

Alfredo Marra

L'amministrazione imparziale



G. Giappichelli Editore – Torino



Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Milano-Bicocca

Direttore:

Loredana Garlati

Comitato editoriale:

Patrizia Borsellino

Chiara Buzzacchi

Marta Cartabia, Giudice della Corte Costituzionale

Adolfo Ceretti

Diana Cerini

Giovanni Chiodi

Alessandra Daccò

Filippo Danovi

Costanza Honorati

Bruno Inzitari

Natascia Marchei

Oliviero Mazza

Claudia Pecorella

Margherita Ramajoli

Franco Scarpelli

Tullio Scovazzi

Alfredo Marra

L'amministrazione imparziale



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2018 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-1363-3

Questo volume è pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca

L'opera ha ottenuto la valutazione positiva di due revisori anonimi, secondo il procedimento previsto dal Regolamento della Collana, consultabile sul sito del Dipartimento di Giurisprudenza

Composizione: Sidebloom s.r.l. - Pisa

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

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

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

A Laura
A Francesco, a Benedetta, a Chiara, ad Andrea

INDICE

| | <i>pag.</i> |
|--|-------------|
| INTRODUZIONE | 1 |
| | |
| CAPITOLO I | |
| Le dimensioni dell'imparzialità nell'organizzazione amministrativa | 7 |
| 1. Premessa | 7 |
| 2. La speciale disciplina del pubblico impiego quale prima garanzia dell'imparzialità dell'organizzazione | 10 |
| 3. (<i>segue</i>) La speciale disciplina del pubblico impiego e la privatizzazione | 17 |
| 4. La disciplina della <i>fonction publique</i> in Francia | 24 |
| 5. Distinzione delle funzioni e distribuzione delle competenze | 30 |
| 6. La <i>separation of functions</i> nella legge sul procedimento statunitense | 38 |
| 7. La separazione strutturale tra politica e amministrazione: le autorità amministrative indipendenti | 44 |
| 8. Un'autorità indipendente a presidio dell'imparzialità delle altre amministrazioni: l'Autorità Nazionale Anticorruzione | 51 |
| | |
| CAPITOLO II | |
| L'imparzialità in senso oggettivo ovvero del rapporto tra politica e amministrazione | 59 |
| 1. La genesi del principio di distinzione/separazione tra politica e amministrazione nel diritto positivo | 59 |
| 2. Il principio di distinzione/separazione tra politica e amministrazione nelle elaborazioni della dottrina | 65 |
| 3. Il principio di distinzione/separazione tra politica e amministrazione nella costituzione materiale. I profili strutturali: lo <i>spoils system</i> e suoi limiti | 74 |
| 4. (<i>segue</i>) I profili strutturali: la temporaneità degli incarichi | 79 |
| 5. (<i>segue</i>) I profili funzionali | 86 |
| 6. Riflessioni riassuntive in ordine al significato del principio di imparzialità in senso oggettivo alla luce della giurisprudenza costituzionale | 92 |
| 7. La responsabilità dirigenziale | 99 |

| | <i>pag.</i> |
|---|-------------|
| CAPITOLO III | |
| L'imparzialità in senso soggettivo | 109 |
| 1. Premessa: il rafforzamento dell'imparzialità soggettiva nella legislazione anticorruzione | 109 |
| 2. Il conflitto di interessi: nozione e inquadramento generale | 113 |
| 3. Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo prima e dopo la legge anticorruzione | 118 |
| 4. Inconferibilità e incompatibilità degli incarichi nelle pubbliche amministrazioni | 123 |
| 5. (<i>segue</i>) Profili problematici: ambito soggettivo di applicazione e tipologia degli incarichi | 128 |
| 6. (<i>segue</i>) Ulteriori profili problematici: riparto delle competenze tra ANAC e responsabile della prevenzione della corruzione e verifica della dichiarazione resa dall'aspirante all'incarico | 134 |
| 7. Conflitto di interessi, incarichi <i>extraofficio</i> e <i>pantouflage</i> | 138 |
| 8. I codici di comportamento tra corretto adempimento della prestazione lavorativa ed etica pubblica | 144 |
| 9. Il conflitto di interessi nel procedimento amministrativo | 150 |
| 10. Alcune riflessioni conclusive | 156 |
| CAPITOLO IV | |
| Risultati e conseguenze dell'indagine | 161 |
| 1. L'amministrazione imparziale: risposte diverse alla medesima esigenza | 161 |
| 2. Analogie e differenze tra le "crisi" da cui hanno avuto origine le norme sull'imparzialità | 165 |
| 3. Il rapporto tra politica e amministrazione, la logica fiduciaria e la responsabilità per i risultati | 173 |
| 4. Imparzialità soggettiva, buon andamento e imparzialità diminuita: alla ricerca di un punto di equilibrio | 179 |
| 5. Conseguenze dell'indagine e prospettive | 184 |
| Bibliografia | 193 |

INTRODUZIONE

I. In un celebre scritto della fine degli anni Ottanta del secolo scorso Mario Nigro sosteneva che nella Costituzione coesistessero istituzionalmente tre diversi e confliggenti modelli di amministrazione¹: il primo modello, ricavabile dall'art. 95, comma secondo della Costituzione, è quello dell'amministrazione apparato servente del Governo, ossia un apparato posto sotto il comando del potere politico. In questo modello, in cui Governo e amministrazione sono indistinti sotto l'insegna del potere esecutivo, tutti i poteri e le responsabilità, anche gestionali, ricompresi nel settore corrispondente a un determinato dicastero, sono attribuiti al ministro, che ne risponde in sede politica di fronte al Parlamento.

Il secondo modello, ricavabile dagli artt. 97 e 98 Cost., è invece quello dell'amministrazione autocefala, non subordinata cioè al potere politico, ma posta al servizio della Nazione e legittimata esclusivamente per la sua imparzialità e per la sua efficienza.

Il terzo modello, infine, è quello dell'amministrazione autonomistica e diffusa ricavabile dagli artt. 5 e, oggi, 118 Cost., contrapposta all'amministrazione statale accentrata.

Questi tre modelli, già in conflitto nella Costituzione formale, si trovano – secondo Nigro – in permanente tensione tra loro anche nella costituzione materiale.

Tuttavia, diversamente da altre letture che individuano proprio nella pluralità dei modelli presenti nella Costituzione l'origine delle incertezze circa il ruolo dell'amministrazione nell'ordinamento², per Nigro la tensione tra i tre modelli descritti non è affatto un evento patologico, ma – al contrario – del tutto fisiologico. Infatti, “recependo in sé istanze dissimili o addirittura divergenti, tutte provenienti da lontano e tutte legittimate da spinte ideologiche e sociali, la Costituzione ha, realisticamente, accolto una concezione dialettica, anzi drammatica dell'amministrazione”³.

¹M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra Costituzione formale e Costituzione materiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985. Lo scritto fa parte degli *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano, 1987, ed è ora pubblicato anche in M. NIGRO, *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, 1844 ss.

²Cfr. sul punto, da ultimo, G. GARDINI, *La dirigenza pubblica in cerca di identità. Riflessioni alla luce di una riforma interrotta*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 155 ss.

³Per una ricostruzione in chiave storica delle radici delle diverse “istanze” di cui parlava Nigro si veda, per tutti, G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, 1996.

Naturalmente Nigro era ben consapevole del valore strumentale sotteso all'individuazione di questi modelli sul piano formale, ma una tale impostazione era comunque funzionale a descrivere come “la figura organizzativa dell'amministrazione risulta[ss]e] nella nostra Costituzione dallo svolgersi e dall'intrecciarsi di due dialettiche: la dialettica dipendenza politica-autocefalia, la dialettica accentramento decentramento (o per meglio dire autonomismo)”.

A distanza di oltre trent'anni, l'esattezza di questa diagnosi appare oggi particolarmente evidente e sarebbe sufficiente un rapido sguardo all'evoluzione della costituzione materiale degli ultimi decenni per rendersi conto di come la duplice tensione di cui s'è detto abbia pervaso e pervada ancora oggi tutta la materia dell'organizzazione amministrativa⁴.

Basti solo qualche esempio. Sul primo versante (dialettica dipendenza politica-autocefalia), mentre l'introduzione del principio della distinzione tra politica e amministrazione, con la corrispondente attribuzione ai dirigenti del potere di gestione, può essere certamente inquadrata nella logica di un rafforzamento dell'amministrazione autocefala, l'introduzione, di poco successiva, dello *spoils system*, all'inverso, deve essere letta come un rinnovato tentativo di subordinare l'amministrazione al potere politico⁵.

Similmente, mentre il mancato completamento del processo di *agencification* (trasferimento delle funzioni tecnico-operative ad apposite agenzie aventi maggiore autonomia di gestione rispetto all'amministrazione tradizionale) può essere letto (anche) come il tentativo di conservare alla politica ampie sfere di influenza sull'amministrazione, l'affermarsi e il diffondersi del modello delle autorità amministrative indipendenti rappresenta, invece, una linea di tendenza che va nella direzione opposta⁶.

Sul secondo versante (dialettica accentramento-decentramento), se le riforme amministrative degli anni Novanta del secolo scorso e, in seguito, la riforma del Titolo V della Costituzione del 2001 fino alla legge sul c.d. federalismo fiscale rappresentano i più decisi tentativi di attuare i principi dell'autonomia e del decentramento, dopo la crisi economico-finanziaria del 2008 – ma probabilmente già da prima – si è assistito, ad ogni livello, alla progressiva riduzione degli spazi di autonomia e a un drastico ritorno al centralismo statale⁷.

⁴Per cogliere l'operare in concreto di queste tensioni è molto utile la ricostruzione della parabola delle riforme amministrative operata da M. SAVINO, *Le riforme amministrative: la parabola della modernizzazione dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 641 ss.

⁵Del principio di distinzione/separazione tra politica e amministrazione ci si occuperà diffusamente nel capitolo secondo.

⁶Sulla organizzazione per agenzie come modello per realizzare una più chiara distinzione di compiti tra politica e amministrazione v., per tutti, L. CASINI, *Le agenzie amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 393 ss. Sul tentativo di riforma operato al finire degli anni Novanta del secolo scorso v. G. VESPERINI, *Le agenzie*, in A. PAJNO e L. TORCHIA (a cura di), *La riforma del Governo*, Bologna, 2000, 145 ss. Alle amministrazioni indipendenti è invece dedicato il paragrafo 7 del capitolo primo.

⁷Su questi profili, ma con uno sguardo rivolto al futuro, si vedano, da ultimi, L. VANDELLI, G.

Dalla corrispondenza fra Costituzione formale e costituzione materiale quanto ai modelli di organizzazione amministrativa e al loro conflitto Nigro ricavava due conclusioni che costituiscono il punto di partenza della presente indagine: la prima è che “l’amministrazione dello stato moderno presenta aspetti che sono permanenti o di lunghissima durata”, vale a dire che “il nocciolo duro della realtà amministrativa è lo stesso pur nel mutare delle sue espressioni”. La seconda, che è una conseguenza della prima, è che “lo stato di crisi è, per l’amministrazione, paradossalmente, uno stato fisiologico” di modo che “molti dei nostri mali sono espressione di una condizione permanente (quindi non sono dei veri mali, o almeno non sono mali che si possano curare)”.

Da ciò discende il punto di vista che si intende adottare nel presente studio e che coincide, per riprendere la felice espressione di Nigro, con una *visione drammatica dell’amministrazione*, ossia con una concezione dell’amministrazione come il risultato di volta in volta ricavabile dal conflitto permanente tra valori antagonisti.

In altri termini, ciò che ci si propone in questo studio non è tanto cercare di argomentare come l’amministrazione dovrebbe essere, eventualmente sulla base di una dichiarata preferenza per l’uno o per l’altro dei modelli indicati. Interessa, invece, innanzitutto, cercare di descrivere com’è, attualmente, l’amministrazione, quale sia il suo volto oggi. In tal modo, in esito ai risultati dello studio e sulla scorta dell’insegnamento di Nigro, si potranno distinguere “i mali che sono espressione di una condizione permanente” e che non possono essere curati dai “mali che sono curabili e vanno curati”.

II. La prospettiva prescelta per svolgere il compito che si è appena enunciato, naturalmente, è assai meno ambiziosa di quella disegnata da Nigro. In particolare, in questa sede, non ci si occuperà della dialettica autonomismo-decentramento, ma ci si concentrerà esclusivamente sulla tensione tra amministrazione apparato servente del Governo e amministrazione autocefala. Il tema di indagine, dunque, è quello dell’imparzialità e, ancor più limitatamente, dell’imparzialità nell’organizzazione amministrativa come fattore di legittimazione autonoma dell’amministrazione.

La ragione di tale scelta risiede nella constatazione che il principio di imparzialità nell’organizzazione amministrativa ha conosciuto negli ultimi venticinque anni uno sviluppo inedito.

Non a caso, mentre per lungo tempo l’imparzialità è stata al centro dell’attenzione degli studiosi soprattutto (anche se non esclusivamente) sul lato dell’azione amministrativa, più recentemente l’attenzione si è decisamente spostata sui profili di organizzazione.

Tale mutamento dell'attenzione si deve innanzitutto alle innovazioni legislative introdotte negli anni Novanta del secolo scorso le quali hanno declinato, come meglio si vedrà più avanti, il principio di imparzialità come separazione/distinzione tra indirizzo politico e gestione amministrativa.

Negli ultimi anni, inoltre, altre innovazioni legislative hanno contribuito a sviluppare ulteriormente il principio di imparzialità, declinandolo questa volta soprattutto in relazione all'elemento soggettivo dell'organizzazione, ossia alla condizione dei dirigenti e dei pubblici funzionari.

A presidio delle garanzie di imparzialità soggettiva, inoltre, è stata posta una nuova e specifica autorità indipendente, l'ANAC, la cui azione, pur essendo ancora in una fase iniziale, ha già determinato – e in misura significativa – alcune trasformazioni nell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche.

Sul fronte della riflessione scientifica, mentre non mancano contributi sul principio di imparzialità in senso oggettivo (distinzione/separazione tra politica e amministrazione), si registra una minore attenzione riguardo all'imparzialità soggettiva, sebbene vi siano alcune rilevanti eccezioni.

Su questo secondo versante, peraltro, proprio l'avvio dell'attività dell'Autorità Nazionale Anticorruzione e, di conseguenza, il formarsi di una prima giurisprudenza sugli atti dell'Autorità, suggeriscono prospettive di indagine del tutto nuove in settori dell'ordinamento fin qui largamente inesplorati.

Soprattutto, poi, nella riflessione dottrinale manca in assoluto uno studio che prenda in considerazione, contestualmente, entrambi i versanti dell'imparzialità nell'organizzazione amministrativa per valutarne non solo il grado di attuazione, ma anche gli effetti derivanti dal combinarsi delle due diverse prospettive.

Il presente saggio, dunque, si propone di offrire un contributo per cercare di colmare, almeno in parte, questa lacuna.

Di qui, il piano dell'opera che si articola in quattro parti.

Nel primo capitolo viene operata una ricognizione in ordine alle diverse possibili declinazioni dell'imparzialità nell'organizzazione amministrativa. Tre, in particolare, sono le dimensioni che vengono esaminate.

In primo luogo, la disciplina speciale del pubblico impiego, che costituisce storicamente la prima modalità per realizzare l'imparzialità dell'organizzazione.

In secondo luogo si esamina la distribuzione delle funzioni tra i diversi organi all'interno dell'organizzazione, con particolare attenzione alla distribuzione delle funzioni tra organi amministrativi professionali e organi elettivi o politici.

In terzo luogo, si esamina il modello dell'amministrazione indipendente che rappresenta la modalità organizzativa che realizza nel modo più radicale la separazione tra politica e amministrazione.

Come meglio si dirà più oltre, ciascuno di tali profili è esaminato anche in comparazione con altri ordinamenti. In particolare, per quanto riguarda la disciplina del pubblico impiego viene preso come termine di paragone lo statuto della *fonction publique* in Francia. Per quanto concerne la distribuzione delle funzioni viene invece presa in considerazione la *separation of functions* del procedimento

amministrativo statunitense. Infine, per quanto riguarda il modello delle autorità indipendenti, l'attenzione si concentra, più che su profili di comparazione, sull'Autorità Nazionale Anticorruzione la quale, come si vedrà, rappresenta per molti versi una specificità propria dell'ordinamento italiano.

Il secondo capitolo prende in considerazione il principio di imparzialità in senso oggettivo, vale a dire la separazione/distinzione tra politica e amministrazione.

Com'è noto, la riflessione intorno a questo principio è stata condizionata soprattutto dall'introduzione sul piano legislativo di varie forme di *spoils system*, ossia di meccanismi di decadenza automatica dall'incarico dirigenziale in corrispondenza con il mutamento del vertice politico.

La particolare attenzione che giustamente la dottrina ha dedicato a questo specifico profilo, tuttavia, ha talvolta messo in ombra il problema più generale del rapporto tra politica e amministrazione o, se si vuole, del rapporto tra il modello dell'art. 95 e quello dell'art. 97 Cost. Tale problema generale certamente comprende il tema dello *spoils system*, ma non si esaurisce affatto in esso. Pertanto, la prospettiva dell'indagine condotta in questo capitolo è soprattutto quella di esaminare la copiosa giurisprudenza costituzionale (anche) sullo *spoils system* con l'obiettivo di indagare a quali condizioni, nella costituzione materiale, l'imparzialità possa costituire un fattore di legittimazione autonoma dell'amministrazione rispetto alla politica. È questo, infatti, il profilo centrale, che segna la differenza tra il modello dell'amministrazione apparato servente del Governo e quello dell'amministrazione autocefala.

Il terzo capitolo esamina il principio di imparzialità in senso soggettivo e, pertanto, lo studio si concentra in particolare sull'esame della legislazione anticorruzione, sulla prima prassi applicativa da parte dell'ANAC e sulla relativa giurisprudenza amministrativa.

L'esame è condotto assumendo come chiave interpretativa il concetto di conflitto di interessi che – si vedrà – si trova alla base di tutte le principali novità introdotte dal legislatore.

Questa parte dello studio intende anzitutto evidenziare le contraddizioni insite nel dettato normativo ed esaminare altresì, in chiave critica, la regolazione operata dall'ANAC.

Inoltre, per quanto il contenzioso in materia sia ancora piuttosto esiguo – l'Autorità è operativa solo da pochissimi anni – lo studio si propone di esaminare anche la prima giurisprudenza amministrativa in argomento, al fine di verificare quali siano gli orientamenti che stanno maturando in materia da parte del giudice e se vi sia o meno convergenza rispetto alle tendenze espresse dall'Autorità nei suoi atti.

Soprattutto, però, anche su questo versante l'obiettivo più generale dell'indagine riguarda la possibilità e i limiti di una legittimazione autonoma dell'amministrazione sulla base della sua imparzialità.

Nel quarto capitolo, infine, si discutono i risultati della ricerca, esaminando

innanzitutto analogie e differenze in relazione ai contesti di “crisi” da cui hanno avuto origine le norme sull'imparzialità in senso oggettivo e in senso soggettivo per giungere, infine, a formulare alcune considerazioni di carattere più generale circa gli esiti di questo processo di progressivo rafforzamento dell'imparzialità nell'organizzazione amministrativa.

CAPITOLO I

LE DIMENSIONI DELL'IMPARZIALITÀ NELL'ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La speciale disciplina del pubblico impiego quale prima garanzia dell'imparzialità dell'organizzazione. – 3. (*segue*) La speciale disciplina del pubblico impiego e la privatizzazione. – 4. La disciplina della *fonction publique* in Francia. – 5. Distinzione delle funzioni e distribuzione delle competenze. – 6. La *separation of functions* nella legge sul procedimento statunitense. – 7. La separazione strutturale tra politica e amministrazione: le autorità amministrative indipendenti. – 8. Un'autorità indipendente a presidio dell'imparzialità delle altre amministrazioni: l'Autorità Nazionale Anticorruzione.

1. Premessa

È noto che il principio di imparzialità, enunciato dall'attuale comma secondo dell'art. 97 Cost., investe e conformi tanto l'azione quanto l'organizzazione amministrativa¹. I due momenti, d'altra parte, sono intimamente connessi sicché riesce difficile concepire un'azione amministrativa imparziale che non implichi, a monte, un modo d'essere dell'organizzazione idoneo ad assicurare un tale risultato². Com'è stato notato, nel sancire che "i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione" la disposizione costituzionale afferma che le modalità di organizzazione degli uffici devono essere tali da assicurare la realizzazione di un'azione amministrativa imparziale e improntata ai canoni del buon andamento. In altri termini, imparzialità e buon andamento dell'amministrazione costituiscono i risultati di un certo modo di essere dell'organizzazione³.

¹ Cfr., per tutti, U. ALLEGRETTI, voce *Imparzialità e buon andamento dell'amministrazione*, in *Dig. Disc. pubbl.*, vol. VII, Torino, 1993, 131 ss., in particolare 135.

² Cfr. M. NIGRO, *Amministrazione pubblica (organizzazione dell')*, in *Enc. giur.*, vol. II, Roma, 1988, *ad vocem*.

³ Così, esplicitamente, M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1965, 74. Negli stessi termini anche G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1967, 59 ss., in particolare 75-76.

È anche noto, peraltro, che imparzialità è termine polisenso, gravido di significati aventi sfumature differenti⁴. Così, solo a titolo esemplificativo, nell'ambito dell'attività, l'imparzialità è stata a lungo identificata come specificazione del principio di uguaglianza⁵ mentre, in un secondo momento, essa è stata intesa, come una manifestazione del principio di legalità o come un suo corollario⁶.

Sul piano dell'organizzazione – dove le riflessioni dottrinarie sono relativamente più recenti – l'imparzialità è stata identificata, invece, con una particolare qualità soggettiva dell'amministrazione o, per meglio dire, dei suoi agenti: si tratta, cioè, di una condizione di “indipendenza” dell'apparato amministrativo vuoi dall'organo politico posto al suo vertice, vuoi dalle influenze che interessi personali del funzionario – o altri interessi privati – potrebbero proiettare sull'esercizio della funzione⁷.

Le applicazioni del principio di imparzialità, nell'azione amministrativa come nell'organizzazione, sono molteplici⁸. Così, ancora volendo limitarsi a nulla di più che a qualche esemplificazione, l'imparzialità, nell'esercizio della funzione amministrativa, implica certamente il divieto di favoritismi e di disparità di trat-

⁴ Cfr. U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, che già nelle battute iniziali del suo studio individua diverse declinazioni dell'imparzialità. Di frammentazione del concetto, ma anche di vitalità dello stesso, proprio in ragione della sua indeterminatezza, parla invece G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano, 2003, 1 ss. Lo stesso Autore, *ivi*, 59 ss. opera un'ampia ricognizione sui diversi significati attribuiti al principio di imparzialità dalla dottrina a partire dagli anni immediatamente successivi alla Costituzione e fino ai primi anni Duemila.

⁵ P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Scritti in memoria di P. Calamandrei*, vol. IV, Padova, 1956, e successivamente in *Id.*, *Scritti di diritto costituzionale*, Padova, 1967, 195 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1993, 90.

⁶ A. CERRI, *Imparzialità e indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1973, 120: “La definizione del principio di imparzialità discende, in qualche modo, dalle esigenze che sono alla sua base. Se tale principio si risolve nell'operare delle regole del sistema democratico anche nell'ambito della P.A. esso non può essere criterio di decisione nelle scelte discrezionali, ma limite ad esse; implica, in particolare, l'esigenza di fedeltà. All'ordine legislativo, alle direttive degli organi politici, nel rispetto di tutti i diritti delle minoranze. Consiste, quindi, *nella necessità di ponderare tutti gli interessi legislativamente tutelati che possono essere direttamente toccati dall'agire amministrativo e solo essi e di operare le conseguenti scelte in base a criteri previsti dalla legge oppure unitari, ossia conformi ad indirizzi generali, adottati dagli organi competenti alla stregua del sistema democratico*” (corsivo nel testo originale).

⁷ Nella prima prospettiva, classica, del rapporto tra politica e amministrazione, si collocano gli studi di L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974, e A. CERRI, *Imparzialità e indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, cit., nonché più recentemente G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, cit.

⁸ Questo aspetto è sottolineato anche nella manualistica. Si vedano in proposito: G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 177-182 e 380-384; G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 95-96; F. MERLONI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2016, 47-50; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2016, 68-70.

tamento in casi simili, ma anche che l'amministrazione consideri tutti gli interessi coinvolti, tanto pubblici (secondari) che privati, senza escluderne pregiudizialmente alcuno e sacrificandoli nella misura strettamente necessaria al soddisfacimento dell'interesse pubblico primario. Ancora, sempre sul piano dell'attività, l'imparzialità costituisce il fondamento dell'obbligo di proceduralizzare l'azione e altresì di realizzare un "giusto procedimento", ossia di assicurare idonee garanzie di contraddittorio. Predeterminazione dei criteri cui l'amministrazione intende attenersi nell'esercizio della sua attività e obbligo di motivazione dei provvedimenti costituiscono, poi, ulteriori applicazioni del principio di imparzialità nell'azione.

Anche nell'organizzazione amministrativa gli istituti mediante i quali l'imparzialità viene in concreto a realizzarsi sono molteplici. Ad esempio, sono applicazioni dell'imparzialità il concorso pubblico per l'accesso all'impiego presso le pubbliche amministrazioni e, più in generale, la disciplina del rapporto di impiego, le regole che presiedono alla composizione degli organi collegiali o, ancora, l'istituto dell'incompatibilità.

Il presente capitolo è dedicato all'analisi di alcuni di tali strumenti. In particolare interessa in questa sede prendere in considerazione tre diversi tipologie di strumenti volte in vario modo ad assicurare che l'organizzazione amministrativa sia imparziale: si tratta della disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, della distribuzione delle funzioni tra i vari organi dell'amministrazione, della creazione di organizzazioni del tutto separate dagli apparati amministrativi tradizionali.

L'esame di ciascuno di questi profili sarà condotto, oltre che, ovviamente, con attenzione al dato di diritto positivo, anche in chiave storica e comparata.

In particolare, per quanto concerne la disciplina del pubblico impiego, dopo averne delineato la genesi storica e le successive evoluzioni fino ad oggi, saranno svolte alcune considerazioni in prospettiva comparata esaminando i più recenti sviluppi dello statuto della *fonction publique* in Francia.

Quanto alla distribuzione delle funzioni, successivamente alla messa a fuoco delle diverse modalità con le quali essa può in concreto declinarsi, sarà svolto un approfondimento con riguardo alla disciplina della *separation of functions* di derivazione statunitense.

Infine, quanto alla creazione di amministrazioni indipendenti, dopo averne sinteticamente esaminato le caratteristiche principali, un'attenzione particolare sarà riservata, a motivo delle evidenti connessioni con il tema d'indagine, alla Autorità Nazionale Anticorruzione che, per molti versi, costituisce un *unicum* nel panorama internazionale delle autorità indipendenti.

2. La speciale disciplina del pubblico impiego quale prima garanzia dell'imparzialità dell'organizzazione

Il primo strumento che, storicamente, è stato posto a garanzia dell'imparzialità dell'amministrazione è costituito dalla speciale disciplina dell'impiego pubblico⁹. Anzitutto, infatti, l'amministrazione è imparziale se i pubblici funzionari godono di adeguate garanzie nei confronti degli organi politici posti al vertice dell'amministrazione e, prima ancora, se l'accesso agli impieghi presso la p.a. avviene mediante modalità imparziali di reclutamento.

