

Introduzione

Il tema del conflitto di interessi nell'esercizio dell'attività amministrativa – seppure formalmente disciplinato soltanto con la c.d. “Legge Severino” (n. 190/2012), con l'introduzione dell'art. 6 *bis* nell'ambito della Legge n. 241/1990, avente, peraltro, un contenuto minimale – costituisce un argomento di estrema ampiezza, in quanto da sempre oggetto di ampi dibattiti, stante la sua intrinseca riferibilità ai principi generali di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, sanciti, a livello nazionale, dagli artt. 3 e 97 della Costituzione, nonché, a livello europeo, dall'art. 41 della Carta di Nizza.

Il concetto di fondo è costituito dal fatto che – stante il rapporto inscindibile tra imparzialità (da intendersi sia in senso soggettivo, come stato di “equidistanza” del soggetto chiamato a gestire interessi pubblici, sia in senso oggettivo, quale *modus agendi* dell'azione amministrativa) e buon andamento (quale obiettivo imprescindibile della stessa) – il soggetto avente il ruolo di decisore pubblico non può che avere, quale “stella polare” della propria attività, un unico scopo, ovvero quello di perseguire in maniera ottimale l'interesse pubblico.

Di conseguenza, è teoricamente “scontato” che – nel procedimento che conduce l'amministratore a definire il migliore assetto della relativa situazione, con l'emanazione di un qualsiasi provvedimento (di ordine generale o di ordine particolare) – non possono (e non devono) trovare ingresso elementi diversi dall'interesse pubblico specifico, aventi carattere privato e riferibili (direttamente o indirettamente) all'interesse personale del soggetto che agisce per conto dell'Amministrazione.

La storia e l'attualità rilevano, però, come ciò che potrebbe apparire del tutto ovvio (assenza di interessi alieni nella gestione dell'interesse pubblico) – quale naturale presupposto per perseguire i principi-base del Diritto Amministrativo, come codificati all'interno della Carta Costituzionale – risulta essere tutt'altro che immanente nella cultura nazionale, con la conseguenza che l'attività amministrativa risulta essere spesso “affetta” da situazioni di “mala-amministrazione” e, talvolta, di vera e propria corruzione.

È, infatti, evidente che, laddove il soggetto che rappresenta l'Amministrazione (e che esprime, con la propria volontà, le scelte della stessa) si venga a trovare in una situazione nella quale risulta essere egli stesso portatore di interessi privati, i principi e gli obiettivi generali di imparzialità e (conseguentemente) di

buon andamento dell'azione amministrativa risultano essere compromessi a priori.

La sola presenza di interessi privati dell'amministratore pubblico (anche non necessariamente illegittimi) – personali o di terze persone (allo stesso legate da rapporti di ogni genere) – è, infatti, per definizione, “conflittuale” con il migliore perseguimento dell'interesse pubblico, quale risultato di un già difficile bilanciamento di vari interessi, pubblici e privati, coinvolti nell'ambito del procedimento amministrativo.

Considerata l'estrema importanza di una gestione della “macchina amministrativa” in maniera pulita e libera da elementi estranei e diversi dall'interesse pubblico – per le sue inevitabili ricadute sull'Economia delle singole situazioni specifiche e, complessivamente, sull'Economia nazionale – il tema del “conflitto di interessi” nell'esercizio di attività amministrative ha sempre avuto un ruolo centrale.

Di conseguenza, alla luce di tali semplici considerazioni di base, il conflitto di interessi – ben prima di essere affrontato dal Legislatore (con la richiamata Legge Severino) – è stato oggetto di notevole attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza, le quali ne hanno definito il concetto, la natura, la portata e gli effetti, in quanto istituto intrinsecamente legato alle esigenze di garantire i principi costituzionali di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa.

Dottrina e giurisprudenza hanno, pertanto, individuato i concetti-base e le distinzioni tra conflitto di interessi “strutturale” (che si determina, in maniera stabile e permanente, nel caso in cui un amministratore pubblico sia portatore di situazioni proprie, che ne possano condizionare costantemente la relativa attività) e “funzionale” (che si determina, in maniera occasionale, nel caso in cui, in uno o più casi specifici, un amministratore abbia interessi in gioco), nonché tra conflitto di interessi “attuale” (che si realizza laddove l'interesse alieno condizioni effettivamente l'agire amministrativo), “potenziale” (che si realizza laddove l'interesse estraneo entri semplicemente in ballo e costituisca una potenziale minaccia per la legittimità dell'azione amministrativa) e “apparente” (che si realizza laddove non vi sia alcun interesse alieno effettivo, ma questo possa apparire come esistente agli occhi della collettività).

La prima grande tematica è, quindi, costituita dal conflitto di interessi strutturale (che costituisce oggetto di tutta la Parte Prima del presente lavoro), come situazione da scongiurare a priori, visti gli effetti estremamente negativi che esso potrebbe determinare sullo svolgimento dell'azione amministrativa, la quale potrebbe venirsi a trovare ad essere “strutturalmente” condizionata in maniera permanente.

Facendo leva sul principio di imparzialità (quale presupposto indefettibile di garanzia di buona amministrazione), il Legislatore nazionale – riprendendo gli insegnamenti di dottrina e giurisprudenza, a livello internazionale ed a livello nazionale – ha preso atto della esigenza concreta di garantire l'effettività del

principio di imparzialità e di prevenire situazioni di conflitto di interesse strutturale.

In tale ottica, sono stati introdotti i principi della trasparenza amministrativa (dall'originario diritto di accesso agli atti, all'attuale "accesso civico", fino alla previsione di consistenti oneri di pubblicazione), della separazione tra politica e burocrazia (oggetto di un interessante ed altalenante dibattito storico), dell'incandidabilità per i politici e per gli amministratori locali, nonché dell'inconfiribilità e dell'incompatibilità per gli amministratori pubblici.

Seconda grande tematica (cui è dedicata la Parte Seconda del presente lavoro) è costituita dal "conflitto di interessi funzionale", di portata meno rilevante del conflitto di interessi strutturale, ma di frequenza nettamente maggiore rispetto ad esso (come, peraltro, continuamente evidenziato anche nelle cronache quotidiane), tanto da potere effettivamente costituire una minaccia diffusa per la legalità dell'azione amministrativa.

L'intervento normativo di carattere generale voluto con la Legge Severino si inserisce in un quadro molto più ampio di disciplina internazionale (si pensi ai lavori del c.d. G.R.E.CO. e dell'O.C.S.E. in materia) e di disciplina nazionale, di tipo speciale, già prevista in altri settori del diritto – in particolare, nel Diritto Privato (relativamente al contratto di rappresentanza ed all'attività degli amministratori di società a responsabilità limitata), nel Diritto Pubblico (in relazione alla posizione dei magistrati e degli arbitri) e negli ordinamenti settoriali (soprattutto delle varie categorie professionali) – e nello stesso Diritto Amministrativo (in settori speciali relativi agli incarichi governativi, agli amministratori pubblici locali ed alle commissioni di concorsi pubblici e di procedure ad evidenza pubblica).

Uno degli aspetti di maggiore rilievo, relativo alla disciplina generale del conflitto di interessi funzionale – così come codificata dall'art. 6 *bis* della Legge n. 241/1990 (ed inserita proprio all'interno della Legge sul procedimento, al fine precipuo di fissare dei "paletti" sulla responsabilità del pubblico amministratore) – sta proprio nel rapporto e nel confronto tra questa e le discipline speciali sopra richiamate: la normativa generale, infatti, si pone ad un livello distinto rispetto alle normative speciali ed assume una portata applicativa estremamente ampia (in quanto viene a disciplinare tutte le situazioni non rientranti nelle ristrette casistiche disciplinate in via speciale) e, conseguentemente, una notevole rilevanza di sistema.

Il contenuto volutamente minimale di tale normativa generale lascia ampio spazio alla interpretazione delle numerose questioni giuridiche dalla stessa aperte, quali, ad esempio, l'individuazione della stessa nozione pubblicistica generale di conflitto di interessi (come comprensiva esclusivamente del "conflitto attuale" e del "conflitto potenziale", espressamente richiamati dall'art. 6 *bis*, o come comprensiva anche del "conflitto apparente", questione ancora aperta e sulla quale dottrina e giurisprudenza non hanno trovato ancora una soluzione univoca).

Altri profili di notevole rilevanza sono costituiti dall'incidenza del conflitto

di interessi sull'attività amministrativa (tematica che ha portato dottrina e giurisprudenza maggioritarie a riconoscere l'invalidità, nella *species* dell'annullabilità, del provvedimento formatosi in presenza di un conflitto di interessi, anche a prescindere dalla effettiva rilevanza di tale conflitto sui contenuti del provvedimento) e dall'applicazione di tale normativa anche alle situazioni di esercizio di funzioni private da parte di pubbliche amministrazioni e di esercizio di funzioni pubbliche da parte di soggetti privati, secondo principii ormai consolidati, sanciti in via generale rispettivamente dagli artt. 1 *bis* ed 1 *ter* della stessa Legge n. 241/1990.

Il tema del conflitto di interessi, pertanto, al di là della contenuta disciplina generale prevista dall'art. 6 *bis* della Legge n. 241/1990, è un tema di estrema ampiezza e di carattere rilevante nel Diritto Amministrativo, proprio in quanto espressione dei richiamati principi generali, che costituiscono l'oggetto e l'obiettivo dell'attività amministrativa posta in essere da pubbliche amministrazioni e da soggetti privati.

Nonostante ciò, lo stesso è ancora erroneamente percepito dalla collettività, anche degli "addetti ai lavori", come un concetto "fumoso" e liberamente interpretabile "a fisarmonica", come un "tutto o niente" privo di caratterizzazioni specifiche e valutabili in maniera ambivalente a seconda delle esigenze.

