporto tra l'art. 53 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (come poi vedremo, anche l'art. 54 del medesimo T.U.) e la nozione di atto contrario ai doveri dell'ufficio, di cui all'art. 319 c.p.

Si tratta dell'indagine, aperta dalla Procura della Repubblica di Milano, che vede coinvolti alcuni professionisti attivi nel settore della progettazione urbanistica del capoluogo lombardo, a diverso titolo accusati, tra le altre cose, di corruzione propria. Più in particolare, per quanto interessa in questa sede, lo schema corruttivo avrebbe coinvolto un pubblico ufficiale, membro della Commissione per il paesaggio del Comune di Milano. Questo soggetto avrebbe maturato, nel contesto della sua attività libero-professionale, svolta al di fuori della Commissione, rapporti con una società del settore edilizio, in modo tale da generare un conflitto di interessi. Lo schema corruttivo avrebbe avuto natura, secondo la contestazione, di corruzione propria; l'atto contrario ai doveri dell'ufficio, in tale quadro, sarebbe consistito nell'omessa comunicazione di tale conflitto di interessi e nell'omessa astensione dai lavori della Commissione, nonché dall'esercizio del voto al suo interno, a fronte del pagamento di somme da parte della suddetta società¹.

Tali atti, più in particolare, avrebbero rappresentato un esercizio dell'attività amministrativa in violazione dei doveri di ufficio previsti dalla legge e dai regolamenti: il parametro normativo alla luce del quale apprezzare la contrarietà dell'atto sarebbe stato offerto - insieme ad altre fonti normative, anche - dall'art. 53 T.U. che disciplina, come noto, «Incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi», nonché dalla normativa di secondo livello (in particolare il

¹ Somme che, nell'impostazione dell'accusa, sarebbero state solo formalmente riconducibili a incarichi professionali distinti da quelli oggetto dei lavori della Commissione. La Corte di cassazione, chiamata a esprimersi sulla vicenda in fase cautelare, ha dichiarato inammissibile il ricorso presentato dalla Procura avverso la decisione del Tribunale del riesame di Milano che aveva revocato (per difetto dei gravi indizi di colpevolezza) la misura cautelare disposta nei confronti dell'amministratore delegato della società per il delitto di corruzione propria, condividendo la lettura offerta dal Tribunale (§ 5.4) e specificando che tale remunerazione era collegata a «incarichi professionali che [avevano] una causa autonoma dallo svolgimento delle pubbliche funzioni (e, dunque, lecita), che sono stati effettivamente svolti, regolarmente contabilizzati e che non recano alcuna sovrapproduzione»; così Cass., Sez. VI, 12 novembre 2025, n. 40725; per un primo commento v. MAIELLO, *Corruzione propria e conflitto d'interessi nella vicenda cautelare sull'urbanistica milanese. L'altolà della Cassazione*, in *Ind. pen. web*, 2026, 1, 28 gennaio 2026.

Regolamento edilizio del Comune di Milano).

Scopo di questo contributo sarà quello di riflettere sul rapporto tra la categoria del conflitto di interessi – o concetti ad esso affini, come le incompatibilità – e la tutela penale contenuta nel codice penale, per come essa appare oggi, orfana della fattispecie di abuso di ufficio, evidenziando alcune linee di fondo nel coordinare il piano dell’illegittimità amministrativa e l’integrazione del precetto penale su questo scivoloso terreno.

Un primo punto fermo è che, con l’abrogazione dell’art. 323 c.p., si può dire che il legislatore abbia anche formalmente rinunciato all’ambizione di esprimere una nozione autonoma, sul versante penalistico, del conflitto di interessi nel contesto della pubblica amministrazione².

Al di là delle criticità specificamente attinenti alla abrogazione di tale fattispecie³, ai fini che qui interessano si può quindi muovere dall’assunto che – quantomeno in una prospettiva di sussidiarietà della tutela penale – la nozione di conflitto di interessi, almeno nel contesto pubblico, deve essere specificata da un altro ramo dell’ordinamento, in questo caso il diritto amministrati-

² Sempre ammesso che sia possibile pensare a un intervento penalistico, in questa complessa materia, che non poggi su una previa disciplina amministrativa che dia un contributo definitorio (e anche sanzionatorio). Si può forse rileggere la travagliata storia delle molte riforme che hanno interessato l’art. 323 c.p. (anche) come un progressivo congedo dell’abuso di ufficio dal conflitto di interessi, in favore di una maggiore determinatezza applicativa del precetto, una storia che si è conclusa con una rinuncia da parte del legislatore, con la L. 9 agosto 2024, n. 114 (che ha appunto abrogato l’art. 323 c.p.); il tema è oggetto di una letteratura sterminata, per una ricostruzione delle “tappe” della riforma dell’art. 323 c.p.; v. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell’abuso d’ufficio*, in *Giur. pen. web*, 2020, 7-8; DONINI, *Osservazioni sulla proposta “Castaldo-Naddeo” di riforma dell’art. 323 c.p. La ricerca di un’ultima ratio ancora più tassativa contro il trend generale dell’espansione penalistica*, in *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l’abuso d’ufficio*, a cura di Castaldo, Torino, 2018, 97; ID., *Abrogare i reati per risolvere problemi del processo. Dal falso in bilancio all’abuso di ufficio*, in *Sist. pen.*, 15 luglio 2024; PISANI, *La riforma dell’abuso d’ufficio nell’era della semplificazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 9; ID., *Profili critici del nuovo delitto di indebita destinazione di danaro o cose mobili*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 1424; MERLO, *L’abuso d’ufficio tra legge e giudice*, Torino, 2019; NISCO, *La riforma dell’abuso d’ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in *Sist. pen.*, 20 novembre 2020, 4; MATTEVI, *L’abuso di ufficio. Una questione aperta*, Napoli, 2022; PERIN, *I delitti contro la pubblica amministrazione nel piano di torsione della giustizia penale. Aspetti costituzionali e politico-criminali della “Riforma Nordio”*, in *Leg. pen. online*, 15 marzo 2025.

³ Come noto, la suddetta scelta in favore dell’abrogazione ha riscontrato diverse resistenze, sia sul versante dottrinale, che su quello giurisprudenziale. Da quest’ultimo punto di vista, le resistenze sono sfociate in questioni di costituzionalità (un totale di 14 ordinanze, v. in part. l’ordinanza della Suprema corte; Cass., 21 febbraio 2025, n. 9442), che hanno riproposto il tema degli obblighi di tutela penale; la Consulta (n. 95/2025) ha tuttavia ritenuto che l’ordinamento italiano non contenesse fonti che valessero a preservare, come costituzionalmente obbligata, la fattispecie di abuso di ufficio.

vo⁴. Appartiene, invece, a una fase logicamente successiva la questione del se e in che misura tale concetto possa integrare i precetti penali ancora in vigore, in particolare i delitti di corruzione, a patto ovviamente che sussistano gli altri elementi oggettivi previsti da tali fattispecie (ora, per la corruzione: quello della sussistenza del sinallagma illecito; per la previgente fattispecie di abuso di ufficio: l'evento di vantaggio o danno ingiusto).