L'istituto del pubblico impiego è venuto gradualmente delineandosi a partire dagli ultimi decenni dell'Ottocento e nei primi del Novecento attraverso una serie di interventi legislativi che hanno progressivamente e sostanzialmente differenziato il lavoro pubblico da quello privato.

In un sistema nel quale "vigeva il principio della piena libertà del datore di lavoro privato nelle assunzioni, nel trattamento e nel licenziamento del personale", ripetuti interventi del legislatore hanno imposto che la gestione del personale da parte del datore di lavoro pubblico rispettasse una serie di vincoli posti a garanzia del dipendente pubblico¹⁰.

In particolare, superata la fase della simbiosi tra politica e amministrazione e nel quadro di un programma generale di riforme ispirato a una nuova concezione della legislazione amministrativa e del rapporto tra Stato e cittadino, è nel breve periodo che corre tra la fine degli anni Settanta e i primi anni Ottanta del XIX secolo che vanno tratteggiandosi le linee essenziali di una legge sullo stato giuridico degli impiegati¹¹.

⁹Come si vedrà, ancora oggi, pur in un contesto di diritto positivo che non consente più di parlare, propriamente, di "pubblico impiego", una parte della disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni assume un carattere di specialità rispetto al rapporto di lavoro privato.

¹⁰Le parole tra virgolette nel testo sono di M.S. GIANNINI, voce *Impiego pubblico (profili storici e teorici)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, *ad vocem*. La genesi dell'istituto del pubblico impiego è descritta con dovizia di particolari e di riferimenti bibliografici, non solo di carattere giuridico, ma anche storico, da S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, 2000, 53 ss. Con specifico riferimento all'imparzialità in prospettiva storica si veda altresì G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, cit., in particolare 49 ss., nonché G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, cit., 31 ss. Per un'analisi dei progetti di riforma del rapporto di lavoro fra Stato e impiegati, nel periodo successivo all'unificazione, v. E. PRESUTTI, *Lo Stato parlamentare ed i suoi impiegati amministrativi*, Napoli, 1899, 145 ss. Per un'analisi delle posizioni della dottrina sul rapporto di pubblico impiego v. A. CORPACI, *La cultura giuridica e il problema del pubblico impiego dal 1909 al 1930: spunti dalle riviste*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, 1273 ss. Una sintesi delle caratteristiche fondamentali della legge 25 giugno 1908, n. 290, prima legge organica degli impiegati civili dello Stato, è offerta da M. D'ALBERTI, *L'alta burocrazia in Italia*, in ID. (a cura di), *L'alta burocrazia*, Bologna, 1994, 140 ss.

¹¹Di osmosi o simbiosi tra politica e amministrazione all'origine del sistema amministrativo

La paternità di questo programma di riforme è unanimemente attribuita a due esponenti della Destra storica, Minghetti¹² e Spaventa¹³ i quali – pur nella diversità dei rimedi proposti – individuavano nell'ingerenza dei partiti politici negli affari amministrativi e nella giustizia uno dei principali pericoli per le istituzioni dello Stato¹⁴.

Di qui, come noto, prese avvio quel movimento per la giustizia nell'amministrazione che farà del principio di legalità e dell'imparzialità i suoi vessilli, conducendo, da un lato, all'istituzione del giudice amministrativo e, dall'altro, alcuni anni più tardi, alla creazione di uno statuto speciale del pubblico impiego¹⁵. È a questo periodo che risale la “scoperta” dell'imparzialità¹⁶.

italiano parla G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, cit., 48 ss. Si veda anche M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, 1978, in particolare 37 ss.

¹² M. MINGHETTI, *I partiti politici e la ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, Roma, 1945, p. 102, ove tale programma è così esposto: “il difetto che noi ci proponiamo di emendare consiste nella indebita ingerenza del partito politico, rappresentato dal ministero, e dalla maggioranza parlamentare, nella giustizia e nella amministrazione”.

¹³ S. SPAVENTA, *La giustizia nell'amministrazione*, Discorso pronunciato all'Assemblea costituzionale di Bergamo il 7 maggio 1880, in ID., *La giustizia nell'amministrazione*, Torino, 1949, 56 ss.

¹⁴ Secondo S. SPAVENTA, *La giustizia nell'amministrazione*, cit., 69, le cause degli abusi dell'autorità pubblica erano tre: “la prima è il difetto o incertezza di norme giuridiche che limitino rigorosamente nell'amministrazione le facoltà e i poteri che essa deve esercitare. La seconda è il difetto e incertezza del giudice, che decide sulla controversia che nasce quando il cittadino si risente e si oppone all'abuso ed arbitrio, che contro di lui si commette o si tenta di commettere. La terza è il difetto di responsabilità immancabile e pronta degli ufficiali pubblici”. Naturalmente il programma di Spaventa, deve essere compreso nel quadro della situazione storico-politico-sociale dell'epoca. Questa sottolineatura di metodo è particolarmente presente in S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, 20: “la sua [di Spaventa] riaffermazione della legge ha motivi più concreti: è fatta in odio alla Sinistra (l'uomo della Destra, dopo il 1876, chiamava il governo un ‘pantano’ e vedeva ‘l'Italia governata da saltimbanchi’) contro ‘il sistema dell'onnipotenza ministeriale senza freno e senza legge’. Insomma, la supremazia della legge è affermata da un antidemocratico, l'imparzialità per motivi partigiani, la legalità amministrativa perché venisse riconosciuta una voce all'organo politico nel quale il passaggio all'opposizione aveva costretto la Destra e Spaventa”.

¹⁵ Secondo S. LICCIARDELLO, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica*, Torino, 2000, 112 “(...) a quella esigenza di imparzialità che si invocava, non si è risposto incidendo sull'organizzazione, rendendo l'amministrazione, dall'interno ‘libera’ da ogni indebita pressione. Si è viceversa preferito garantire l'indipendenza attraverso l'intervento di un ‘giudice’: il Consiglio di Stato, che avrebbe dovuto ‘sanzionare’ le illegalità della pubblica amministrazione, ripristinare la legalità violata, assicurare il ‘principio della legittimità del potere’ proprio dello Stato di diritto”. In realtà, come tra breve si dirà, l'imparzialità dell'amministrazione, oltre che dalla creazione del giudice amministrativo, verrà anche assicurata dalle specifiche garanzie riconosciute ai pubblici impiegati.

¹⁶ L'espressione è mutuata da S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., 61. Tale “scoperta” è ritenuta il frutto del mutamento di una serie di fattori strutturali (l'allargamento della base elettorale e il graduale venire meno del rapporto simbiotico tra politica e amministrazione nonché la progressiva centralità del Parlamento quale organo di indirizzo politico con conseguente mutamento di ruolo e collocazione dell'amministrazione che diviene apparato

La dottrina che più approfonditamente si è occupata di questo tema ha evidenziato come agli inizi del Novecento la nozione di impiego pubblico designi un istituto nel quale il dipendente pubblico gode di alcune particolari garanzie legislative non certo in quanto parte debole del rapporto di lavoro, ma piuttosto nell'interesse dell'amministrazione a che l'esercizio della funzione non risponda ad interessi di parte¹⁷.

Come è stato efficacemente sintetizzato, "tale modello si basava sulla assimilazione della relazione fra l'impiegato e l'amministrazione a quella che intercorre tra il cittadino e lo Stato, così delineando un rapporto non paritario, ma di sottomissione, non conflittuale, ma di immedesimazione, nell'ambito del quale non

servente del Governo) e contingenti (l'ascesa al potere della Sinistra). Al riguardo si veda, altresì, U ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, cit., 133, nonché G. GARDINI, voce *Imparzialità amministrativa*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. IV, Milano, 2006, 2934 ss.

¹⁷ Ci si riferisce allo studio di S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., *passim*. Si vedano anche, dello stesso Autore, *Il personale*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 2003, 373 ss., nonché la voce *Rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Milano, 2006, 4814 ss. Le caratteristiche principali della disciplina del lavoro pubblico, dopo la codificazione gentiliana del 1923, sono così riassunte da M.S. GIANNINI, voce *Impiego pubblico (profili storici e teorici)*, cit.: "L'impiego pubblico venne così ad assumere una configurazione abbastanza precisa, i cui elementi caratteristici erano i seguenti: a) la scelta delle persone, che si fa mediante pubblico concorso (il principio è stato poi costituzionalizzato); b) il rapporto ha inizio con un atto di nomina, che conferisce la qualifica (o il grado) di gruppo, e il posto di ruolo; qualche volta vi è un periodo di prova; ogni anno il dipendente riceve un giudizio di rendimento (nota di qualifica); c) vi è un sistema rigido di avanzamenti, che contempla una permanenza minima necessaria in ciascuna qualifica; gli avanzamenti, o promozioni, si fanno con appositi procedimenti di scrutinio, o per anzianità, o per anzianità congiunta al merito; per le promozioni alle qualifiche più elevate si procede col sistema del merito comparativo o con quello della scelta; spesso si prevede per il passaggio dalle qualifiche inferiori a quelle superiori un esame-concorso (cosiddetto sbarramento); d) sono minuziosamente regolati i fatti modificativi del rapporto: varie specie di aspettative, congedi, distacchi, comandi, missioni; e) l'esercizio di mansioni di una qualifica o di un gruppo superiore o comunque diverse da quelle della qualifica in cui si è iscritti per nomina o per promozione non comporta il passaggio alla diversa qualifica o gruppo (vige cioè un principio inverso rispetto a quello stabilito dall'art. 2103 c.c. per il rapporto di lavoro privato); f) vi è un rigido sistema disciplinare, con prefigurazione normativa delle mancanze disciplinari, delle sanzioni, e del procedimento; la giurisprudenza reprime fermamente ogni misura che nasconda un provvedimento disciplinare; g) il rapporto si estingue solo con l'avverarsi di eventi stabiliti dalle norme: limiti di età, di servizio, inabilità fisica, soppressione di uffici o riduzione di posti di organico, provvedimenti disciplinari, dimissioni volontarie; se l'avveramento dell'evento richiede acclamamenti, questi sono da fare con accuratezza; h) la misura delle retribuzioni è fissata dalle norme, che stabiliscono altresì quando e come spettino speciali indennità o speciali compensi; i) il conferimento della titolarità dell'ufficio o l'applicazione all'ufficio come addetto sono, per converso, pienamente discrezionali, e sono atti che non attengono allo stato giuridico del dipendente. La dottrina ha usato varie espressioni di sintesi per fissare l'essenza di questo rapporto: ha detto che in esso vi è un 'diritto al posto', che esso è caratterizzato dalla stabilità, o dalla semistabilità, o dalla rigidità delle qualifiche, o dei ruoli organici, e così via".

vi era spazio per rapporti di scambio e di corresponsività (...). Si trattava di un modello in grado di realizzare una doppia finalità: per un verso quella di garantire l'imparzialità e il distacco della burocrazia dai vertici politici (nella misura in cui la soggezione allo Stato-ordinamento escludeva la soggezione allo Stato-governo), e, per altro verso, quella di contrastare la sindacalizzazione del corpo burocratico (in quanto il rapporto di lavoro relativo, intercorrente fra una parte – il dipendente pubblico – e il tutto – lo Stato – implicava immedesimazione ed escludeva il conflitto)”¹⁸.

All'origine, dunque, lo statuto speciale del pubblico impiego si presenta con un duplice volto: da una parte rappresenta la manifestazione massima dell'autorità dello Stato – alla cui supremazia il dipendente risulta sottomesso – ma, dall'altra parte, rappresenta anche il massimo della garanzia. Questa, a sua volta, si declina nel duplice senso di garanzia assicurata dalla soggezione dell'amministrazione alla legge, anche e soprattutto con riferimento alla gestione del rapporto di lavoro, e di garanzia intesa come tutela giurisdizionale, visto che nei confronti dei provvedimenti amministrativi che incidono sul rapporto di lavoro – e che sono ora tipizzati – viene ammessa l'impugnazione dinanzi al giudice amministrativo¹⁹.

Questo modello panpubblicistico di impiego alle dipendenze dello Stato non ha subito modifiche sostanziali nel corso della prima metà del Novecento e ha poi trovato una conferma anche nella Costituzione repubblicana, sebbene la stessa Costituzione abbia posto, al contempo, le basi per il suo superamento²⁰.

¹⁸Le parole tra virgolette nel testo sono ancora di S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., 291-292.

¹⁹Si tratta di un'ambivalenza tipica del diritto amministrativo. Al riguardo, si veda C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 393 ss., in particolare 397 ss. nonché, con specifico riferimento al provvedimento amministrativo, R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 5. Per S. BATTINI, voce *Rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione*, cit., 4816, lo speciale statuto del pubblico impiego “è un misto di tratti garantistici e di tratti autoritari: da una parte, l'impiegato pubblico è più protetto del dipendente privato, perché è tutelato anche nell'interesse pubblico, cioè per garantire l'imparzialità amministrativa; dall'altra parte, però, egli si trova in una posizione di subordinazione più intensa, perché il suo datore di lavoro fa valere l'interesse pubblico anche contro di lui”.

²⁰Di ruolo ambivalente della Costituzione in relazione al pubblico impiego parla S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., in particolare 309-310. Evidenzia gli elementi innovativi introdotti dalla Costituzione in materia di pubblico impiego A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto di impiego con enti pubblici*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1993, 461 ss. Secondo U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, cit., 134, “l'influenza della tradizione sugli autori della Costituzione è innegabile, e tuttavia egualmente innegabile è il superamento che la solenne proclamazione nella carta fondamentale produce rispetto all'ispirazione soggettiva dei redattori e all'origine delle due nozioni [imparzialità e buon andamento]. La prima novità sta nel fatto stesso della formulazione testuale, dotata di tutto il valore di una disposizione costituzionale rigida. Eguale novità sta nella formulazione in veste di principi generali evidente dalla posizione e latitudine dei due concetti (...). In generale, sulla discussione in sede di assemblea costituente relativamente alle norme in questione si vedano: M.

Al di là della notazione, ampiamente condivisa in dottrina²¹, secondo cui i costituenti non dedicarono particolare attenzione ai problemi dell'amministrazione pubblica, è significativo notare come gli attuali artt. 97 e 98 della Costituzione traggano origine proprio da una proposta avente ad oggetto i rapporti di pubblico impiego²². Il che costituisce indirettamente un'ulteriore riprova – sia pure in una cornice storica del tutto diversa da quella in cui l'istituto vide la luce – della perdurante e stretta correlazione tra statuto dei pubblici funzionari e imparzialità dell'amministrazione. Correlazione che, infatti, emerge con chiarezza dalle parole del relatore in Sottocommissione, Costantino Mortati, il quale – a fronte delle perplessità, da più parti emerse, circa la rilevanza costituzionale della materia del pubblico impiego²³ – riteneva che la necessità di includere nella Costituzione alcune norme riguardanti la pubblica amministrazione sorgesse da due esigenze: la prima era “quella di assicurare ai funzionari alcune garanzie per sottrarli alle influenze dei partiti politici” così da “garantire una certa indipendenza ai funzionari dello Stato, per avere un'amministrazione obiettiva della cosa pubblica e non un'amministrazione dei partiti (...). La seconda esigenza riguarda la responsabilità dei pubblici funzionari”.

All'impiego pubblico la Costituzione dedica, sia pure in modo frammentario, diverse norme.

Alcune di esse rivelano in modo esplicito il nesso di strumentalità che corre tra il particolare statuto del funzionario pubblico e l'imparzialità dell'amministrazione: basti pensare, ad esempio, all'art. 97, comma 4, dov'è sancita la regola del concorso per l'accesso agli impieghi pubblici, salvo i casi stabiliti dalla legge; all'art. 98, dov'è previsto che “*i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione*” (comma 1) e che “*se sono membri del Parlamento non possono conseguire promozioni se non per anzianità*” (comma 2) o ancora dov'è prescritto che “*si possono con legge stabilire limitazioni al diritto di iscriversi ai partiti politici*” per alcune particolari categorie di pubblici impiegati (i magistrati, i militari di

NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., 64 ss.; L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, cit., 73 ss.; V. anche U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996, 5 ss.

²¹ Per tutti, U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, cit., 133.

²² Il riferimento è alla proposta dell'on. Bozzi nella seduta della Prima Sezione della Seconda Sottocommissione del 14 gennaio 1947. La notazione nel testo è presente anche in R. CARANTA nel commento *sub* art. 97 Cost., in A. CELOTTO, M. OLIVETTI, R. BIFULCO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. II, Torino, 2006, 1890.

²³ Si veda il dibattito nella seduta citata alla nota precedente e, in particolare, gli interventi degli On.li Nobile e Fabbri i quali ritenevano che norme relative al pubblico impiego avessero la loro sede normale nella legge sullo stato giuridico degli impiegati. Lo stesso Mortati, peraltro, pur ritenendo necessarie alcune norme sul pubblico impiego in funzione dell'imparzialità – di cui egli stesso si fece promotore –, riteneva che l'ammissione ai pubblici impieghi non costituisse materia costituzionale.

carriera, i funzionari ed agenti di polizia, i rappresentanti diplomatici) per i quali l'imparzialità costituisce un tratto saliente della funzione da essi esercitata.

Altre norme – si pensi agli artt. 51 e 54 – costituiscono invece la codificazione, al più alto livello dell'ordinamento, di una concezione dell'impiego pubblico come proiezione dello *status* di cittadinanza²⁴.

Come infatti il rapporto di cittadinanza esprime uno *status* di appartenenza dell'individuo allo Stato, così, a maggior ragione, l'impiego pubblico esprime una relazione di appartenenza e identificazione con lo Stato ancora più intensa²⁵. Tale proiezione si coglie sia nell'art. 51, dove l'accesso ai pubblici uffici è riconosciuto ai cittadini sia, soprattutto, nell'art. 54, dove, al dovere dei cittadini di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi (comma 1), fa riscontro il dovere dei cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche di adempierle con disciplina e onore (comma 2). Il pubblico impiegato, in altri termini, è visto soprattutto “come cittadino che entra in una speciale relazione con la comunità statale e non come soggetto privato che stabilisce un rapporto giuridico con l'amministrazione”²⁶.

Questa concezione che vede nel pubblico impiego una proiezione del rapporto tra Stato e cittadino – rapporto impari, come detto, caratterizzato da una supremazia dell'amministrazione, giuridicamente espresso nella nozione di *status* e retto da una disciplina speciale pubblicistica – perdurerà sostanzialmente fino al 1993 e, sotto alcuni aspetti e per taluni profili, anche oltre, sol che si pensi alla disciplina dei limiti all'accesso all'impiego presso le pubbliche amministrazioni da parte degli stranieri, anche se cittadini di altri Stati membri dell'Unione europea²⁷.

²⁴ Cfr. S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., 310-311. Da notare che norme simili all'art. 51 della Costituzione italiana sono presenti anche in altre costituzioni europee che configurano l'accesso all'impiego presso le pubbliche amministrazioni come diritto di cittadinanza. Si veda ad es. l'art. 33, comma 2, della Costituzione tedesca: “Tutti i tedeschi hanno eguale diritto di accesso a tutte le funzioni pubbliche, secondo le loro attitudini, qualifiche e capacità professionali”; l'art. 23, comma 2, della Costituzione spagnola: “[i cittadini] “hanno il diritto di accedere in condizioni di uguaglianza a funzioni e incarichi pubblici con i requisiti indicati dalle leggi”; l'art. 47, comma 23, della Costituzione portoghese: “Ogni cittadino ha un eguale e libero diritto di candidarsi per accedere alla Pubblica Amministrazione, di regola mediante un procedimento di reclutamento competitivo”; l'art. 70, comma 4, della Costituzione ungherese “Tutti i cittadini ungheresi hanno il diritto di partecipare agli affari pubblici e, inoltre, di ricoprire pubblici uffici in conformità alla loro idoneità, istruzione e capacità professionale”. Per uno sguardo ad alcune di queste norme nella prospettiva qui considerata v. F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, Bologna, 2006, 53.

²⁵ Tali considerazioni sono sintetizzate in S. BATTINI, voce *Rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione*, cit., 4817.

²⁶ S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., 311.

²⁷ Ci si riferisce alla possibilità che, in forza dell'art. 45, § 4, TFUE, gli Stati membri deroghino, per quanto concerne l'accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione, al principio di non discriminazione in base alla nazionalità. Al riguardo, peraltro, è noto come la giurisprudenza della Corte di Giustizia abbia progressivamente limitato la portata di tale deroga, considerandola legittima solo per

Si può dunque comprendere la ragione per cui, all'alba della privatizzazione del pubblico impiego, il giudice amministrativo – anche sulla scorta di qualche indicazione proveniente dalla giurisprudenza costituzionale²⁸ – abbia sollevato a più riprese dubbi di costituzionalità di varie parti della disciplina introdotta dalla legge delega 22 ottobre 1992 n. 421 e dal d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, anche e soprattutto in riferimento all'imparzialità²⁹.

Ci si riferisce, in particolare, al parere reso dal Consiglio di Stato sul disegno di legge delega (poi approvato con la legge n. 421/1992)³⁰ e alle di poco successive ordinanze con le quali il TAR del Lazio ha più volte invocato un intervento della Corte costituzionale con riferimento al nuovo regime del pubblico impiego privatizzato³¹.

quegli impieghi pubblici che implicano la partecipazione diretta o indiretta all'esercizio dei pubblici poteri che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato o delle altre collettività pubbliche (ad esempio impieghi nelle carriere diplomatiche, nelle forze armate e di polizia, nell'amministrazione fiscale e nel settore giudiziario). Su questi profili, per un inquadramento generale, S. CASSESE, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 915 ss. e ID., *Stato nazione e funzione pubblica*, *ivi*, 1997, 88 ss. Più recentemente, con riferimento all'Italia, la Corte di giustizia – in sede di rinvio pregiudiziale – ha statuito che l'art. 45, par. 4, TFUE debba essere interpretato nel senso di non consentire a uno Stato membro di riservare ai propri cittadini l'esercizio delle funzioni di presidente di un'Autorità portuale (CGCE, sez. II, 10 settembre 2014, n. C-270/13, in *www.curia.eu*.) Ancora di recente, il TAR del Lazio, con decisione che ha avuto ampia eco anche presso l'opinione pubblica, ha annullato i provvedimenti di nomina di alcuni direttori di istituti museali accogliendo, tra l'altro, anche i motivi di impugnazione relativi alla violazione delle norme nazionali che regolano l'accesso al pubblico impiego dei non cittadini (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II *quater*, 24 maggio 2017, n. 6171 e ID., 7 giugno 2017, n. 6719, in *www.giustizia-amministrativa.it*). Successivamente il Consiglio di Stato, sez. VI, 24 luglio 2017, n. 3666 ha annullato la sentenza del TAR Lazio n. 6719/2017 ritenendo legittimo il bando nella parte in cui ammetteva la partecipazione anche di cittadini non italiani. Infine, con sentenza 2 febbraio 2018, n. 577, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso alla Adunanza Plenaria la questione se possano partecipare alla procedura di selezione di direttori dei musei italiani i cittadini di uno Stato membro dell'Unione che non siano anche cittadini italiani. Le sentenze del Consiglio di Stato citate sono pubblicate in *www.lexitalia.it*.

²⁸ Il riferimento è a un inciso della sentenza della Corte del 29 aprile 1980, n. 68 ove si afferma che “anche se si intendesse privatizzare i rapporti di lavoro con lo Stato non collegati all'esercizio di potestà pubbliche, dovrebbero pur sempre essere conservati come rapporti di diritto pubblico quelli dei dipendenti, cui tale esercizio è o potrebbe essere affidato”.

²⁹ Significativamente A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto di impiego con enti pubblici*, cit., osserva al riguardo come “la tradizione del pensiero amministrativistico è, a onta delle apparenze, talmente solida da far risaltare una ‘necessità’ autoritativa-pubblicistica come *prius* rispetto all'interpretazione della Costituzione, precludendo così *in limine* la visibilità di un campo problematico di valori, di conflitti, di modi e termini di una loro risoluzione”.

³⁰ Cons. Stato, Ad. Gen., 31 agosto 1992, in *Foro it.*, 1993, vol. III, 4.

³¹ Si tratta, rispettivamente, di TAR Lazio, sez. I, 23 gennaio 1996, n. 119; TAR Lazio, sez. III-*bis*, 5 giugno 1996, n. 1171; TAR Lazio, sez. 19 luglio 2000, n. 6060. Le tre ordinanze sono commentate congiuntamente da M. CLARICH, *Riflessioni sui rapporti tra politici e amministrazione (a proposito del T.A.R. Lazio come giudice della dirigenza statale)*, in *Dir. amm.*, 2000, 361 ss.

Stante la centralità di questo passaggio per lo sviluppo successivo del tema, sulla vicenda è opportuno svolgere qualche considerazione più analitica, esaminando sia pur brevemente i pronunciamenti del giudice amministrativo e le correlate decisioni della Corte costituzionale.

Preliminarmente, però, si rende necessario precisare che, a partire dal d.lgs. n. 29/1993, il problema dell'imparzialità intesa come garanzia dell'amministrazione dalle influenze indebite da parte del Governo si porrà in modo sostanzialmente diverso rispetto al passato.

Se, fino ad ora, l'imparzialità era stata garantita attraverso il riconoscimento a tutti i pubblici impiegati di particolari garanzie connesse al loro *status*, con l'attribuzione in via esclusiva ai dirigenti dei poteri di amministrazione, il discorso cambia radicalmente.

Per un verso, infatti, il problema delle garanzie nei confronti del potere politico riguarda ora, soprattutto (anche se non esclusivamente), i dirigenti. Per altro verso, il principio di distinzione tra indirizzo politico e gestione amministrativa costituisce un vero e proprio cambio di paradigma, tanto che una parte della dottrina identifica in esso una nuova accezione dell'imparzialità e un modello radicalmente alternativo a quello della responsabilità ministeriale³².

Al più specifico tema della separazione funzionale tra indirizzo politico e gestione amministrativa e ai connessi profili di disciplina della dirigenza è appositamente dedicato il capitolo successivo.

Qui di seguito, invece, si intende proseguire il discorso unicamente al fine di evidenziare come, malgrado la trasformazione del rapporto di lavoro da pubblico a privato, l'imparzialità dell'amministrazione (intesa in un senso ampio, come non contaminazione della funzione amministrativa da interessi di parte, politici o di altra natura) continui ancora ad essere garantita (anche) attraverso l'applicazione al pubblico funzionario di una disciplina speciale, derogatoria rispetto a quella di diritto comune del lavoro.

3. (segue) *La speciale disciplina del pubblico impiego e la privatizzazione*

Tornando dunque alle pronunce del giudice amministrativo, conviene accennare dapprima al parere del Consiglio di Stato sul disegno di legge delega.