Le questioni "aperte" sono tante e tutte di notevole rilevanza ed interesse: l'obiettivo e l'auspicio è che il presente lavoro possa fornire un quadro generale sull'istituto del conflitto di interessi, nella sue varie tipologie generali (strutturale e funzionale) e nelle sue caratterizzazioni specifiche (attuale, potenziale e apparente) e che possa costituire uno strumento concreto ed un supporto utile ed adeguato per individuare, nelle varie fattispecie, la sussistenza o meno di eventuali situazioni di conflitto di interesse, nonché la disciplina applicabile e le conseguenze sullo svolgimento della relativa attività amministrativa, visto anche l'estremo approfondimento di tutte le sotto-tematiche fornito dalla dottrina e dalla giurisprudenza in materia.

Parte I

Il principio di imparzialità e gli istituti per prevenire
le situazioni di conflitto di interessi c.d. strutturale

Capitolo Primo

L'imparzialità quale principio-cardine per l'organizzazione e per l'azione amministrativa, a livello nazionale e sovranazionale

SOMMARIO: 1. Il concetto di imparzialità nell'esercizio dell'azione amministrativa come garanzia dell'interesse pubblico primario. – 2. Il principio di legalità nell'organizzazione degli Uffici amministrativi, quale presupposto per garantire gli obiettivi di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa. – 3. La naturale astrattezza del principio di imparzialità. – 4. Il principio di imparzialità come valore intrinseco degli ordinamenti democratici: l'esempio dell'Ordinamento Europeo. – 4.1. L'introduzione pretoria di principi dell'azione amministrativa funzionali alla imparzialità dell'azione amministrativa. – 4.1.1. Gli obblighi di istruttoria e di motivazione. – 4.1.2. Il principio del contraddittorio endoprocedimentale. – 4.2. La codificazione dei principi dell'azione amministrativa nella Carta di Nizza. – 5. Il principio di imparzialità nell'organizzazione dei pubblici Uffici. – 5.1. Il principio di indipendenza dei funzionari e degli amministratori pubblici. – 5.2. Il principio di responsabilità dei funzionari e degli amministratori pubblici. – 6. Il principio di buon andamento dell'azione amministrativa. – 7. Il principio di buona amministrazione, quale sintesi di imparzialità e buon andamento. – 8. Le interazioni tra imparzialità e buon andamento.

Il concetto di imparzialità, quale principio informatore dell'attività della Pubblica Amministrazione, costituisce una nozione che – seppure sia stata oggetto di numerosi ed approfonditi studi in dottrina¹ – risulta ancora priva

¹ Il tema è stato approfonditamente trattato dalla dottrina; il rinvio ad ogni singolo contributo risulta di estrema difficoltà; pertanto, senza pretesa di esaustività, si indicano i lavori dei seguenti Autori: ACCATTATIS V., *Indipendenza, imparzialità, autonomia, neutralità*, Il Ponte, 2007, Vol. 63, p. 40 e ss.; ALLEGRETTI U., *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, Cedam, 1998; ALLEGRETTI U., *Imparzialità e buon andamento*, Dig. Disc. Pubbl., VIII, Torino, 1993, p. 134; ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965; BALLADORE PALLIERI G., *Diritto Costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1953; BARILE P., *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, in Scritti in memoria di P. Calamandrei, IV, Padova, Cedam, 1958; CALAMANDREI P., *La relatività del diritto di azione*, in Studi in onore di S. Romano, IV, Padova, Cedam, 1940; CASSESE S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2010; CASSESE S., *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 1973; CASSESE S., *La partecipazione dei privati alle decisioni pub-*

di una portata definitiva completa e convincente ².

bliche, Riv. Trim. Dir. Pubbl., 2007, p. 13; CERRI A., *Imparzialità ed indirizzo politico della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1973; CERRI A., *Principi di legalità, imparzialità, efficienza*, in LANFRANCHI L. (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, Treccani, 1998; CERRI A., *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in Enc. Giur. Treccani, aggiornamento XIV, Roma, 2006; CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 44; D'ANTINO M., *La partecipazione del cittadino in termini di efficienza, imparzialità, buon andamento della pubblica amministrazione*, Riv. Trim. Scienza Amministrazione, fasc. 4, 1974, p. 527 e ss.; DELLA CANANEA G.-FRANCHINI G., *I principi dell'amministrazione europea*, 2010, Torino, Giappichelli; DI FEDERICO G., *Carta dei diritti fondamentali*, Treccani, Diritto Online; GALATERIA L.-STIPO M., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Utet, 1989, I, p. 224 e ss.; GARANCINI G., *Le professioni giuridiche, Istituzione*, Milano, 2002, fasc. 3, p. 393 ss.; GARDINI G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano, Giuffrè, 2003; GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, III ed., Milano, Giuffrè, 1993; LARICCIA S., *Il principio di imparzialità delle pubbliche amministrazioni: origini storiche e fondamento costituzionale*, Queste istituzioni, 2003, p. 145 e ss.; LARICCIA S., *Il principio di imparzialità delle pubbliche amministrazioni*, Instrumenta, 2003, p. 127 e ss.; LEONARDI R., *Il principio dell'imparzialità come fine dell'agire discrezionale del Comune nel rilascio delle licenze taxi. Nota a TAR Emilia Romagna, Parma, 11 giugno 2002, n. 353*, Foro Amm. TAR, 2002, Vol. 1, Fasc. 7/8, p. 2431 e ss.; LIBERATI A., *Il procedimento amministrativo*, vol. 1, Padova, Cedam, 2008, p. 61; MERUSI F., *Buona fede ed affidamento nel diritto pubblico: il caso dell'alternanza*, in MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 279 e ss.; MIDIRI F., *Il principio di efficacia tra imparzialità e buon andamento nella legge di riforma del procedimento amministrativo n. 15 del 2005*, Il diritto dell'economia, 2007, fasc. 3, p. 477 e ss.; MURGOLO L., *L'imparzialità impossibile della pubblica amministrazione*, Dir. e proc. Amm., 2011, fasc. 4, p. 1061 e ss.; NIGRO M., *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966; OROFINO A.G., *Profili giuridici della trasparenza amministrativa*, Bari, 2013; PASTORI G., *La pubblica amministrazione*, in AMATO G.-BARBERA A. (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, p. 513 e ss., Bologna, Il Mulino, 1997; PAVONE V., *Imparzialità e azione amministrativa nel mutato quadro dello 'statuto' giuridico del potere*, Dir. e proc. Amm., 2012, fasc. 2, p. 657; PERFETTI L., *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241, tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, Cedam, 2008, pp. 175-188; PINELLI C., *Il 'buon andamento' e l'imparzialità dell'amministrazione*, in AA.VV., *La Pubblica Amministrazione, Commentario Cost.*, Bologna-Roma, 1994, p. 31 e ss.; REMOTTI R., *La riforma amministrativa: alcune riflessioni da un punto di vista giuridico*, 2003, www.diritto.it; RICCI S., *La 'buona amministrazione': ordinamento comunitario e ordinamento nazionale*, Torino, Giappichelli, 2005; RUSCIANO M., *Carriera per concorso del dipendente pubblico: 'imparzialità' o 'buon andamento'?*, Lav. pubbl. amm., 1999; SAIITA F., *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006; SAIITA F., *Il principio di giustiziabilità*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, (a cura di) M. RENNA-F. SAIITA, Milano, Giuffrè, 2012; SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1980; SCIULLO G. (a cura di), *Le nuove regole dell'azione amministrativa*, Bologna, Bononia University Press, 2006, p. 89; SPAGNUOLO M., *Come cambia la concessione di servizi nella 'testa' dell'Adunanza Plenaria: trasparenza ed imparzialità sono principi inderogabili*, Appalti & contratti, 2013, fasc. 12, p. 29 e ss.; TRIMARCHI BANFI F., *Il diritto ad una buona amministrazione*, in CHITI M. P.-GRECO G. (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo Europeo*, II ed, Milano, Giuffrè, 2007; VETRÒ F., *Il principio di imparzialità*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, (a cura di) M. RENNA-F. SAIITA, Milano, Giuffrè, 2012; VILLAMENA S., *La pubblica amministrazione e i suoi principi*, in AA.VV., *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2014.

²GARDINI G., *Imparzialità amministrativa e nuovo ruolo della dirigenza pubblica*, Dir. Amm., fasc. 1, 2001, p. 39, sottolinea proprio questo problema affermando che a tutt'oggi, svariati problemi di interpretazione continuano a circondare il contenuto e l'ambito di applicazione di questo

Per tale motivo, il principio di imparzialità rischiò addirittura di essere del tutto omesso dalla Carta Costituzionale, proprio in ragione della sua non definitività, che portò a dubitare della possibilità di darvi concreta applicazione con strumenti di tipo sostanziale³.

1. Il concetto di imparzialità nell'esercizio dell'azione amministrativa come garanzia dell'interesse pubblico primario

In un primo approccio alla nozione di tale principio, può affermarsi che l'imparzialità consiste in uno strumento per regolare l'esercizio del pubblico potere, affinché questo sia esclusivamente servente del c.d. interesse pubblico primario, di cui è portatrice la singola Amministrazione procedente, con conseguente preclusione alla possibilità che ulteriori interessi – siano essi qualificati o anche non qualificati (ovvero, interessi di fatto, cioè afferenti all'indifferente giuridico, o addirittura contrari all'Ordinamento) – possano interferire con la piena soddisfazione dello stesso interesse pubblico⁴.

valore-guida ... appare inevitabile rilevare che, sotto qualunque profilo venga esaminata, la nozione di imparzialità risulta fortemente sfuocata e incerta. Il concetto di amministrazione imparziale resta un'espressione ambigua, per molti aspetti carente di quel contenuto prescrittivo necessario a guidare le scelte del legislatore e dell'interprete secondo i parametri minimi della certezza del diritto.