Occorre, in altre parole, prima tentare di chiarire l'oggetto dell'*importazione* nella norma penale e solo dopo passare a esaminare il luogo e le condizioni di tale importazione⁵: il rischio, come agevole da immaginare, è che le fattispecie di corruzione vengano piegate affinché possano estendersi ad abbracciare il vuoto di tutela causato dall'abrogazione dell'art. 323 c.p.

2. *Conflitto di interessi come principio e come regola: le coordinate di fondo.*

Come anticipato, secondo l'accusa e il g.i.p. il principale veicolo normativo del divieto di conflitto di interessi è, in questo caso, l'art. 53 T.U.: sebbene possa non sembrare a una lettura complessiva del testo, il concetto di conflitto di interessi sta al centro delle norme che questa disposizione si propone di esprimere⁶.

⁴ Ci limitiamo a indicare in nota un ampliamento della prospettiva forse doveroso, ma impossibile da sviluppare appieno in questa sede: il problema del conflitto di interessi (e della tutela penale ad esso connessa) trascende la dimensione pubblicistica. Tra i molti esempi si pensi, ad esempio, al contesto dei reati societari e alla centralità del concetto rispetto al travagliatissimo rapporto tra l'art. 2629-bis c.c. (omessa comunicazione del conflitto di interessi) e la fattispecie di infedeltà patrimoniale (art. 2634 c.c.); per un inquadramento della "situazione" di conflitto di interesse, nella appena segnalata trasversale prospettiva penalistica, si veda, per tutti, FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione d'impresa*, Milano, 1997, in part. 63 ss.

⁵ Tra le molte, si veda Cass., 16 febbraio 2021, n. 33240, in *www.giurisprudenzapenale.com*, ma citata anche in MATTEVI, *op. cit.*, 185, nota 206, ove si legge (a proposito dell'abuso di ufficio): «ciò che tuttavia pare rilevante è che la norma di legge violata, nell'ambito della tipicità della fattispecie di cui all'art. 323 c.p., si conformi, come appunto nel caso di specie, ai canoni della tipicità e della tassatività propri del precetto penale, atteso che solo in tali casi è possibile ammettere un livello minimo di eterointegrazione della fonte secondaria che si risolve, si è fatto acutamente notare in dottrina, solo in una specificazione tecnica di un precetto comportamentale, già compiutamente definito nella norma primaria».

⁶ Cfr., in questo senso, TENORE, *La nozione di conflitto di interesse nel diritto amministrativo e nell'ambito della p.a.*, in *Riv. Corte conti*, 2023, 1, Parte I - Dottrina, 24, il quale evidenzia, come direttamente incentrati sul divieto di conflitto di interessi, i co. 1-bis, 6 e 7 della disposizione; nello stesso senso CARLONI, voce *Corruzione (prevenzione della)*, in *Enc. dir. - I tematici*, vol. III - *Funzioni amministrative*, Milano, 2022, 338. Cui deve aggiungersi il co. 16-ter (nella versione dell'art. 53 T.U. riformato dalla L. 6 novembre 2012, n. 190), sul fenomeno del c.d. *pantouflage*, pure finalizzato alla pre-

L'art. 53 T.U., però, è ovviamente a sua volta fondato su principi costituzionali e si colloca pertanto in posizione intermedia nella scala ideale che dal principio (costituzionale) porta alla regola (di diritto amministrativo, eventualmente contenuta da fonti disciplinate dalla stessa singola PA, come un Regolamento).

Perché possa esservi responsabilità penale, occorre che – ripercorrendo questa scala discendente – siano rispettati tanto il principio di legalità e i suoi corollari (nella costruzione oggettiva della fattispecie) quanto quello di colpevolezza (assumendo quindi le vesti del soggetto agente, posto al cospetto di questa concatenazione normativa, prima di agire).

Fare incontrare il diritto amministrativo e il diritto penale sul terreno del conflitto di interessi significa farsi carico di trovare il punto di equilibrio (di determinatezza) nell'applicazione di quello che è un principio, un'intuizione di disvalore che trova la propria fonte nella Costituzione: per quanto attiene al contesto della tutela della pubblica amministrazione, nell'*imparzialità* citata all'art. 97 Cost., ma anche nel suo art. 98, che prevede che i pubblici impiegati siano al «servizio esclusivo della Nazione»⁷.

Una definizione generale del concetto potrebbe essere «*una situazione di contrasto o di divergenza tra interessi che o impedisce la soddisfazione di entrambi gli interessi o può far temere che uno di essi pregiudichi l'altro, indipendentemente dal fatto che questo pregiudizio concretamente si verifichi*»⁸.

L'ordinamento, notoriamente, ospita moltissime specificazioni del conflitto di interessi: disposizioni riferibili ai contesti più vari e contenute in fonti collocate nei più disparati settori normativi evidenziano la necessità di prevenire il

venzione del conflitto di interessi (vedasi la dottrina appena citata).

⁷ «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 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», così TENORE, *op. cit.*, 19.

⁸ Così TAR Trentino-Alto Adige, Trento, Sez. I, 6 settembre 2016, n. 327, che prosegue «Agire in conflitto di interessi significa agire nonostante sussista contrasto tra gli interessi che siano, anche in modi diversi, riconducibili allo stesso agente e in presenza di interessi antagonisti la legge impone sia l'obbligo di informare l'Amministrazione sia quello di astenersi»; in dottrina vi è chi mette l'accento sul rischio da impropri condizionamenti, «anche solo potenziali o apparenti, da parte di interessi privati» (cfr. MERLONI-PIRNI, *Etica per le istituzioni. Un lessico*, Roma, 2020, 7) e chi parla di «conflitto di lealtà» (D'ANGELO, *Conflitto di interessi ed esercizio della funzione amministrativa*, Torino, 2020, 7).

conflitto di interessi (senza contare le fonti sovranazionali) ⁹.

Fra le ragioni che hanno indotto alla rinuncia della fattispecie di abuso di ufficio, forse quella centrale ai fini del nostro discorso è la ritenuta intrinseca indeterminatezza (secondo gli *standard* del diritto penale) del concetto di conflitto di interessi: del resto, l'indeterminatezza del concetto è lamentata anche sul versante del diritto amministrativo ¹⁰.

Non sarebbe possibile, né risulterebbe utile, procedere in questa sede a un elenco di tali fonti: ben più utile, invece, muovere da alcune coordinate di fondo, per orientarsi in tale *mare magnum*.

Il punto di partenza è che il conflitto di interessi è disciplinato sia in via orizzontale (disposizioni che, muovendo dai principi costituzionali, declinano il divieto in contesti diversi, del pubblico e del privato), sia in direzione verticale. Come si diceva, infatti, alcune disposizioni generano concatenazioni normative che *approfondiscono* il concetto, mirando a realizzarne una progressiva specificazione tramite l'arricchimento della relativa definizione (indicando, oltre al contesto, le condizioni, le modalità degli adempimenti volti a prevenire l'insorgenza del conflitto, ...).