In tale parere il Consiglio di Stato esprimeva forti perplessità in ordine all'assoggettamento al diritto privato del rapporto di impiego dei dipendenti pubblici. Secondo il giudice amministrativo, infatti, fra l'impiego pubblico e il lavoro privato vi sarebbe stata una "diversità ontologica" o "strutturale" derivante dal fatto che "in un gran numero di casi la «prestazione lavorativa» richiesta al dipendente pubblico consiste, in tutto o in parte, nell'esercizio di pubbliche funzioni". In

³² V. i riferimenti dottrinali *infra* cap. 2, paragrafo 2.

questo gran numero di casi – proseguiva il Consiglio di Stato – “pare impossibile ridurre la posizione soggettiva della pubblica amministrazione ad un mero interesse economico privatistico a conseguire l’effettuazione della prestazione lavorativa da parte del dipendente, laddove è preminente l’interesse pubblicistico e generale, al corretto esercizio delle pubbliche funzioni a vantaggio della collettività. Il che comporta, necessariamente, poteri di disciplina, di direttiva, di sindacato, di organizzazione; in una parola, poteri di supremazia che condizionano la posizione soggettiva del dipendente, degradando spesso ad interessi legittimi quelli che in ambito privatistico sarebbero diritti soggettivi”. Di conseguenza, una totale unificazione delle due discipline – dell’impiego pubblico e di quello privato – non avrebbe mai potuto completamente essere realizzata.

Come si vede, la posizione del Consiglio di Stato rispecchia fedelmente la concezione di pubblico impiego sopra esaminata. Una concezione che si fonda su una speciale relazione tra impiegato e amministrazione, dove questa – in funzione dell’*“interesse pubblico al corretto esercizio delle pubbliche funzioni a vantaggio della collettività”* – esercita dei *“poteri di supremazia”* nei confronti dei quali il dipendente è titolare di interessi legittimi. Di qui, la *“diversità ontologica”* tra impiego pubblico e impiego privato³³.

Rimasti disattesi dal legislatore i rilievi del Consiglio di Stato e approvati la legge n. 421/1992 e il d.lgs. n. 29/1993, è stato il TAR del Lazio a farsi carico di sollevare la questione di legittimità costituzionale della nuova disciplina.

Con una prima ordinanza del gennaio 1996 il Tribunale amministrativo riproponeva sostanzialmente le argomentazioni già sollevate dal Consiglio di Stato in ordine alla (ritenuta) incompatibilità della privatizzazione dei dirigenti (diversi da quelli generali) sull’assunto che solo un rapporto di natura pubblicistica in cui vi è una determinazione per legge delle competenze e delle responsabilità dei funzionari avrebbe potuto garantire i funzionari stessi e l’imparzialità dell’amministrazione.

Le medesime argomentazioni venivano poi riprese con la seconda ordinanza di rimessione, nel giugno dello stesso anno. Questa volta, tuttavia, il TAR metteva in discussione la privatizzazione dei pubblici dipendenti *tout court* e non solo quella dei dirigenti non generali ritenendo, sulla base di una certa lettura dell’art. 97 Cost. e di quanto già sostenuto dal Consiglio di Stato, che tra lavoro pubblico e lavoro privato vi fosse una diversità strutturale.

Con la terza ordinanza, infine, il TAR sollevava dubbi di costituzionalità in relazione, tra l’altro, alle norme che estendevano il regime di diritto privato del rapporto di lavoro anche ai dirigenti generali i quali, invece, in precedenza ne

³³ Secondo questa impostazione la privatizzazione del pubblico impiego sarebbe stata, dunque, impossibile in quanto l’impiego con lo Stato sarebbe stato pubblico per sua natura intrinseca. Come è stato notato da S. CASSESE, *Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, 287 ss., in particolare 300, si tratta di una critica che va oltre il segno in quanto lo Stato può continuare ad esercitare poteri, pur senza essere autorità.

erano stati esclusi³⁴. In particolare, per quanto di interesse in questa sede, il TAR riteneva che l'estensione della privatizzazione anche ai dirigenti generali violasse l'art. 97 Cost. in quanto "elude[va] il valore sostanziale ivi enunciato, ossia che ai vertici degli apparati burocratici deve essere assicurato uno *status* coerente al dovere di imparzialità e del buon andamento". Soprattutto, secondo il TAR, non poteva ritenersi coerente con i doveri di imparzialità e buon andamento una disciplina, come quella fatta oggetto di censura, che, per un verso, assoggettava l'acquisizione e la conservazione dell'incarico dirigenziale generale – e, quindi, la carriera e il trattamento economico del dirigente – al gradimento del vertice politico dell'amministrazione, e che, per altro verso, si poneva in contraddizione con il principio della separazione tra indirizzo e gestione³⁵.

Tutte e tre le ordinanze di rimessione del TAR del Lazio non hanno avuto buon esito: nei confronti delle prime due la Corte si è pronunciata con altrettante sentenze di rigetto³⁶, mentre, con riferimento alla terza, la questione di costituzionalità è stata dichiarata manifestamente infondata sulla base della considerazione (ripresa dalla sentenza n. 313/1996) che "la privatizzazione del pubblico impiego (...) «non rappresenta di per sé un pregiudizio per l'imparzialità del dipendente pubblico, posto che per questi (dirigente o no) non vi è – come accade per i magistrati – una garanzia costituzionale di autonomia da attuarsi necessariamente con legge attraverso uno stato giuridico particolare che assicuri, ad es. stabilità ed inamovibilità», per cui rientra nella discrezionalità del legislatore l'ambito di estensione di tale privatizzazione, con il limite del rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione e della non irragionevolezza della disciplina differenziata³⁷".

³⁴ Sulle questioni poste dall'ordinanza di rimessione e sulla successiva ordinanza di inammissibilità della Corte costituzionale si veda P. CERBO, *Lo status del dirigente e l'imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, vol. III, 483 ss.

³⁵ Salvo ritornare più oltre in modo specifico sulla disciplina della dirigenza, è possibile sin d'ora evidenziare come con tale ordinanza il *focus* dell'attenzione da parte del TAR veniva ormai spostato dalla questione della natura giuridica (pubblica o privata) del rapporto di impiego a quella, ben più pregnante, del nuovo *status* giuridico del dirigente che, per effetto della nuova disciplina, veniva nei fatti precarizzato, con evidenti ricadute in termini di erosione delle garanzie di autonomia e imparzialità.

³⁶ Si tratta delle sentenze 25 luglio 1996, n. 313 e 16 ottobre 1997, n. 309. La prima è pubblicata in *Foro it.* 1997, vol. I, 35, con nota di A. FALCONE, *La "mezza" privatizzazione della dirigenza pubblica al vaglio della Corte costituzionale* e in *Dir. lav.*, 1996, vol. II, 442, con nota di E. ALES, *La contrattualizzazione del rapporto di lavoro dei dirigenti nel pubblico impiego al vaglio della Corte costituzionale*. La seconda è pubblicata in *Giur. cost.*, 1997, 2907 ss.

³⁷ Corte cost., ordinanza 30 gennaio 2002, n. 11, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, 483 ss. con nota di P. CERBO, *Lo status del dirigente e l'imparzialità della pubblica amministrazione*, cit. e in *Giur. cost.*, 2002, 83 ss. con nota di N. LUPO, *L'estensione della contrattualizzazione ai dirigenti generali supera il vaglio della Corte costituzionale*. Su questa ordinanza si avrà modo di tornare più avanti (cap. 2) quando ci si occuperà più specificamente della compatibilità con il principio di imparzialità della

Giudice amministrativo e Corte costituzionale, dunque, si pongono su sponde diametralmente opposte: mentre per il TAR l'imparzialità si realizza mediante il riconoscimento di un particolare *status* al dipendente pubblico – dove *status* identifica, più esattamente, la natura necessariamente pubblica del rapporto e, quindi, una riserva di regime giuridico integralmente pubblicistico –, per la Corte costituzionale l'imparzialità è innanzitutto un tratto qualificante dell'amministrazione complessivamente considerata e non il risultato derivante dal riconoscimento di una garanzia di autonomia al dipendente (dirigente o no)³⁸. Inoltre – sempre secondo la Corte – il valore dell'imparzialità deve comunque essere integrato da quello dell'efficienza: “essendo da ritenere che l'imparzialità stessa non debba essere garantita necessariamente nelle forme dello statuto pubblicistico del dipendente, ben potendo viceversa trovare attuazione – (...) in un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici”³⁹.

In definitiva, per effetto della privatizzazione e dell'avallo della Corte costituzionale, la natura pubblica del rapporto di lavoro con l'amministrazione, e con essa il tradizionale *status* del pubblico impiegato, risultano definitivamente superati, in quanto ritenuti non imposti dall'art. 97 Cost. Allo *status* si sostituisce un rapporto obbligatorio e paritario e alla simmetria tra diritto pubblico e imparzialità sembrerebbe sostituirsi quella tra diritto privato e buon andamento⁴⁰.

In realtà, malgrado il mutamento giuridico del rapporto, la particolare natura del datore di lavoro continua ad influire sulla disciplina applicabile all'impiego presso le pubbliche amministrazioni ed il nesso tra disciplina legislativa pubblicistica e imparzialità, sia pure in forme diverse da prima, continua ad essere vivo.

temporaneità degli incarichi dirigenziali. Per uno sguardo d'insieme all'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di privatizzazione dell'impiego pubblico v. F. CARINCI, *Giurisprudenza costituzionale e c.d. privatizzazione del pubblico impiego*, in *Il lav. nelle pp.aa.*, 2006, 499 ss.

³⁸Sottolinea in particolare questa diversità di posizioni P. CERBO, *Lo status del dirigente e l'imparzialità della pubblica amministrazione*, cit., 487.

³⁹Così la sentenza n. 313/1996 cui si aggiunge l'affermazione della successiva sentenza n. 309/1997 secondo “il tradizionale statuto integralmente pubblicistico del pubblico impiego non [è] imposto dall'art. 97 Cost.”.

⁴⁰Così G. GARDINI, *La dirigenza pubblica in cerca di identità. Riflessioni alla luce di una riforma interrotta*, cit., 155 ss., in particolare 176, ma già in precedenza ID., *Lo spoils system al primo vaglio di costituzionalità: le nomine fiduciarie delle Regioni sono legittime, ma la querelle resta aperta*, in *Il lav. nelle pp.aa.*, 2006, 679 ss., in particolare 683. È stato tuttavia notato che la duplice equazione diritto pubblico-imparzialità/diritto privato-buon andamento è forse eccessivamente schematica e rischia di non riuscire a cogliere la complessità del fenomeno. Ci si riferisce a quanto osservato da S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., 660 ss. Secondo questo Autore “il diritto positivo ... realizza l'equilibrio tra garanzie di stabilità ed esigenze di flessibilità in termini del tutto peculiari, e per molti profili contraddittori”, dando luogo ad un “singolare fenomeno di contaminazione, per effetto del quale la logica privatistica influisce sul contenuto della disciplina legislativa che regola i profili pubblicistici del rapporto, mentre, al contrario, la disciplina contrattuale degli aspetti più propriamente lavoristici della relazione assume contenuti che si richiamano alla logica pubblicistica dello stato giuridico”.

Tale nesso, tuttavia, si atteggia in maniera differente per la dirigenza e per il resto del personale.

Per quanto riguarda i dirigenti, come noto, solo il rapporto di servizio è regolato dal contratto, mentre il rapporto d'ufficio, in quanto attinente all'organizzazione, rimane assoggettato a una disciplina pubblicistica ed è indisponibile dalle parti proprio perché funzionale ad assicurare – tra l'altro – che l'organizzazione sia imparziale⁴¹. Con riferimento a tale disciplina legislativa, d'altra parte, come si vedrà, la Corte costituzionale avrà modo di pronunciarsi più volte al preciso fine di verificarne la legittimità in relazione ai principi di imparzialità e buon andamento. Di tali profili, come detto, ci si occuperà specificamente nel prossimo capitolo.

Per quanto attiene al personale non avente qualifica dirigenziale, il mutamento della natura del rapporto, da pubblico a privato, dovrebbe portare con sé, quale sua naturale conseguenza, che la disciplina applicabile a tale rapporto coincida, ora, con la disciplina applicabile al lavoro subordinato presso l'impresa privata, ossia con le norme del codice civile e delle altre leggi civili in materia di lavoro nonché con i contratti collettivi. Sennonché, la parificazione delle discipline non è totale, avendo previsto lo stesso decreto n. 29/1993 che alcuni aspetti del rapporto di lavoro siano ancora demandati a regole "pubblicistiche" che, in quanto applicabili soltanto ai rapporti di impiego con l'amministrazione, rivestono un carattere di specialità⁴².

In particolare, per quanto di interesse in questa sede, il riferimento è al mantenimento di quelle regole della disciplina previgente che, essendo direttamente strumentali alla realizzazione dei valori costituzionali di imparzialità, di esclusività del servizio alla Nazione, di adempimento delle funzioni pubbliche con disciplina e onore, vengono conservate anche dopo la trasformazione della natura del rapporto.

Oltre, ovviamente, alla regola del concorso pubblico per l'accesso all'impiego, si pensi, ad esempio, alle discipline in tema di incompatibilità e di cumulo di impieghi – già previste dal Testo unico del 1957 e fatte salve dal d.lgs. n. 29/1993 – che configurano il dovere di esclusività del dipendente pubblico in termini del tutto peculiari rispetto all'analogo dovere del dipendente privato, ma si pensi anche alle norme dei codici di comportamento che riproducono, specificandoli, i dove-

⁴¹ "Ferma restando la possibilità che la disciplina del rapporto di servizio lo configuri nei modi più vari, compresa l'ipotesi dell'assoggettamento completo alla disciplina privatistica, resta comunque, nell'ambito della complessiva relazione fra il dirigente e l'amministrazione, un profilo – per l'appunto il rapporto di ufficio – che appare, questo sì, 'ontologicamente' pubblicistico. Ontologicamente non nel senso che il rapporto trae la sua qualificazione giuridica dalla propria essenza anziché dalle norme che lo regolano, ma nel senso che la qualificazione pubblicistica deriva dalle norme che disciplinano l'organizzazione degli uffici, e non da quelle che regolano il rapporto di servizio". Così S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., 712.

⁴² In questo senso, già all'indomani del d.lgs. n. 29/1993, in dottrina è stato affermato come tale normativa non abbia trasformato il rapporto di lavoro da pubblico a privato, ma abbia aggiunto alla disciplina pubblicistica del rapporto quella privatistica. Così, S. CASSESE, *Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, 287 ss.

ri dell'impiegato pubblico, strumentali all'esercizio imparziale della funzione, anch'essi già regolati dal Testo unico del 1957⁴³.

In questa prospettiva, anche recuperando alcune affermazioni contenute nelle pronunce sopra richiamate del giudice amministrativo – sia pure depurate dei contenuti più schiettamente ideologici – si può affermare che il nesso tra regime speciale dell'impiego pubblico e imparzialità dell'amministrazione rimane intatto. Non più, evidentemente, facendo leva sulla natura, “ontologicamente” diversa, del rapporto di lavoro, né su particolari poteri di supremazia dell'amministrazione nei confronti del dipendente, ma, più semplicemente, conservando taluni profili della disciplina previgente che, essendo strumentali alla realizzazione dei valori che connotano l'amministrazione a livello costituzionale, costituiscono un tratto di quella “ineliminabile diversità di regime” del rapporto di lavoro con l'amministrazione stessa. Se è vero, infatti, come affermato dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 11/2002, che la privatizzazione del rapporto di impiego pubblico non reca di per sé pregiudizio all'imparzialità del dipendente, è anche vero che l'imparzialità dell'amministrazione costituisce al contempo un limite alla totale parificazione dell'impiego pubblico a quello privato essendo rimessa al legislatore – come affermato dalla Corte – la ricerca di un equilibrato dosaggio delle fonti regolatrici.

In definitiva, in continuità con l'esperienza precedente, l'imparzialità dell'amministrazione, per quanto messa in ombra dalle prevalenti esigenze del buon an-

⁴³ Sebbene sulla responsabilità disciplinare derivante dalla violazione dei doveri di comportamento si realizzi, soprattutto successivamente al d.lgs. n. 80/1998, un complesso intreccio di fonti, in parte normative e in parte negoziali, non è dubbio che, dopo la privatizzazione, il fondamento del potere disciplinare sia da rinvenirsi nel contratto e non nello *status*. Sulla efficacia dei codici di comportamento anche indipendentemente dal loro recepimento nei contratti collettivi si veda E. CARLONI, *Ruolo e natura dei c.d. codici etici delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 342 ss., nonché, anteriormente al d.lgs. n. 80/1998, B.G. MATTARELLA, *I codici di comportamento*, in *Riv. giur. dir. lav.*, 1996, 275 ss. Sulla responsabilità disciplinare e sulle sue più recenti evoluzioni, dopo la legislazione c.d. Brunetta, v. B.G. MATTARELLA, *La responsabilità disciplinare*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 34 ss., il quale sottolinea come, a seguito delle novità apportate dal d.lgs. n. 150/2009, il procedimento disciplinare, analogamente a quanto accadeva prima della privatizzazione del rapporto di impiego, appaia “spesso espressione della pretesa punitiva dell'autorità pubblica più che dell'interesse privato del datore di lavoro. Per molti aspetti, dunque, il diritto che regola la responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici si presenta come diritto pubblico, e non come diritto privato speciale”. Ribadisce la tesi del fondamento contrattuale e della natura privatistica del potere disciplinare E. VILLA, *Il fondamento del potere disciplinare nel lavoro pubblico privatizzato alla luce delle più recenti riforme*, in *Il lav. nelle pp. aa.*, 2013, 967 ss. In argomento, in prospettiva soprattutto pratica, ma comunque utile per l'ampiezza di riferimenti giurisprudenziali, si veda anche il ponderoso volume di V. TENORE, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, Milano, 2017. La responsabilità disciplinare è stata da ultimo modificata da alcuni decreti delegati della legge c.d. Madia (legge 7 agosto 2015 n. 124), ossia in particolare il d.lgs. 20 giugno 2016 n. 116 e il d.lgs. 25 maggio 2017 n. 75. Per un primo commento a questa disciplina v. M. MAGRI, *Il lavoro pubblico tra sviluppo ed eclissi della “privatizzazione”*, in *Giorn. dir. amm.* 2017, 581 ss., in particolare 594 ss. Sul tema si tornerà comunque *infra* cap. 3.

damento, è ancora largamente affidata a una disciplina pubblicistica dell'impiego presso le amministrazioni, disciplina che, in quanto valida per i soli rapporti con i soggetti pubblici, è speciale. Si tratta però di una specialità che non risiede più nel particolare *status* del dipendente, ossia nella natura impari del rapporto tra impiegato e amministrazione, ma nella parziale deroga al regime, ora privatistico, del rapporto di lavoro. Tale disciplina speciale, inoltre, non soltanto prevale rispetto alle norme di diritto comune, ma è anche inderogabile dalla contrattazione collettiva.

Anche dopo la privatizzazione, pertanto, residuano profili di specialità, eredità del modello tradizionale di pubblico impiego, dai quali è possibile cogliere la persistente correlazione tra regole unilaterali pubblicistiche e garanzia dell'imparzialità⁴⁴. Una correlazione che risulta significativamente rafforzata negli anni recenti, vuoi perché, già sul piano generale, si affacciano nuovi tentativi di tornare verso il modello pubblicistico di pubblico impiego, vuoi perché, con specifico riferimento ai profili che qui soprattutto interessano, la recente normativa anticorruzione ha significativamente ampliato e rafforzato la c.d. imparzialità soggettiva dei pubblici dipendenti⁴⁵. Anche di tali questioni ci si occuperà più specificamente nel prosieguo (*infra* capitolo terzo).

Per il momento, a conclusione di questa sintetica ricostruzione, si intende solo ribadire che, dopo la riforma del pubblico impiego, la garanzia dell'imparzialità nell'organizzazione amministrativa non risiede più nella natura speciale del rapporto di lavoro, quanto piuttosto nel contenuto delle regole – queste sì, speciali, in quanto derogatorie delle norme di diritto comune – relative allo svolgimento delle funzioni.

Lo spazio occupato da questa disciplina speciale, tuttavia, è stato significativamente ampliato negli anni più recenti per effetto dell'introduzione, ad opera della legge, di una nutrita serie di regole volte a salvaguardare l'imparzialità nell'organizzazione amministrativa. Il legame tra disciplina speciale pubblicistica e imparzialità – comunque conservato pur dopo la privatizzazione dei rapporti di lavoro – ne risulta quindi ulteriormente rafforzato, mentre, di contro, il ritorno

⁴⁴ Secondo S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., 722 “si tratta, in realtà, dell'affermarsi di una diversa concezione della *specialità* amministrativa. Nel lavoro pubblico, quella che viene ad essere abbandonata è l'idea (...) di una *specialità dedotta* a partire dai principi giuridici (speciali) che devono comunque applicarsi ai rapporti di cui l'amministrazione sia parte; tale idea viene sostituita con quella (...) di una *specialità indotta*, che si riassume nella somma e nella combinazione delle singole regole applicabili ai soli dipendenti pubblici, ovvero in più generali principi che possano però ricavarsi da tali regole, e non a partire da una speciale posizione complessivamente riservata all'amministrazione nell'ordinamento”.

⁴⁵ Sui più recenti sviluppi delle riforme in tema di lavoro pubblico si vedano le considerazioni svolte da S. BATTINI, *Al servizio della Nazione? Verso un nuovo modello di disciplina della dirigenza e del personale pubblico*, relazione al 62° Convegno di studi amministrativi su *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della Pubblica Amministrazione*, Varenna, 22, 23 e 24 settembre 2016, in www.astrid.it e da G. GARDINI, *La dirigenza pubblica in cerca di identità. Riflessioni alla luce di una riforma interrotta*, cit., 155 ss.

alla legge contribuisce sensibilmente a indebolire il modello privatistico o almeno a ibridarne ulteriormente i caratteri.

4. *La disciplina della fonction publique in Francia*

A differenza di quanto accaduto nell'ordinamento italiano a seguito della privatizzazione del pubblico impiego, in altri Paesi il rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione è ancora oggetto di una disciplina speciale, espressione di una concezione ancora fortemente ancorata all'idea di *status*⁴⁶.

In particolare, è utile qui fare riferimento all'esperienza francese, che rappresenta il modello in cui più chiaramente traspare la concezione secondo cui la natura del rapporto di lavoro con l'autorità pubblica è "ontologicamente" diversa da quella del rapporto di lavoro privato. Infatti, "*la fonction publique n'est pas un métier, une profession, comme les autres. Des intérêts publics, supérieurs aux intérêts privés sont ici en cause. L'Etat, au regard de ses employés, n'est pas un simple patron. Il est en droit de réclamer de ses agents une discipline plus suivie*"⁴⁷. L'amministrazione, dunque, è un datore di lavoro del tutto particolare in quanto, essendo preposta alla cura di obiettivi di interesse generale, deve poter beneficiare di prerogative speciali che le consentano di pretendere dai propri dipendenti il rispetto di alcuni specifici doveri⁴⁸. Specularmente, il funzionario pubblico non è considerato un cittadino come tutti gli altri proprio in ragione dei peculiari obblighi che ne caratterizzano la condizione sia rispetto ai dipendenti dell'impresa privata sia rispetto a qualsiasi altro cittadino⁴⁹.

Tale concezione – che, come si è visto, ha lungamente caratterizzato anche il rapporto di impiego pubblico in Italia – affonda le sue radici nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, il cui art. 6 prevede che "*tous les citoyens sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents*". Si tratta di una norma che, come si è detto nel paragrafo precedente, ha poi largamente influenzato le Costituzioni di altri Paesi, compresa l'Italia, e che stabilisce un nesso molto stretto tra *status* di cittadino e *status* di pubblico impiegato.

⁴⁶In generale sulla *fonction publique* in Francia v. F. MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, Paris, 2017, *passim*.

⁴⁷La citazione è tratta da M. POCHARD, *Quel avenir pour la fonction publique?*, in *AJDA*, 2000, 3, che a sua volta la riporta nella nota 5 dal "Rapport présenté à l'Assemblée nationale constituante par Yves Fagon, député MRP, in *Rev. adm.*, 1996, n, spécial préc., annexes établies par Jeanne Siwek-Pouydesseau.

⁴⁸Cfr. Conseil d'Etat, *Perspectives pour la fonction publique – Rapport public 2003*, 30 novembre 2002, in www.conseil-etat.fr.

⁴⁹Cfr. sul punto B. GAGLIARDI, *L'etica pubblica in Francia*, in F. MERLONI e R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della Nazione*, Milano, 2009, 341 ss.

Nel corso del XIX secolo anche in Francia si afferma l'idea che il particolare regime giuridico di cui godono i funzionari pubblici debba metterli al riparo dalle possibili ingerenze del potere politico. In un sistema di amministrazione fortemente accentrata e gerarchizzata i funzionari sono i garanti della continuità dello Stato e, pertanto, devono essere protetti dai cambiamenti del vertice politico. In questa prospettiva, ad esempio, una legge del 1834 stabilisce la differenza tra “*le grade*”, cioè il livello di impiego, che appartiene al funzionario e di cui lo stesso non può essere privato, salvo casi particolari (es. dimissioni, condanna) e “*l'emploi*”, ossia il tipo di mansioni, di cui dispone l'autorità pubblica⁵⁰. Analogamente – in modo del tutto corrispondente a quanto visto nel caso italiano – sono fortemente limitati i diritti sindacali dei funzionari pubblici, per il timore che ciò possa nuocere all'esercizio imparziale della *fonction publique*.

Nel tempo, le normative sul pubblico impiego si stratificano. Il primo statuto organico dei funzionari pubblici risale al 1941, durante il regime di Vichy. Si tratta di una legge in cui i caratteri autoritari dello Stato, per ovvie ragioni, sono ulteriormente accentuati, com'è documentato tra l'altro dal forte sbilanciamento in ordine ai doveri dei funzionari rispetto ai loro diritti⁵¹.

Solo nel 1946, all'esito di un lungo dibattito, viene emanato il primo statuto repubblicano dei pubblici impiegati con l'obiettivo di raccogliere in un testo unico le varie norme disperse in una pluralità di fonti⁵². Accanto ai doveri del funzionario, vi è anche il riconoscimento di una serie di diritti, tra i quali, in particolare, per la prima volta, i diritti sindacali. La legge precisa, inoltre, che il funzionario si trova nei confronti dell'amministrazione in una situazione “*statutaire et réglementaire*” (così, ancora attualmente, dispone l'art. 4 dello Statuto), ossia in una situazione opposta a quella dei prestatori di lavoro presso l'impresa (c.d. “*salariés*”), il cui rapporto è regolato dal contratto.

Questo statuto è stato oggetto di una profonda riforma negli anni Ottanta del secolo scorso, con l'obiettivo di assoggettare tutti i pubblici impiegati – sia quelli statali sia quelli delle autonomie regionali e locali sia, infine, quelli del settore sanitario, a una disciplina in larga misura omogenea, anche al fine di evitare il rischio che, con l'affermarsi del decentramento amministrativo, gli impiegati degli enti locali fossero assoggettati a un regime contrattuale⁵³.

⁵⁰Loi du 19 mai 1834 sur l'État des officiers.

⁵¹Si tratta della legge 14 settembre 1941 recante Statut général des fonctionnaires civils de l'État et des établissements publics de l'État. L'art. 6 di tale legge, ad esempio, prevedeva addirittura la necessità di un'autorizzazione del superiore gerarchico per poter contrarre matrimonio.

⁵²Si tratta delle legge 19 ottobre 1946 recante Statut général des fonctionnaires. In dottrina, per un commento alla legge, J. RIVERO, *Vers la fin du droit de la fonction public?*, in *Dalloz*, 1947, chr. 38 ss.