³Le ragioni sono da ricondurre ad una linea dottrinarina, seppure minoritaria, tra cui BALLADORE PALLIERI G., *Diritto Costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1953, il quale affermava che il principio risultava essere "privo di ogni preciso contenuto giuridico".

Sulla portata giuridica indefinita del principio si veda anche SATTA F., *Imparzialità della pubblica amministrazione (voce)*, EdD, XV, Roma 1989.

In ogni caso, è stato osservato da ALLEGRETTI U., *Imparzialità e buon andamento secondo l'art. 97 della Costituzione (voce)*, in *Digesto delle discipline Pubblicistiche*, VIII, Torino, 1993, che vi è stata una svalutazione del principio di imparzialità a seguito della decisione dell'Assemblea costituente di scartare il concetto di indipendenza dai partiti nella formulazione dello stesso (cfr. Atti della Costituente, II Sottocommissione, Sez. I, 14 gennaio 1947, 12).

⁴L'imparzialità sarà violata infatti, sia nel caso che vengano considerati solamente alcuni dei valori considerati dal sistema, sia nel caso in cui vengano considerati in modo sproporzionato (fuori misura, in senso positivo o negativo) interessi che sarebbero degni di considerazione secondo l'Ordinamento, sia, da ultimo, laddove vengano considerati interessi che non godono di alcuna qualificazione o protezione giuridica (indifferente giuridico).

Così, ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965; CERRI A., *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1973, p. 120; SALA G., *Il principio del giusto procedimento nell'ordinamento regionale*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 102; PA-STORI, G., *La burocrazia*, Padova, Cedam, 1997.

Più di recente, PONTI B., *La nozione di indipendenza nel diritto pubblico come condizione del funzionario*, in *Diritto Pubblico*, Fasc. 1, 2006, p. 237 ha affermato che "Il canone dell'imparzialità esprime l'esigenza che, nella concretizzazione dell'azione amministrativa, sia integralmente rispettato (sia in termini procedurali, che in termini di peso relativo) il quadro degli interessi ammessi dall'ordinamento ad incidere sul (e a definire il) perseguimento di una determinata finalità di interesse generale"

L'imparzialità è, in sostanza, l'equidistanza dell'Amministrazione da elementi distinti dall'interesse pubblico primario, che si pone quale obiettivo centrale dell'azione amministrativa: tali interessi ulteriori (quali, ad esempio, gli interessi pubblici c.d. secondari e gli interessi privati) debbono essere considerati “*in modo obbiettivo ed equanime, neutralizzando la pressione degli interessi diversi da quelli istituzionalmente preposti all'esercizio della funzione*”⁵.

Ne deriva l'esistenza di uno stretto legame tra il principio di imparzialità ed il principio di legalità, nella sua accezione di vincolo di scopo della funzione pubblica: l'attività amministrativa viene razionalizzata per garantire che – laddove il parametro normativo non possa (o non voglia) disporre una disciplina fortemente vincolante (secondo il principio di legalità) – questa risulti comunque ancorata a dei criteri oggettivi sindacabili e verificabili dall'esterno (imparzialità, cui si riconnette, in maniera sostanzialmente inscindibile, il principio di buon andamento)⁶.

D'altro canto, anche la posizione dei privati coinvolti risulta garantita grazie al canone dell'imparzialità, posto che essi acquisiscono il “diritto” ad essere tutelati, nell'esercizio (e dall'esercizio) della funzione pubblica, secondo i principi di *par condicio* e di non discriminazione (nonché, di libera concorrenza, laddove venga in rilievo l'esercizio di attività economiche⁷), ovvero, in sostanza, secondo il principio di uguaglianza sostanziale, ai sensi dell'art. 3 Cost.⁸.

⁵ GARDINI G., *Imparzialità amministrativa e nuovo ruolo della dirigenza pubblica*, cit.

⁶ In questo senso MORBIDELLI G., *Introduzione all'attività amministrativa*, in AA.VV., *Diritto Amministrativo*, MAZZAROLLI L.-PERICU G.-ROMANO A.-ROVERSI MONACO F.A.-SCOCA F.G. (a cura di), Bologna Monduzzi, p. 528: “*sotto molti aspetti, il principio di imparzialità coincide con quello di legalità, essendo volto a garantire l'esercizio del potere secundum legem, ma rispetto a questo ha una maggiore estensione in quanto regola l'attività discrezionale nella parte in cui non è direttamente disciplinata dalla legge*”.

Analogamente anche MERUSI F., *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 10, e MARZUOLI C., *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 23 e ss.

Precisamente CERRI A., Voce *Imparzialità e buon andamento della p.a.*, Enciclopedia Treccani, Diritto Online: “*accanto a norme eguali, nel senso (pur problematico) accennato, esistono e sono necessarie decisioni concrete, le quali non in tutto possono essere determinate da tali norme. La discrezionalità amministrativa ed anche la discrezionalità interpretativa sfuggono in parte al principio di legalità e, dunque, anche alla misura di un'eguaglianza tutta dispiegata nel contenuto del precetto*”.

⁷ Si veda CLARICH M., Relazione al convegno su “*Il codice unico dei contratti*”, <http://www.forumpa.it/forumpa2006/convegni/relatore/621.html>, 2006, il quale ha affermato che “*nonostante le differenze valoriali, imparzialità e concorrenza sono in qualche modo correlate. La violazione del principio di imparzialità si traduce inevitabilmente in una lesione del principio di concorrenza, perché se la stazione appaltante favorisce un'impresa, lede gli interessi delle altre imprese che aspirano a operare in un mercato nel quale vige il principio della parità delle armi*”.

Nello stesso senso PERFETTI L.R., *Dalla soggettività all'oggettività pubblica. Sull'identificazione delle ipotesi di applicazione della disciplina in tema di evidenza pubblica alla luce della adunanza plenaria n. 9 del 2004*, Foro Amm., CdS, 2005, p. 1347 e ss.

⁸ In questo senso MORBIDELLI G., *Introduzione all'attività amministrativa*, in AA.VV., *Diritto*

L'imparzialità è, quindi, uno strumento che garantisce:

- a) sia il corretto perseguimento dell'interesse pubblico, al riparo da patologiche distorsioni, che potrebbero essere determinate da altri interessi in contrasto con il dato normativo fondante l'esercizio del potere;
- b) sia, al tempo stesso, anche la protezione (indiretta e riflessa) della posizione dei privati interessati⁹.

Amministrativo, cit., p. 528 si esprime nel senso di imparzialità come potere-dovere dell'amministrazione di non privilegiare nessun interesse e verificare, identificare e valutare la totalità degli interessi coinvolti dall'azione amministrativa.

La giurisprudenza ha avuto modo di affermare che l'imparzialità sarebbe “una declinazione, sul versante ordinamentale del principio di uguaglianza scolpito dall'art. 3 della Carta fondamentale” (Cons. Stato, Sez. V, 1 settembre 2009, n. 2070).

CERRI A., *Principi di legalità, imparzialità, efficienza*, in LANFRANCHI L. (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1998, 182 ss. afferma che l'uguaglianza nel caso dell'adozione dell'esercizio del potere costituisce un valore inferiore all'imparzialità (“si richiede qualcosa di più rispetto alla semplice e oggettiva eguaglianza, si richiede l'imparzialità come atteggiamento generale di indifferenza” e ancora: “principio di eguaglianza, di certo parente stretto di quello di imparzialità ma ... assai meno coinvolgente”), poiché “l'imparzialità garantisce l'equilibrata (e, cioè, non 'deviata') applicazione nei casi concreti di regole eguali” (cfr. anche CERRI A., *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in Enc. Giur., XIV, agg., Roma, 2005, par. 1-3-1.4.).

Secondo altri Autori, l'imparzialità costituisce, come affermato nel testo, più propriamente la condizione per la realizzazione del principio di eguaglianza e non un suo corollario: LOCKE J., *The Second Treatise on Government*, 1960, par. 89, 124 s.; STUART MILL J., *Utilitarianism, Liberty and Representative Government*, London-New York, 1946, 233; BENN I., *Egalitarianism and equal consideration of interests*, in Pennock J.R.-Chapman J.W. (a cura di), *Equality*, in Nomos, IX, New York, 1967, p. 61 ss.; RAWLS J., *A Theory of Justice*, Oxford, 1971; DWORKIN R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, 1977, p. 227; BARRY B., *Justice as Impartiality*, Oxford-New York, 1971, p. 103 ss.; SEN A.K., *La diseguaglianza*, Bologna, 1994, p. 34 ss.; NAGEL T., *I paradossi dell'eguaglianza*, trad. it., Milano, Giuffrè, 1993, p. 49 ss.; TRUJILLO I., *Imparzialità*, Torino, 2003.

⁹Secondo Cons. Stato, Sez. VI, 16 marzo 1995, n. 269: “In materia di procedure concorsuali il principio d'imparzialità della funzione amministrativa si atteggia in modo analogo alla disciplina della funzione giurisdizionale, posto che in tali procedure non si opera il giusto temperamento tra interessi pubblici e privati, ma si persegue in pari misura l'interesse pubblico alla scelta del candidato più meritevole ed il coincidente interesse individuale a non essere svantaggiato a causa della parzialità della commissione giudicatrice.

Però, è da notarsi che anche nel processo amministrativo si potrebbe affermare che la tutela del privato viene garantita come mero riflesso rispetto al ripristino della legalità violata, laddove la posizione del ricorrente viene tutelata in quanto il suo interesse è coincidente rispetto a quello pubblico.

Sull'imparzialità come tutela della non discriminazione del privato, si veda BARILE G., *Il dovere di imparzialità dell'Amministrazione pubblica*, in *Scritti in onore di Calamandrei*, Padova, Cedam, 1958, nonché GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, III ed., Milano, Giuffrè, 1993, p. 91.