Lo stesso T.U. n. 165/2001 è un ottimo esempio di tale fenomeno. Con il suo art. 54 il T.U. offre la base normativa per l'adozione del Codice di comportamento dei dipendenti pubblici che, al suo interno, disciplina il conflitto di interessi ¹¹: rappresenta così un ponte tra il valore dell'imparzialità indicato

⁹ Un quadro estensivo in TENORE, *op. cit.*, in part. § 2; v. anche DEL GATTO, *La dimensione amministrativa del conflitto di interessi e il principio di buona amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2024, 2, 311; LALLI, *Conflitti di interessi nel diritto privato e nel diritto pubblico. Una rassegna*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 155. Sul versante sovranazionale si veda l'art. 7, co. 4 della Convenzione di Mérida e le linee guida dell'OECD (*Managing conflict of interest in public service. OECD Guidelines and country experiences*, Parigi, 2004).

¹⁰ Cfr. CASSESE, *Conflitti di interessi: il fiume di Eracleo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 235. A mero titolo di esempio è sufficiente un affaccio sul dibattito, in seno alla dottrina amministrativistica, relativo all'art. 6-bis L. 7 agosto 1990, n. 241 (fra le disposizioni più rappresentative del divieto di conflitto di interessi, che lo declina nel contesto del procedimento amministrativo); nel senso della indeterminatezza della disposizione SICILIANO, *Conflitto di interessi e arte di amministrare. Contributo allo studio dell'art. 6-bis, L. n. 241/1990*, Milano, 2018, in part. 180; MARRA, *L'amministrazione imparziale*, Torino, 2018, 152; evidenza che il citato art. 6-bis crea un "ponte" tra le regole in materia di prevenzione della corruzione e il complessivo regime dell'azione procedimentale e della stessa validità degli atti amministrativi, ma evidenzia, al contempo, che la disposizione non fornisce una definizione di conflitto di interessi; CARLONI, *op. cit.*, 337.

¹¹ D.P.R. 16 aprile 2013, n. 62 (Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici,

in Costituzione e la normativa di maggiore dettaglio.

La constatazione di questo fenomeno di *diffusione* della disciplina e *progressiva specificazione* della medesima può generare una prima serie di equivoci. Considerando il principio di legalità e, più in particolare, quello di determinatezza del precetto si potrebbe, ad esempio, pensare che questa progressiva specificazione del concetto valga, di per sé, a realizzare una automatica e progressiva capacità del concetto a fondare il precetto penale.

Osservando, poi, tale messa normativa nella prospettiva della colpevolezza, si potrebbe altresì pensare che il fatto stesso che il divieto di conflitto di interessi appaia come ubiquo nell'ordinamento, essendo assistito da un nugolo così fitto e infiltrante di disposizioni, valga a renderlo *autoevidente*: che, in altre parole, il complessivo sforzo definitorio del legislatore vada apprezzato unitariamente e non atomisticamente, ritenendolo in sé sufficiente a comunicare al consociato l'esistenza del divieto ai fini penalistici, indipendentemente dalle sue specificazioni modali, coerenti con il singolo contesto operativo nel quale si trova il destinatario del precetto.

Nessuno di questi due assunti, però, ci sembra sostenibile.

Lo si vede non appena si considerano le coordinate cui ci siamo ripromessi di approdare. Esistono, infatti, alcuni punti fermi del conflitto di interessi che *i)* tendono a restare tali, indipendentemente dalla maggiore specificazione del concetto e che *ii)* complicano il rapporto con il precetto, entrando in tensione - più ancora che con le esigenze di determinatezza della sua applicazione, a nostro modo di vedere - con i principi di offensività e di colpevolezza.

È dunque opportuno inquadrare le altre costanti della disciplina del conflitto di interessi, le quali tendono a non mutare nel percorso che segna il passaggio del relativo concetto, per successive specificazioni normative, da principio a

a norma dell'art. 54 d.lgs. n. 165/2001) i cui artt. 3-6 e soprattutto 7 disciplinano il divieto di conflitto di interessi. Il citato art. 54 T.U. prevede al co. 1 la definizione, da parte del Governo, di un codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, con la finalità, tra le altre, di prevenire fenomeni di corruzione, il rispetto dei doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell'interesse pubblico; il co. 3 dell'art. 54 T.U. prevede il regime sanzionatorio per le violazioni di tale codice (di tipo disciplinare, nonché civile, amministrativo e contabile ogniqualvolta le stesse responsabilità siano collegate alla violazione di doveri, obblighi, leggi o regolamenti; la responsabilità *ex art. 55-quater*, co. 1 del medesimo T.U. in caso di violazioni gravi o reiterate del codice); il co. 5 dell'art. 54 T.U. prevede, infine, che ciascuna pubblica amministrazione definisca un proprio codice di comportamento che «integra» e «specifica» il suddetto codice di comportamento di cui al co. 1.

regola.

La prima discende dallo stretto collegamento tra il conflitto di interessi e la categoria della discrezionalità (amministrativa), senza la quale il primo perde di senso: non vi può essere infatti, almeno in linea ideale, conflitto di interessi se l'attività amministrativa è vincolata a monte e non vi è, dunque, il rischio di preferire indebitamente una soluzione a un'altra.

Il secondo punto, al primo strettamente connesso, è la conseguente irriducibile non esaustività del concetto di conflitto di interessi, che impatta in almeno due modi principali sulle disposizioni che lo disciplinano: in termini di *genericità* e in termini di *mutevolezza* delle disposizioni. Non è infatti un caso che buona parte delle disposizioni che disciplinano il divieto terminino con “formule di chiusura” che, spesso, si allineano al generico concetto di “grave convenienza”¹²; nemmeno è un caso che le disposizioni di maggiore dettaglio, quelle adottate dalle singole PA, mutino nel tempo, proprio al fine di meglio precisare la portata del divieto e chiudere spazi al conflitto¹³. Altra faccia di questo aspetto attiene alla varietà del contenuto dei divieti che dal conflitto discendono: se, infatti, in alcuni casi, il conflitto di interessi fonda un obbligo di astensione, in altri casi esso genera invece delle incompatibilità nell'assunzione di un incarico o divieti di conferimento del medesimo. Cambia, dunque, l'oggetto del divieto e, in alcuni casi, persino il destinatario dello stesso: non sono pochi i casi in cui il divieto è primariamente rivolto alla pubblica amministrazione, che non può, ad esempio, assumere la collaborazione di un soggetto che versi in una situazione di conflitto di interessi.

La terza coordinata di fondo che preme evidenziare attiene invece ai risvolti puramente *offensivi* del concetto: assestare la soglia di intervento della sanzione sulla violazione del divieto di conflitto di interessi è operazione diversa, evidentemente, dall'attivarla quando si verifichi l'effettiva frustrazione dell'interesse pubblico. È infatti ben possibile che, pur in presenza di una situazione di conflitto - e di violazione del relativo divieto - l'interesse pubblico

¹² Tra i molti esempi, si può citare proprio l'art. 7 d.P.R. n. 62/2013 («Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza»).

¹³ Nella vicenda da cui si trae spunto, ad esempio, la disposizione rilevante contenuta nel Regolamento del Comune di Milano viene modificata proprio a seguito dell'indagine; lo evidenzia anche MAIELLO, *op. cit.*, 7; cfr. *infra*, nota 23.

venga perseguito o persino realizzato.