⁵³La riforma è stata realizzata mediante quattro leggi: si tratta della legge 13 luglio 1983, n. 83-634, recante diritti e obblighi dei funzionari (c.d. *loi Le Pors*, dal nome del ministro proponente), della legge 11 gennaio 1984, n. 84-16, che reca disposizioni relative alla *fonction publique* dei

Il nuovo *statut* riposa su tre principi fondamentali: anzitutto, l'égalité, nella duplice accezione di uguaglianza dei cittadini nell'accesso agli impieghi pubblici – garantita primariamente attraverso il concorso come metodo ordinario per il reclutamento – e di uguaglianza di trattamento dei funzionari lungo tutta la loro carriera; in secondo luogo, l'*indépendance* dal potere politico, garantita mediante la stabilità dell'impiego e le altre garanzie statutarie, in particolare per quanto riguarda gli sviluppi della carriera; in terzo luogo, la *citoyenneté*, ossia l'idea che ogni dipendente pubblico è innanzitutto un cittadino e come tale deve godere dei diritti e delle libertà proprie dei cittadini⁵⁴. In tal modo, com'è stato notato, l'accento del legislatore è posto primariamente sui diritti dei funzionari⁵⁵.

Dal punto di vista strutturale la legge Le Pors è articolata in quattro capitoli: il primo contiene disposizioni generali, che costituiscono principi fondamentali della *fonction publique* francese. Si è già accennato, in particolare, all'art. 4, dov'è stabilito che “*le fonctionnaire est, vis-à-vis de l'administration, dans une situation statutaire et réglementaire*”, ossia che il rapporto di lavoro di questo personale è disciplinato dal diritto pubblico e non ammette vincoli di natura contrattuale.

Il capitolo secondo è invece dedicato alle garanzie. Tra esse meritano di essere ricordate la garanzia della libertà d'opinione (art. 6, diversamente dalla libertà di espressione, che non è menzionata), quella in base alla quale la carriera di un funzionario eletto in un organo politico non può essere influenzata dal voto e dalle opinioni espresse nel corso della campagna elettorale o del mandato (art. 7), la garanzia dei diritti sindacali (art. 8) e del diritto di sciopero (art. 10). Da segnalare,

dipendenti statali, della legge 26 gennaio 1984, n. 84-53 che reca disposizioni relative alla *fonction publique* territoriali; della legge 9 gennaio 1986, n. 86-33, recante disposizioni relative alla *fonction publique* ospedaliera. Ciascuna di tali leggi costituisce un titolo dello statuto. Per i magistrati e i militari sono invece previste discipline speciali. Su queste normative v. A. LE PORS, *Le statut general des fonctionnaires de l'État et des collectivités*, in *RFAP*, 1983, n° 25, 31 ss.; A. BALDOUS, *La loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires*, in *RFDA*, 1984, 115. Per un bilancio complessivo di queste normative, a trent'anni di distanza, si vedano i contributi di C. VIGOUROUX, E. SAILLANT, E. AUBIN, C. RADÈ e V. POTIER, in *AJDA*, n. 21/2013, 1202 ss.

⁵⁴ E. SAILLANT, *Les valeurs de la fonction publique dans la loi du 13 Juillet 1983*, in *AJDA*, n. 21/2013, 1207 ss. Malgrado tali aperture, tuttavia, il funzionario pubblico incorre tuttora in alcune limitazioni dei propri diritti (ad esempio, in forza del principio di laicità, è prescritto che, nell'esercizio delle funzioni, egli debba astenersi dal manifestare le proprie opinioni religiose). Sulle limitazioni alle libertà del dipendente pubblico v. B. GAGLIARDI, *L'etica pubblica in Francia*, cit., 341-342 e dottrina ivi citata. Come nota C. FORTIER, *La fonction publique française naviga a vista?*, in *Ius-publicum*, n. 2-2014, 3: “sin dal primo dopoguerra lo statuto è anzitutto uno strumento politico: mentre quello del 1946 si applicava soltanto ai circa 900.000 dipendenti di Stato ed enti pubblici, con lo Statuto del 1983 si introduce una disciplina unitaria e di uguale forza giuridica, che esprime l'identità del service public, sia per gli impiegati dello Stato, sia per quelli dei comuni, dei dipartimenti e delle neo istituite regioni, sia infine per quelli del sistema sanitario. Il decentramento all'epoca in via di realizzazione poneva l'ineludibile sfida di impedire il progressivo assoggettamento degli impiegati degli enti locali a un regime di tipo contrattuale; al contrario li si voleva coinvolgere appieno nella nuova costruzione: ciò è stato consentito dallo statuto “generale” dei funzionari, destinato a disciplinare quattro milioni di impiegati pubblici”.

⁵⁵ M. POCHARD, *Quel avenir pour la fonction publique?*, cit.

inoltre, in particolare, la garanzia della “*protection fonctionnelle*” (art. 11) da parte dell'amministrazione di appartenenza, un meccanismo che assicura ai funzionari il diritto di essere tenuti indenni da eventuali condanne civili per fatti commessi nell'esercizio delle funzioni e di essere protetti in caso di azioni penali (ad es. mediante assistenza giudiziaria, rimborso delle spese processuali) o di minacce, violenza, ingiurie, diffamazioni di cui gli stessi possono essere vittime⁵⁶.

Il capitolo terzo riguarda le carriere. Si è già detto della distinzione, mantenuta dalla legge del 1983, tra *le grade* e *l'emploi* (art. 12) e del reclutamento per concorso, salvi i casi previsti dalla legge (art. 16), che determina l'appartenenza dell'impiegato all'organizzazione pubblica. Sono da aggiungere le garanzie relative alla mobilità tra le *fonctions publiques* (art. 14), al trattamento economico, correlato alle mansioni esercitate e ai congedi (artt. 20-21), ai procedimenti disciplinari (art. 19), alla formazione permanente (art. 22), alle cause di cessazione del rapporto di lavoro (art. 23).

Da ultimo, il capitolo quarto è dedicato agli obblighi del funzionario che comprendono l'esclusività della prestazione lavorativa al servizio dell'amministrazione (art. 25), il segreto professionale e il dovere di discrezione, pur nel rispetto del dovere di soddisfare le richieste di informazione del pubblico (artt. 26-27), il dovere di eseguire i compiti affidati nel rispetto del principio gerarchico, la responsabilità disciplinare (ed eventualmente penale) per la violazione dei doveri professionali (artt. 29-30).

Lo statuto della *fonction publique* è stato, infine, oggetto di un'importante e recentissima riforma che ha profondamente modificato alcuni degli istituti cui si è fatto cenno pocanzi⁵⁷. La riforma, infatti, riguarda in particolare il titolo I dello statuto, ossia la legge n. 83-634, relativa ai diritti e ai doveri dei funzionari.

Rispetto ai trentuno articoli della legge originaria, la legge del 2016 modifica o introduce nello statuto generale oltre venticinque articoli, sicché a ragione la dottrina ha affermato che la legge in parola costituisce la più importante riforma del titolo primo dello statuto generale della *fonction publique* dal 1983⁵⁸.

⁵⁶La *protection fonctionnelle* non è dovuta se il fatto esula dall'esercizio delle funzioni e sia un fatto personale il che si verifica, ad esempio, nel caso di un'azione dolosamente preordinata alla commissione di un reato.

⁵⁷Si tratta della legge 20 aprile 2016, n. 2016-483. Anche in precedenza, tuttavia, vi erano stati interventi, sebbene minori, di modifica (si pensi, in particolare, alla legge 26 luglio 2005, n. 2005-483 che ha adeguato lo statuto al principio di libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione Europea riservando ai cittadini quelle che comportano partecipazione all'esercizio di *puissance publique*), mentre ulteriori recentissimi interventi si devono all'*ordonnance* 19 gennaio 2017, n. 2017-53 e alla legge 27 gennaio 2017, n. 2017-86. In questa sede, tuttavia, interessa soprattutto evidenziare le novità introdotte dalla legge 2016-483. Per un commento a questa disciplina v. E. AUBIN, *L'entrée de la déontologie dans le titre I^{er} du statut général*, in *AJDA*, 2016, 1433; S. NIQUÈGE, *La loi sur la déontologie, ou la réforme à pas comptés*, in *AJFP*, 2016, 196 ss.; E. ROUX, *Loi 'déontologie' du 20 avril 2016: les nouveaux impératifs déontologiques des fonctionnaires*, in *AJ Collectives Territoriales*, 2016, 292.

⁵⁸E. AUBIN, *L'entrée de la déontologie dans le titre I^{er} du statut général*, cit.

Per quanto di interesse in questa sede due sono i profili di novità che meritano di essere segnalati: da un lato, l'introduzione nello statuto della nozione di *deontologie*, che rafforza la dimensione assiologica della *fonction publique* e, dall'altro lato, ma strettamente connesso, la previsione e la regolamentazione del *conflit d'intérêts*.

Quanto al primo profilo, l'introduzione della deontologia ha comportato la sostanziale riscrittura del capitolo quarto del titolo I. Quest'ultimo, intitolato ora *des obligations et de la deontologie*, codifica tutta una serie di doveri ricavati in precedenza in via interpretativa dalla giurisprudenza in quanto ritenuti espressione dei valori fondamentali del servizio pubblico.

Senza pretesa di esaustività, è opportuno qui fare riferimento in particolare alla codificazione, nel nuovo art. 25, del dovere per il funzionario di esercitare la funzione *avec dignité, impartialité, intégrité et probité*, nonché dell'obbligo, nell'esercizio delle funzioni, della *neutralité* e del rispetto del principio di *laïcité*. Sul rispetto di tali valori da parte dei funzionari è chiamato a vigilare ciascun *chef de service*, potendo questi anche precisarne il contenuto per adattarli alla specifica missione affidata all'ufficio di cui è responsabile.

Secondo la dottrina, *neutralité* e *impartialité* del funzionario sono doveri che vanno di pari passo e costituiscono corollari della *neutralité du service public*⁵⁹. Tali doveri implicano che ogni azione e ogni decisione del funzionario siano prese unicamente nell'interesse del *service public* e non siano influenzate da opinioni politiche o personali dell'agente. Costui deve astenersi da qualsiasi forma di proselitismo o di propaganda e nei confronti degli utenti del servizio pubblico deve mantenere un comportamento improntato a una perfetta parità di trattamento, senza operare favoritismi di alcun genere.

Strettamente connesso al dovere di *neutralité* è, poi, il dovere di *laïcité* che comporta, ad esempio, il divieto per il funzionario pubblico di portare simboli religiosi⁶⁰.

Anche *intégrité* e *probité* sono doveri reciprocamente complementari. In essi si riassumono una serie di obblighi di comportamento che vanno dal divieto di cumulo di impieghi al divieto di trarre qualsiasi vantaggio materiale dall'esercizio della funzione per sé o per i propri congiunti.

Infine, il dovere di *dignité*, che impone al funzionario obblighi di comportamento che possono estendersi anche al di là dell'esercizio della funzione e che, nell'esercizio di essa, implicano altresì il rispetto della dignità altrui⁶¹.

⁵⁹E. ROUX, *Loi 'déontologie' du 20 avril 2016: les nouveaux impératifs déontologiques des fonctionnaires*, cit.

⁶⁰Cfr. Conseil d'État, 11 giugno 2015, avis n. 390136, in *www.conseil-etat.fr*: "Ainsi, le fonctionnaire qui ne s'abstiendrait pas de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, ses opinions religieuses, notamment en portant un signe destiné à marquer son appartenance à une religion, manquerait à cette obligation".

⁶¹Secondo la dottrina – che richiama al riguardo alcuni casi giurisprudenziali – violerebbe questo dovere il capo di un *Etablissement public* che adottasse un comportamento affettivo equivoco

Il secondo profilo di interesse è, come anticipato, l'introduzione della nozione e della regolamentazione del *conflit d'intérêts* all'interno dello statuto.

Anzitutto, ai sensi dell'art. 25-bis “*constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions*”⁶².

Si tratta – come meglio si vedrà nel capitolo terzo – di una nozione simile a quella che si trova, ora, nel diritto positivo italiano e sulla quale si avrà modo di soffermarsi approfonditamente più avanti.

Per il momento, tornando alla disciplina francese, preme evidenziare come in caso di conflitto di interessi la norma preveda che il funzionario che ritenga di trovarsi in questa situazione debba innanzitutto adire il suo superiore gerarchico. Quest'ultimo, a sua volta, affida l'istruzione della pratica o rimette la decisione a un'altra persona. Più in generale, e analogamente a quanto avviene anche nel diritto italiano, il funzionario in conflitto di interessi ha l'obbligo di astenersi (dal firmare, dal partecipare alla discussione o alla votazione nell'ambito di un organo collegiale, ecc.).

In secondo luogo, il conflitto di interessi è alla base della disciplina dettata dal successivo art. 25-ter. Questa norma stabilisce che la nomina del funzionario in uno degli impieghi in cui il particolare livello gerarchico o la natura delle funzioni lo richiedano sia condizionata dalla preventiva trasmissione da parte del funzionario stesso di una dichiarazione “*exhaustive, exacte et sincère*” dei suoi interessi. Ai sensi della medesima disposizione spetta al Consiglio di Stato individuare le tipologie di livelli di funzioni per i quali la dichiarazione si rende necessaria, nonché di fissare il contenuto della dichiarazione stessa.

A tale compito il Conseil d'État ha provveduto con il Decreto n. 2016-1967 del 28 dicembre 2016, il cui art. 7 prevede che l'interessato debba comunicare, oltre ai propri dati anagrafici, *i*) le funzioni per le quali è effettuata la dichiarazione, *ii*) le attività professionali e *iii*) di consulenza che abbiano dato luogo a remunerazioni o compensi esercitate alla data della nomina e nei cinque anni precedenti la dichiarazione, avendo cura di identificare il datore di lavoro, il tipo di attività esercitata, il periodo e la remunerazione ricevuta, *iv*) la partecipazione ad organi direttivi di organismi pubblici o privati, *v*) le attività professionali esercitate alla data della nomina dal congiunto, dal partner legato da un patto civile di solidarietà o dal convivente, *vi*) le funzioni e il mandato elettivo esercitati alla data della nomina⁶³.

nei confronti di diverse persone giovani del suo *Etablissement* e che scambiasse durante la notte email “à forte tonalité affective” con un sottoposto. Cfr. E. AUBIN, *L'entrée de la déontologie dans le titre I^{er} du statut général*, cit.

⁶² La nozione era già stata codificata dall'art. 2 della legge n. 2013-907 dell'11 ottobre 2013 relativa “à la transparence de la vie publique”. Sulla nozione di *conflit d'intérêts* v. D. JEAN-PIERRE, *Le prises illégales d'intérêts des fonctionnaires*, in C. FORTIER (dir.), *Le statut général des fonctionnaires: Trente ans, et après?*, Parigi, 2014, 291 ss.

⁶³ È importante sottolineare che, ai sensi del comma quarto dell'art. 25-ter, la dichiarazione di

La dichiarazione di interessi è quindi trasmessa dall'autorità cui è gerarchicamente subordinato il funzionario nell'esercizio delle sue nuove funzioni. Laddove l'autorità gerarchica constata che il funzionario si trova in una situazione di conflitto di interessi ai sensi dell'art. 25-*bis*, essa è tenuta a prendere le misure necessarie per mettervi fine o ad ingiungere al funzionario di far cessare tale situazione. Laddove, invece, l'autorità non sia in grado di stabilire se sussista o meno un conflitto di interessi, deve rimettere la valutazione alla *Haute Autorité pour la transparence de la vie publique*, un'autorità indipendente di recente istituzione che ha, tra i suoi compiti, proprio quello della prevenzione dei conflitti di interessi⁶⁴.

A conclusione di questo sintetico *excursus* – e rinviando al prosieguo dell'indagine lo sviluppo di ulteriori e più analitiche considerazioni in ordine ai risultati della comparazione – si deve sottolineare che in un sistema come quello francese la codificazione nello *statut de la fonction publique* di una serie di valori fondamentali comuni ai funzionari pubblici costituisce una novità nel segno della continuità. La centralità dello statuto ne esce rafforzata e con essa la concezione tradizionale di impiego pubblico⁶⁵.

5. Distinzione delle funzioni e distribuzione delle competenze

Una seconda dimensione dell'imparzialità nell'organizzazione è rappresentato dalla distinzione delle funzioni e dalla distribuzione delle relative competenze tra i vari organi⁶⁶ che, a diverso titolo, concorrono all'elaborazione e all'assunzione di un provvedimento⁶⁷.

Tale strumento si atteggia in maniera diversa a seconda dello specifico significato che l'imparzialità di volta in volta assume.

interessi non comporta alcuna menzione delle opinioni o delle attività politiche, sindacali, religiose o filosofiche dell'interessato, tranne che la rivelazione di tali opinioni e attività non risulti indirettamente dalla dichiarazione delle funzioni o dei mandati svolti pubblicamente. Inoltre, la dichiarazione di interessi è allegata al fascicolo del funzionario secondo modalità che garantiscano la riservatezza in funzione della consultazione da parte delle persone autorizzate ad accedere al fascicolo stesso.

⁶⁴ L'Autorità è stata istituita dalla legge 2013-907.

⁶⁵ S. NIQUÈGE, *La loi sur la déontologie, ou la réforme à pas comptés*, cit. Ma già in precedenza v. F. MELLERAY, *Les piliers du temple sont toujours debout ... pour l'instant!*, in C. FORTIER (dir.), *Le statut général des fonctionnaires: Trente ans, et après?*, cit.

⁶⁶ Naturalmente i termini "competenza" e "organo" sono utilizzati qui in senso atecnico, intendendosi con il primo una serie di funzioni e compiti che non necessariamente si sostanziano nell'esercizio di un potere autoritativo, e con il secondo anche organi c.d. interni dell'amministrazione, come ad esempio il responsabile del procedimento.

⁶⁷ Secondo F. MERLONI, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 57 ss. in particolare, 75, la distribuzione delle competenze è il primo e fondamentale strumento di garanzia organizzativa dell'esercizio imparziale della funzione.

In una prima accezione l'imparzialità è espressione di una distinzione tra politica e amministrazione, ossia, come si è già visto, di una relativa autonomia dell'amministrazione nei confronti dell'autorità politica che è posta al suo vertice, al fine di assicurarne il collegamento con la collettività complessivamente considerata e non con la maggioranza di governo. In questa accezione, l'imparzialità è anzitutto assicurata dalla separazione funzionale e strutturale tra istruttoria e decisione.

Nel modello ispirato alla responsabilità ministeriale, infatti, la competenza ad emanare i provvedimenti amministrativi e ad impegnare l'amministrazione verso l'esterno spetta, in linea generale, ad organi aventi un'investitura politica, ma la politicità della decisione è temperata dal fatto che la stessa è condizionata dalle risultanze dell'istruttoria, ossia di un'attività che è svolta da uffici professionali competenti.

La garanzia dell'imparzialità, in questo schema, è assicurata dalla distinzione dei compiti e degli organi cui corrisponde, sul piano procedimentale, una scissione tra fase istruttoria e fase decisoria: mediante l'istruttoria si individuano e si valutano tutti gli elementi di fatto e gli interessi su cui dovrà vertere la decisione cosicché l'ambito discrezionale della decisione da parte dell'organo politico risulta limitato dalla valutazione dei fatti e dalla individuazione degli interessi operate nell'istruttoria.

Per quanto questo profilo possa apparire oggi superato in Italia per effetto dell'introduzione del principio di separazione tra indirizzo politico e gestione amministrativa e della conseguente sottrazione agli organi politici dei poteri decisori, il tema dell'articolazione del procedimento in fasi distinte e della correlativa distribuzione delle competenze tra soggetti diversi merita comunque un cenno. Non soltanto perché il c.d. modello della responsabilità ministeriale è il modello prevalente nei Paesi europei, ma anche perché, come meglio si vedrà, il principio di distinzione tra indirizzo e gestione vigente in Italia soffre, in realtà, di numerose eccezioni. Di conseguenza, prendere in considerazione la separazione tra istruttoria e decisione può essere utile al fine di verificare se questa declinazione della distinzione funzionale non possa ancora oggi rivelarsi proficua e costituire un diverso schema applicativo del medesimo principio di distinzione tra politica e amministrazione.

Il tema della distinzione delle competenze dell'organo preposto allo svolgimento dell'istruttoria e di quello deputato all'adozione della decisione finale in funzione dell'imparzialità, d'altra parte, è stato oggetto delle riflessioni della dottrina ben prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 29/1993 e anche della legge n. 241/1990⁶⁸. Sulla scorta di quanto previsto dalla legge statunitense sul procedi-

⁶⁸ Si vedano U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., soprattutto 291 ss., nonché ID., *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, vol. V, 205 ss., soprattutto 217; A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, cit., 199 ss.; F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 80 ss. Si veda inoltre l'ampio studio di M.T. SERRA, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, Milano, 1991, in particolare 348 ss.

mento amministrativo in ordine alla c.d. *separation of functions*⁶⁹ la dottrina italiana auspicava, al fine di comporre il dissidio tra politicità e imparzialità dell'amministrazione, che all'organo politico fossero riservati il compito di indirizzo e, al termine del procedimento, quello decisivo, e all'organo amministrativo, tecnico-professionale, i ruoli istruttorio, propositivo della decisione ed esecutivo, che richiedono il massimo di oggettività e professionalità⁷⁰.

Il tema è stato poi ripreso dopo l'entrata in vigore della legge n. 241/1990 che ha offerto ulteriori spunti nella direzione sopra indicata, in particolare nella disciplina del responsabile del procedimento⁷¹.

Sebbene, infatti, la legge sul procedimento non imponga necessariamente che compiti istruttori e funzione decisoria debbano essere attribuiti a soggetti distinti – ben potendo accadere, al contrario, che il responsabile del procedimento sia anche il titolare del potere di emanare il provvedimento finale – è pur vero, però, che la funzione istruttoria è comunque caratterizzata in modo autonomo rispetto a quella decisoria e che, laddove le relative funzioni siano effettivamente attribuite a soggetti diversi, tale separazione è senz'altro idonea ad accrescere le garanzie di imparzialità della decisione.

In questa prospettiva è stato affermato in dottrina che all'istituto del responsabile del procedimento si potrebbe riconoscere un valore in qualche misura anticipatorio delle riforme dell'organizzazione amministrativa operate a partire dal d.lgs. n. 29/1993 in quanto esso già conteneva “il germe di una chiara separazione tra politica e amministrazione e di una contestuale rottura delle tradizionali relazioni di gerarchia correnti fra organi, fra uffici, nonché all'interno delle singole unità organizzative”⁷². Questa stessa dottrina, inoltre, si è posta il quesito se, pur

⁶⁹ Ci si riferisce, ovviamente, all'*Administrative procedure act* del 1946 relativo ai procedimenti delle Agenzie federali americane. Su questa disciplina si avrà modo di tornare al paragrafo successivo.

⁷⁰ In questi termini, quasi testuali, U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, cit., 217.

⁷¹ In dottrina, pur con diversità di accenti, vi è una sostanziale unanimità di vedute in ordine al fatto che le finalità dell'istituto del responsabile del procedimento siano fondamentalmente due: quella dell'efficienza amministrativa e quella della garanzia nei confronti degli amministrati. Parte della dottrina, tuttavia, ha ravvisato in questo istituto anche un'attuazione del principio di imparzialità nel senso indicato nel testo (cfr. v. i riferimenti dottrinari riportati alla nota successiva). Tali finalità, peraltro, non devono essere viste necessariamente in alternativa e, comunque, quali che fossero le intenzioni del legislatore, non si può negare che uno degli effetti dell'introduzione dell'istituto sia stato anche quello di separare più nettamente la fase istruttoria da quella decisoria e, di conseguenza, di accrescere l'imparzialità nell'organizzazione. La pluralità di obiettivi raggiungibili attraverso il responsabile del procedimento è evidenziata da U. ALLEGRETTI, *Legge generale sul procedimento e moralizzazione amministrativa*, in AA.VV., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, Milano, 1988, 1 ss.

⁷² Le parole tra virgolette nel testo sono di M. RENNA, *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241*, in *Dir. amm.*, 2000, 505 ss., in particolare 523, ma già in precedenza ID., *Il responsabile del procedimento nell'organizzazione amministrativa*, *ivi*, 1994,

dopo la separazione tra politica e amministrazione, le esigenze dell'imparzialità non esigano comunque una separazione sia sul piano funzionale che organizzatorio tra istruttoria e decisione⁷³.

Più in generale, la dottrina ritiene che, alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata della legge n. 241/1990, la formale separazione dei compiti istruttori e decisori, in quanto preordinata ad assicurare l'imparzialità, costituisca la regola, mentre il cumulo dei compiti in capo al dirigente sarebbe l'eccezione⁷⁴.

La distinzione tra fase istruttoria e fase decisoria, d'altra parte, risulta attualmente ancor più chiaramente delineata per effetto delle modifiche introdotte dalla legge n. 15/2005. Ci si riferisce, in particolare, per un verso, alla lettera e) del comma dell'art. 6 e, per altro verso, all'art. 10-*bis* della legge n. 241/1990.

Sul primo versante, la previsione secondo cui l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, una volta ricevuti gli atti dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale, rafforza l'idea che le due fasi siano chiaramente distinte e che tra le risultanze dell'istruttoria e la decisione debba sussistere una coerenza sostanziale⁷⁵.

13 ss., in particolare 41-43. Si vedano anche M. RENNA e M. SGROI, *Il responsabile del procedimento*, in G. PASTORI (a cura di), *Legge 7 agosto 1990 e ordinamenti regionali*, Padova, 1995, cap. IV. Sull'opportunità della distribuzione delle competenze istruttorie e decisorie tra diversi organi del procedimento in funzione dell'imparzialità e in particolare in funzione di una migliore definizione tra potere politico e amministrazione si erano espressi, già prima della legge n. 241, G. PASTORI, *La burocrazia*, Padova, 1967, 327 ss. e U. ALLEGRETTI, *Legge generale sui procedimenti e moralizzazione amministrativa*, cit., 8-9. Nello stesso senso v. anche A. PUBUSA, *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. Disc. pubbl.*, Torino, 1994, 401 ss., in particolare 417.

⁷³ Ancora M. RENNA, *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241*, cit., 526-527.

⁷⁴ Di "marginalità delle ipotesi di concentrazione di responsabilità gestionali e decisorie" parla M. RENNA, *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241*, cit., 528, mentre M. D'ORSOGNA, *Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica Amministrazione*, Torino, 2001, 188, sostiene che "la chiave interpretativa del dato normativo, e, comunque, una applicazione di esso costituzionalmente orientata al rispetto del principio di imparzialità dell'azione amministrativa, non può non condurre, in sostanza, ad affermare che i due ruoli non solo possono essere assegnati a soggetti diversi, ma, anzi, devono interessare due soggetti diversi". Aderisce a questo orientamento anche A. ZITO, *Art. 6 lett. e)*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, 189 ss., in particolare 199. In termini analoghi, ossia nel senso che dove non emergano ragioni connesse alle carenze organizzative dell'ufficio o alla difficoltà dell'attività istruttoria sia preferibile che il dirigente affidi quest'ultima a un diverso funzionario per ragioni di imparzialità, F. NICOLETTI, *Dirigenti e responsabili del procedimento nell'amministrazione statale c.d. "di risultato"*, in *Dir. Ec.*, 2003, 459 ss. Sul punto si veda inoltre E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, 443, secondo cui "la coincidenza tra le due figure [responsabile del procedimento e organo che assume la decisione] frustra l'esigenza di distinguere tra soggetto che cura l'istruttoria in posizione tendenzialmente imparziale e organo che decide".