2. *Il principio di legalità nell'organizzazione degli Uffici amministrativi, quale presupposto per garantire gli obiettivi di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa*

Affinché il pubblico potere possa essere effettivamente esercitato in modo imparziale, non è sufficiente, infatti, che siano apprestate delle garanzie sull'esercizio della funzione (e, quindi, nel procedimento amministrativo¹⁰), ma risulta essere indispensabile intervenire a monte, attraverso previsioni sulla organizzazione degli Uffici della Pubblica Amministrazione.

La corretta organizzazione degli Uffici dell'Amministrazione, secondo il criterio di imparzialità, è, infatti, questione primaria (come elemento prioritario sia dal punto di vista logico, che giuridico) – per garantire che l'attività dagli stessi svolta possa considerarsi effettivamente informata a tale principio – ancora prima di una corretta disciplina dell'azione amministrativa¹¹.

In questa ottica di riconoscimento del principio di imparzialità come cardine dell'organizzazione e dell'azione amministrativa, si è posta la scelta, perseguita dalla Assemblea Costituente nella redazione dell'art. 97 della Costituzione, secondo il quale *“I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di Legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione”*¹².

L'organizzazione costituisce il presupposto indefettibile per garantire l'imparzialità dell'azione¹³, poiché, come rilevato da autorevole dottrina, *“la garanzia sta nella predeterminazione di funzioni (scopo), nell'articolazione delle funzioni attività di esercizio e nella loro distribuzione tra uffici costruiti in modo tale da*

¹⁰ Sull'applicabilità dell'imparzialità anche all'azione amministrativa, si veda CARETTI P., Art. 97, comma 1, parte I, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994, p. 10 e ss.

Rimane ovviamente certo che l'imparzialità debba riguardare entrambi gli aspetti: *“due sono le dimensioni del principio di imparzialità: imparzialità dell'organizzazione e imparzialità dell'azione”* (Cons. Stato, Sez. V, 1 settembre 2009, n. 2070).

¹¹ Cfr. PIOGGIA A., *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2001.

¹² Cfr. Corte Costituzionale n. 14/1962: *Tali determinazioni sono state considerate dal Costituente come condizioni per assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, ravvisandosi in esse i mezzi per raggiungere una razionale, predeterminata e stabile distribuzione di compiti, nell'interesse del servizio”*.

¹³ La portata dell'articolato costituzionale ha ovviamente aperto un acceso dibattito anche tra i maggiori Autori della seconda metà del secolo passato, laddove è possibile riscontrare che SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Napoli, Jovene, 1989, p. 587, riteneva che il concetto di imparzialità potesse essere riferito esclusivamente all'attività amministrativa quale valore che potesse assicurare che la funzione potesse realizzare il principio di uguaglianza (sulla stessa linea anche ESPOSITO C., *La costituzione italiana: saggi*, Padova, Cedam, 1954), mentre NIGRO M., *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, riteneva più propriamente, come affermato nel testo, che l'imparzialità dovesse essere considerato un elemento afferente all'organizzazione in via esclusiva (o quasi), in quanto preliminare rispetto all'azione.

assicurare lo svolgimento adeguato dell'azione amministrativa. L'organizzazione fornisce una garanzia anticipata rispetto allo svolgimento dell'azione ... costituisce direttamente, come predeterminazione pubblica, tendenzialmente stabile e conoscibile, delle competenze e dei soggetti chiamati a svolgerle, un forte strumento di garanzia dell'imparzialità"¹⁴.

In questo senso, come rilevato dalla giurisprudenza costituzionale, l'art. 97 Cost. "*stabilisce sia una finalità da perseguire e da raggiungere che un criterio caratterizzante l'azione amministrativa*" (Corte Costituzionale n. 40/1998).

È soltanto mediante l'adeguata predisposizione di strumenti e meccanismi posti a monte dell'azione amministrativa che il sistema può assicurare la realizzazione puntuale dell'imparzialità nei termini anzidetti¹⁵.

3. La naturale astrattezza del principio di imparzialità

Per tale ragione, autorevole dottrina afferma che la non definitezza del principio di imparzialità si giustifica proprio in quanto esso è volto al raggiungimento di un obiettivo "alto": di conseguenza, è opportuno che tale principio mantenga una propria generalità ed astrattezza e non contenga degli elementi specifici, idonei a fornire indicazioni concrete circa le modalità per conseguirlo.

D'altra parte, è stato correttamente notato come sia proprio questa flessibilità, tipica, peraltro, dei principi di carattere estremamente generale, a rendere la nozione di imparzialità un concetto "vitale" (ovvero in continua evoluzione, con riferimento alle dinamiche applicative concrete dello stesso) ed un valore fondamentale dell'Ordinamento, il quale risulta essere fuso nella trama stessa della democrazia e capace di arricchirsi nel corso del tempo e di rinnovarsi secondo le esigenze sociali¹⁶.

4. Il principio di imparzialità come valore intrinseco degli ordinamenti democratici: l'esempio dell'Ordinamento Europeo

In tale senso, risulta essere di estremo interesse prendere in considerazione la genesi del concetto di imparzialità, quale valore-cardine, all'interno di un Ordinamento "giovane", quale è l'Ordinamento Europeo.

¹⁴MERLONI F., *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Diritto Pubblico, Fasc. 1, 2009, pp. 98 e 99.

¹⁵Cfr. BERTI G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968, cui si rinvia per l'illustrazione della centralità dell'organizzazione nel funzionamento della P.A.

¹⁶Così, MARRAMA R., *I principi regolatori della funzione di organizzazione pubblica*, in *Diritto Amministrativo*, cit., p. 411 e ss.

Tale analisi permetterà:

- a) di verificare come, effettivamente, tale elemento risulta essere un principio imprescindibile degli Ordinamenti democratici (i quali giungono inevitabilmente a riconoscerlo, anche se lo stesso non sia stato oggetto di una previsione specifica¹⁷);
- b) nonché di smentire la asserita natura “vuota” del principio in considerazione, nel senso di essere asseritamente priva di portata concreta o pratica.

Nell'Ordinamento Europeo, infatti, il principio di imparzialità – prima della sua espressa “codificazione” nell'ambito dell'art. 41 della c.d. Carta di Nizza (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) – non era previsto da una norma di diritto positivo.

4.1. *L'introduzione pretoria di principi dell'azione amministrativa funzionali alla imparzialità dell'azione amministrativa*

Tale valore sostanziale è stato introdotto per “fasi”, grazie ad interventi “spot” della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (soprattutto in materia di c.d. aiuti di Stato e per la tutela della libera concorrenza), volti a riconoscere una serie di prerogative ai soggetti destinatari dell'azione amministrativa nell'ambito dei vari Stati dell'Unione Europea, in applicazione di pacifici corollari del principio in esame¹⁸.

Progressivamente, dunque, sono stati introdotti elementi-vincolo dell'azione amministrativa, volti a garantire (*ex ante*) ed a verificare (*ex post*) l'applicazione del principio di imparzialità, quali l'obbligo di specifica istruttoria, di motivazione e del contraddittorio.

4.1.1. *Gli obblighi di istruttoria e di motivazione*

È stato, innanzitutto, previsto l'obbligo per l'Amministrazione “*di esaminare in modo accurato e imparziale tutti gli elementi rilevanti della fattispecie*”, cioè “*tutti gli elementi di fatto e di diritto disponibili al momento dell'adozione dell'atto*”¹⁹.

Tale obbligo, concretizzandosi nella completezza dell'istruttoria procedimentale e nell'obbligo motivazionale, non costituisce altro che l'applicazione pratica dell'elemento centrale dell'imparzialità, ovvero la raccolta completa di tutti gli interessi coinvolti dall'esercizio della funzione (salvo poi considerare esclusiva-

¹⁷ Sul tema, si veda ANTONINI L., *Il principio di imparzialità*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, SANDULLI M.A. (a cura di), Milano, Giuffrè, 2015, p. 55 e ss.

¹⁸ Come si vedrà, con specifico riferimento ad istituti di garanzia nell'esercizio della funzione e non nell'organizzazione degli uffici.

¹⁹ Cfr. sentenza CGUE, 21 novembre 1991, Causa C-269/90.

mente quelli rilevanti per l'Ordinamento) e l'esternazione delle motivazioni che hanno portato l'Amministrazione ad effettuare una certa graduazione e ponderazione degli stessi.

L'obbligo di motivazione, infatti, così come quello di completezza dell'istruttoria, è un momento essenziale del principio di imparzialità²⁰, tanto che tale obbligo che si accentua tanto più è ampio lo spazio discrezionale lasciato all'Amministrazione²¹.

4.1.2. *Il principio del contraddittorio endoprocedimentale*

Le ulteriori garanzie introdotte in via pretoria dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia sono ricollegabili essenzialmente alla declinazione del contraddittorio nei confronti dell'esercizio del potere e, quindi, della partecipazione al procedimento amministrativo.

In particolare, è stata riconosciuta al privato, in via generale, la possibilità di poter "difendersi" dal e nell'esercizio del potere²², cui poi sono seguiti, correlativamente e più specificamente, il diritto di poter accedere ai documenti amministrativi e del procedimento²³, nonché l'obbligo da parte dell'Amministrazione procedente di inviare un avviso di avvio del procedimento nei confronti degli interessati, al fine di metterli a conoscenza dell'esistenza del procedimento amministrativo, all'interno del quale fare valere le prerogative riconosciute loro²⁴.

4.2. *La codificazione dei principi dell'azione amministrativa nella Carta di Nizza*

I principi sopra richiamati sono stati poi codificati, come anticipato e come ampiamente noto, dall'art. 41 della Carta di Nizza (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, approvata in data 7 dicembre 2000), compendiatamente all'interno del c.d. Diritto ad una buona amministrazione²⁵.

In base a tale principio, "*ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione. Tale diritto comprende in particolare:*

²⁰ Cfr. sentenza CGUE 13 luglio 1966, C- riunite 56 e 58/4.