Il conflitto di interessi è, in sé, una situazione che non necessariamente genera una condotta che effettivamente ostacola e impedisce il perseguimento dell'interesse pubblico: se lo fa, è solo presuntivamente. Non è detto, in altre parole, che l'interesse, diverso da quello della PA, di cui il pubblico ufficiale può farsi portatore, necessariamente confligga con l'interesse pubblico, né che, pur sussistendo la situazione di conflitto di interessi, i beni del buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) o dell'esclusività del servizio pubblico alla nazione (art. 98 Cost.) vengano compromessi¹⁴. Conferire rilevanza giuridica a posizioni deontiche, in quanto tali, che stanno attorno al conflitto di interessi (obblighi di comunicazione, di astensione), in altre parole, realizza un'anticipazione della tutela che deve essere ricondotta alla categoria del pericolo, di per sé astratto, se non *presunto*¹⁵.

3. *Le incompatibilità e l'anticipazione della tutela.* Si tratta, però, di un pericolo nel cui alveo germinano le offese più serie al bene dell'imparzialità della pubblica amministrazione. Quando si tratta di pubblica amministrazione, infatti, gli interessi possono essere (anche solo economicamente) rilevanti, così come possono esserlo i danni che potrebbero derivare alla collettività da un esercizio distorto della funzione pubblica.

Ritornando per un momento al contesto della vicenda da cui abbiamo preso le mosse, è infatti evidente che un membro della Commissione per il paesaggio del Comune potrebbe partecipare alle sedute e contribuire a far

¹⁴ «[la] situazione [di conflitto di interessi] può mettere a rischio l'*imparzialità* e, più in generale, il *buon andamento* dell'azione amministrativa», così TENORE, *op. cit.*, 20 (corsivo aggiunto).

¹⁵ Cfr., di recente, Cons. Stato, Sez. III, 20 agosto 2020, n. 5151, ove - a proposito dell'art. 42 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (disciplina del conflitto di interessi nel codice dei contratti pubblici, poi rifluita nell'art. 16 del d.lgs. n. 36/2023) - espressamente si dice «per le sue caratteristiche funzionali, la disposizione in parola è da intendersi come norma *latu 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»; v. già, in tal senso, Cons. Stato, Sez. III, n. 355/2019 e Sez. V, n. 3048/2020; in dottrina, TENORE, *op. cit.*, 21; si vedano le considerazioni di MAIELLO, *loc. ult. cit.*, per il quale «declinando l'esigenza di offensività in termini non retorici, la mera violazione del conflitto di interessi non può assurgere a fatto di rilevanza penale, poiché essa determinerebbe un indebitamente eccessivo arretramento dell'offesa rispetto ai beni funzionalistici dell'amministrazione, che resterebbero isolati sullo sfondo».

approvare progetti (nonostante un conflitto di interessi che gli avrebbe imposto di astenersi); potrebbe adoperarsi per accelerare le pratiche di interesse o per rimuovere gli ostacoli frapposti dalla Commissione; potrebbe monitorare lo stato di avanzamento delle pratiche che gli stanno a cuore e informare in tempo reale il correo.

Consapevole di questo, il legislatore spesso disciplina il conflitto di interessi non tanto nella mera prospettiva di proibirlo, quanto di *prevenirlo*. Discendono da questa impostazione disposizioni che anticipano ulteriormente l'intervento legislativo, vietando comportamenti che possano risultare connessi alla emersione anche «soltanto potenziale» del conflitto.

L'art. 53 T.U. offre un buon esempio di tale fenomeno, inducendo una riflessione ulteriore, sempre nello spettro del pericolo: si pensi, ad esempio, al comma 5 dell'articolo che, nel disciplinare i casi di conferimento di incarico operato direttamente dalla PA (o da altri soggetti ivi richiamati) afferma che tale conferimento deve essere disposto dagli organi competenti «secondo criteri oggettivi e predeterminati, che tengano conto della specifica professionalità, tali da escludere casi di *incompatibilità, sia di diritto che di fatto*, nell'interesse del buon andamento della pubblica amministrazione o situazioni di *conflitto, anche potenziale, di interessi*, che pregiudichino l'esercizio imparziale delle funzioni attribuite al dipendente»¹⁶.

Si tratta, quindi, di formulazioni che valgono a conferire rilevanza giuridica – quantomeno sul piano dell'illiceità amministrativa – a situazioni ulteriormente anticipate rispetto alla sussistenza del conflitto di interessi, volte a colpire anche la mera potenzialità della sua sussistenza: rilette con la lente del diritto penale, costituirebbero illeciti che difficilmente parrebbero riconducibili anche solo alla categoria del pericolo presunto.

Come si anticipava, il T.U. offre, al contempo, la base normativa per l'adozione di ulteriori codici di comportamento, adottati dalla singola PA.

Anche nella vicenda che offre il pretesto per questa riflessione emerge la rilevanza della normativa regolamentare, in particolare del Regolamento edilizio comunale – nella fattispecie, di Milano – che, all'art. 49, disciplina la

¹⁶ Corsivo aggiunto; il riferimento al conflitto, anche potenziale, di interessi, si rinviene anche ai commi 7, 9 e 14 del medesimo articolo.

composizione della Commissione per il paesaggio e, di conseguenza, le incompatibilità e inconferibilità del relativo incarico¹⁷.

Emerge, qui, il profilo specifico che attiene alla qualifica del soggetto agente: in alcuni casi, infatti, il divieto di conflitto di interessi (di matrice pubblicistica) si applica anche a soggetti esterni dell'Amministrazione, che tuttavia intrattengono un rapporto qualificato con essa.

Il caso della suddetta Commissione è un buon esempio: il co. 4 del citato art. 49 del Regolamento disciplina le incompatibilità e chiarisce che i membri della Commissione devono, al contempo, essere esterni all'ente comunale e non appartenere al novero dei «soggetti che svolgono incarichi professionali di progettazione edilizia presso il Comune di Milano»¹⁸.

Quello della qualifica soggettiva, privatistica o pubblicistica, del membro della Commissione è un problema che, ovviamente, trascende lo specifico caso da cui si sono prese le mosse¹⁹, e deve essere ricondotto all'art. 357 c.p.: il conferimento di incarichi a privati da parte della - PA può renderli pubblici ufficiali se, come nel caso di specie, gli conferisce il compito di formare la volontà della pubblica amministrazione, per quanto estrinsecantesi in un parere solitamente non vincolante (ma obbligatorio), come quello della Commissione per il paesaggio.

I profili di maggiore rilievo, osservando questo contesto normativo, sono due: 1) il primo attiene all'individuazione degli obblighi connessi all'assunzione della carica (in particolare gli obblighi comunicativi che pendono sul membro

¹⁷ Il Regolamento edilizio è adottato in forza della l.r. Lombardia 11 marzo 2005, n. 12 (Legge per il governo del territorio).

¹⁸ Recita infatti il citato art. 49, co. 4, nella sua più recente versione, che la carica di membro della Commissione è incompatibile con la carica di consigliere comunale, ovvero di membro della Giunta comunale; con il rapporto di dipendenza, continuativa o temporanea, con il Comune od enti, aziende o società da esso dipendenti; con i soggetti che svolgono incarichi professionali di progettazione edilizia presso il Comune di Milano.