⁷⁵ Sul punto v. A. ZITO, *Art. 6 lett. e)*, cit., 196-199 il quale sostiene che per effetto di tale modifi-

Analogamente, sul secondo versante, la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, presuppone la formalizzazione della chiusura dell'istruttoria (che ovviamente potrà essere riaperta a seguito della presentazione di osservazioni pertinenti da parte dell'interessato)⁷⁶.

La distinzione delle funzioni istruttorie da quelle decisorie, comunque, non costituisce l'unico modo con cui, nel modello a responsabilità ministeriale, può essere realizzata l'imparzialità. Il limite alla politicità indotta nella funzione amministrativa dalla presenza di organi ad investitura politica, infatti, può (*rectius*, deve) espandersi fino al punto di escludere del tutto la partecipazione di detti organi alla decisione, laddove il contenuto di essa sia esclusivamente tecnico e non implichi, pertanto, alcuna valutazione di ordine (neppure latamente) politico.

È quanto accaduto in materia di concorsi pubblici a seguito della nota sentenza della Corte costituzionale 15 ottobre 1990, n. 453, con la quale la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittima una legge regionale che configurava le commissioni giudicatrici dei concorsi come vere e proprie commissioni consiliari, rappresentative delle maggioranze e delle minoranze dei consigli comunali o provinciali, invece che prescrivere che la maggior parte dei membri delle commissioni stesse fosse costituita da esperti dotati di specifiche competenze tecniche rispetto alle prove previste dal concorso⁷⁷.

Ai fini che qui interessano, la sentenza è importante perché, dall'interno di una concezione di amministrazione ispirata al modello della responsabilità ministeriale, essa identifica nell'imparzialità l'espressione della “*distinzione più profonda tra politica e amministrazione*” e, più esattamente, tra “*l'azione del 'governo' – che, nelle democrazie parlamentari, è normalmente legata agli interessi di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza – e l'azione dell'amministrazione' – che, nell'attuazione dell'indirizzo politico della maggioranza, è vincolata invece ad agire*

ca normativa la competenza a definire nella sostanza il contenuto della decisione risulta chiaramente ripartita tra il responsabile del procedimento e l'organo. Si veda anche F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, 2011, Milano, 1955, secondo cui “con la previsione dell'obbligo per l'organo deputato all'adozione del provvedimento di indicare le ragioni che ostano all'assunzione di una decisione conforme alle risultanze istruttorie si recepisce silenziosamente il principio di distinzione tra fase istruttoria e fase decisoria del procedimento a lungo invocato dalla dottrina quale strumento per la realizzazione di un'azione amministrativa imparziale e preconizzato dal Consiglio di Stato in sede consultiva (parere 8 marzo 1995, n. 2532)”.

⁷⁶ Che l'importanza del preavviso di rigetto risieda anzitutto nel fatto che esso presuppone la chiusura dell'istruttoria è sostenuto da F. TRIMARCHI BANFI, *L'istruttoria procedimentale dopo l'art. 10-bis della legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2011, 353 ss., in particolare 354.

⁷⁷ La sentenza è pubblicata in *Giur. cost.*, 1990, 2706 ss., con note di G. AZZARITI, *Brevi note su tecnici, amministrazione e politica* e di C. PINELLI, *Politica e amministrazione: una distinzione per l'ordine convenzionale*, rispettivamente alle pagine 2713 e 2720, nonché in *Le Regioni*, 1991, 1504 ss., con nota a margine di G. PASTORI, *Amministrazione, imparzialità e composizione tecnica degli organi di amministrazione del personale*.

senza distinzione di parti politiche, al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obiettivate dall'ordinamento –". Ciò significa che la distinzione tra politica e amministrazione costituisce un modo d'essere dell'amministrazione, una qualità di essa ineliminabile anche nel modello fondato sulla responsabilità ministeriale.

In altri termini, l'imparzialità intesa come distinzione tra politica e amministrazione non costituisce qui un modello alternativo a quello della responsabilità ministeriale, ma di quest'ultimo rappresenta piuttosto una condizione di legittimità che si realizza mediante una diversa articolazione della distribuzione delle competenze tra gli organi. Distribuzione che, come detto, si traduce qui in una vera e propria riserva di funzioni, anche decisorie, in capo ad esperti tecnici della materia.

In questa prospettiva, anche la riserva di alcune (limitate) competenze in capo ai dirigenti, attuata con la riforma del 1972, può essere vista come un passo (sia pure non privo di incoerenze, come dimostra il sostanziale fallimento della riforma stessa) nella direzione di un assetto dei rapporti tra politica e amministrazione maggiormente ispirato all'imparzialità. Per un verso, infatti, sul piano funzionale, con il d.P.R. 30 giugno 1972, n. 748 ai dirigenti è riconosciuto un ambito di competenza riservato, mentre, per altro verso, sul piano strutturale, la relazione gerarchica – e, con essa, la subordinazione dell'amministrazione alla politica – risulta attenuata.

Ancora in questa prospettiva è da collocarsi l'introduzione del principio di separazione tra politica e amministrazione che, se si vuole, costituisce il grado massimo di separazione delle competenze, con la riserva di tutti i poteri di amministrazione attiva in capo alla dirigenza amministrativa e l'attribuzione agli organi politici dei soli poteri di indirizzo, a monte, e di controllo, a valle.

La separazione delle competenze assume invece una colorazione diversa laddove l'imparzialità si declini non tanto come eliminazione della politicità indotta, quanto piuttosto come vera e propria terzietà dell'organo preposto alla decisione stante la natura paragiudiziaria della funzione da questi esercitata.

In questa prospettiva la divisione di compiti istruttori e decisorii risulta ancor più accentuata, riguardando in particolare alcuni particolari tipi di procedure che, per la loro assimilabilità ai procedimenti giurisdizionali penali, richiedono garanzie maggiori rispetto a quelle che sono normalmente assicurate. In queste ipotesi, infatti, la divisione dei compiti non è tanto funzionale, come nei casi visti in precedenza, a limitare la discrezionalità dell'organo chiamato ad assumere la decisione, quanto soprattutto ad accrescere le garanzie di terzietà dell'organo decidente, stante la sua sostanziale equiparabilità ad un organo giurisdizionale.

Anzitutto, tale distinzione è necessaria nei procedimenti sanzionatori posti in essere dalle Autorità indipendenti, per effetto dell'applicazione ad essi dei principi CEDU e, in particolare, dell'art. 6 della Convenzione, relativo al diritto all'equo processo⁷⁸. Com'è noto, infatti, secondo la Corte EDU, quando nel procedi-

⁷⁸ Su questo tema si veda l'approfondito studio di M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e*

mento amministrativo debbano essere inflitte sanzioni qualificabili come “penali” ai sensi dell’art. 6, il modello penale accusatorio – e con esso la separazione tra autorità inquirente e giudice – va applicato anche al procedimento amministrativo, a garanzia dell’imparzialità⁷⁹. In questa linea, in un recente e ben noto caso relativo ai procedimenti sanzionatori della Consob, la Corte EDU ha affermato che, per quanto il regolamento dell’Autorità prevedesse una certa separazione tra organi incaricati dell’indagine e organo competente a decidere sull’esistenza di un illecito e sull’applicazione delle sanzioni, rimanesse comunque il fatto che tali uffici fossero suddivisioni dello stesso apparato amministrativo, agenti sotto l’autorità e la supervisione del medesimo presidente. Di conseguenza, la Corte ha affermato che tale cumulo non fosse compatibile con le esigenze di imparzialità richieste dall’art. 6 § 1 della Convenzione⁸⁰.

Analogamente a quanto appena visto nell’ambito dei procedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti, la distinzione di funzioni istruttorie e decisorie ai fini dell’imparzialità intesa come terzietà dell’organo giudicante si rinviene poi nei procedimenti disciplinari nei confronti dei pubblici impiegati ancora assoggettati alla disciplina di diritto pubblico⁸¹. Ai sensi dell’ultimo comma dell’art.

processo amministrativo, Napoli, 2012, *passim*, che ricostruisce analiticamente la questione dell’applicabilità dei principi dell’equo processo al procedimento amministrativo sanzionatorio posto in essere dalle autorità indipendenti. In argomento anche N. LONGOBARDI, *Le amministrazioni indipendenti verso il giusto procedimento. La separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie*, in *www.amministrazioneincammino.it* (2005).

⁷⁹ Si tratta di giurisprudenza ormai consolidata e che trae origine dalla nota pronuncia dell’8 giugno 1976, caso n. 5100/71, *Engel e al. c. Paesi Bassi*. Sulla nozione di sanzione penale nella CEDU v. C.E. PALIERO, “Materia penale” e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell’uomo: una questione “classica” a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894 ss. Più recentemente, F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2015, 1 ss., nonché ID., *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 337 ss.

⁸⁰ Il riferimento è alla nota sentenza del 4 marzo 2014, *Grande Stevens e al. c. Italia*. La sentenza è stata oggetto di numerosi commenti. Tra i tanti: M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1053 ss.; E. BINDI, *L’incidenza delle pronunce della Corte edu sui procedimenti sanzionatori delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. cost.*, 2014, 3007; F. PALLADINO, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti tra matiere penale e divieto di bis in idem (note a margine della sentenza Corte EDU, Grande Stevens e altri c. Italia, 4 marzo 2014)*, in *Riv. reg. merc.*, 2014, 247 ss.; P. MONTALENTI, *Abusi di mercato e procedimento Consob: il caso Grande Stevens e la sentenza CEDU*, in *Giur. comm.*, 2015, 478 ss.; B. RAGANELLI, *Sanzioni Consob e tutela del contraddittorio procedimentale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 511 ss. Per un’analisi degli sviluppi successivi alla sentenza Grande Stevens nella giurisprudenza nazionale e nella prassi delle Autorità si veda B. BARMANN, *Dopo il caso Grande Stevens: la via italiana al giusto procedimento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 306 ss.

⁸¹ La distinzione di ruoli è mantenuta anche nell’impiego privatizzato allorché il procedimento disciplinare riguarda un dirigente. In questo caso, ai sensi dell’art. 55 comma 4 del d.lgs. n. 165/2001, la competenza ad adottare le determinazioni conclusive del procedimento spetta al di-

112 del d.P.R. n. 3/1957, infatti, non possono partecipare alla deliberazione della sanzione, a pena di nullità, i membri della commissione di disciplina che abbiano svolto indagini o che abbiano partecipato come funzionari istruttori o consulenti all'inchiesta.

Da tale previsione normativa la giurisprudenza amministrativa ha ricavato il principio generale e di pacifica applicazione della separazione della funzione inquirente da quella decisoria con conseguente illegittimità del provvedimento disciplinare ove il componente del collegio giudicante sia lo stesso funzionario che ha partecipato al sub-procedimento di contestazione⁸².

Infine, dove invece l'imparzialità si specifichi più precisamente in funzione dell'oggettività della decisione, la distribuzione delle competenze si pone in modo ulteriormente diverso.

Qui, infatti, non rileva più tanto la distinzione tra organi preposti all'istruttoria e organi deputati alla decisione, quanto piuttosto tra organi chiamati a funzioni *lato sensu* "regolatorie" e organi chiamati ad applicare tali regole.

Un esempio è costituito dall'art. 77, comma 4 del Codice dei contratti pubblici, come risultante dalle modifiche operate dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56⁸³, che prevede, tra l'altro, che la nomina del responsabile unico del procedimento a membro delle commissioni di gara sia valutata con riferimento alla singola procedura. La norma non esclude automaticamente che il responsabile del procedimento possa far parte della commissione di gara, ma si limita a stabilire che tale partecipazione debba essere valutata volta per volta, senza tuttavia indicare in base a quali criteri l'amministrazione debba compiere la valutazione. In mancanza di criteri esplicitamente previsti, quindi, la legittimità della partecipazione del RUP alla commissione di gara può comunque essere valutata alla luce dell'orientamento giurisprudenziale formatosi nella vigenza dell'art. 84 del precedente Codice che prevedeva che "i commissari diversi dal Presidente non dovessero aver svolto né potessero svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto" oggetto della gara.

Ebbene, sulla base di tale indirizzo giurisprudenziale, il responsabile unico del

rigente generale o apicale, mentre i poteri istruttori sono dell'ufficio procedimenti disciplinari. La scissione dei compiti pare qui funzionale in particolare ad assicurare che la decisione sia assunta da un soggetto avente una qualifica superiore rispetto a quella dei soggetti sottoposti a sanzione.

⁸² *Ex multis*: Cons. Stato, sez. VI, 23 novembre 1971, n. 934, in *Cons. Stato*, 1971, I, 1363; Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 1988, n. 1135, in *Riv. Corte conti*, 1988, 308; Cons. Stato, sez. VI, 28 ottobre 1991, n. 744, in *www.iusexplorer.it*; Cons. Stato, sez. IV, 23 novembre 2002, n. 6444, in *Foro amm. CdS*, 2002, 2864; Cons. Stato, sez. VI, 11 marzo 2004, n. 1230, in *www.iusexplorer.it*; Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3136, *ivi*; Cons. Stato, sez. III, 10 settembre 2012, n. 4796, *ivi*.

⁸³ L'art. 77 del Codice è stato modificato dall'art. 43 del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 il quale, recependo un'indicazione del Consiglio di Stato (parere 2 agosto 2016, n. 1767), ha chiarito che l'esclusione del RUP dalla commissione aggiudicatrice non è automatica, ma deve essere valutata con riferimento alla singola procedura.

procedimento non può essere membro della commissione giudicatrice laddove, ad esempio, lo stesso sia stato precedentemente incaricato della redazione del bando o del disciplinare di gara o abbia emanato altri atti del procedimento, in quanto la *ratio* della disposizione è quella di conservare la distinzione tra i soggetti che sono intervenuti nel procedimento a definire i contenuti e le regole della procedura e quelli che ne fanno applicazione nella fase di valutazione delle offerte. Tale esigenza, viceversa, non ha ragion d'essere laddove il responsabile del procedimento si sia limitato a funzioni di mera proposta, senza avere tuttavia il potere di emanare le regole di gara ⁸⁴.

6. *La separation of functions nella legge sul procedimento statunitense*

Si è detto nel paragrafo precedente come il dibattito intorno al tema della distribuzione delle competenze in funzione dell'imparzialità dell'organizzazione sia stato influenzato in particolare dalla disciplina sul procedimento amministrativo (*Administrative Procedure Act*, d'ora in avanti anche APA) introdotta negli Stati Uniti nel 1946 per temperare gli eccessivi poteri delle *Agencies* nei confronti degli interessi proprietari e imprenditoriali soggetti a regolazione economica.

A tale disciplina è quindi opportuno fare brevemente cenno al fine di meglio comprendere le modalità con cui in concreto la distinzione funzionale contribuisce a realizzare l'imparzialità nell'organizzazione amministrativa.

Anzitutto è da precisare che l'ambito soggettivo di applicazione dell'APA si riferisce alle *Agencies* ⁸⁵, termine che identifica ogni amministrazione del Governo degli Stati Uniti, ossia *Departements, Independent Executive Branch Agencies* e *Independent Regulatory Commissions* ⁸⁶.

⁸⁴ La giurisprudenza ha chiarito che tali previsioni normative sono espressione del principio di imparzialità e della "volontà di assicurare che la valutazione sia il più possibile 'oggettiva' e cioè non 'influenzata' dalle scelte che l'hanno preceduta, se non per ciò che è stato dedotto formalmente negli atti di gara". Cfr. sul punto Cons. Stato, Ad. Plen., 7 maggio 2013, n. 13, in *Foro amm. Cds*, 2013, 1176 ss.

⁸⁵ Ai sensi del § 551 U.S. Code: "agency" means each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency, but does not include: (A) the Congress; (B) the courts of the United States; (C) the governments of the territories or possessions of the United States; (D) the government of the District of Columbia; or except as to the requirements of section 552 of this title; (E) agencies composed of representatives of the parties or of representatives of organizations of the parties to the disputes determined by them; (F) courts martial and military commissions; (G) military authority exercised in the field in time of war or in occupied territory; or (H) functions conferred by sections 1738, 1739, 1743, and 1744 of title 12; subchapter II of chapter 471 of title 49; or sections 1884, 1891–1902, and former section 1641(b) (2), of title 50, appendix.

⁸⁶ M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992, 93, in particolare 109 ss.; L. BARRA CARACCILO, *Funzione amministrativa e funzione neutrale nell'ordinamento U.S.A. Profili comparativi con l'esperienza italiana*, Quaderni del Consiglio di Stato, Torino, 1997, 25, e, più di recente,

L'*Administrative Procedure Act* impone alle amministrazioni federali di applicare alcune regole procedurali sia per quanto concerne l'esercizio di poteri normativi in senso lato (*rulemaking*) sia per quanto attiene all'esercizio di poteri di amministrazione puntuale (*adjudication*).

In questa sede interessa in particolare la seconda tipologia di procedimenti poiché è soprattutto dalla disciplina di essi che la dottrina italiana è stata influenzata⁸⁷.

L'*Administrative Procedure Act* è attualmente riversato nel Titolo 5 dell'*United States Code* (U.S.C.) dedicato a *Government Organization and Employees*.

Ai sensi della §551(7)⁸⁸, per *adjudication*⁸⁹ si intende qualunque procedimento di un'Agenzia che sfoci nell'emanazione di un *order*, compreso il *licensing*, ossia il procedimento relativo al rilascio, alla modifica o all'annullamento di un provvedimento latamente autorizzatorio⁹⁰.

L'*adjudication*, dunque, riguarda un'amplessissima gamma di attività, che ricomprende la maggior parte delle decisioni amministrative. Queste possono sfociare in un provvedimento restrittivo, come ad esempio un'ingiunzione o una sanzione, rendendo così il procedimento di *adjudication* molto simile ad un procedimento giudiziale, oppure possono dare luogo al conseguimento di provvedimenti, per così dire, ampliativi, attraverso un procedimento nel quale, viceversa, non sono richieste tutte le garanzie di contraddittorio previste invece per il primo tipo⁹¹.

Emerge così, nell'ambito delle varie tipologie di procedimenti di *adjudication*, la distinzione fondamentale tra *formal* e *informal adjudication*.

Con riferimento alla *formal adjudication* le regole imposte dall'APA mimano quelle applicabili a un processo giurisdizionale, posto che l'attività dell'autorità amministrativa viene considerata *quasi-judicial*. Al procedimento sono preposti, attualmente, gli *Administrative law judges* (ALJ), dipendenti formalmente collocati all'interno degli uffici dell'*Agency*, ma cui si riconoscono particolari garanzie.

Anteriormente alle modifiche introdotte all'APA nel 1978, gli odierni *Admi-*

G. D'IGNAZIO, *Politica e amministrazione negli Stati Uniti d'America. Lo stato amministrativo fra Costituzione, leggi, giudici e prassi*, Milano, 2004, in particolare, 156, e B. MARCHETTI, *Pubblica amministrazione e corti negli Stati Uniti. Il judicial review sulle amministrative agencies*, Padova, 2005, 23.

⁸⁷ Qualche considerazione sui procedimenti di *rulemaking* sarà invece svolta nel paragrafo successivo, quando ci si occuperà delle amministrazioni indipendenti e, in particolare, della loro legittimazione democratica.

⁸⁸ Che recita: "adjudication" means agency process for the formulation of an order.

⁸⁹ Sulla nozione di *adjudication* e sulla sua evoluzione si rinvia a P. CANE, *Judicial review and merits review: comparing administrative adjudication by courts and tribunals*, in S. ROSE-ACKERMAN e P.L. LINDSETH (a cura di) *Comparative administrative law*, Edward Elagr Publishing 2010, 426, specificamente 440 ss.

⁹⁰ Specificamente sui procedimenti autorizzatori si veda H.J. SHULMAN, *Separation of Functions in Formal Licensing Adjudications*, 56 *Notre Dame Law*. 351 (1981).

⁹¹ W.F. FUNK, S.A. SHAPIRO, R.L. WEAVER, *Administrative Procedure and Practice. Problems and Cases*, Thomson West, St. Paul, MN, 2010, 192 ss.

nistrative law judges erano chiamati *hearing examiners*, in accordo con il loro principale ruolo, che consisteva e ancor oggi consiste nel presiedere all'udienza e nel raccoglierne le risultanze quanto all'accertamento del fatto in un fascicolo, alla base della successiva decisione da parte dell'Agenzia.

Originariamente gli *hearing examiners* non godevano di particolari garanzie di indipendenza nei confronti del vertice dell'amministrazione in cui erano inseriti e tale circostanza si rifletteva negativamente sull'imparzialità delle loro funzioni⁹², ponendo dubbi quanto alla reale indipendenza dei decisori dalle influenze politiche e dalle pressioni da parte dell'Agenzia di appartenenza.

Pertanto, al fine di rimediare a tale situazione, si venne a delineare un processo di progressiva differenziazione all'interno delle *Agencies* tra funzioni decisorie *quasi-judicial* e funzioni istruttorie (*separation of functions*), differenziazione cui si legava la distinzione dei soggetti preposti alle rispettive funzioni e che culminava appunto con un emendamento all'APA nel 1978 e con la trasformazione degli *hearing examiners* in *Administrative Law Judges*⁹³.

Ancora attualmente, oltre a poter svolgere numerose altre funzioni, i vertici dell'Agenzia possono affidare agli ALJ il compito di decidere inizialmente un caso o anche, più semplicemente, di formulare una *recommended decision* alla commissione o al *board* dell'Agenzia⁹⁴.

La tipologia di casi di cui si occupano gli ALJ è molto varia e dipende innanzitutto dalla natura delle organizzazioni amministrative nelle quali essi sono inseriti. Risulta difficile, pertanto, svolgere un discorso di ordine generale valido per tutte le tipologie di casi sottoposti alla decisione degli ALJ e alle funzioni da essi esercitate. Solo a titolo esemplificativo, al fine di comprenderne il ruolo, può essere utile fare riferimento ai procedimenti condotti da una delle amministrazioni federali con il più alto numero di ALJ, ossia la *Social Security Administration*, che appartiene al novero delle *Independent Executive Branch Agencies*.

La SSA si occupa, tra l'altro, di amministrare vari tipi di sussidi: dal reddito previdenziale supplementare alle indennità per invalidità. In prima istanza il procedimento di richiesta di sussidio segue una procedura di *informal adjudication*.

⁹² B. MARCHETTI, *Pubblica amministrazione e corti negli Stati Uniti. Il judicial review sulle amministrative agencies*, cit., 76.

⁹³ Per il dibattito della dottrina in quegli anni si rinvia a R.B. STEWART, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 *Harv. L. Rev.* 1667, 1813 (1975); W. F. PEDERSON, *Decline of Separation of Functions in Regulatory Agencies*, 64 *Va. L. Rev.* 991, 1038 (1978); J. S. LUBBERS, *Federal Administrative Law Judges: A Focus on Our Invisible Judiciary*, 33 *admin. L. Rev.* 109, (1981). Ancora di recente la dottrina si interroga sulla questione della collocazione istituzionale degli ALJ. In proposito cfr. K. BARNETT, *Resolving the ALJ Quandry*, in 66 *Vand. L. Rev.* 797, (2013).

⁹⁴ W.F. FUNK, S.A. SHAPIRO, R.L. WEAVER, *Administrative Procedure and Practice. Problems and cases*, cit., 201-202: "the ALJ can administer oaths, issue subpoenas authorized by law, rule on offers of proof and receive relevant evidence, take depositions or have depositions taken, regulate the course of the hearing, hold conferences for settlement, dispose of procedural requests, and take other action authorized by agency rule".

Se, in esito all'istruttoria, l'amministrazione ritiene di respingere la domanda di sussidio o di inabilità, ne informa il richiedente per iscritto. Questi, se non è d'accordo con la decisione, può impugnarla e chiedere all'amministrazione di riesaminare il caso. Se anche l'esito del riesame risulta negativo, l'istante può richiedere un *trial-type fair hearing*, ossia un procedimento di *formal adjudication* che prevede un'udienza dinanzi ad un ALJ che non abbia preso parte né alla prima né alla seconda decisione. Durante l'udienza, come si è detto, il "giudice" può raccogliere nuove prove, fare domande e ascoltare testimoni, o anche medici o periti. Se anche la decisione del "giudice" è negativa per il ricorrente, questi può ancora presentare una richiesta di riesame all'*Appeal Council* nonché, da ultimo, può presentare un ricorso giurisdizionale al Tribunale Distrettuale Federale.

In definitiva, la caratteristica principale degli ALJ è che essi operano sia come giudici sia come *trier of fact* (o *finder of fact*), ossia accertano i fatti in un procedimento legale⁹⁵. In questo senso essi si considerano quali organi quasi giurisdizionali, pur collocati sempre all'interno dell'amministrazione.

Al fine di assicurare l'indipendenza degli *Administrative Law Judges*, la legge ha codificato la *separation of functions* vietando che un impiegato dell'Agenzia incaricato di svolgere attività investigativa o accusatoria possa prendere parte nella decisione (§554(d)).

Infatti, "*An employee or agent engaged in the performance of investigative or prosecuting functions for an agency in a case may not, in that or a factually related case, participate or advise in the decision, recommended decision, or agency review pursuant to section 557 of this title, except as witness or counsel in public proceedings*". In altri termini, altro è il potere istruttorio che l'amministrazione esercita per la prima volta per pervenire alla decisione circa il rilascio o meno del provvedimento richiesto, altro è il potere di accertamento dei fatti e di decisione che viene esercitato nell'ambito del procedimento (per così dire di secondo grado) di *formal adjudication* condotto dall'ALJ. Sono vietati, in particolare, contatti ed influenze del personale inquadrato nell'agenzia, che potrebbero condizionare i processi decisionali relativi all'*adjudication*.

Inoltre, sempre al fine di salvaguardare l'imparzialità, sono in generale vietate le comunicazioni tra l'ALJ e le parti in causa: ai sensi del §557(d), infatti, alle parti interessate è fatto divieto di rivolgere comunicazioni all'*Administrative Law Judges* e, viceversa, quest'ultimo non può fare comunicazioni rilevanti circa il merito del procedimento ai soggetti interessati⁹⁶.

⁹⁵ Per maggiori riferimenti sulla funzione istruttoria e di ricostruzione del fatto svolta dagli ALJ si rinvia a S. BREYER, S.G. STEWART, C.R. SUNSTEIN, A. VERMUELE, *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text and Cases*, VI ed., New York, 2006, 214 ss., e J.L. MASHAW, R.A. MERRILL, P.M. SHANE, *Administrative Law: The American Public Law System, Cases and Materials*, V ed., St. Paul, MN, 2003, 830 ss.

⁹⁶ § 557 (d): (1) In any agency proceeding which is subject to subsection (a) of this section, except to the extent required for the disposition of ex parte matters as authorized by law – (A) no interested

La *separation of functions* disciplinata dal §554(d), peraltro, conosce alcune espresse eccezioni, ad esempio nel caso di decisione sulle domande di “*initial licensing*”, ovvero nel caso di procedimenti che riguardano “*the validity or application of rates, facilities, or practices of public utilities or carriers*” in quanto in queste ipotesi non vi è un potere inquisitorio o investigativo da parte dell’Agenzia⁹⁷.