²¹ Cfr. sentenza CGUE 2 dicembre 1971, C-5/71.

²² Cfr. sentenza CGUE 4 luglio 1963, C-32/63; 23 ottobre 1974, C-17/74.

²³ Cfr. sentenza CGUE 15 marzo 1984, C-64/82.

²⁴ Cfr. sentenza Trib. UE, 10 marzo 1992, T-3/89.

²⁵ La nozione è peculiare, in quanto non rientra perfettamente all'interno delle categorie interne conosciute, ovvero né nel concetto di imparzialità, né nel concetto di buon andamento (cfr. TRIMARCHI BANFI F., *Il diritto ad una buona amministrazione*, in CHITI M.P.-GRECO G., *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, II ed., Milano, Giuffrè, 2007, p. 189); la nozione potrà essere di spunto per alcune riflessioni che saranno svolte *infra*.

il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio; il diritto di ogni individuo di accedere al fascicolo che lo riguarda ... l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni”.

Si tratta, in sostanza, di una sintesi delle garanzie procedurali – già riconosciute all'interno del nostro Ordinamento dalla Legge 7 agosto 1990, n. 241²⁶ – le quali costituiscono espressione dell'imparzialità dell'azione degli organi amministrativi europei, completate dalla possibilità di ricorrere, ai sensi dell'art. 47 della medesima Carta, ad un Giudice imparziale per l'impugnazione degli atti adottati in violazione di tale principio²⁷.

Da questa breve illustrazione, emerge come, nell'Ordinamento Europeo, il principio di imparzialità – nelle sue applicazioni concrete e nei suoi richiamati “sotto-principi” (imparzialità come completa raccolta degli interessi attraverso l'istruttoria, come corretta ponderazione degli stessi sindacabile dall'esterno attraverso la motivazione, come trasparenza dell'azione amministrativa attraverso l'accessibilità dei documenti e del fascicolo del procedimento, come diritto al contraddittorio procedimentale, all'interno del quale il privato potrà adeguatamente esprimere e portare all'attenzione dell'Amministrazione il proprio interesse giuridicamente rilevante per l'assunzione della decisione da parte della stessa) – sia stato prima costruito in via pretoria attraverso un percorso a ritroso, in via induttiva.

In particolare, il contenuto del principio generale di imparzialità come insieme dei “sotto-principi” sopra richiamati, non è stato prima affermato in astratto e poi applicato in concreto, ma, al contrario, è stato rilevato, caso per caso, dalla giurisprudenza, con affermazione dei relativi singoli “sotto-principi”, nei suoi corollari o sfaccettature in concreto, per poi essere affermato, in astratto ed in generale, soltanto successivamente, attraverso la codificazione dei relativi

²⁶ Sulla proceduralizzazione dell'azione amministrativa per la tutela e la realizzazione dell'imparzialità, si vedano le sentenze della Corte Costituzionale nn. 40 e n. 135 del 1998.

In particolare, in maniera più specifica, si veda anche la sentenza della Corte Costituzionale n. 103/2007, in tema di c.d. *spoils system*, la quale ha affermato che “L'esistenza di una preventiva fase valutativa si presenta essenziale anche per assicurare, specie dopo l'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), come modificata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, il rispetto dei principi del giusto procedimento, all'esito del quale dovrà essere adottato un atto motivato che, a prescindere dalla sua natura giuridica, di diritto pubblico o di diritto privato, consenta comunque un controllo giurisdizionale.

In dottrina, sullo stesso tema, BENVENUTI F., *L'ordinamento repubblicano*, Venezia, Libreria Universitaria, 1965.

²⁷ DI FEDERICO G., *Carta dei diritti fondamentali*, Enciclopedia Treccani, Diritto Online, ricorda come le c.d. Spiegazioni elaborate dal *Praesidium* che ha curato la realizzazione della stesura della c.d. Carta di Nizza, affermano testualmente, con riferimento al tema dell'imparzialità e dell'art. 41, che “Il diritto a un ricorso effettivo, che costituisce un aspetto importante della questione, è garantito all'art. 47 della presente Carta”.

principi nell'ambito della Carta di Nizza (e, correlativamente, a livello nazionale, nella Legge n. 241/1990), quale espressione del c.d. "nucleo minimo" del contenuto del principio di imparzialità²⁸.

Alla luce dell'esperienza dell'Ordinamento Europeo, pertanto, l'imparzialità è un principio che si manifesta naturalmente all'interno di un sistema democratico, in quanto profilo essenziale ed ineliminabile del potere amministrativo e, lungi dall'essere privo di concretezza, risulta essere strumento indispensabile per garantire il corretto esercizio della funzione.

²⁸ Gli elementi individuati dalla giurisprudenza europea (poi "ripresi", a livello nazionale, nella Legge n. 241/1990) possono essere considerati l'espressione del c.d. "nucleo minimo" (definizione di ANTONINI L., *Il principio di imparzialità*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, SANDULLI M.A. (a cura di), Milano, Giuffrè, 2015, p. 55) del contenuto del principio di imparzialità sotto il profilo procedimentale, ovvero:

a) la necessità di procedere all'accertamento di tutti i fatti rilevanti per il procedimento, in modo tale da recepire tutti gli interessi (pubblici e privati) coinvolti (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 17 gennaio 2002, n. 242; Id. Sez. IV, 22 settembre 2005, n. 4957; Id. Cons. Stato, Sez. IV, 21 maggio 2007, n. 2563; Cons. Stato, Sez. V, 6 dicembre 2007, n. 6243), codificato agli artt. 3 e 6 della Legge n. 241/1990, con specifico rilievo costituzionale di tale esigenza (Corte Costituzionale n. 526/2000);

b) la necessità di provvedere mediante atto espresso (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 2 novembre 2004, n. 7068): la scelta in realtà dell'Ordinamento interno è stata quella di fissare la regola generale del c.d. silenzio-assenso, in base alla quale il silenzio dell'Amministrazione, scaduto il termine per provvedere, equivale ad un provvedimento espresso di contenuto positivo (cfr. art. 20 della Legge n. 241/1990);

c) la necessità di motivare il provvedimento adottato (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 26 novembre 2014, n. 5857; Cons. Stato, Sez. IV 27 marzo 2002, n. 1733; Id., Sez. V, 13 aprile 2000, n. 2207; Id., Sez. IV, 4 settembre 1996, n. 1009; Cons. Stato, Sez. V, 15 novembre 2016, n. 4718), codificato dall'art. 3 della Legge n. 241/1990;

d) la necessità di predeterminare i criteri cui attenersi nello svolgimento della successiva azione discrezionale (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 17 giugno 2003, n. 3450; Cons. Stato, Sez. V, 6 maggio 2015, n. 2267; Id. Cons. Stato, 17 novembre 2014, n. 5626), codificato dall'art. 12 della Legge n. 241/1990 con specifico riferimento ai provvedimenti che sono attributivi di vantaggi economici (sul punto, si segnala OROFINO A.G., *Profili giuridici della trasparenza amministrativa*, Bari, Cacucci, 2013), ma che è riscontrabile, ovviamente, anche nella legislazione speciale, tra cui su tutte la disciplina per l'affidamento dei c.d. contratti pubblici (appalti e concessioni di lavori, servizi e forniture) ai sensi del d.lgs. n. 50/2016;

e) la necessità di motivare specificatamente per potersi discostare dai criteri predeterminati (cfr. Cons. Stato, Sez. 25 maggio 2005, n. 2713);

f) la necessità dell'accessibilità dei documenti amministrativi (sentenze Corte Costituzionale n. 374/2004 e n. 32/2005; Cass. Civ., SS.UU., 29 novembre 1999, n. 754 ha affermato che le regole dell'evidenza pubblica, tra cui l'accesso, sono applicazione diretta dell'art. 97 Cost.), codificato dagli artt. 22 e ss. della Legge n. 241/1990 ed oggetto di interventi a più riprese ad opera delle Leggi delega n. 190/2012 e n. 124/2015, nonché dai rispetti d.lgs. di attuazione n. 33/2013 e n. 97/2016.

5. Il principio di imparzialità nell'organizzazione dei pubblici Uffici

Per quanto riguarda i profili puramente organizzativi del principio di imparzialità, si può riscontrare come sia lo stesso art. 97 Cost. a disporre la prima regola volta a garantire l'attuazione del principio, ovvero la selezione del pubblico dipendente attraverso concorso pubblico.

Tale norma *“impedisce che il reclutamento dei pubblici impiegati avvenga in base a criteri di appartenenza politica e garantisce, in tal modo, un certo grado di distinzione fra l'azione del governo, normalmente legata agli interessi di una parte politica, e quella dell'amministrazione, vincolata invece ad agire senza distinzioni di parti politiche, al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obiettivate nell'ordinamento; sotto tale profilo il concorso rappresenta, pertanto, il metodo migliore per la provvista di organi chiamati ad esercitare le proprie funzioni in condizioni di imparzialità e al servizio esclusivo della Nazione”* (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 11 luglio 2013, n. 3747).

L'istituto, oltre a porre le basi del principio di separazione tra politica e burocrazia²⁹, si ricollega inevitabilmente con altri elementi che possiamo ritrovare nel dettato costituzionale, tra cui principalmente gli articoli 98, 54 e 28 della Costituzione.

5.1. Il principio di indipendenza dei funzionari e degli amministratori pubblici

L'art. 98 Cost., prescrivendo che *“i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione”*³⁰, chiarisce ulteriormente che l'esercizio del potere pubblico debba essere scevro da influenze esterne e scisso dagli interessi non qualificati (nel senso chiarito *supra*): solamente l'interesse pubblico, come disciplinato dalla legge, deve essere perseguito da chi esercita la funzione.

In primo luogo, la fonte di pressione da cui il dipendente pubblico deve essere emancipato (almeno parzialmente) è il potere politico, il quale risulta essere di parte per definizione (ovvero, partitico).