¹⁹ Si veda, ad esempio, in materia di abuso di ufficio, la già citata Cass., 16 febbraio 2021, n. 33240, ove si poneva un caso di violazione dell'art. 7 d.lgs. n. 165/2001, nella parte in cui prevede che l'Amministrazione possa affidare incarichi individuali solo a soggetti esterni dotati «di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria»; i giudici di merito avevano richiamato un Regolamento comunale (non espressamente richiamato dal d.lgs. n. 165/2001) per specificare cosa dovesse intendersi per «specializzazione anche universitaria»; v. anche, su questa sentenza, PAGELLA, *Abuso d'ufficio e violazione di norme regolamentari: la Cassazione delinea i limiti di ammissibilità dello schema della "eterointegrazione"*, in *Sist. pen.*, 9 dicembre 2021.

della Commissione per il paesaggio o l'obbligo di astensione) e all'individuazione delle loro fonti; *ii*) il secondo attiene a come l'accertamento della violazione di tali obblighi riverberi sull'accertamento del fatto (di corruzione) penalmente rilevante.

Procedendo per gradi, dalla riconduzione dei membri della Commissione alla nozione di dipendente pubblico (stante la nomina da parte della pubblica amministrazione) discende l'applicazione del Codice di comportamento nazionale dei dipendenti pubblici (d.P.R. n. 62/2013), il quale – adottato in conformità con l'art. 54 del T.U. n. 165/2001 – ribadisce il dovere di imparzialità e sancisce l'obbligo di astensione in caso di conflitto di interessi²⁰.

Si tratta di una fonte normativa che, sotto altri profili, è notoriamente presente nel discorso penalistico sulla corruzione: si pensi, in particolare, al tema delle c.d. “regalie”²¹.

Il quadro normativo è poi solitamente arricchito, secondo le cadenze sopra richiamate (*supra*, § 2), dalla fonte regolamentare, che integra e specifica gli obblighi dell'incaricato, al fine di permettere una più precisa e aggiornata valutazione, da parte della pubblica amministrazione, della incompatibilità²².

²⁰ Si veda il d.P.R. n. 62/2013 (in g.u. 4 giugno 2013, n. 129, così come modificato e integrato dal d.P.R. 13 giugno 2023, n. 81), il quale, tra i principi generali (art. 3), prevede (ai co. 1 e 2): «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».

²¹ Cfr. Cass., Sez. VI, 23 settembre 2024, n. 44357 («In tema di corruzione, la dazione di regali che sia correlata alla definizione di una pratica amministrativa, cui è interessato il privato, non può essere definita quale “regalia d'uso” idonea a legittimarne, ove anche sia di modico valore, la relativa accettazione da parte del dipendente pubblico, ai sensi del Codice di comportamento dei dipendenti pubblici di cui al d.p.r. 16 aprile 2013, n. 62 e del precedente d.m. 28 novembre 2000»); v. anche Cass., Sez. VI, 3 ottobre 2017, n. 49524 («In tema di corruzione, la dazione di regali (nella specie buoni pasto o benzina) correlati alla definizione di una pratica amministrativa, cui è interessato il privato, non può essere definita quale regalia “d'uso” idonea a legittimarne, ove sia anche di modico valore, la relativa accettazione da parte del dipendente pubblico, ai sensi del Codice di comportamento dei dipendenti pubblici di cui al d.p.r. 16 aprile 2013, n. 62 e del precedente d.m. 28 novembre 2000»).

²² Per restare al caso milanese si possono vedere i co. 7 e 8 del citato art. 49 del Regolamento comunale: «7. I componenti della commissione dovranno autocertificare l'assenza di cause esclusive per incompatibilità o inconfiribilità per l'affidamento dell'incarico. 8. Accettando la nomina in Commissione Comunale per il Paesaggio, ogni componente della stessa si impegna a presentare un elenco dei progetti edilizi realizzati e/o avviati nella città di Milano nell'ultimo triennio, ai quali abbia professionalmente

Emerge qui un aspetto peculiare e “dialogico” della disciplina del conflitto di interessi, che attiene appunto all’obbligo informativo e, più in particolare, alle richieste che la pubblica amministrazione rivolge al consociato chiamato ad assumere l’incarico. In questo contesto, un notevole peso specifico viene rivestito anche dagli stessi moduli con i quali si è tenuti a effettuare tali comunicazioni o autocertificazioni, che possono mutare nel corso del tempo e, così, far variare il margine di apprezzamento del conflitto di interessi ²³.

Può essere, ad esempio, che la specificazione “verticale” della nozione di conflitto di interessi – attraverso la concatenazione di più normative di rango diverso che intervengono sul medesimo contesto (v. *supra*, § 2) – si risolva in una restrizione della nozione del concetto e che questo riverberi sull’accertamento dell’elemento soggettivo, posto che, di fatto, il modulo con cui viene veicolata la richiesta rappresenta la definizione di conflitto di interessi più prossima al consociato. È agevole esemplificare, per rendere meglio l’idea: in astratto, si può ritenere che la nozione più intuitiva di conflitto di interessi vada riferita al caso in cui il membro della Commissione per il paesaggio è chiamato a rendere una valutazione di un progetto al quale lui stesso ha preso parte come professionista; più ampiamente, invece – cercando di stigmatizzare un conflitto di interessi anche solo “potenziale” – si potrebbe invece pensare che la situazione di conflitto di interessi debba essere estesa a ricomprendere i casi in cui il membro della Commissione sia chiamato a valutare progetti ai quali non ha direttamente partecipato, ma comunque presentati da soggetti con i quali egli ha collaborato in precedenza (e si possono immaginare limiti quantitativi o temporali per meglio definire questa collaborazione). Ebbene, per apprezzare la sussistenza della colpevolezza, ci si deve

collaborato e operato, prima di assumere l’incarico in Commissione; a elaborare annualmente, per l’intera durata dell’incarico in Commissione, un elenco dei progetti edilizi realizzati e/o avviati nella città di Milano ai quali abbia professionalmente collaborato e operato, successivamente alla sua nomina in Commissione. Gli elenchi dei progetti devono essere pubblicati nell’apposita sezione del sito del Comune di Milano. Gli elenchi dovranno essere trasmessi al Presidente della Commissione (soggetto anch’egli a identica procedura) per costituire – assieme ad atti e verbali di Commissione – materiale accessibile ai sensi delle procedure di legge».

²³ Nella vicenda da cui si sono prese le mosse, il Tribunale del riesame evidenzia come «la disciplina del conflitto di interessi fosse connotata da indubbi profili di lacunosità e ambiguità a riprova della non immediatezza della portata precettiva della regolamentazione. [...] se davvero fosse stato tutto così chiaro e lineare, perché l’intervento modificatore [del Regolamento] del 29.5.2023?».

immedesimare nel destinatario della richiesta di informazioni – per come disciplinata dal singolo Regolamento – ed è quindi naturale pensare che eventuali ambiguità o carenze di tale richiesta (rispetto a una nozione ideale e onnicomprensiva di conflitto di interessi) non possano che riverberare in termini problematici sulla sussistenza dell'elemento psicologico del reato. Diventa difficile, in tali casi, dare la prova della consapevolezza, in capo al soggetto agente, di star violando un (ritenuto) obbligo di astensione più ampio di quello definito dalla norma regolamentare, a meno, ovviamente, di non ritenere questa prova insita nella violazione di un più generale richiamo di carattere morale a eliminare qualsiasi cointeressenza, anche solo ipotetica, tra l'attività pubblicitaria e l'attività privata svolte dal soggetto.