Ulteriore importante esenzione si applica per i soggetti di vertice, ossia “*to the agency or a member or members of the body comprising the agency*”. In questi casi, la concentrazione delle funzioni, in quanto riferita al *top level* dell’Agenzia, è ritenuta accettabile.

Dal momento che la maggior parte dei casi sottoposti alla decisione degli ALJ vede l’Agenzia di cui essi sono dipendenti come parte in causa, gli ALJ godono di uno *status* particolare, funzionale ad assicurare l’imparzialità delle loro decisioni.

person outside the agency shall make or knowingly cause to be made to any member of the body comprising the agency, administrative law judge, or other employee who is or may reasonably be expected to be involved in the decisional process of the proceeding, an ex parte communication relevant to the merits of the proceeding; (B) no member of the body comprising the agency, administrative law judge, or other employee who is or may reasonably be expected to be involved in the decisional process of the proceeding, shall make or knowingly cause to be made to any interested person outside the agency an ex parte communication relevant to the merits of the proceeding; (C) a member of the body comprising the agency, administrative law judge, or other employee who is or may reasonably be expected to be involved in the decisional process of such proceeding who receives, or who makes or knowingly causes to be made, a communication prohibited by this subsection shall place on the public record of the proceeding: (i) all such written communications; (ii) memoranda stating the substance of all such oral communications; and (iii) all written responses, and memoranda stating the substance of all oral responses, to the materials described in clauses (i) and (ii) of this subparagraph; (D) upon receipt of a communication knowingly made or knowingly caused to be made by a party in violation of this subsection, the agency, administrative law judge, or other employee presiding at the hearing may, to the extent consistent with the interests of justice and the policy of the underlying statutes, require the party to show cause why his claim or interest in the proceeding should not be dismissed, denied, disregarded, or otherwise adversely affected on account of such violation; and (E) the prohibitions of this subsection shall apply beginning at such time as the agency may designate, but in no case shall they begin to apply later than the time at which a proceeding is noticed for hearing unless the person responsible for the communication has knowledge that it will be noticed, in which case the prohibitions shall apply beginning at the time of his acquisition of such knowledge.

⁹⁷ § 554 (d): (d) The employee who presides at the reception of evidence pursuant to section 556 of this title shall make the recommended decision or initial decision required by section 557 of this title, unless he becomes unavailable to the agency. Except to the extent required for the disposition of ex parte matters as authorized by law, such an employee may not – (1) consult a person or party on a fact in issue, unless on notice and opportunity for all parties to participate; or (2) be responsible to or subject to the supervision or direction of an employee or agent engaged in the performance of investigative or prosecuting functions for an agency. An employee or agent engaged in the performance of investigative or prosecuting functions for an agency in a case may not, in that or a factually related case, participate or advise in the decision, recommended decision, or agency review pursuant to section 557 of this title, except as witness or counsel in public proceedings. This subsection does not apply – (A) in determining applications for initial licenses; (B) to proceedings involving the validity or application of rates, facilities, or practices of public utilities or carriers; or (C) to the agency or a member or members of the body comprising the agency.

Ai sensi della §3105 ciascuna *Agency* nomina gli *Administrative Law Judges* necessari per i procedimenti che devono essere condotti conformemente alle sezioni 556 e 557 del titolo 5⁹⁸.

Gli ALJ, per quanto possibile, devono ruotare nell'assegnazione dei casi, fermo restando che non possono svolgere compiti incompatibili con le loro funzioni e responsabilità. Il loro *status* prevede che alla stessa *Agency* non sia consentito valutare, regolamentare, punire o rimuovere gli ALJ. Azioni nei loro confronti (volte a ottenere la rimozione, una sospensione, una riduzione nel grado o una riduzione della retribuzione) possono essere intentate solo “*for good cause*” stabilita e determinata dal *Merit System Protection Board*, un'Agenzia quasi indipendente avente come missione precisamente la protezione dei principi del *Merit system* americano e la protezione dei dipendenti federali contro eventuali abusi da parte dell'amministrazione⁹⁹.

In definitiva, lo *status* degli ALJ, per un verso, e le regole che disciplinano la loro azione, per altro verso, concorrono a delineare il procedimento di *formal adjudication* come molto simile a un processo giurisdizionale, caratterizzato, dunque, da una serie di garanzie di terzietà dell'organo giudicante e da un contraddittorio pieno e rigoroso. Tutto ciò contribuisce ad accrescere significativamente le garanzie di imparzialità nelle decisioni, ma, d'altra parte, comporta anche significativi costi per l'amministrazione (in termini di efficacia ed efficienza) e per i privati¹⁰⁰. Anche per questa ragione, il procedimento di *formal adjudication* è,

⁹⁸ In particolare si prevede che: Each agency shall appoint as many administrative law judges as are necessary for proceedings required to be conducted in accordance with sections 556 and 557 of this title. Administrative law judges shall be assigned to cases in rotation so far as practicable, and may not perform duties inconsistent with their duties and responsibilities as administrative law judges.

⁹⁹ Come recita il § 7521: (a) An action may be taken against an administrative law judge appointed under section 3105 of this title by the agency in which the administrative law judge is employed only for good cause established and determined by the Merit Systems Protection Board on the record after opportunity for hearing before the Board.

(b) The actions covered by this section are – (1) a removal; (2) a suspension; (3) a reduction in grade; (4) a reduction in pay; and (5) a furlough of 30 days or less; but do not include – (A) a suspension or removal under section 7532 of this title; (B) a reduction-in-force action under section 3502 of this title; or (C) any action initiated under section 1215 of this title.

¹⁰⁰ M. ASIMOV, *When the Curtain Falls: Separation of Functions in Federal Administrative Agencies*, 81 *Colum. L. Rev.*, 759, (1981), mette in luce talune criticità derivanti dal modello della separazione delle funzioni contenuto nell'APA. In particolare, a p. 799, si precisa che “(a) separation of functions requires costly staff duplication; a second team is needed to evaluate the work of the first; (b) substantial delays are inevitable while new advisers familiarize themselves with the record and issues in already ponderously slow cases; (c) separation deprives decisionmakers of needed advice and technical expertise that only the staff adversaries possess; (d) separation of functions, combined with limits on outsider ex parte contacts, breeds confusion over what communications are allowed and thus causes unnecessarily cautious behavior; (e) separation can interfere with the agency heads' ability to control important cases, set policy, supervise the staff, and become aware of emerging problems; 194 (f) sep-

nella pratica, assai meno utilizzato dei procedimenti di *informal adjudication*, ossia procedure le cui regole sono stabilite dalle singole Agenzie¹⁰¹, fermo restando – in base al V e al XIV emendamento – il rispetto del *due process* (e della garanzia della neutralità in esso insita) nel caso in cui l'azione dell'amministrazione possa privare la persona della vita, della libertà, della proprietà¹⁰².

7. La separazione strutturale tra politica e amministrazione: le autorità amministrative indipendenti

Il terzo e più radicale strumento per assicurare l'imparzialità dell'organizzazione consiste nella creazione di apparati amministrativi del tutto separati dal Governo e sottratti al suo indirizzo politico. Si tratta del fenomeno, ben noto e largamente diffuso in vari Paesi, delle autorità amministrative indipendenti¹⁰³.

Mediante questo tipo di organizzazione il modello costituzionale della responsabilità ministeriale viene negato in radice e l'imparzialità, superando i suoi tradizionali confini, si configura sul piano funzionale come neutralità e sul piano strutturale

aration of functions is often interpreted to mean that lower level decisionmakers (such as ALJs) may receive no guidance from anyone on the agency staff, such as upper level decisionmakers or completely uninvolved staff; (g) separation of functions interferes with collateral functions such as rulemaking, budgeting, testifying before Congress, or personnel matters when the issues involved in the collateral proceeding are entangled with those in pending restricted cases; (h) separation can make it difficult to launch new investigations or set hearings in cases somehow related to ongoing adjudication”.

¹⁰¹ Una trattazione puntuale quanto alla separazione delle funzioni e alle procedure di *adjudication* in due importanti Agenzie federali si trova in B. W. MINTZ, *Administrative Separation of Functions: OSHA and the NLRB*, 47 *Cath. U. L. Rev.*, 877, (1998).

¹⁰² Si ricordi, infatti, che nella proprietà sono col tempo confluite, sotto forma di c.d. *new property*, anche posizioni giuridiche derivanti da elargizioni o dinieghi di prestazioni da parte dell'Amministrazione. Su questi profili, ampiamente, B. MARCHETTI, *Pubblica amministrazione e corti negli Stati Uniti. Il judicial review sulle amministrative agencies*, 82 ss. La ricostruzione della parabola nella *new property* si trova in D. SORACE, *Il problema degli interessi non-diritti da tutelare nell'administrative law americano (linee di un dibattito in corso)*, in *Scritti per Mario Nigro*, vol. III, Milano 1991, 581.

¹⁰³ La letteratura sulle autorità amministrative indipendenti è sterminata. In generale, sui caratteri delle autorità amministrative indipendenti nel diritto italiano si vedano almeno: M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994; M. D'ALBERTI, voce *Autorità amministrative indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, vol. IV, Roma, 1995, *ad vocem*; R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. pubb.*, 1996, 133 ss.; S. CASSESE e C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; A. PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. pubb.*, 1998, 645 ss.; F. MERUSI e M. PASSARO, voce *Autorità indipendenti*, in *Enc. Dir.*, Agg., vol. VI, Milano, 2002, 143 ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009.

come indipendenza¹⁰⁴. In questo senso, com'è stato osservato, le amministrazioni indipendenti costituiscono una radicale novità in tema di organizzazione dei pubblici poteri¹⁰⁵, configurandosi come “la manifestazione più accentuata ed attuale del principio di separazione tra istanze politiche e istanze amministrative”¹⁰⁶.

Com'è noto, questo modello di organizzazione in Italia ha avuto una decisa espansione negli anni Novanta del secolo scorso per effetto soprattutto del diritto europeo, ma anche in conseguenza di un clima particolarmente favorevole a sottrarre spazi di decisione alla politica e ai partiti per affidarli, appunto, ad autorità indipendenti. Da allora le amministrazioni indipendenti hanno attraversato momenti di alterne fortune: all'entusiasmo iniziale ha fatto seguito un periodo di ripensamenti e di parziale riallocazione, presso l'amministrazione ministeriale, di competenze in precedenza affidate alle *autorithies*¹⁰⁷.

Negli anni più recenti, invece, tale modello di organizzazione pare aver ripreso quota – anche se non mancano contraddizioni¹⁰⁸ – in particolare attraverso il completamento del sistema di regolazione indipendente nel settore dei servizi di pubblica utilità¹⁰⁹.

Nello specifico, con il decreto legge 6 dicembre 2011 n. 201 le funzioni di regolamentazione in materia di servizi postali e di servizi idrici sono state assegnate, rispettivamente, all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e all'Autorità per

¹⁰⁴ La distinzione tra le nozioni di imparzialità e di neutralità è particolarmente sottolineata da V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.*, 1997, 342 ss., in particolare 353-354 e più recentemente ripresa da A. PATRONI GRIFFI, *Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale: profili problematici di ieri e di oggi*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2015, 1 ss.

¹⁰⁵ In questi termini, A. PAJNO, *Quali prospettive per le autorità indipendenti?*, in M. D'ALBERTI e A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna, 2010, 428.

¹⁰⁶ N. LONGOBARDI, *'Amministrazioni indipendenti' e posizione istituzionale dell'amministrazione pubblica*, in *Scritti in onore di Ottaviano*, vol. I, Milano, 1993, 525 ss., e ora in Id., *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., 44 ss., in particolare 61.

¹⁰⁷ Tutte queste vicende sono ampiamente descritte da M. CLARICH, *Le autorità indipendenti nello spazio regolatorio: ascesa e declino di un modello*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1035 ss., successivamente ripreso in Id., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, in particolare 13 ss.

¹⁰⁸ Si vedano, ad esempio, alcune disposizioni del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito in legge 11 agosto 2014, n. 114, che hanno imposto anche alle autorità indipendenti significativi tagli di spesa. In argomento, F. DI PORTO, *“Razionalizzazione delle autorità indipendenti”. Tagliare la spesa, ma non gli artigli!*, in *Riv. reg. merc.*, 2014, 207 ss., nonché, sulla compatibilità con il diritto europeo delle disposizioni di una legge nazionale che assoggettava l'AGCOM a tagli di spesa, G.M. BARSÌ, *Il finanziamento delle autorità di regolazione tra contribuzione di scopo degli operatori e tagli alla spesa pubblica. Il caso AGCOM*, *ivi*, 2016, 91 ss. Più in generale, sul rapporto tra indipendenza e risorse finanziarie delle autorità indipendenti, si veda M. DE BENEDETTO, *Indipendenza e risorse delle Autorità indipendenti*, in M. D'ALBERTI e A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit., 173 ss.

¹⁰⁹ Di una “significativa rinascita del modello di regolazione per autorità indipendenti affermatosi all'inizio degli anni Novanta” parla G. NAPOLITANO, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 229 ss.

l'energia elettrica e il gas (art. 21) e sono state contemporaneamente soppresse l'Agenzia nazionale di regolamentazione del settore postale e l'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua. È stata inoltre istituita la nuova Autorità di regolazione dei trasporti (art. 37), mentre il ruolo dell'Autorità *antitrust* è stato potenziato mediante l'attribuzione ad essa della legittimazione ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato (art. 35) ¹¹⁰.

In parallelo, anche a livello europeo si registrano significativi avanzamenti nella direzione di un deciso rafforzamento dell'amministrazione indipendente. Così, nei settori bancario, assicurativo e finanziario sono state istituite vere e proprie *authorities* europee, che sono qualcosa di più e di diverso della semplice rete dei regolatori nazionali. E anche nei settori dell'energia elettrica e del gas e in quello delle comunicazioni elettroniche – che pure non hanno ancora raggiunto il medesimo grado di maturità – vengono istituiti consorzi di autorità di regolazione nazionali aventi poteri sempre più incisivi e un grado di indipendenza sempre più spiccato ¹¹¹. Di conseguenza, com'è stato notato, l'istituzione di organismi di regolazione

¹¹⁰ Il d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, c.d. decreto “salva Italia”, è stato convertito in legge dall'art. 1, comma 1 della legge 22 dicembre 2011, n. 214. Sui nuovi poteri dell'AGCM si vedano, tra i tanti, M. LIBERTINI, *I nuovi poteri dell'Autorità antitrust (art. 35, d.l. 201/2011)*, in *www.federalismi.it*, n. 24/2011; F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, *ivi*, n. 12/2012; M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricordo dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287/1990*, *ivi*, n. 12/2012; M. CLARICH, *I poteri dell'impugnativa ai sensi dell'art. 21bis della legge n. 287/1990*, in *Conc. merc.*, 2013, 865 ss.; F. GOISIS, *Il potere di iniziativa dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21 bis l. 287 del 1990: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 471 ss.; M. DE BENEDETTO, *Le liberalizzazioni e i poteri dell'AGCM*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 236 ss. Sull'autorità dei trasporti v. L. TORCHIA (a cura di), *L'Autorità dei trasporti nel sistema delle autorità indipendenti*, paper di Astrid, in *www.astridonline.it* (2013); A. TONETTI, *L'Autorità di regolazione dei trasporti*, in *Giorn. dir. amm.* 2012, 589 ss.; A. CANDIDO, *La governance dei trasporti in Italia: soggetti, livelli di governo, competenze*, in *Riv. reg. merc.*, 2015, 105 ss.; G. DIMITRIO e M. FILICE, *I poteri di competition advocacy dell'AGCM ex art. 21 bis, l. n. 287/1990*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 262 ss.

¹¹¹ Il riferimento è, ovviamente, all'Autorità bancaria europea (EBA), all'Autorità europea delle assicurazioni (EIOPA) e all'Autorità europea degli strumenti finanziari (ESMA), istituite con i regolamenti europei del 24 novembre 2010, n. 1093, n. 1094 e n. 1095. Nel settore dell'energia e del gas, con regolamento n. 713/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009, è stata invece istituita l'Agenzia per la cooperazione dei regolatori dell'energia (ACER) i cui poteri sono stati di recente accresciuti, mentre nel settore delle comunicazioni elettroniche, con regolamento n. 1211/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009, è stato istituito l'Organismo dei regolatori indipendenti delle comunicazioni elettroniche (BEREC). Per uno sguardo d'insieme a questi fenomeni E. CHITI, *L'accountability delle reti di autorità amministrativa nell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 29 ss.; ID., *Le trasformazioni delle agenzie europee*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 57 ss.; ID., *Tendenze e problemi del processo di agencification nell'ordinamento europeo*, in B. MARCHETTI (a cura di), *L'Amministrazione comunitaria. Caratteri, accountability e sindacato giurisdizionale*, Padova, 2009, 21 ss. Si vedano inoltre M. SCHOLTEN e M. VAN RUSBERGEN, *The limits of Agencification in the European Union*, in *German law Journal*, 15, 2014, 1248 nonché P. BILANCIA (a cura di), *La regolazione dei mercati*

europei per un verso contribuisce a consolidare il modello delle amministrazioni indipendenti, mentre, per altro verso, modifica il carattere dell'indipendenza che si declina ora non solo nei confronti dei governi nazionali, ma anche nei confronti della Commissione¹¹².

Sebbene non esista un modello unico di autorità indipendente, non v'è dubbio che vi siano dei tratti comuni a tutte le autorità tra i quali, da un lato, l'elevata *expertise* tecnica e, dall'altro, l'indipendenza¹¹³. Quest'ultima, soprattutto, si caratterizza come indipendenza dal Governo e dagli operatori del mercato.

Le ragioni dell'indipendenza delle autorità dal Governo sono varie e sono ampiamente note: dalla necessità di sottrarre alle incertezze e alla brevità del ciclo politico determinati settori sensibili che, implicando investimenti consistenti, richiedono una certa stabilità del quadro regolatorio, alla necessità di dotare i mercati di un arbitro terzo e imparziale, capace di garantire la parità delle parti, soprattutto nel caso in cui una di queste sia un'impresa partecipata in tutto o in parte dallo stesso Stato¹¹⁴. Parimenti noti sono i diversi strumenti che l'ordinamento predispone per assicurare l'indipendenza delle autorità: dai requisiti per la nomina dei componenti degli organi di vertice alle procedure di nomina stessa, dalla durata e dai limiti di mandato alla disciplina dei conflitti di interesse, dalle modalità di finanziamento agli obblighi di consultazione ed altri ancora.

Sin dalle origini la creazione di autorità amministrative indipendenti ha posto alcune difficoltà in relazione alla loro legittimità costituzionale e alla loro legittimazione democratica, dal momento che esse, per un verso, non trovano un aggancio sicuro nella Costituzione, mentre, per altro verso, sfuggono al circuito rappresentativo¹¹⁵.

di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei, Milano, 2012, *passim*. Evidenzia il potenziamento della regolazione indipendente da parte dell'ordinamento europeo anche M. D'ALBERTI, *Il valore dell'indipendenza*, in M. D'ALBERTI e A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit., 18.

¹¹² L. TORCHIA, *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, Relazione svolta al convegno "Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati" – Roma, Palazzo Spada, 28 febbraio 2013, in *www.irpa.eu*.

¹¹³ Di "irregolarità fenomenologica" delle Autorità indipendenti parla M. RAMAJOLI, *Riforme (passate, presenti e future) delle autorità indipendenti*, in F. MASTRAGOSTINO, G. PIPERATA, C. TUBERTINI (a cura di), *L'amministrazione che cambia. Fonti, regole e percorsi di una nuova stagione di riforme*, Bologna, 2016, 65 ss.

¹¹⁴ Ulteriori ragioni dell'indipendenza, secondo M. D'ALBERTI, *Il valore dell'indipendenza*, in M. D'ALBERTI e A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit., 13-15, sono "il coniugarsi necessario di una elevata tecnicità con la non-politica e con la riduzione della discrezionalità" nonché la spinta proveniente dagli ordinamenti sovranazionali, e in particolare europeo, per la creazione del mercato unico.

¹¹⁵ Per tutti, in argomento, F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti: un romanzo quasi giallo*, Bologna, 2000, *passim*. Tentativi di rintracciare il fondamento della costituzionalità delle autorità indipendenti e, perciò, della loro legittimazione democratica, sono stati svolti anche dalla dottrina costituzionalistica sulla scia di una tradizione che ha sempre indagato i contrappesi delle democrazie maggioritarie. Per questa impostazione del tema si veda G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, cit.

Per risolvere il problema della legittimazione democratica – che in parte si confonde con (o si sovrappone a) quello della legittimità costituzionale – la dottrina ha da tempo fatto riferimento a un'idea di democrazia diversa da quella, classica, fondata sul principio di maggioranza.

In base all'idea tradizionale, infatti, l'unica fonte di legittimazione democratica dell'amministrazione sarebbe quella che deriva dall'investitura popolare mediante elezioni ¹¹⁶.

Diversamente, secondo il modello non maggioritario di democrazia – altrimenti detto madisoniano ¹¹⁷ –, ciò che rileva ai fini della democrazia è che il potere sia limitato e distribuito ad una pluralità di centri di imputazione, così da proteggere “tanto le minoranze dalla «tirannia della maggioranza», quanto le funzioni giudiziarie, esecutive e amministrative dalle assemblee rappresentative e dall'opinione incostante della massa” ¹¹⁸.

In questa logica, l'attribuzione di alcune funzioni di *policy* ad autorità indipendenti è da considerarsi come estremamente positiva proprio in quanto funzionale a “disperdere” il potere.

Per quanto riguarda la vicenda italiana, è significativo notare che “l'erompere” delle autorità amministrative indipendenti si colloca storicamente, come si è già accennato, in un contesto di crisi della rappresentanza politica ¹¹⁹. Allo stesso tempo, sul piano teorico, si faceva strada l'idea che il governo di una società complessa richiedesse circuiti ulteriori rispetto a quelli rappresentativi tradizionali ¹²⁰.

Muovendo da queste premesse si è giunti quindi a configurare le autorità indipendenti come un vero e proprio nuovo modello di amministrazione, alternativo a quello tradizionale, caratterizzato dalla vocazione a stabilire rapporti diretti con la società, senza la mediazione della politica e dei partiti. In breve, le autorità indipendenti sono state rappresentate ben presto come una sede di confronto e di composizione degli interessi alternativa alle sedi politiche in senso tradizionale ¹²¹.

¹¹⁶ A. LA SPINA e G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, 167 ss.

¹¹⁷ R.A. DHAL, *A Preface to Democratic Theory*, Chicago, 1956.

¹¹⁸ A. LA SPINA e G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, cit., 168.

¹¹⁹ Così l'efficace espressione che dà il titolo al saggio di A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997. Peraltro, anche la nascita delle *Independent Agencies* americane avviene sotto la pressione di una critica severa ai partiti politici e alla degenerazione dei meccanismi di *spoils system*. Sul punto si veda N. LONGOBARDI, *Le autorità amministrative indipendenti laboratori di un nuovo diritto amministrativo*, in ID., *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico istituzionale*, cit., 73 ss., anche per ulteriori riferimenti dottrinari.

¹²⁰ Questo aspetto è particolarmente evidenziato da N. LONGOBARDI, *Le autorità amministrative indipendenti laboratori di un nuovo diritto amministrativo*, cit., 87 ss. Su un piano più generale, la progressiva tendenza dell'amministrazione “a stabilire rapporti diretti e ‘istituzionali’ con la società” è evidenziato da M. NIGRO, *Amministrazione pubblica (organizzazione dell')*, cit., 5.

¹²¹ In questi termini, quasi testuali, M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, cit., 53.

Se i fattori di legittimazione di queste autorità sono stati variamente individuati ora nella particolare *expertise* tecnica – coerentemente con la teoria weberiana –, ora nel fatto che i loro atti sono soggetti al controllo giurisdizionale ora, infine, nella circostanza di essere inserite all'interno di reti orizzontali e internazionali di autorità indipendenti, il principale fattore di legittimazione democratica delle Autorità indipendenti è stato individuato nel rafforzamento della legalità procedurale, ossia nelle garanzie più estese di contraddittorio¹²².

In altri termini, essendo le Autorità per definizione sganciate dal circuito democratico rappresentativo, la loro legittimazione è stata declinata anzitutto come democrazia procedimentale, dal momento che è precisamente il procedimento la sede del dialogo tra autorità e società¹²³.

Il dibattito sul rafforzamento delle garanzie procedimentali – come si è accennato anche nel paragrafo precedente – è stato particolarmente intenso negli Stati Uniti, dove il problema della legittimazione delle *Independent Agencies* si è posto storicamente prima, ma si è riproposto sostanzialmente negli stessi termini anche in Europa a seguito dell'ampia diffusione delle Autorità indipendenti in molti Stati¹²⁴.

Sinteticamente si può dire che, se le autorità sono sottratte alla direzione della politica per le ragioni cui si è fatto sopra cenno, esse traggono la loro legittimazione democratica non dall'alto, come solitamente avviene, ma dal basso, ossia direttamente dalla partecipazione al procedimento dei privati interessati dal processo deci-

¹²²G. MAJONE, *Independence vs. accountability? Non majoritarian institutions and democratic government in Europe*, EUI working paper, 1994, n. 3, 23 ss.; S. CASSESE, *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*. Quaderni del Consiglio di Stato, Torino, 1999, 37 ss.; M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, *ivi*, 9 ss.; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti: un romanzo quasi giallo*, cit., 26-27; E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 679 ss.; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, 97 ss.; M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in E. BRUTI LIBERATI e F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, 189 ss. Una decisa critica a questa visione è portata da G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, cit., 80 ss.

¹²³Sulla scia della dottrina si è posta anche la giurisprudenza amministrativa: cfr. Cons. Stato, sez. VI, 1 ottobre 2014, n. 4874, in *www.giustiziaamministrativa.it*, dove si afferma “il rafforzamento delle garanzie di legalità in senso procedimentale (che) si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore al procedimento di formazione degli atti regolamentari”. Si tratta peraltro di giurisprudenza ormai consolidata: cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2201, Id., 29 maggio 2006, n. 3272; Id., 27 dicembre 2006, n. 7972, Id., 2 marzo 2010, n. 1215, tutte reperibili in *www.giustiziaamministrativa.it*. Da ultimo, ancora, TAR Lombardia, Milano, sez. II, 6 settembre 2016, n. 1629, in *www.giustiziaamministrativa.it*, ribadisce che: “la dequotazione del principio di legalità sostanziale, giustificata dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire, impone il rafforzamento del principio di legalità procedimentale, il quale si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di più incisive forme di partecipazione degli interessati”.

¹²⁴Cfr. M. SHAPIRO, *Agenzie indipendenti: Stati uniti ed Unione Europea*, in *Dir. pubbl.*, 1996, 667 ss.

sionale. Maggiori garanzie di partecipazione e di contraddittorio sono così assicurate tanto nei procedimenti di *adjudication* quanto in quelli di *rulemaking*. Tuttavia, mentre nei procedimenti del primo tipo la partecipazione assolve ancora a una funzione principalmente difensiva, nei procedimenti volti all'emanazione di atti generali essa assume altresì una funzione di rappresentazione degli interessi, costituendo in un certo senso "un surrogato in via amministrativa del processo politico"¹²⁵.