La necessità in questione è ritenuta talmente di rilievo dall'articolato costituzionale, da giustificare la compressione di libertà fondamentali dell'individuo, quali il diritto di libera associazione e la libertà di concorrere alla politica del Paese³¹.

La previsione è di estrema importanza, oltre che per le ragioni appena dette,

²⁹Cfr. sentenza Corte Costituzionale, n. 453/1990, n. 333/1993, n. 193/2002, n. 103 e 104/2007, n. 390/2008. Sul principio si tornerà *infra* nel prossimo capitolo.

³⁰In proposito, si rimanda ai contributi raccolti in CAVALLO PERIN R.-MERLONI F., *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Franco Angeli, Milano, 2009.

³¹Il comma 3 dell'art. 98 Cost. recita come segue *“Si possono con legge stabilire limitazioni al diritto d'isciversi ai partiti politici per i magistrati, i militari di carriera in servizio attivo, i funzionari ed agenti di polizia, i rappresentanti diplomatici e consolari all'estero”*.

anche perché consente di comprendere che, già a livello costituzionale, si ritiene essenziale la necessità di garantire che l'Amministrazione, oltre ad essere imparziale, debba anche apparire esternamente come tale, laddove, invece, l'eventuale appartenenza dei propri funzionari ad organizzazioni politiche potrebbe "minare" alle fondamenta l'esigenza appena espressa di tutela dell'immagine dell'Amministrazione³².

³² Sull'interesse alla credibilità della Pubblica Amministrazione e alla fiducia in essa dei cittadini, si vedano le sentenze della Corte Costituzionale n. 51/1980, n. 206/1999 e n. 145/2002.

Vi sono ovviamente altre libertà fondamentali intrinsecamente connesse a quelle di libera associazione, come indicato nel testo, tra cui la libertà di manifestazione del pensiero. Sul punto, la Corte costituzionale con sentenza 8 giugno 1981, n. 100 (cfr. le note a sentenza di FICI G., *In tema di tipicizzazione degli illeciti disciplinari dei magistrati*, Giur. cost., 1981, I, p. 843, e di CANTISANI S., *Il buon giudice ed i suoi censori*, Giur. it., 1981, I, 1, p. 1361), si è pronunciata sulle limitazioni imposte, analogamente, ai magistrati, cioè, in particolare sulla questione di legittimità dell'art. 18 r.d.lg. 31 maggio 1946, n. 511, in relazione al principio dell'art. 21 Cost.

Al di là del merito della vicenda, quello che qui interessa è che la Consulta ha colto l'occasione per sottolineare che i valori di imparzialità ed indipendenza dei magistrati, alla luce dei parametri costituzionali vigenti, devono essere perseguiti, oltre che nell'esercizio delle proprie funzioni, anche al di fuori, con ogni comportamento, al fine di evitare che si possa dubitare della loro indipendenza o imparzialità nell'adempimento delle loro funzioni, proprio perché deve essere tutelata l'immagine del magistrato di fronte alla pubblica opinione. Sulla condotta che devono tenere i magistrati proprio in virtù del principio in questione, si veda Cass. Civ., SS.UU., 24 marzo 2014, n. 6827, la quale ha chiarito che la condotta del magistrato deve essere conciliabile *"con i suoi doveri e con l'immagine che ogni appartenente all'ordine giudiziario deve dare di sé, per la credibilità propria e della magistratura nel suo complesso, non viola di per sé, ma eventualmente solo per i mezzi concretamente usati, il valore costituzionale dell'imparzialità, al quale, anche sul piano dell'immagine, ogni magistrato deve sempre uniformarsi"*.

Il principio dell'immagine della imparzialità risulta essere talmente centrale che vi sono specifiche norme ordinamentali, quali ad esempio l'art. 11 c.p.p., che pongono delle specifiche regole processuali per garantire che non vi sia nemmeno il rischio di un danno all'immagine di imparzialità della funzione giurisdizionale, la quale non deve nemmeno apparire come potenzialmente compromessa all'opinione pubblica (cfr. Cass. Pen., SS.UU., 15 dicembre 2004, n. 292).

Sulla analogia che vi è, in questi casi, tra magistrati e particolari categoria di dipendenti pubblici, si veda anche Cons. Stato, Sez. III, 24 novembre 2014, n. 5784, la quale, pronunciandosi sullo status degli appartenenti ai ruoli della Polizia di Stato, ha chiarito che *"l'obbligo di non ricevere vantaggi o corrispettivi che possano riflettersi, anche in via solo potenziale, sull'imparzialità dell'esercizio delle delicate funzioni di polizia e sulla stessa immagine esterna del corpo"*.

Sulla stessa linea si inserisce anche la previsione di responsabilità per danno all'immagine prevista dall'art. 17, comma 30 *ter*, del d.l. n. 78/2009, come convertito con modificazioni dalla Legge n. 102/2009, secondo il quale i dipendenti pubblici che abbiano compiuto i delitti di cui al Capo I del Titolo II del Libro secondo del Codice Penale sono anche responsabili per il danno prodotto all'immagine della Pubblica Amministrazione, pregiudicata dalla propria condotta penalmente rilevante, la cui cognizione è rimessa al Giudice contabile e che costituisce una attuazione diretta dei principi di cui all'art. 97 e all'art. 98 Cost. (cfr. sentenza Corte Costituzionale n. 335/2010).

5.2. *Il principio di responsabilità dei funzionari e degli amministratori pubblici*

In questa stessa ottica intervengono gli artt. 54 e 28 Cost., i quali stabiliscono rispettivamente che “*I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore*” e che “*I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti*” (con estensione della responsabilità nei confronti della P.A. di appartenenza).

A fronte delle norme organizzative sopra descritte, la Costituzione prevede, con un “nesso indissolubile”³³, degli specifici obblighi che debbono essere rispettati da parte del dipendente pubblico, a pena della responsabilità dello stesso, il quale risponderà delle relative violazioni in prima persona.

I principi costituzionali appena descritti predispongono, a livello organizzativo, le condizioni affinché il funzionario pubblico si possa trovare nella condizione di esercitare il proprio potere al riparo dall'incidenza di interessi che, secondo la legge, non possono e non devono esservi.

La “spinta” di interessi non qualificati all'interno del processo decisionale pubblico deve essere, infatti, scongiurata a priori, per assicurare l'imparzialità della decisione da adottare, la quale, come detto, deve garantire unicamente la massimizzazione del risultato della cura dell'interesse pubblico c.d. primario, secondo il vincolo di scopo dettato dal principio di legalità.

Uno dei meccanismi concreti che consentono di perseguire questo risultato è quello dei criteri per la composizione delle commissioni giudicatrici³⁴ nelle procedure concorsuali (ed anche, correlativamente, nelle procedure di gara), soprattutto laddove si tratti di concorsi diretti, a loro volta, all'assunzione dei funzionari: è, infatti, evidente che, laddove la commissione, che deve valutare chi fare entrare nel ruolo della Pubblica Amministrazione, non sia composta in modo da garantire l'imparzialità, si pregiudicherebbe inevitabilmente l'impianto costituzionalmente predisposto.

La Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi su una fattispecie del tipo appena ipotizzato, ha ritenuto che sia compatibile con il principio di imparzialità la partecipazione (soprattutto nell'ambito degli enti locali) anche di rappresentanti politici nella commissione giudicatrice, purché vi sia “*la presenza di tecnici o esperti-interni o esterni all'amministrazione ... se non esclusiva, quanto meno prevalente, tale da garantire scelte finali fondate sull'applicazione di parametri neutrali e determinate soltanto dalla valutazione delle attitudini e della prepa-*

³³ Sull'argomento si vedano le sentenze Corte Costituzionale n. 369/1996, n. 404/1997 e 148/1999.

³⁴ Cfr. Corte Costituzionale, 15 ottobre 1990, n. 453: “*Il principio d'imparzialità è destinato, pertanto, a riflettersi anche sulla composizione delle commissioni giudicatrici nei concorsi pubblici, in quanto organi dell'amministrazione destinati a garantire la realizzazione di tale principio nella provvista delle persone cui affidare l'esercizio delle funzioni pubbliche.*”

razione dei candidati" (Corte Costituzionale, 15 ottobre 1990, n. 453³⁵).

Le declinazioni del principio di imparzialità sotto il profilo organizzativo della Pubblica Amministrazione, di cui si è voluto effettuare una esemplificazione pratica con riferimento alla composizione delle commissioni giudicatrici, sono, in realtà, innumerevoli: in proposito, si rinvia ai successivi capitoli, nel corso dei quali si procederà ad effettuare una rassegna delle recenti evoluzioni dell'Ordinamento nel dare concreta applicazione e realizzazione ai principi costituzionali in commento³⁶.

Ciò che si vuole porre in evidenza in questa prima parte della trattazione è, piuttosto, l'estrema capacità ed attitudine del principio di imparzialità di permeare ed innervare l'intera azione amministrativa:

- a) anche quando la funzione sia esercitata e perseguita dall'Amministrazione mediante strumenti di tipo paritetico e non autoritativo, facoltà espressamente riconosciute dall'art. 1, comma 1 *bis*, della Legge n. 241/1990³⁷;
- b) ed anche laddove essa sia svolta da soggetti privati (e non da una Pubblica Amministrazione in senso stretto), ai sensi dell'art. 1, comma 1 *ter*, della Legge n. 241/1990 (che estende l'applicazione dei principi del Diritto Amministrativo a tutti i soggetti che svolgano funzioni di tipo pubblicistico: "*i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1*", ovvero anche del principio di imparzialità³⁸).

³⁵ Si vedano anche sullo stesso argomento le sentenze Corte Costituzionale n. 333/1993, n. 416/1993 e n. 99/1998. Il principio di separazione tra politica e burocrazia interviene evidentemente con forte rilievo in fattispecie di questa tipologia.