A questo punto, però, il discorso si è oramai allontanato troppo dal piano del fatto, senza il quale non può parlarsi di reato: occorre, dunque, ritornare alle fattispecie del codice, alla ricerca di un'appropriata collocazione penalistica delle intuizioni di disvalore emerse sino a qui.

Anche la previgente fattispecie di abuso di ufficio, infatti – cui la pronuncia della Suprema corte accosta, in un ragionamento dal tono “a tutto concedere”, i fatti da cui si sono prese le mosse – richiedeva un evento ingiusto (di vantaggio o di danno), elemento che evidentemente non può coincidere con la mera violazione del divieto di conflitto di interessi²⁴.

4. *La nozione di atto contrario ai doveri di ufficio e l'attività discrezionale della PA.* La questione della definizione della nozione di atto contrario ai doveri dell'ufficio ha ricevuto nuova linfa a partire dalla riforma dei reati di corruzione introdotta dalla c.d. “Legge Severino” (L. n. 190/2012). È questo elemento a costituire il fulcro della distinzione tra corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.) e corruzione “propria” (art. 319 c.p.).

Le due disposizioni stanno in evidente rapporto di progressione offensiva: entrambe presuppongono un sinallagma illecito ma, dopo la succitata riforma, solo l'art. 319 c.p. richiede che venga individuato (nell'accordo) uno specifico *atto* (di cui poter predicare la contrarietà ai doveri dell'ufficio), laddove invece per l'integrazione dell'art. 318 c.p. è sufficiente la compravendita

²⁴ Si veda ancora Cass., n. 40725/2025, cit. e MAIELLO, *op. cit.*, 7.

dell'esercizio della funzione o del potere del pubblico ufficiale: stando alla giurisprudenza più recente, la qualificazione giuridica resta quest'ultima anche nel caso in cui si tratti di vero e proprio asservimento agli interessi del privato, ma non si rinvenga il collegamento, anche solo prospettico, con il compimento di un atto contrario ai doveri dell'ufficio²⁵.

È particolarmente complessa la declinazione, in giurisprudenza, dei rapporti tra queste due fattispecie, quando ci si ritrovi innanzi all'esercizio di un'attività discrezionale: questo per la fondamentale ragione che, nei fatti, la presenza di un margine di scelta in capo al soggetto pubblico - in rapporto all'*an*, al *quid*, al *quomodo* o al *quando* del compimento dell'atto - tende a offuscare l'auspicabile nettezza dei confini della contrarietà dell'atto ai doveri dell'ufficio²⁶.

La posizione della giurisprudenza sembra tuttora inclinata verso un tendenziale *favor* per la fattispecie di corruzione propria, in forza di una posizione che ritiene configurabile il più lieve art. 318 c.p. solo nei casi in cui l'atto compiuto si presenti come identico a quello che l'esclusiva

²⁵ Cfr., *ex multis*, Cass., 25 settembre 2014, n. 49226, Rv. 261352; Cass., 22 ottobre 2019, n. 18125; Cass., 19 settembre 2019, n. 45184. Il discorso, nel testo, lambisce una questione classificatoria, cui si può qui solo accennare, che riguarda l'art. 319 c.p.: se si tratti di reato di danno o di pericolo, posto che, per la sua consumazione, non è necessario l'effettivo compimento dell'atto contrario, ma solo la relativa programmazione nel contesto del sinallagma criminoso. La fattispecie, infatti, si attiva già in presenza della previsione di un danno concreto e diretto per l'Amministrazione, ciò che sarebbe sufficiente, secondo alcuni, per la sua riconduzione alla categoria dei reati di danno; cfr. esplicitamente in questo senso, DI STEFANO, *sub* Art. 319, in *Codice penale commentato*, diretto da Dolcini-Gatta, Milano, 2025, 202. La soluzione dipende primariamente dall'individuazione del bene giuridico tutelato: se, in altre parole, si propenda per una nozione di imparzialità sostanziale ovvero si individui l'interesse tutelato nello sviamento dell'equilibrio, anche solo potenziale, dell'esercizio del pubblico potere o funzione; per un inquadramento della tematica, v. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2019, 157 ss., con specifico riferimento alla venalità del p.u. e al mercimonio del servizio come fattori reali o potenziali di inquinamento dell'azione amministrativa; BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, (ora) in ID., *Scritti di diritto penale*, a cura di Canestrari-Melchionda, vol. II, t. I, Milano, 1997, 2389 ss.; SEMINARA, *Gli interessi tutelati nei reati di corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 951 ss.; FORTI, *La corruzione tra privati nell'orbita di disciplina della corruzione pubblica: un contributo di tematizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, in part. 1130; RAMPIONI, *Bene giuridico e reati contro la p.a.*, Milano, 1984, *passim* (in part. 299 in tema di discrezionalità e atto contrario ai doveri dell'ufficio).

²⁶ Per un inquadramento di questa specifica problematica v. ROMANO, *op. ult. cit.*, 208, § 22 ss.; ASTORINA MARINO, *Le nozioni di «atto contrario ai doveri d'ufficio» e di «vantaggio indebito» nella prospettiva di riforma del traffico di influenze illecite*, in *Lobbying e traffico di influenze illecite. Regolamentazione amministrativa e tutela penale*, a cura di Giavazzi-Mongillo-Petrillo, Torino, 2019, in part. 308 ss.; MAIELLO, *Il controllo penale sull'attività amministrativa*, Torino, 2025, in part. 111 ss.

considerazione del pubblico interesse avrebbe imposto, nel contenuto e nelle modalità²⁷.

Pur ammettendo la possibilità che «*l'atto discrezionale, nonostante l'accordo corruttivo, realizzi l'interesse pubblico e che il comportamento del pubblico ufficiale non abbia violato nessun dovere specifico*»²⁸, sussisterebbero infatti delle «*regole sottese all'esercizio dell'attività discrezionale*» la cui violazione dovrebbe ritenersi integrata (e, con essa, l'art. 319 c.p.) nel caso in cui l'interesse pubblico sia stato «*limitato, condizionato, inquinato*»²⁹. Non, quindi, compromesso. Si tratta di una lettura che comporta il rischio di interpretare la contrarietà come (mera) omissione dell'equilibrata considerazione degli interessi in gioco (che finisce per sussistere *in re ipsa* in presenza di un passaggio di denaro o di una promessa in tal senso)³⁰.