In particolare, nei procedimenti volti all'adozione di atti generali e/o normativi delle autorità di regolazione il *notice and comment* costituisce una forma di contraddittorio collaborativo mediante il quale da un lato si realizza il principio democratico, attraverso l'attuazione di meccanismi di rappresentanza diretta degli interessi di cui ciascun operatore è portatore, mentre, dall'altro lato, viene valorizzato il principio di efficacia in quanto la partecipazione dei privati costituisce per l'amministrazione occasione di apprendimento per una migliore conoscenza dei fatti e degli interessi su cui essa deve operare la scelta¹²⁶.

In questa logica, peraltro, la partecipazione acquista un valore del tutto peculiare rispetto a quello che essa riveste nell'attività amministrativa tradizionale, anche quando volta all'emanazione di atti generali¹²⁷.

Se, in quest'ultima, la partecipazione costituisce essenzialmente lo strumento perché possano emergere i fatti rilevanti e gli interessi in gioco nel procedimento, nella regolazione la partecipazione dei privati interessati riveste anche un valore strategico che va ben al di là dell'esito del procedimento in quanto funzionale all'elaborazione, da parte del regolatore, di un programma d'azione sempre più efficace e in continua evoluzione.

È l'idea della regolazione come processo conoscitivo che si sviluppa nell'interazione tra comportamento del regolatore e comportamento dei regolati, sul presupposto che nessuno di essi possieda una razionalità sufficiente a predisporre le condizioni necessarie per il realizzarsi del benessere collettivo¹²⁸.

Naturalmente la democrazia procedurale realizzata dalle autorità indipendenti se, per un verso, può assicurare una più attenta considerazione di alcuni interessi da parte dell'amministrazione non può, per altro verso, sostituire la democrazia rappresentativa, vuoi perché per sua natura appare limitata solo ad

¹²⁵ Le parole tra virgolette sono di G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 252.

¹²⁶ M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, cit., 200.

¹²⁷ Sul senso della partecipazione ai procedimenti generali in chiave comparata si veda S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 13 ss., dove la partecipazione è indagata non solo al fine di stabilire il ruolo riconosciuto al privato nei confronti dell'amministrazione, ma anche il peso rispettivo assegnato ai tre poteri dello Stato, posto che la partecipazione si colloca al crocevia tra amministrazione, giustizia e democrazia. In argomento si veda altresì M. COCCONI, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, 2010.

¹²⁸ Questi profili sono particolarmente evidenziati da M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, cit., 217.

alcune tipologie di azione – anche nell'ambito della regolazione, ad esempio, solo quelle azioni che coinvolgono un numero limitato di destinatari –, vuoi perché la partecipazione non è esente da costi né priva di inconvenienti. Basti al riguardo solo ricordare come i partecipanti al procedimento non dispongano tutti della medesima capacità di influenza oppure il fatto che un eccesso di partecipazione o di regolamentazione della partecipazione possa produrre conseguenze negative sul piano della celerità ed effettività delle scelte.

Pur con queste avvertenze, comunque, le letture che vedono nel rafforzamento delle garanzie di partecipazione ai procedimenti volti all'emanazione di atti generali da parte delle amministrazioni indipendenti la fonte della loro legittimazione democratica rappresentano una suggestione interessante e potenzialmente capace di essere estesa anche oltre il perimetro delle *authorities*. Come meglio si vedrà nel prossimo capitolo, infatti, l'esigenza di rintracciare una legittimazione dell'amministrazione autonoma, non discendente cioè dalla politica, costituirà la premessa per la costruzione di un diverso modo di concepire l'imparzialità dell'organizzazione amministrativa.

8. Un'autorità indipendente a presidio dell'imparzialità delle altre amministrazioni: l'Autorità Nazionale Anticorruzione

Se la creazione di autorità amministrative indipendenti costituisce, come si è detto, l'espressione più matura della distinzione (*rectius*, separazione) tra politica e amministrazione, l'attenzione deve essere rivolta ora a una particolare autorità indipendente, ossia l'Autorità Nazionale Anticorruzione¹²⁹.

Tale riferimento si rende infatti particolarmente opportuno in questa sede per il fatto che, essendo l'ANAC istituzionalmente preposta a prevenire e contrastare l'illegalità e la corruzione nelle pubbliche amministrazioni, una parte non secondaria delle sue politiche di prevenzione passa dalla disciplina della c.d. imparzialità soggettiva dei funzionari pubblici, ossia dalla disciplina di tutti quei profili che

¹²⁹ Le riflessioni sul ruolo dell'ANAC cominciano ad essere copiose in dottrina. Si segnalano qui tra i principali contributi di carattere generale: I.A. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016, *passim*; R. CANTONE e F. MERLONI, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015, *passim*; R. CANTONE, *La prevenzione della corruzione e il ruolo dell'ANAC*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, 2016, 25 ss.; N. LONGOBARDI, *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e autorità atipiche. L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *www.Giustamm.it* n. 5/2016; ID., *L'Autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, *ivi*, n. 6/2016; E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 499 ss.; ID., *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: "post fata resurgam"*, *ivi*, 2015, 757 ss.; R. CANTONE e C. BOVA, *L'Anac alle prese con la vigilanza sui contratti pubblici: un ponte verso il nuovo codice degli appalti?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 166 ss.; F. DI LASCIO e B. NERI, *I poteri di vigilanza dell'Autorità Nazionale anticorruzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 454 ss.

riguardano la posizione individuale dei pubblici funzionari sia per quanto attiene all'accesso e alla conservazione di una carica pubblica (inconferibilità, incompatibilità) sia per quanto attiene ai doveri di comportamento.

In tal modo non soltanto l'ANAC, collocandosi al di fuori del circuito democratico-rappresentativo, realizza nella sua organizzazione, al pari di ogni altra autorità indipendente, il massimo dell'imparzialità, ma – attraverso la sua azione – concorre in misura significativa anche alla realizzazione dell'imparzialità nell'organizzazione di tutte le amministrazioni pubbliche assoggettate alla c.d. legislazione anticorruzione.

Anticipando subito quanto meglio si dirà tra breve, infatti, una delle caratteristiche più importanti e peculiari dell'Autorità anticorruzione è quella di rivolgere la propria azione innanzitutto e principalmente nei confronti di altre amministrazioni pubbliche.

Le travagliate vicende che hanno portato alla nascita e al consolidamento dell'Autorità Nazionale Anticorruzione sono note e ci si può pertanto limitare a un rapido e schematico riepilogo, funzionale unicamente a evidenziare alcuni tratti peculiari di questa Autorità, rinviando, per ulteriori approfondimenti, a trattazioni più analitiche¹³⁰.

Punto di partenza è rappresentato dal d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 che istituisce la Commissione Indipendente per la Valutazione, l'Integrità e la Trasparenza nelle pubbliche amministrazioni (CIVIT) con il compito di "indirizzare, coordinare e sovrintendere all'esercizio indipendente delle funzioni di valutazione, di garantire la trasparenza dei sistemi di valutazione, di assicurare la comparabilità e la visibilità degli indici di andamento gestionale" (così l'art. 13).

Successivamente, con la legge 6 novembre 2012 n. 190 (c.d. legge Severino) la CIVIT viene individuata come autorità nazionale anticorruzione e preposta allo svolgimento di una serie di compiti in tema di prevenzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni oltre che di trasparenza.

A distanza di pochi mesi, si assiste a un nuovo intervento del legislatore che modifica la denominazione dell'Autorità – ora Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche (ANAC) – e, soprattutto, ne ridefinisce la composizione prevedendo che il Presidente sia nominato su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione di concerto con il Ministro della giustizia e il Ministro dell'interno, mentre gli altri quattro componenti siano nominati su proposta del solo Ministro per la pubblica amministrazione¹³¹.

¹³⁰ Oltre a R. CANTONE e F. MERLONI, *Presentazione*, in ID., *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, cit., si vedano in particolare E. D'ALTERIO, *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: "post fata resurgam"*, cit., nonché F. GIUFFRÈ, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello stato di diritto: il caso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in I.A. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, 9 ss., in particolare 26 ss.

¹³¹ Così il d.l. 31 agosto 2013, n. 101 poi modificato in sede di conversione ad opera della legge

Un fondamentale punto di svolta si ha poi con il d.l. 24 giugno 2014, n. 90 che sopprime l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici e ne trasferisce le relative funzioni (e il relativo personale) all'ANAC. Di contro, la valutazione e misurazione della *performance* viene ora affidata al Dipartimento della funzione pubblica. Infine, diverse disposizioni accrescono le funzioni e i poteri del Presidente al punto che una parte della dottrina ha parlato al riguardo di un "organo nell'organo" e altri di un "profilo emergenziale della figura del Presidente dell'ANAC"¹³².

Ancora, deve essere menzionata la legge 27 maggio 2015, n. 69 (c.d. seconda legge anticorruzione) laddove stabilisce l'obbligo per il pubblico ministero di comunicare al Presidente dell'Autorità anticorruzione l'avvenuto esercizio dell'azione penale per delitti contro la pubblica amministrazione (art. 7), nonché l'obbligo per il giudice amministrativo di trasmettere all'ANAC "ogni informazione o notizia rilevante emersa nel corso del giudizio che, anche in esito a una sommaria valutazione, ponga in evidenza condotte o atti contrastanti con le regole della trasparenza" (art. 8, comma 3).

Da ultimo, il nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50) assegna all'Autorità anticorruzione un ruolo assolutamente centrale e in larga misura inedito, anche rispetto alla precedente AVCP, in materia di regolazione e vigilanza sugli appalti pubblici.

Alla luce di questa tormentata evoluzione legislativa, si può dire, riassumendo, che all'ANAC sono attualmente affidate due missioni principali, strettamente connesse, ossia la regolazione e la vigilanza del mercato dei contratti pubblici, da un lato, e la prevenzione e il contrasto alla corruzione e alla illegalità dall'altro. Per realizzare tali missioni l'Autorità esercita un'ampia gamma di funzioni:

30 ottobre 2013, n. 125. Nota E. D'ALTERIO, *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: "post fata resurgam"*, cit., 762: "nell'aprile 2014, viene quindi nominato il nuovo Presidente che, per alcuni mesi, agisce di fatto come un organo monocratico. Anche dopo la nomina dei nuovi componenti (giugno 2014), tuttavia, il Presidente dell'Anac continua ad essere una figura speciale, con posizione e poteri autonomi rispetto a quelli degli altri componenti che ora partecipano al 'Consiglio'".

¹³² La prima espressione è di E. D'ALTERIO, *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: "post fata resurgam"*, cit., 762, mentre la seconda è di N. LONGOBARDI, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, cit., 7. Entrambi gli autori ricapitolano i vari compiti attribuiti dal d.l. n. 90/2014 al Presidente dell'ANAC. Il Presidente in particolare: *i*) presenta al Presidente del Consiglio dei ministri un piano di riordino dell'Autorità (art. 19, comma 3); *ii*) formula proposte al Commissario unico delegato del Governo per l'Expo Milano 2015 e alla Società Expo 2015 per la corretta gestione dell'evento (art. 19, comma 7); *iii*) segnala le violazioni in materia di comunicazione delle informazioni e dei dati e di obblighi di pubblicazione, ai fini dell'esercizio del potere sanzionatorio (art. 19, comma 7); *iv*) svolge compiti di alta sorveglianza e garanzia della correttezza e trasparenza delle procedure connesse alla realizzazione delle opere del grande evento EXPO Milano 2015 avvalendosi a tal fine di una apposita Unità operativa speciale composta da personale in posizione di comando, distacco o fuori ruolo anche proveniente dal corpo della Guardia di Finanza (art. 30, comma 1); *v*) propone al Prefetto l'assunzione di misure straordinarie di gestione dell'impresa.

dall'indirizzo e regolazione alla vigilanza e al controllo, dalla segnalazione alla sanzione e alla gestione del contenzioso¹³³.

Come per le altre autorità indipendenti, anche per l'Autorità Nazionale Anticorruzione la dottrina si è posta il problema di rintracciarne la legittimazione democratica.

In questo caso, peraltro, tale problema si pone in modo del tutto peculiare, stante il fatto che, come si è già anticipato, destinatarie dell'azione dell'Autorità anticorruzione sono innanzitutto le pubbliche amministrazioni per le quali, a loro volta, si pone un problema di legittimazione, se cioè essa derivi dalla politica (*ex art. 95 Cost.*) ovvero dal loro essere imparziali ed efficienti (*ex art. 97 Cost.*).

In relazione all'ANAC, comunque, al pari di quanto si è visto con riferimento alle autorità indipendenti in generale, alcuni hanno ritenuto di potere rinvenirne la legittimazione da un lato nella strumentalità della sua azione alla tutela del "macro-interesse, di rilevanza costituzionale, alla legalità della pubblica amministrazione" e, dall'altro lato, nella previsione di meccanismi partecipativi e di consultazione dei soggetti regolati "che costituiscono un modello sperimentale di legittimazione dal basso, che si affianca a quella classica della democrazia rappresentativa"¹³⁴.

Anche il Consiglio di Stato, in sede consultiva, ha riconosciuto un parallelismo tra i poteri dell'ANAC e quelli delle altre Autorità di regolazione, sottolineando come le garanzie procedurali possano costituire un utile rimedio al fine di colmare il *gap* democratico che caratterizza l'adozione degli atti di regolazione da parte dell'ANAC. Il giudice amministrativo, in particolare, ha richiamato la necessità di una sistematica consultazione prima della adozione delle linee guida, di un'attenta analisi di impatto della regolazione al fine di evidenziare i cambiamenti attesi dall'intervento regolatorio, di un'attenta verifica *ex post* dell'impatto della regolazione ai fini di un eventuale adattamento del contenuto delle linee guida alle esigenze emerse nella fase di concreta ed effettiva applicazione¹³⁵.

Ebbene, se, con riferimento alle funzioni che sono più propriamente di regolazione del "mercato" dei contratti pubblici, la tesi della legittimazione procedimentale potrebbe, forse, avere un fondamento – sia pure a condizione di ammettere la creazione, da parte della stessa Autorità, di una regolazione *economica* del

¹³³ Per un esame di queste varie specie di poteri v. L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 605 ss.; E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit.; S. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale anticorruzione*, in *Riv. Reg. Merc.*, n. 1/2016, 9 ss.

¹³⁴ Le parole tra virgolette sono di F. GIUFFRÈ, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello stato di diritto: il caso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., 29-30.

¹³⁵ Cfr. Cons. Stato, Comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, in *www.giustizia-amministrativa.it*, §4.3.

mercato dei contratti pubblici¹³⁶ – non altrettanto si può dire in relazione alla funzione di prevenzione della corruzione *tout-court*.

¹³⁶ Si veda al riguardo la tesi proposta da L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Riv. Reg. Merc.*, n. 1/2016, 72 ss., la quale, a partire dalla considerazione che quello dei contratti pubblici non è mai stato considerato propriamente un mercato, quanto piuttosto una materia avente una specifica disciplina, ritiene che, se davvero in questo ambito si vuole introdurre un tipo di intervento pubblico ispirato al modello della regolazione, allora il mercato dei contratti pubblici deve essere “preso sul serio”. Ciò implica – secondo la tesi suggerita – essere anzitutto consapevoli delle differenze tra i mercati che già da tempo sono soggetti a regolazione indipendente e il mercato dei contratti pubblici. Quattro sono le differenze principali individuate: anzitutto in ordine ai destinatari della regolazione. Mentre, infatti, nei settori tradizionali – energia, gas, comunicazioni elettroniche, mercati finanziari, ecc. – destinatari della regolazione sono soggetti privati, nel mercato dei contratti pubblici i destinatari della regolazione sono anzitutto pubbliche amministrazioni, con la conseguenza che la stessa strutturazione del mercato – ad esempio quanto a ingresso e uscita – è sostanzialmente diversa. In secondo luogo, altra importante differenza è data dal rapporto tra atto di regolazione, destinatari dello stesso e soggetti che aspirano ad acquisire i singoli contratti messi a bando. Mentre normalmente gli atti di regolazione, incidendo direttamente nella sfera giuridica degli operatori privati, possono essere da questi contestati dinanzi all'autorità giurisdizionale – il che costituisce, come si è detto in precedenza, un ulteriore elemento della legittimazione delle Autorità indipendenti – nel mercato dei contratti pubblici è la violazione dell'atto di regolazione che potrà essere fatta valere dall'aspirante contraente contro la stazione appaltante. Una terza differenza è rinvenuta poi nel fatto che mentre nei mercati regolati l'azione delle Autorità indipendenti è funzionale a realizzare la concorrenza tra i destinatari della regolazione, nel mercato dei contratti pubblici la concorrenza non è tra i destinatari della regolazione (che sono le pubbliche amministrazioni), ma è semmai l'effetto derivante da una corretta applicazione delle regole di gara. Infine, a differenza di quanto si è già in detto con riferimento allo sviluppo, sempre più ampio, di reti europee dei regolatori nazionali o addirittura di regolatori europei, nel mercato dei contratti pubblici non esiste, finora, nulla del genere essendo la regolazione dei contratti affidata per lo più ad autorità governative. Consapevole di queste differenze, talvolta anche profonde, questa autorevole dottrina ha comunque ritenuto che il riconoscimento di poteri regolatori in capo ad ANAC possa costituire “un'occasione importante per sviluppare una capacità di regolazione economica in senso proprio del mercato, con l'utilizzo degli strumenti tipici della regolazione economica”. È difficile dire se tale (condivisibile) auspicio potrà trovare in futuro uno sviluppo. Per il momento, l'azione dell'Autorità anticorruzione non sembra essere indirizzata verso la creazione di una regolazione *economica* del mercato dei contratti pubblici, quanto piuttosto nella direzione – forse più ovvia, data la natura dell'Autorità – della vigilanza e del controllo a scopo di prevenzione della corruzione e di contrasto alla criminalità organizzata. In questa logica, la funzione di regolazione è qualcosa di molto diverso da ciò che auspica la dottrina sopra citata. La regolazione dell'ANAC, infatti, si caratterizza essenzialmente come adozione di atti di varia natura aventi l'obiettivo di precisare il contenuto delle norme legislative e di risolvere i problemi interpretativi così da configurare un quadro di regole chiaro e trasparente e ridurre, per l'effetto, le occasioni di corruzione. Sulla natura degli atti di regolazione (vincolanti e non) e in particolare sulle linee guida emanate dall'Autorità anticorruzione vi è un dibattito acceso. In argomento, oltre al già segnalato parere del Cons. Stato n. 1767/2016 si veda anche Id., 1 aprile 2016, n. 855. 35 ss. In dottrina, *ex multis*, M. RAMAJOLI, *Pretesa precettiva e flessibilità delle linee guida ANAC*, in F. LIGUORI e S. TUCCILLO (a cura di), *I contratti pubblici in trasformazione. Discussione e problemi*, Napoli, 2018; G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli*, in *Dir. amm.*, 2016, 273 ss.; M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 436 ss.; C. DEODATO, *Le nuove linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *www.giustizia-amministrativa.it* (2016). Si veda anche, in materia di trasparenza, F. MARONE, *L'atipicità dei poteri di regolazione dell'ANAC nelle linee guida sugli obblighi di trasparenza della p.a.*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 798 ss.

Al riguardo, infatti, le considerazioni da tempo sviluppate in dottrina e sopra richiamate circa il significato e il valore della partecipazione nei procedimenti di regolazione, circa la democrazia procedurale, la regolazione come processo conoscitivo, ecc. difficilmente si attagliano ad un contesto che non è di mercato, nel quale i soggetti "regolati" non sono operatori privati, ma pubbliche amministrazioni nell'esercizio dei propri compiti istituzionali.

In definitiva, in relazione alla sua *mission* anticorruzione i profili di eccentricità dell'ANAC risultano talmente pronunciati da sollevare più di un dubbio in ordine al fondamento della sua legittimazione.

Il riferimento non è qui, tanto, a quegli elementi di forte atipicità che pure sono stati segnalati in dottrina e che riguardano, da un lato, l'asimmetria tra poteri dell'Autorità (intesa come collegio) e poteri del suo Presidente e, dall'altro lato, il problematico coordinamento tra magistratura – penale, ma anche amministrativa e contabile – e ANAC ¹³⁷.

Tali obiezioni, infatti, potrebbero essere almeno in parte essere superate sulla base della considerazione che, a ben vedere, tutte le amministrazioni indipendenti sono contrassegnate da forti elementi di atipicità e che solo nelle ricostruzioni dottrinarie le stesse sono riconducibili a dei modelli.

Il problema, invece, è fino a che punto sia possibile assimilare l'ANAC alle altre autorità di regolazione precisamente per quanto riguarda il profilo della legittimazione.

Si è già detto nel paragrafo precedente, infatti, che tra i fattori di legittimazione delle autorità indipendenti vi sono, oltre al rafforzamento della legalità procedurale, la particolare capacità tecnica e l'ancoraggio al diritto europeo nonché la loro collocazione all'interno di reti orizzontali di autorità indipendenti.

Ebbene, con riferimento all'ANAC, è difficile rintracciare tali elementi.

Anzitutto, infatti, potrebbe dubitarsi della conformità alla Costituzione di un modello di autorità indipendente chiamata a svolgere compiti che non sono di natura strettamente tecnica (quali potrebbero essere, viceversa, quelli della regolazione *economica* del mercato dei contratti, se si accettasse la tesi suggerita da una parte della dottrina ¹³⁸), bensì funzioni tipiche del potere politico-governativo quali sono, in effetti, quelle strumentali alla prevenzione e al contrasto alla corruzione mediante l'impiego degli strumenti tipici del diritto amministrativo.

In questo senso, com'è stato osservato, l'ANAC non è affatto un'amministra-

¹³⁷ Come si è visto, infatti, il Presidente dell'Autorità gode di una legittimazione diversa da quella degli altri componenti ed è titolare in proprio di una serie di poteri, anche molto penetranti, soprattutto in relazione al settore degli appalti pubblici connessi alla realizzazione di opere in occasione di grandi eventi. Questa asimmetria tra Presidente e Collegio, come pure il problema dell'incerto rapporto tra Autorità anticorruzione e magistratura, sono evidenziati in modo particolare da N. LONGOBARDI, *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e autorità atipiche. L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit.

¹³⁸ Cfr. *supra*, nota 136.

zione neutrale, dal momento che l'interesse pubblico a prevenire e contrastare la corruzione "lungi dal presupporre un approccio neutrale e indifferente rispetto agli interessi in gioco, esprime una evidente e potente carica finalistica" sicché risulta del tutto evidente "la condivisione di un tale interesse tra l'ANAC e l'Esecutivo"¹³⁹.

Non è un caso, d'altra parte, che in altri Paesi che pure hanno aderito alle convenzioni internazionali da cui ha preso avvio la legislazione anticorruzione siano stati istituiti vari tipi di organismi con compiti di contrasto alla corruzione, ma pur sempre nell'ambito dell'amministrazione tradizionale (per lo più all'interno del Ministero dell'interno o della giustizia). Ad esempio, per citare uno dei casi più significativi, il *Service General de Prevention de la Corruption* istituito in Francia sin da 1993 è una struttura interministeriale autonoma con funzioni di assistenza alle autorità amministrative e giudiziali, facente capo al Ministero della giustizia¹⁴⁰.

In secondo luogo, manca l'ancoraggio al diritto dell'Unione dal momento che nella disciplina europea sui contratti pubblici non vi è traccia né di autorità di regolazione del relativo "mercato" né tantomeno di autorità con finalità anticorruzione.

Di conseguenza, i *network* delle varie autorità anticorruzione nazionali istituite in esecuzione delle convenzioni internazionali in materia di contrasto alla corruzione non hanno nulla a che vedere con le reti di regolatori indipendenti cui si è fatto cenno nel paragrafo precedente per segnalarne il progressivo sviluppo verso nuovi modelli di regolatori europei. In materia di anticorruzione, infatti, non esiste una regolazione europea.

Alla luce di tali elementi, dunque, si comprendono le ragioni per cui una parte della dottrina ha segnalato il rischio – già evidenziato con riferimento anche ad altre autorità atipiche, come l'Autorità *antitrust* e il Garante per la protezione dei dati personali – che lo strumento dell'amministrazione indipendente possa prestarsi ad un uso improprio o comunque risultare ingiustificato¹⁴¹.

La tutela della legalità e la lotta alla corruzione, infatti, pur costituendo attività certamente strumentali alla piena realizzazione di valori costituzionali, non costituiscono interessi a sé stanti, quanto piuttosto la condizione irrinunciabile nel perseguimento di qualsiasi interesse pubblico. Per tale ragione, tali compiti sono generalmente una prerogativa istituzionale del Governo e dell'amministrazione,

¹³⁹ Le parole tra virgolette nel testo sono di F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, in www.italiappalti.it (2016).

¹⁴⁰ Per uno sguardo generale ai profili di diritto internazionale e comparato v. il volume di A. DEL VECCHIO e P. SEVERINO (a cura di), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e internazionale*, Padova, 2014, in particolare le parti IV e V. Sui network internazionali della Autorità anticorruzione G. ABBATINO e N. PARISI, *L'ANAC nel contesto delle relazioni internazionali*, in R. CANTONE e F. MERLONI, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, cit. 141 ss. Può essere altresì utile consultare il sito web dell'EPAC – European Partner Against Corruption), una organizzazione informale che annovera tra i suoi membri oltre sessanta organismi anticorruzione europei.

¹⁴¹ N. LONGOBARDI, *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e autorità atipiche. L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., 7.

sul fronte della prevenzione, e della magistratura sul versante della repressione¹⁴².

La soluzione italiana di affidare la gestione delle attività di prevenzione della corruzione ad un'amministrazione indipendente richiama invece quella che in passato, sia pure con riferimento a fenomeni del tutto diversi, la dottrina ha chiamato "fuga dallo Stato", ossia la creazione di un'amministrazione parallela a quella tradizionale¹⁴³. Com'è stato notato, "le attività affidate a questi organismi (...) potevano essere espletate dall'amministrazione statale. Furono invece affidate ad altre strutture, istituite *ad hoc*, fuori dallo Stato, perché non si riteneva che le amministrazioni ordinarie dello Stato le avrebbero svolte efficacemente"¹⁴⁴.

L'immagine dell'amministrazione parallela è stata recentemente ripresa, proprio con riferimento all'ANAC, da un'autorevole dottrina che, in proposito, ha addirittura parlato di un "contro governo, non una autorità con competenze proprie settoriali, riferite a singoli mercati da conservare con concorrenzialità o da trasformare in concorrenziali se non lo sono"¹⁴⁵.

È difficile dire se la creazione di un'autorità nazionale anticorruzione, dotata dei poteri di cui si è detto, nasca effettivamente da una sfiducia nell'amministrazione tradizionale di realizzare gli obiettivi di prevenzione della corruzione. Se così fosse, il problema della legittimazione democratica dell'Autorità risulterebbe ancor più grave, essendo la creazione dell'ANAC un chiaro espediente di fuga dalla responsabilità politica¹⁴⁶.

Anche laddove così non fosse, tuttavia, il problema della legittimazione dell'Autorità rimarrebbe comunque irrisolto, dal momento che, come detto, rispetto all'ANAC risultano difficilmente riscontrabili i fattori di legittimazione che, invece, sono tipici delle autorità di regolazione.