³⁶ Si fa specifico riferimento agli istituti della trasparenza e pubblicità dell'organizzazione e dell'azione amministrativa; alla separazione tra politica e burocrazia; al ruolo, i poteri e le funzioni dell'Autorità Nazionale AntiCorruzione; all'istituto della incandidabilità dei cittadini alle cariche politiche se privi di determinati requisiti predeterminati dalla legge; al ruolo dei codici comportamentali nella realizzazione dell'art. 98 Cost.; alla tutela del c.d. *whistleblower*; alla normativa speciale in tema di conflitto di interessi per specifiche tipologie di fattispecie (per gli incarichi governativi, per i componenti delle commissioni giudicatrici, per gli amministratori degli enti locali, per i componenti delle commissioni di gara nelle procedure per l'affidamento dei c.d. contratti pubblici); agli istituti della inconfiribilità, incompatibilità e c.d. *pantouflage*.

³⁷ Come di recente riaffermato dalla giurisprudenza amministrativa, secondo la quale "*l'attività amministrativa, soggetta all'applicazione dei principi di imparzialità e buon andamento, sussiste non solo quando l'Amministrazione esercita funzioni pubbliche e poteri autoritativi, ma anche quando persegue le proprie finalità istituzionali e provvede alla cura concreta di pubblici interessi mediante un'attività sottoposta alla disciplina dei rapporti tra privati*" (Cons. Stato, Sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 326; Id. Sez. III, 17 marzo 2017, n. 1213). *In questo senso è irrilevante anche la natura privatistica o pubblicistica degli atti cui deve essere garantito l'accesso, poiché gli "atti amministrativi soggetti all'accesso sono anche gli atti interni concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale, allo scopo di assicurare l'imparzialità e la trasparenza dell'azione amministrativa"* (Cons. Stato, Sez. III, 31 marzo 2016, n. 1261).

³⁸ Di interesse sull'argomento il contributo di SPUNTARELLI S., *Il principio di legalità e il criterio di imparzialità nell'amministrare*, Dir. Amm., fasc. 1, 2008, p. 223 e ss., la quale, prendendo le

Ma i limiti dell'imparzialità sembrerebbero non essere nemmeno quelli dell'ambito pubblicistico, tanto è vero che potrebbero ritenersi applicabili ed estendibili anche ai rapporti tra privati, con particolare riferimento al diritto del lavoro³⁹.

Oltre alle garanzie c.d. oggettive dell'imparzialità sinora descritte (ovvero, gli strumenti organizzativi e procedurali), vengono in considerazione anche le garanzie c.d. soggettive, che vanno ad intervenire sulla posizione del soggetto decisore (solitamente il dirigente pubblico), facendo sì che lo stesso, in qualità di persona fisica e non di organo, non possa – nell'esercizio della discrezionalità riconosciutagli dalla normativa⁴⁰ – esercitare la funzione in situazioni patologiche (ovvero in quelle situazioni in cui questo possa essere “*indotto, condizionato ad introdurre, nell'azione amministrativa (in modo difforme da quanto previsto dall'ordinamento), gli interessi di soggetti coinvolti (o comunque interessati, in maniera più o meno diretta) all'esito concreto dell'azione*”).

Per evitare tali situazioni, intervengono gli istituti dell'astensione e del conflitto di interessi, che dovrebbero, a regime, consentire di garantire che il funzionario-persona fisica sia privo di interessi diretti od indiretti idonei ad influire sul processo decisionale al di fuori delle previsioni normative⁴¹.

mosse da quella giurisprudenza, ormai del tutto maggioritaria, che afferma che le attività trasferite per effetto di concessioni dalla pubblica amministrazione in capo a soggetti privati conservano la natura di attività amministrative in senso oggettivo, nonché dal riconoscimento da parte della Corte Costituzionale della legittimità delle c.d. leggi-provvedimento, purché conformi ai parametri costituzionali di imparzialità, ragionevolezza, proporzionalità, ecc.

Sulla base di queste considerazioni, conclude l'Autore che “*l'art. 97, comma 1, Cost., può essere letto come norma che obbliga al rispetto del criterio di imparzialità nell'amministrare a prescindere dal soggetto che amministri. Laddove si legga il termine amministrazione contenuto nell'art. 87, comma 1, Cost., come equivalente di amministrare – inteso cioè, alla luce del tramonto delle teorie soggettivistiche, in senso oggettivo come cura concreta di interessi ... – la norma risulta volta ad assicurare il criterio di imparzialità nell'amministrare.*”

³⁹ Così, ZOLI V., *La tutela degli interessi legittimi nel diritto del lavoro*, Giust. Civ., 1984, II, p. 431 e ss.

⁴⁰ Sulla tensione che vi è tra l'esigenza di imparzialità dell'azione amministrativa (e, quindi, di imparzialità del dirigente decisore) e la contrapposta esigenza di democraticità dell'esercizio della funzione (e, quindi, della soggezione delle decisioni del dirigente al potere politico), soprattutto all'interno dell'ambito discrezionale della stessa, si avrà modo di tornare adeguatamente *infra*.

⁴¹ Le definizioni sono di PONTI B., *La nozione di indipendenza nel diritto pubblico come condizione del funzionario*, cit., p. 237-238, il quale ha particolarmente posto l'attenzione sull'esigenza di maggiore tutela della posizione di imparzialità del funzionario, sino a declinare il concetto in una sorta di indipendenza, ovvero, ad esempio, nella protezione del dirigente dal controllo politico sui singoli atti adottati.

In sostanza, se è vero che il dirigente ha uno *status* differente dal magistrato, è anche vero che sembrerebbe indispensabile garantire la sua imparzialità c.d. soggettiva “*rispetto ai meccanismi di pressione/condizionamento che sono tali da costringere/indurre il dirigente a decidere nel caso concreto anche in base ad interessi estranei rispetto a quelli ammessi dall'ordinamento ad incidere fisiologicamente sull'esercizio del potere*”. Sulla questione si tornerà *infra*.

6. *Il principio di buon andamento dell'azione amministrativa*

La pervasività del principio di imparzialità deve poi necessariamente essere posta in correlazione con il suo “naturale corrispettivo” (finora ignorato, per motivi di esposizione della trattazione), ovvero con il principio di buon andamento della funzione pubblica.

Non a caso, l'art. 97 Cost. pone un legame indissolubile tra i due principi, tanto che, notoriamente, è stato affermato che l'espressione inserita nell'articolo costituzionale (“*imparzialità e buon andamento*”) costituirebbe quasi una endiadi⁴², ovvero quella figura retorica che prevede l'utilizzo di più parole per esprimere un concetto unitario: l'imparzialità e il buon andamento sono, in sostanza, i due punti di riferimento cui deve essere sempre orientata l'esercizio del pubblico potere, il quale deve essere imparziale e al tempo stesso deve essere efficiente ed efficace.

L'esplicitazione della necessità del perseguimento di questi caratteri è puntualmente contenuta all'art. 1 della Legge n. 241/1990, dove, da una parte, viene affermato che l'attività amministrativa, oltre ad essere soggetta al principio di legalità, è retta dai criteri delle c.d. tre E (economicità, efficienza ed efficacia, ovvero, in sostanza, dal buon andamento⁴³), e, dall'altra parte, dalla imparzialità, pubblicità e trasparenza (quest'ultime riferibili alla nozione più ampia ed omnicomprendiva di imparzialità, come chiarito *supra*).

7. *Il principio di buona amministrazione, quale sintesi di imparzialità e buon andamento*

Non deve stupire, allora, come altri Ordinamenti diversi dal nostro, come ad esempio quello Europeo (vedi *supra*), abbiano preferito utilizzare un termine che costituisca una crasi (nella sua accezione letterale di “mescolanza”) tra i due principi: imparzialità e buon andamento vengono uniti nel concetto di c.d. buona ammi-

⁴²La definizione originaria è attribuita a GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 263.

Vi poi tornata anche la Corte Costituzionale con la sentenza n. 333/1993: “*Questa Corte ha costantemente sottolineato che il principio di imparzialità stabilito dall'art. 97 della Costituzione – unito quasi in endiadi con quelli della legalità e del buon andamento dell'azione amministrativa – costituisce un valore essenziale cui deve informarsi, in tutte le sue diverse articolazioni, l'organizzazione dei pubblici uffici*”.

⁴³La Corte Costituzionale con la sentenza n. 404/1997 ha avuto modo anche di chiarire il rapporto evidente tra il principio di responsabilità stabilito dall'art. 28 Cost., la tempestività e l'efficienza, con il buon andamento (“*vi è un nesso indissolubile tra gli artt. 28 e 97, commi primo e secondo della Costituzione, in quanto la tempestività e la responsabilità sono elementi essenziali per l'efficienza e quindi per il buon andamento della pubblica amministrazione*”).

nistrazione, peraltro non sconosciuto nemmeno alla nostra Corte Costituzionale⁴⁴.

Ciò è significativo dal fatto che effettivamente i due aspetti sono molte volte intrinsecamente connessi, a tale punto da rendere arduo distinguere i profili, i contorni ed i confini tra gli stessi.

Si prenda in considerazione nuovamente l'ipotesi della commissione giudicatrice, che valuti un candidato o un'offerta attraverso l'inserimento nel processo decisionale di interessi non qualificati, che portino la stessa ad esprimere un punteggio per quel determinato candidato (o una offerta) che non corrisponda alla applicazione dei criteri valutativi predeterminati, al fine di selezionare il miglior candidato o la migliore offerta, ma, ad esempio, perché posizione più "vicina" all'orientamento politico di maggioranza a quel momento al vertice di quella Amministrazione.

È particolarmente evidente che una soluzione di tale tipo, oltre a non essere imparziale, non garantirà il buon andamento (in nessuna delle accezioni sopra evidenziate), poiché non verrebbe così selezionato il candidato o l'offerente migliore, ma sarebbe perseguito un interesse differente (non qualificato) rispetto alla massimizzazione dell'interesse primario.