Ai fini che qui interessano, però, occorre mettere nuovamente al centro del discorso il divieto di conflitto di interessi, per chiedersi che peso specifico possa avere la violazione di tale divieto nello stabilire se vi sia stata una violazione delle “regole della discrezionalità” e se possa parlarsi, dunque, di

²⁷ È agevole rinvenire pronunce che riconducono la nozione di contrarietà anche ai casi in cui gli atti non siano illegittimi in forza della violazione di norme giuridiche, ma lo siano in quanto adottati prescindendo «per consapevole volontà del pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, dall'osservanza dei doveri istituzionali, espressi in norme di qualsiasi livello, compresi quelli di correttezza e di imparzialità» (Cass., Sez. VI, 15 settembre 2017, n. 46492, Rv. 271383; Cass., Sez. VI, 20 ottobre 2016, n. 3606, Rv. 269347) oppure sentenze che definiscono contrari ai doveri dell'ufficio atti che, pur formalmente legittimi (e adottati in un contesto normativo di discrezionalità), «si conformano all'obiettivo di realizzare l'interesse del privato nel contesto di una logica globalmente orientata alla realizzazione di interessi diversi da quelli istituzionali» (Cass., Sez. VI, 5 aprile 2018, n. 29267, Rv. 273448).

²⁸ Così Cass., Sez. VI, 30 aprile 2021, n. 35927, § 2.2.3, secondo cui (poco sopra): «Ciò che deve essere rivisto è il presupposto, di tipo “presuntivo-psicologico”, secondo cui una volta concluso l'accordo corruttivo, “il successivo (futuro e incerto) esercizio del potere pubblico non potrà non essere inquinato, contaminato dall'interesse privato veicolato dell'intesa illecita”; si finisce per centrare il disvalore della fattispecie sul patto criminoso e per spostare l'antigiuridicità del comportamento del funzionario dai profili relativi alla condotta (la non conformità ai doveri di ufficio) a quelli che riflettono maggiormente l'elemento psicologico del reato (il dolo insito nell'accettazione del denaro o della sua promessa)». Sui rischi causati dal conferire eccessivo peso al patto criminoso, nell'economia strutturale e offensiva della fattispecie, si vedano le riflessioni di PALAZZO, *Le norme penali contro la corruzione tra presupposti criminologici e finalità etico-sociali*, in *Cass. pen.*, 2015, 3389.

²⁹ Tra i caporali parole tratte da Cass., n. 35927/2021, *loc. ult. cit.*

³⁰ Per questo in dottrina si evidenzia il rischio di «scivolamento della contrarietà ai doveri dall'atto all'esercizio della funzione in sé considerata» perché «una scorretta o parziale ponderazione degli interessi non può che evincersi dal risultato della stessa che si condensa nell'atto dell'ufficio»; così ASTORINA MARINO, *op. cit.*, 311-312.

corruzione (e di che tipo). Guardando all'art. 319 c.p. - come suggerito dal caso concreto che fa da sfondo al presente contributo - l'attivazione della fattispecie in presenza del mero "dato" della violazione del conflitto di interessi farebbe risalire a un livello ancora più anticipato la nozione di contrarietà, ricollegandola alla mera presenza di un rischio di squilibrio nella valutazione degli interessi che influenzano la decisione del p.u.

Ricollegandoci, infatti, a quanto si diceva in precedenza, ovvero alla dimensione intrinsecamente *pericolosa* del divieto di conflitto di interessi, si deve constatare come tale violazione non possa mai essere un danno: atto contrario e violazione della disciplina del conflitto di interessi non possono coincidere.

Il legame appare invece più stretto tra la violazione del divieto di conflitto di interessi e l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.). Sembra però possibile, almeno in astratto, immaginare un disallineamento tra i due concetti, assumendo che l'obbligo di astensione possa avere un contenuto più generico - sempre nella prospettiva dell'anticipazione della tutela - rispetto all'esercizio della funzione.

La violazione del conflitto di interessi, infatti, illumina solo sino al punto precedente l'esercizio della funzione, attiene alla definizione del *contesto* nel quale il soggetto si trova, indebitamente, a operare: collegare la sanzione alla sua violazione realizza un'anticipazione della tutela anche rispetto all'esercizio della funzione, collocandola su di una soglia che, nella prospettiva del diritto penale, appare ascrivibile, più che alla dimensione del pericolo, a quella della (mera) possibilità di lesione, del rischio³¹.

³¹ La questione lambisce la qualificazione dogmatica dell'art. 318 c.p., il quale è certamente reato di pericolo; si veda, ad esempio, (oltre alla dottrina già citata), la posizione di chi ritiene che si tratti di reato di pericolo presunto (proprio perché la fattispecie non richiede la prova di "serietà" dell'asservimento del p.u.) CATENACCI-PICARDI, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di Catenacci, Torino, 2022, 110. La categoria del pericolo rivela una certa polisemia quando si confronta l'utilizzo che se ne fa nel diritto penale e nel diritto amministrativo, proprio al cospetto della nozione di conflitto di interessi. Si veda, ad esempio, il parere reso dal Consiglio di Stato (atti norm., n. 667/2019), ove si legge - a proposito della disciplina del conflitto di interessi nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici e del ruolo delle Linee Guida - che le «Linee Guida sono dirette a fornire indirizzi di comportamento nei confronti delle situazioni di conflitto di interessi [definita, più oltre come una "situazione di pericolo"] e non per disciplinare misure aggiuntive di contrasto alla corruzione propriamente detta»; sul punto si vedano anche le riflessioni di MANES, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1134.

Se è certamente vero che la corruzione si attiva in una dimensione *prospettica*, perché punisce un programma di azione, è altrettanto vero che essa richiede una dinamica plurisoggettiva: ciò che viene punita è la presa in carico di interessi diversi da quelli che la legge persegue³², ma serve pur sempre che ciò avvenga nel contesto di un accordo (illecito).

Si arriva, così, al punto preso in esame dalla Suprema corte nel caso di specie e ci si deve chiedere se esista un collegamento tra la violazione del divieto di conflitto di interessi e l'elemento dell'accordo. La Cassazione risponde in questi termini: «*pur in presenza di un conflitto di interessi, la violazione del dovere di imparzialità del pubblico ufficiale non dimostra di per sé, neppure in sede cautelare, la sussistenza di un accordo corruttivo tra le parti*»³³.

Non è evidentemente possibile ritenere che la violazione del divieto di astensione di presenza di conflitto di interessi *equivalg*a, dal punto di vista fattuale, alla conclusione di un accordo illecito, ma la Cassazione precisa che nemmeno può ritenersi che il primo dato possa valere a *fondare un'inferenza* concludente riguardo alla sussistenza del secondo elemento (la sussistenza del sinallagma illecito): e questo, è bene sottolinearlo, nemmeno nella prospettiva dei gravi indizi di reato, sufficiente ad applicare una misura cautelare.

Nelle parole della Suprema corte si legge il *caveat* rispetto al rischio di una sovrapposizione concettuale che finisce per svilire l'apprezzamento del fatto, ma che è particolarmente insidiosa perché tanto la nozione di *accordo*, quanto quella di violazione del divieto di conflitto di interessi hanno effettivamente in comune la dimensione prospettica³⁴.

Ma, dice la Suprema corte, devono restare due piani distinti: la prova

³² In questi termini, ancora di recente, Cass., n. 35927/2021, cit.