8. Le interazioni tra imparzialità e buon andamento

D'altra parte si può verificare anche il contrario, ovvero che gli strumenti predisposti dal Legislatore per garantire l'imparzialità degli uffici e dell'azione amministrativa possano determinare un aggravamento tale degli adempimenti "burocratici", da porre in serio pericolo la c.d. continuità dell'azione amministrativa⁴⁵.

Allo stesso modo, un'Amministrazione efficiente ed efficace è anche quella che provvede ad adottare i propri atti in modo tale da assicurare il rispetto delle posizioni dei soggetti coinvolti, nel senso di rispettare le garanzie (organizzative e procedurali) previste dall'Ordinamento per l'esercizio del potere pubblico: un'Amministrazione imparziale che rispetta tali criteri sarà anche efficiente (raggiungerà i propri obiettivi nel miglior rapporto costo/risultato) ed efficace (sarà in grado di raggiungere il miglior risultato possibile), in quanto, ad esempio, non si esporrà alle contestazioni (amministrative o giudiziali) degli amministratori, con risparmio complessivo di risorse (economiche e di tempo)⁴⁶.

⁴⁴ In questo senso si veda la sentenza n. 184/1994.

⁴⁵ Si vedano in proposito le sentenze di Corte Costituzionale n. 331/1988, n. 878/1988, n. 103/2007, n. 104/2007 e n. 161/2008.

⁴⁶ Circa la riferibilità al principio del buon andamento delle risorse della p.a., si vedano le sentenze della Corte Costituzionale n. 60/1991 ("si deve riconoscere che l'efficienza e il contenimento dei costi dei servizi pubblici – che sono a carico della collettività – attengono al concetto di buon andamento della pubblica amministrazione e come tali assumono rilevanza sotto il profilo costituzionale") e n.

La tensione tra questi due poli (imparzialità e buon andamento) non può che trovare la sintesi nel bilanciamento che deve essere effettuato dal Legislatore nell'esercizio della propria funzione⁴⁷, in occasione del quale dovranno essere ponderati adeguatamente i riflessi prodotti dalle due facce della medesima medaglia, la quale esprime, nel suo complesso, il concetto di c.d. buona amministrazione⁴⁸.

Si consideri, inoltre, che altre volte il conflitto può non riguardare imparzialità e buon andamento, ma può emergere tra le due "anime" del principio di imparzialità (che si è già avuto modo di evidenziare *supra*), ovvero tra la componente che tutela il perseguimento "puro" dell'interesse pubblico primario e l'altra componente che, invece, tutela il privato dalla discriminazione e dalla disparità di trattamento.

Si possono verificare, cioè, dei casi in cui la tutela del privato (secondo il principio di non discriminazione) e buon andamento (nell'accezione della continuità dell'azione amministrativa) possono effettivamente entrare in sintonia e, piuttosto, scontrarsi con l'esigenza pubblicistica di evitare che, anche solo appa-

356/1992 (*"Il principio che interessa ... è espressione di quello costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 della Costituzione); esso comporta una proficua ed economica organizzazione temporale del lavoro dei dipendenti, attraverso la configurazione di procedimenti volti ad assicurare il rispetto dell'orario ordinario, ed a consentire il ricorso a quello straordinario solo in conseguenza di accertate insufficienze del primo, nei suoi livelli ottimali di rendimento"*).

⁴⁷ In una fattispecie risalente, all'attenzione della Corte Costituzionale (sentenza n. 331/1988), si era verificata l'esigenza di garantire la continuità dell'azione amministrativa mediante la celere integrazione di un vuoto creatosi nella dotazione organica dell'Amministrazione; la soluzione individuata era stata quella di bandire un corso-concorso riservato integralmente ai dipendenti interni, con ciò derogandosi al principio di apertura del concorso pubblico.

La soluzione era stata ritenuta legittima da parte della Consulta in ragione del fatto che questa costituiva – non un meccanismo definitivo ("a regime"), ma – una "prima applicazione" della normativa e, quindi, puramente transitoria per fare fronte alla necessità di colmare immediatamente il vuoto di organico.

In questo caso, quindi, è stato ritenuto che il bilanciamento tra l'imparzialità e il buon andamento potesse essere individuato da parte del Legislatore regionale attraverso una (leggera perché transitoria) compressione del primo principio, allo scopo di garantire la realizzazione del secondo (*"non appare irragionevole, soprattutto con riferimento al principio del buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.), che, nella delicata fase di passaggio da un regime all'altro dell'ordinamento del personale, il legislatore regionale abbia inteso privilegiare, con le garanzie appena ricordate, la continuità delle funzioni"*).

⁴⁸ Sul concetto di buona amministrazione secondo anche un'ottica eurounitaria, si vedano i contributi di BIFULCO R., *Art. 41, diritto ad una buona amministrazione*, in BIFULCO R.-CARTABIA M.-CELOTTO A. (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, Il Mulino, 2001; ZITO A., *Il 'diritto ad una buona amministrazione' nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2002; PERFETTI L., *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2010, p. 791 e ss.; CASSESE S., *Il diritto alla buona amministrazione*, in Studi in onore di Alberto Romano, I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011; GIUFFRIDA A., *Il diritto ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*, Torino, Giappichelli, 2012.

rentemente, vi possano essere interferenze di interessi non qualificati all'interno dei processi decisionali.

Si tratta del caso venuto all'esame della Corte Costituzionale del c.d. *spoils system una tantum*, ovvero di quel meccanismo che prevedeva la cessazione automatica, *ex lege* e generalizzata, degli incarichi dirigenziali di livello generale al momento dello spirare di sessanta giorni dall'entrata in vigore della legge.

La *ratio* di tale meccanismo era facilmente rinvenibile nell'esigenza di "spezzare" ogni legame che potesse essersi creato o che preesistesse tra gli organi politici e i dirigenti apicali, a prescindere dalla effettiva sussistenza di una c.d. responsabilità dirigenziale degli stessi (ovvero a prescindere dal mancato raggiungimento degli obiettivi o dal mancato rispetto delle direttive, rispettivamente, stabiliti ed impartite dall'organo politico, durante il corso del proprio incarico dirigenziale).

Tale esigenza (diretta a garantire il rispetto di una imparzialità sia sostanziale, che apparente, degli organi dirigenziali apicali) è stata giudicata dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 103/2007) in contrasto con le garanzie procedurali approntate dall'Ordinamento (ovvero, dalla Legge n. 241/1990), le quali, non essendo state applicate, non hanno garantito al privato (nella specie, al singolo dirigente) di potere dimostrare in sede procedimentale la propria estraneità rispetto alle influenze del potere politico⁴⁹.

In altri termini, quindi, la norma aveva posto in essere una grave discriminazione nei confronti dei destinatari, poiché aveva trattato situazioni non omogenee, in modo uguale.

Sotto distinto, ma connesso, profilo, il meccanismo è stato giudicato illegittimo proprio perché l'interruzione generalizzata degli incarichi dirigenziali, oltre a ledere il principio di non discriminazione, avrebbe determinato un grave *vulnus* all'esigenza di garantire la continuità dell'azione amministrativa⁵⁰.

Imparzialità e buon andamento, secondo questa esemplificazione, sono quindi principi che sono in grado di entrare in sinergia, conciliarsi, perseguire unitariamente e di pari passo la c.d. buona amministrazione⁵¹; al tempo stesso,

⁴⁹ Cfr. la sentenza Corte Costituzionale n. 103/2007, in commento nel testo: "Ciò anche al fine di garantire – attraverso la esternazione delle ragioni che stanno alla base della determinazione assunta dall'organo politico – scelte trasparenti e verificabili, in grado di consentire la prosecuzione dell'attività gestoria in ossequio al precetto costituzionale della imparzialità dell'azione amministrativa.

⁵⁰ Cfr. la sentenza Corte Costituzionale n. 103/2007, in commento nel testo: "La suddetta disposizione, così formulata, infatti – determinando una interruzione, appunto, automatica del rapporto di ufficio ancora in corso prima dello spirare del termine stabilito – viola, in carenza di garanzie procedurali, gli indicati principi costituzionali e, in particolare, il principio di continuità dell'azione amministrativa che è strettamente correlato a quello di buon andamento dell'azione stessa".

⁵¹ Secondo GARDINI G., *Imparzialità amministrativa e nuovo ruolo della dirigenza pubblica*,

però, possono entrare in conflitto e respingersi, necessitando dell'opera di intermediazione e di bilanciamento da parte del Legislatore o dell'interprete a seconda delle situazioni e delle esigenze che possono verificarsi ⁵².

Dir. Amm., fasc. 1, 2001, p. 39 e ss., la realizzazione della separazione tra politica e burocrazia avrebbe consentito di valorizzare l'interdipendenza tra i due principi di imparzialità e buon andamento, i quali debbono essere letti in modo armonico, con conseguente "*fine della tradizionale contrapposizione tra i due principi ... la vera efficienza si può raggiungere solo attraverso l'imparzialità e la vera imparzialità implica efficienza*".

Già, BERTI G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., seppure riconducendo il principio di imparzialità all'interno del buon andamento, aveva affermato che questo non potesse che essere diretto ad ottenere il medesimo risultato.

Sul tema si veda anche PINELLI C., *Il buon andamento dei pubblici uffici e la sua supposta tensione con l'imparzialità. Un'indagine sulla recente giurisprudenza costituzionale*, in Studi in onore di Alberto Romano, I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 719.

⁵² Si veda la recente tematica venuta all'attenzione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, trattata da SIMONETTI H., *Il regime di incompatibilità tra attività endoprocedimentale e incarico di commissario di gara al vaglio della Plenaria 13/2013: imparzialità versus buon andamento?*, www.giustamm.it.