³³ La Suprema corte prosegue qui con il passo sopra riportato relativo alla previgente fattispecie di abuso di ufficio: «La carenza della prova dell'accordo corruttivo renderebbe piuttosto ipotizzabile l'applicazione della fattispecie, ormai abrogata, di reato dell'abuso d'ufficio»; così Cass., n. 40725/2025.

³⁴ Un accordo, infatti, lecito o illecito che sia, serve a disciplinare il futuro; la violazione del divieto di conflitto di interessi, stante la sua intuitiva ubiquità nelle lesioni all'interesse dell'imparzialità della pubblica amministrazione, si pone come intrinsecamente prospettico, prodromico. Emerge qui il rischio di una declinazione della nozione di atto contrario collegata alla violazione di un dovere di ufficio generico (di perseguimento esclusivo dell'interesse pubblico, fedeltà, obbedienza, segretezza, imparzialità, onestà e vigilanza); sull'emersione di questo rischio, rileggendo la giurisprudenza in materia, quasi testualmente, SEMINARA, *sub art. 319*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di Forti-Seminara-Zuccalà, Milano, 2018, 1049.

dell'uno non può diventare prova dell'altro.

Laddove ciò avvenga, il ragionamento diventa presuntivo e circolare, assumendo questa forma: *i)* il soggetto non si è astenuto, laddove avrebbe dovuto; *ii)* se lo ha fatto, è perché (*presumibilmente*) aveva in animo di favorire qualcuno, in cambio di un'utilità propria; *iii)* se vuole favorire qualcuno è perché (*presumibilmente*) il perseguimento dell'interesse pubblico, nel caso concreto, è inconciliabile con tale interesse.

Questo ragionamento, notiamo, si fonda sull'unico dato della mera mancata astensione, non c'è alcun *fatto* ulteriore: la dimostrazione della sua fallacia è che esso, nella sua conclusione, obbliga a ritenere che l'*atto contrario* (oggetto del sinallagma) si risolve proprio in tale mancata astensione, eventualmente "arricchita" - ma si tratta, in buona sostanza, di poco più che un espediente retorico - dall'"ulteriore fatto" che tale omessa astensione è stata preceduta dall'omessa comunicazione della sussistenza del conflitto di interessi.

Così, la violazione della singola norma che disciplina il conflitto di interessi si trasforma in violazione dell'art. 319 c.p. e la trasformazione del rischio in danno è completa.

Un'ultima notazione, che riporta alla stessa possibile genesi di casi come quello che ha offerto il pretesto per questa riflessione e permette, al contempo, di allargare nuovamente lo sguardo: un ulteriore elemento fattuale può essere il *dato* dell'esistenza di possibili rapporti *informali* tra i soggetti in relazione ai quali si ipotizza la sussistenza di un accordo illecito.

La promessa investigativa che si ritiene di trarre da questo elemento si traduce nella forzatura giuridica di cui si è detto, con il passaggio, logicamente precedente, della forzatura del fatto stesso: questi rapporti, per essere presentati come prodromo della conclusione del sinallagma illecito, diventano "dinamiche clientelari" o "dinamiche di corruzione a carattere sistematico"³⁵, ...

³⁵ Riecheggia qui il tema della figura di costruzione giurisprudenziale della c.d. "corruzione sistemica", la quale presuppone però l'asservimento del pubblico ufficiale, la "messa a libro paga", che rende applicabile, nel caso in cui non vi sia prova dell'impegno a commettere atti contrari ai doveri dell'ufficio, l'art. 318 c.p.; cfr. Cass., Sez. VI, 25 settembre 2014, n. 49226, Rv. 261352; Cass., Sez. VI, 27 settembre 2016, n. 40237; cfr. ROMANO, *op. cit.*, 212; VIGANÒ, *I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte, e su quel che resta da fare*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2014, 4; evidenza come il funzionario dall'"atteggiamento clientelare" sia il tipo di autore che pare as-

Il quadro sarebbe, però, incompleto se non si desse conto di come – tra i “moventi” di tali forzature – debba annoverarsi l’attuale stato del contesto normativo dei delitti posti a tutela, in particolare, dell’imparzialità della PA. Alla carenza di tipicità delle fattispecie di corruzione³⁶, infatti, si sta progressivamente affiancando una tendenza legislativa alla contrazione dello spettro di tutela: oltre al già citato caso dell’abuso di ufficio, non può non ricordarsi il recente intervento sulla fattispecie di traffico influenze illecite³⁷. La strada per una corretta modulazione dell’intervento penale – secondo i crismi della sussidiarietà, frammentarietà e offensività – è quella del dialogo e coordinamento con il diritto amministrativo: non è però possibile dialogare con chi, come pare doversi dire del legislatore penale (anche e soprattutto in questa materia), preso dall’incessante lavoro delle riforme, risulta ormai incapace anche solo di fermarsi ad ascoltare. Si possono trovare compagni solo (ri)trovando sé stessi³⁸.

sunto a fondamento dell’art. 318 c.p. (nel contesto di una critica alle recenti riforme in tema di corruzione, prendendolo quale esempio della regressione dalla “fattispecie” al “tipo criminologico d’autore”), MANES, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1139. Deve inoltre evidenziarsi come nel quadro dell’esercizio discrezionale del potere amministrativo l’esercizio della funzione può (e forse deve, per essere più efficace) diventare in sé informale e dialogica anche nei confronti dei privati; la riflessione sul punto della letteratura amministrativistica è stata oggetto di recente attenzione, nella prospettiva qui indicata, da MAIELLO, *Il controllo penale*, cit., in part. 132 ss.

³⁶ Cfr. PADOVANI, *Concussione, induzione indebita, corruzione: nella notte nera delle vacche nere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, 2, 576; GARGANI, *Le fattispecie di corruzione tra riforma legislativa e diritto vivente: il “sentiero interrotto” della tipicità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 1033 ss.; AMBROSETTI, *Fenomenologia degli accordi corruttivi tra tipicità e prova: una introduzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, 555; MANES, *op. ult. cit.*, il quale, proprio con riferimento al conflitto di interessi (*ibidem*, 1134) pone in evidenza il rischio che si ritenga ultronea l’individuazione della ricompensa privata «perché qualsiasi decisione pubblica presa in conflitto di interessi si remunera già da sé, tramandando una dinamica illecita *in re ipsa*».

³⁷ Operato con la L. n. 114/2024. Si vedano, sulle recenti riforme avvicinandosi sull’art. 346-bis c.p., MONGILLO, *Il traffico di influenze illecite nell’ordinamento italiano: crisi e vitalità di una fattispecie a tipicità impalpabile*, in *Sist. pen.*, 2 novembre 2022; ID., *Splendore e morte del traffico di influenze illecite*, in *Sist. pen.*, 22 marzo 2024; v. anche MAIELLO, *op. cit.*, 193, che evidenzia, a proposito delle recenti riforme, il fenomeno di eterogenesi dei fini per il quale si arriva ad applicare un trattamento sanzionatorio più rigido a condotte che si voleva addirittura escludere dal penalmente rilevante.

³⁸ Citando liberamente PAVESE, *Lavorare stanca*, Torino, 1955, 13.