¹⁴² I valori costituzionali sottesi alla prevenzione della corruzione sono individuati nell'imparzialità e nell'eguaglianza da I.A. NICOTRA, *L'autorità nazionale anticorruzione e la soft regulation nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in ID. (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, cit. 32 ss., in particolare 37-38. Sottolinea la rilevanza costituzionale della lotta alla corruzione e della trasparenza anche A. PATRONI GRIFFI, *Il fondamento costituzionale della legislazione in tema di trasparenza e di lotta alla corruzione: alcune riflessioni*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2016.

¹⁴³ Di fuga dallo Stato parla G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, cit., 191 ss. con riferimento al fenomeno dell'esplosione degli enti pubblici e di altre amministrazioni parallele a quella tradizionale agli inizi del Novecento.

¹⁴⁴ S. CASSESE, *Lo Stato italiano a 150 anni dalla sua fondazione*, in E. GRANITO (a cura di), *Un popolo uno Stato*, Salerno, 2012, 225 ss., in particolare 236.

¹⁴⁵ Il riferimento è a F. MERUSI, *Introduzione ai possibili antidoti alla cattiva amministrazione. A che cosa possono servire le riforme amministrative*, in www.diritto-amministrativo.org (2016), il quale addirittura sostiene che "il modello dell'ANAC, dei suoi poteri e delle sue funzioni è modellato su quello dell'inquisizione, così come laicizzata da Saint Just in occasione della rivoluzione francese nelle sue "Istituzioni repubblicane". È il comitato di salute pubblica che detta regole della virtù e che, se del caso, sanziona i corrotti affidandoli al braccio secolare sanzionatorio".

¹⁴⁶ In questi termini ancora N. LONGOBARDI, *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e autorità atipiche. L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., 6.

CAPITOLO II

L'IMPARZIALITÀ IN SENSO OGGETTIVO OVVERO DEL RAPPORTO TRA POLITICA E AMMINISTRAZIONE

SOMMARIO: 1. La genesi del principio di distinzione/separazione tra politica e amministrazione nel diritto positivo. – 2. Il principio di distinzione/separazione tra politica e amministrazione nelle elaborazioni della dottrina. – 3. Il principio di distinzione/separazione tra politica e amministrazione nella Costituzione materiale. I profili strutturali: lo *spoils system* e suoi limiti. – 4. (*segue*) I profili strutturali: la temporaneità degli incarichi. – 5. (*segue*) I profili funzionali. – 6. Riflessioni riassuntive in ordine al significato del principio di imparzialità in senso oggettivo alla luce della giurisprudenza costituzionale. – 7. La responsabilità dirigenziale.

1. *La genesi del principio di distinzione/separazione tra politica e amministrazione nel diritto positivo*

Nel capitolo precedente si è visto che gli strumenti per assicurare l'imparzialità dell'organizzazione amministrativa sono molteplici. Tra questi si è accennato al principio di separazione tra indirizzo politico e gestione amministrativa come espressione al massimo grado della distinzione delle competenze, con l'attribuzione in via riservata ai dirigenti di tutti i poteri di amministrazione puntuale¹. Di tale principio occorre finalmente occuparsi più da vicino poiché in esso si sostanzia il concetto di imparzialità organizzativa o strutturale o anche, secondo altra definizione, di imparzialità in senso oggettivo².

In via preliminare occorre dire che, per il momento, per descrivere il rapporto tra politica e amministrazione, si userà qui indifferentemente ora l'espressione *distinzione* ora l'espressione *separazione*. Ovviamente non sfugge che la questione

¹ V. *supra* cap. 1, §5.

² Cfr., per la prima espressione, G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, cit., 493, e, per la seconda, F. MERLONI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 48, ma vedi già ID., *Amministrazione 'neutrale' e amministrazione imparziale. A proposito dei rapporti tra 'politica' e 'amministrazione'*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 319 ss.

terminologica sia di non poco conto e che, anzi, proprio l'uso dell'una o dell'altra locuzione sia già indicativa di una determinata opzione preferenziale circa il significato che si intende attribuire al principio. Sennonché, come si vedrà, per un verso in dottrina le due espressioni non sempre hanno un significato perfettamente identico, mentre, per altro verso, in questa sede il discorso intende procedere per il momento mettendo tra parentesi categorie e definizioni in certa misura già cristallizzate, per cercare piuttosto di ricavare dal diritto vivente quale sia il contenuto del principio in questione³.

Poiché, dunque, non interessa innanzitutto prendere posizione a priori per l'una o per l'altra delle due alternative semantiche, le due formule saranno utilizzate provvisoriamente come sinonimi. Ciò non toglie, peraltro, che nel prosieguo emergerà anche un uso proprio e specifico dei due termini, al fine di identificare più precisamente due diversi orientamenti dottrinari, quello appunto che concepisce il rapporto tra politica e amministrazione in termini di separazione e quello, invece, che lo declina come distinzione.

Nel capitolo precedente si è anche visto come sia stata la Corte costituzionale, con la pronuncia n. 453/1990, a ricavare dal principio di imparzialità le prime conseguenze applicative in ordine al rapporto tra organi politici e organi amministrativi. Come si ricorderà, giudicando della legittimità costituzionale di una norma regionale relativa alla composizione delle commissioni giudicatrici dei concorsi pubblici, la Corte aveva affermato che nell'imparzialità si esprimesse “la distinzione più profonda tra politica e amministrazione, tra l'azione del «governo» – che, nelle democrazie parlamentari, è normalmente legata agli interessi di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza – e l'azione dell'«amministrazione» – che, nell'attuazione dell'indirizzo politico della maggioranza, è vincolata invece ad agire senza distinzione di parti politiche, al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obbiettivate dall'ordinamento”⁴. Da queste premesse la Corte aveva ricavato la regola che i commissari di un concorso pubblico dovessero essere esperti tecnici della materia e non rappresentanti politici.

Le indicazioni offerte da questa giurisprudenza costituzionale sono state in seguito recepite dal legislatore statale che, a sua volta, le ha sviluppate in un senso particolare: nel codificare il principio di distinzione tra politica e amministrazione, infatti, il legislatore lo ha declinato più specificamente come distinzione tra indirizzo e gestione, riservando il primo agli organi politici e la seconda alla

³In questa prospettiva è di fondamentale importanza l'osservazione di metodo di B. TONOLETTI, *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, in *Quaderni del Seminario Tosi*, n. 20, Torino, 2010, 121 ss., secondo il quale “nella riflessione giuridica è un problema sempre aperto quello di oltrepassare lo schermo delle idee ricevute e riuscire a guardare direttamente la realtà dell'ordinamento, almeno nella misura in cui ci si proponga di andare al di là di una conoscenza già fatta da altri per accedere ad una conoscenza propria”.

⁴Così Corte cost. n. 453/1990, cit. L'espressione tra virgolette citata nel testo è stata in seguito ampiamente ripresa dalla giurisprudenza costituzionale sullo *spoils system* su cui *infra* §3.

burocrazia⁵. Ciò è avvenuto essenzialmente attraverso due norme legislative di rango primario⁶: in primo luogo, l'art. 51 della legge 8 giugno 1990, n. 142 sull'ordinamento delle autonomie locali che, nell'affidare ai dirigenti la direzione degli uffici e dei servizi secondo i criteri e le norme dettati dagli statuti e dai regolamenti, stabiliva che questi ultimi si uniformassero al "*principio per cui i poteri di indirizzo e di controllo spettano agli organi elettivi mentre la gestione amministrativa è attribuita ai dirigenti*".

In secondo luogo – ancor più importante, per la valenza tendenzialmente generale della norma – l'art. 3 del d.lgs. n. 29/1993 dov'era previsto che "*Gli organi di direzione politica definiscono gli obiettivi ed i programmi da attuare e verificano la rispondenza dei risultati della gestione amministrativa alle direttive generali impartite* (comma 1) e che "*Ai dirigenti spetta la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa, compresa l'adozione di tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane e strumentali e di controllo. Essi sono responsabili della gestione e dei relativi risultati*" (comma 2)⁷.

Entrambe le norme maturano nel contesto di una concezione dell'amministrazione che – come si è accennato in precedenza – è ispirata soprattutto alle esigenze del buon andamento e alla fiducia nello strumentario privatistico applicato alla pubblica amministrazione: la responsabilizzazione della dirigenza, in questo quadro, prima ancora che funzionale all'imparzialità, è ritenuta necessaria ad accrescere l'efficienza della pubblica amministrazione. Anzi, la spiccata preferenza mostrata dal legislatore (e dalla Corte costituzionale) per il buon andamento sembra, in un primo momento, mettere a repentaglio proprio l'imparzialità⁸. Solo

⁵In generale, sull'argomento, si veda lo studio monografico di P. FORTE, *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Torino, 2005, *passim*.

⁶Per la verità, già la legge 9 marzo 1989, n. 88 concernente la ristrutturazione dell'INPS e dell'INAIL prevedeva una certa separazione tra politica e amministrazione attribuendo: *i*) al consiglio di amministrazione (organo di indirizzo politico) il compito di deliberare gli obiettivi e le direttive generali; *ii*) al comitato esecutivo di esercitare i poteri di amministrazione ordinaria e straordinaria, assumendo i provvedimenti di carattere generale attinenti all'organizzazione e al personale dell'Istituto; *iii*) al direttore generale e ai dirigenti alcune competenze gestionali e, in via residuale, tutte le competenze non espressamente attribuite agli altri organi. Per un commento a questa normativa, S. BOZZONI, *Commento agli artt. 12-15 della legge n. 88/89*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1990, 675 ss.

⁷Quest'ultima disposizione era sviluppata e precisata nell'art. 14 (indirizzo politico amministrativo) e nell'art. 16 (funzioni dei dirigenti di uffici dirigenziali e generali) del d.lgs. n. 29/1993 e, ora, del d.lgs. n. 165/2001.

⁸In questa chiave di lettura – oltre a quanto già si è detto nel capitolo precedente con riguardo alla posizione del giudice amministrativo – è interessante quanto nota M. CLARICH, *Riflessioni sui rapporti tra politici e amministrazione (a proposito del T.A.R. Lazio come giudice della dirigenza statale)*, cit., 362, il quale, nel commentare l'assetto introdotto dal d.lgs. n. 29/1993, afferma che esso "rischia in qualche modo di sacrificare quel valore [l'imparzialità] sull'altare dell'esigenza di pro-

successivamente il principio di distinzione assumerà un ruolo chiave nel dibattito dottrinario e giurisprudenziale anche per risolvere il problema dell'imparzialità e finirà per identificarsi con una nuova versione di essa ⁹.

Per il momento, comunque, si tratta di una distinzione che opera prevalentemente sul piano funzionale, anche se non va dimenticato che la divisione di compiti tra politica e amministrazione si afferma in un contesto in cui i dirigenti generali, non ancora privatizzati, sono titolari di incarichi a tempo indeterminato. In altri termini, il principio di distinzione funzionale tra indirizzo politico e gestione emerge, all'origine, in una fase che, sul piano strutturale, vede ancora l'alta burocrazia godere di particolari garanzie di stabilità e di autonomia nei confronti degli organi politici ¹⁰.

muovere l'efficienza, l'efficacia e l'economicità (cioè, nel linguaggio dell'art. 97 della Costituzione il buon andamento). (...) In questo contesto non c'è dubbio che il d.lgs. n. 29 abbia privilegiato il secondo principio [buon andamento]. L'art. 1, rubricato 'Finalità ed ambito di applicazione', individua come primo obiettivo della riforma quello di 'accrescere l'efficienza delle amministrazioni' (lett. a) e richiama soltanto all'art. 2, rubricato 'Fonti', l'esigenza di 'garanzia dell'imparzialità e della trasparenza dell'azione amministrativa' (lett. d). Essa è inclusa tra i criteri ai quali le amministrazioni pubbliche devono ispirare la loro organizzazione tra i quali peraltro campeggia, ancora una volta al primo posto, quello della 'funzionalità rispetto ai compiti e ai programmi di attività, nel perseguimento degli obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità' (lett. a)". Sottolinea la reciproca integrazione tra imparzialità e buon andamento G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, cit., soprattutto 76 ss. Secondo questo Autore proprio nella distinzione funzionale tra politica e amministrazione si evidenzia la complementarietà tra i due principi che sono, nel contesto qui considerato, due facce della stessa medaglia "al punto che la vera efficienza si raggiunge attraverso l'imparzialità e la vera imparzialità implica efficienza" (87).

⁹La dottrina è concorde nel ritenere che un ruolo propulsivo nel processo di definizione del significato del principio di distinzione tra politica e amministrazione sia stato svolto anche dalle vicende giudiziarie che videro coinvolti gli esponenti dei principali partiti politici agli inizi degli anni Novanta del secolo scorso e, per l'effetto, l'intero sistema dei partiti. Tali vicende portarono all'emersione di un vasto fenomeno di corruzione che aveva coinvolto in modo sistematico politica, amministrazione e imprese. Sull'influenza di questo fenomeno nella discussione scientifica si esprime criticamente C. PINELLI, *Imparzialità e indirizzo politico*, in S. CASSESE e A.G. ARABIA (a cura di), *L'amministrazione e la Costituzione. Proposte per la Costituente*, Bologna, 1993, 69 ss., in particolare 71, secondo il quale "i disastri di questi anni sembrano aver condizionato notevolmente la riflessione sul punto, quasi che ricette diverse da questa puramente separatistica fossero comunque da respingere". Si vedano altresì G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, cit., 78-79; ID., voce *Imparzialità amministrativa*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 2941; S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 39 ss.

¹⁰Al riguardo, tuttavia, si vedano le considerazioni critiche di S. CASSESE, *Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego*, cit., 292 ss., il quale, dopo aver sollevato una serie di interrogativi sulla nuova disciplina del d.lgs. n. 29/1993, sottolinea che "da una parte, vi sono i dirigenti generali che sono legati al potere politico per due motivi: innanzitutto, perché sono nominati dagli organi politici; in secondo luogo perché il loro trattamento dipende dalla legge; dall'altra parte, vi sono i dirigenti, che non sono legati al vertice, costituito dai dirigenti generali. (...) dunque la separazione tra politica e amministrazione è affermata sotto il profilo funzionale, non sotto quello strutturale".

Sempre sul piano funzionale, il principio della distinzione tra indirizzo politico e gestione amministrativa diviene oggetto di ulteriori interventi da parte del legislatore del 1998¹¹.

Si tratta, tuttavia, di interventi in parte contraddittori. Per un verso il principio viene rafforzato, vuoi mediante l'introduzione, all'art. 3 del d.lgs. n. 29/1993, di un'elencazione puntuale (sebbene soltanto esemplificativa) degli atti di competenza degli organi di governo e l'attribuzione ai dirigenti della responsabilità esclusiva dell'attività amministrativa, vuoi escludendo espressamente che il ministro potesse "revocare, riformare, riservare o avocare a sé o altrimenti adottare provvedimenti o atti di competenza dei dirigenti" (art. 14), così definitivamente superando il criterio della gerarchia nei rapporti tra ministro e dirigenti¹². Per altro verso, però, il principio viene anche indebolito, prevedendosi che le attribuzioni dei dirigenti possano essere derogate ad opera di specifiche disposizioni legislative (così il nuovo comma 3 dell'art. 3 d.lgs. n. 29/1993)¹³.

Passando al piano strutturale, è da dire che, fallito il tentativo di introdurre nella Costituzione alcune norme che facevano perno proprio sulla separazione tra politica e amministrazione, la legislazione della fine degli anni Novanta del secolo scorso ha radicalmente modificato l'assetto in cui era maturata, sul piano funzionale, la distinzione¹⁴.

Da una parte, infatti, la privatizzazione del pubblico impiego è stata estesa anche ai dirigenti generali, con conseguente attribuzione anche ad essi di incarichi

Secondo questo Autore, inoltre, "le norme sui rapporti tra politica e amministrazione e sulla dirigenza appartengono a quella specie che gli studiosi di linguistica giuridica definiscono 'norme di annuncio'. Esse non hanno un proprio contenuto autonomo, ma annunciano disposizioni che le seguono, svolgendo una funzione di apertura. Dunque non vanno prese troppo sul serio, perché sono condizionate dalle norme che seguiranno".

¹¹ Si vedano in particolare gli artt. 3 e 9 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 che modificano, rispettivamente, gli artt. 3 e 14 del d.lgs. n. 29/1993.

¹² Secondo L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, 2000, 60 "le ragioni di una formulazione così attenta ad includere nell'ambito delle funzioni dirigenziali ogni tipo di atto e provvedimento amministrativo, ad evidenziare la natura 'autonoma' dei poteri di gestione, ad elencare la tipologia di risorse rispetto alle quali si esercitano gli stessi poteri di gestione, deriva dalle difficoltà e dalle resistenze che l'originaria formulazione dell'art. 3, limitata alla 'gestione', ha incontrato, sia nei primi commenti, sia e soprattutto ad opera della giurisprudenza e in sede di controllo".

¹³ Cfr., sul punto, S. CASSESE e A. MARI, *L'oscuro ruolo dell'alta dirigenza italiana*, in *Pol. dir.* 2001, 3 ss, in particolare 15, secondo i quali "questa norma, che potrebbe sembrare posta a garanzia dei dirigenti, ha l'effetto di mettere in discussione un principio, quello di distinzione tra politica e amministrazione, ormai acquisito nell'ordinamento italiano." *Contra*, però, M. CLARICH, *Commento sub art. 3*, in M. CLARICH e D. IARIA, *La riforma del pubblico impiego*, Rimini, 2000, 107.

¹⁴ Sul tentativo di introdurre in Costituzione alcune norme sull'amministrazione ispirate al principio di separazione v. S. CASSESE e A.G. ARABIA (a cura di), *L'amministrazione e la Costituzione. Proposte per la Costituente*, cit., oltre a S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, cit.

a tempo determinato conferiti dall'organo politico¹⁵. Inoltre, in connessione con tale estensione del regime contrattuale, è stata disposta la cessazione degli incarichi dirigenziali all'epoca esistenti i quali avrebbero dovuto essere riconfermati entro novanta giorni¹⁶.

Dall'altra parte, è stato previsto che gli incarichi di segretario generale e di capo dipartimento dei ministeri potessero essere "confermati, revocati, modificati o rinnovati entro novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo", in tal modo introducendo nel nostro ordinamento una forma di *spoils system*, ossia un meccanismo in base al quale la durata di determinati incarichi dirigenziali (apicali), proprio in virtù della vicinanza di essi con l'organo politico, è in certa misura legata alla permanenza in carica di quest'ultimo¹⁷.

Alla base di queste scelte legislative vi è l'idea che l'attribuzione di tutti i poteri di gestione concreta all'amministrazione debba essere necessariamente controbilanciata dall'attribuzione agli organi di indirizzo politico di maggiori poteri in ordine al conferimento degli incarichi dirigenziali, così che la politica possa effettivamente governare l'amministrazione¹⁸. Diversamente – si sostiene – si incorrerebbe nel rischio di un'amministrazione autoreferenziale e potenzialmente non democratica.

Tale impostazione è stata quindi ulteriormente accentuata nel 2002, ad opera della c.d. legge Frattini¹⁹. La legge, infatti, ha previsto la cessazione automatica

¹⁵ La dottrina maggioritaria si era mostrata critica nei confronti del legislatore per avere sottratto alla contrattualizzazione proprio l'alta dirigenza. Cfr., per tutti, C. D'ORTA, *La riforma della dirigenza pubblica tre anni dopo: alcuni nodi irrisolti*, in *Il lav. nelle pp.aa.*, 1996, 283.

¹⁶ È la vicenda da cui ha tratto origine l'ordinanza del TAR Lazio del 19 luglio 2000 e, quindi, l'ordinanza n. 11/2002 della Corte Costituzionale. A queste vicende si è già fatto cenno nel capitolo precedente, al paragrafo 3.

¹⁷ Sullo *spoils system* negli USA v. C.R. FISH, *The Civil Service and the Patronage*, New York, 1905; M. TOLCHIN e S. TOLCHIN, *To the Victor: Political Patronage from the Clubhouse to the White House*, New York, 1971; J. PELLEW, *The spoils system and the Concept of Merit in the American Civil Service*, in S. CASSESE e J. PELLEW (a cura di), *Le système du mérite*, Bruxelles, 1987, 69 ss.; D.H. ROSENBLUM, *Federal service and the Constitution*, II ed., Washington, 2014; JERRY L. MASHAW, *I funzionari pubblici negli Stati Uniti*, in M. D'ALBERTI, *L'alta burocrazia*, cit., 41 ss.; V. anche, nella letteratura italiana, G. D'IGNAZIO, *Politica e amministrazione negli Stati Uniti d'America. Lo stato amministrativo tra costituzione, leggi, giudici e prassi*, Milano, 2004.

¹⁸ Per tutti, v. C. D'ORTA, *La riforma della dirigenza pubblica tre anni dopo: alcuni nodi irrisolti*, cit. *Contra*, S. CASSESE, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.* 2002, 134 ss., il quale sostiene, invece, che "il ricambio per nomina politica e la precarizzazione non rispondono ad esigenze funzionali della gestione dello Stato, bensì a esigenze interne di un corpo politico, come quello italiano, che ha sempre avuto fame di posti per sistemare propri clienti e che vuole per questa strada assicurarsi la fedeltà politica della burocrazia".

¹⁹ Legge 15 luglio 2002, n. 145. Particolarmente critici nei confronti delle riforme del 1998/2000 sono S. CASSESE, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale*, cit.; ID. *Il rapporto fra politica e amministrazione e la disciplina della dirigenza*, in *Il lav. nelle pp.aa.*, 2003, 231 ss.; G. D'AURIA, *Ancora una riforma della dirigenza pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 11; ID. *La politica alla (ri) conquista dell'amministrazione*, in *Il lav. nelle pp.aa.* 2002, 853 ss. Una posizione meno severa, seppur

non solo dei dirigenti apicali, ma di tutti gli incarichi dirigenziali (c.d. *spoils system una tantum*), nonché la generale riduzione della durata degli incarichi e l'aumento della quota di posti di dirigente che potevano essere attribuiti a soggetti esterni all'amministrazione.

Per effetto di queste ulteriori modifiche, dunque, l'evoluzione nel diritto positivo del principio di separazione/distinzione tra politica e amministrazione può essere così sinteticamente riassunto: mentre sul piano funzionale si delinea una netta separazione tra funzioni di indirizzo politico e di controllo, da un lato, e di gestione amministrativa, dall'altro, sul piano strutturale vengono previsti una serie di meccanismi, via via sempre più estesi, con lo scopo di collegare più strettamente l'amministrazione, o almeno i suoi vertici, agli organi di indirizzo politico.

Il principio di separazione/distinzione tra politica e amministrazione pare dunque segnato, all'origine, da un'ambiguità di fondo: nato anzitutto in funzione del buon andamento e dapprima circoscritto al solo ambito funzionale – ma in un contesto caratterizzato comunque da una certa autonomia dell'amministrazione nei confronti della politica per effetto del mantenimento dello statuto pubblicistico dei dirigenti generali – il principio di separazione, in un secondo momento, ha mutato volto e la sua operatività si è dispiegata soprattutto sul piano strutturale. Da una parte, infatti, la distinzione tra rapporto di lavoro e rapporto d'ufficio, ora applicabile anche ai dirigenti generali, ha comportato anche per costoro quella “precarizzazione” dovuta alla temporaneità degli incarichi. Dall'altra parte, con il passaggio al sistema elettorale maggioritario, l'esigenza di un più stretto collegamento tra politica e amministrazione è stata realizzata mediante l'uso – sempre più massiccio – di meccanismi di *spoils system*.

2. *Il principio di distinzione/separazione tra politica e amministrazione nelle elaborazioni della dottrina*

Stante l'ambiguità del dato normativo, sul piano dell'elaborazione dottrinale si registrano orientamenti sensibilmente diversi in ordine all'esatta portata del principio di distinzione tra politica e amministrazione. Tra gli studiosi, infatti, vi sono posizioni molto diverse, non essendovi unanimità di vedute né in ordine alla validità, in sé, del principio di distinzione, né sul suo significato specifico.

non priva di sottolineature problematiche, è invece riscontrabile in A. CORPACI, *Riflessioni sulla dirigenza pubblica alla luce della legge n. 145 del 2002*, in *Il lav. nelle pp.aa.*, 2002, 865 ss.; C. D'ORTA, *Gli incarichi dirigenziali nello Stato dopo la legge n. 145/2002*, *ivi*, 2002, 935 ss.; P. CERBO, *Come fare di necessità virtù, ovvero lo spoils system in Italia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, vol. III, 8 ss. Più in generale, sulla legge 145 del 2002 v. anche C. COLAPIETRO, *La 'controriforma' del rapporto di lavoro della dirigenza pubblica (l. 15 luglio 2002, n. 145)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2002, 639; G. D'ALESSIO, *La legge di riordino della dirigenza: nostalgie, antilogie ed amnesie*, in *Il lav. nelle pp.aa.*, 2002, 225; M.G. GAROFALO, *La dirigenza pubblica rivisitata*, *ivi*, 873; G. GARDINI, *Spoils system all'italiana: mito o realtà*, *ivi*, 953.

Sul primo versante, una critica radicale viene mossa da quella parte della dottrina che ritiene fondamentalmente indistinguibile l'indirizzo politico dalla gestione amministrativa²⁰.

Altra parte della dottrina, invece, pur ritenendo il principio in sé corretto, ritiene tuttavia che lo stesso sia irrealizzabile per l'incapacità della politica di esprimere un indirizzo politico coerente²¹.

Ma è soprattutto il secondo versante, quello relativo all'esatto significato del principio, alla sua portata e alle sue ricadute concrete, ad essere meritevole di attenzione in questa sede. Acclarato, infatti, che il principio di distinzione tra politica e amministrazione esiste nel diritto positivo, si tratta – come già si è detto – di cercare di comprendere quale sia il suo esatto significato e quali le conseguenze che da esso discendono.

Anche su questo versante, tuttavia, si registrano posizioni diverse, sebbene a partire da una diagnosi sostanzialmente condivisa, ossia che la politica, soprattutto per effetto di una certa interpretazione del principio della responsabilità ministeriale, avesse nei fatti soverchiato l'amministrazione²².

²⁰ B. DENTE, *In un diverso Stato*, Bologna, 1999, in particolare 24 ss. Secondo questo Autore, la distinzione tra indirizzo e gestione, tra fini e mezzi “contiene al suo interno una fallacia ineliminabile” in quanto fondata su un modello razional-sinottico ingannevole e comunque ampiamente superato dalle conoscenze scientifiche. Di conseguenza, questa dottrina ritiene che la legge n. 142/90 e il d.lgs. n. 29/93 siano cattive leggi in quanto “prevedono la ‘necessità’ di compiere un’operazione largamente impossibile e per più versi irreali. Bisogna augurarsi che anche gli osservatori di formazione giuridica (...) prima o poi si convincano del fatto che pensare di distinguere tra politica ed amministrazione nel modo tradizionale, come distinzione tra fini e mezzi (...) implica una ricerca del tempo perduto (la semplicità dell’amministrazione liberale), che finisce solo per far perdere un sacco di tempo...”. DENTE propone, quindi, come criterio per la divisione del lavoro tra politica e amministrazione il concetto di cambiamento, riservando in sostanza alla politica la responsabilità delle riforme, ossia delle scelte relative agli orientamenti di fondo. Al riguardo, vedi anche B. GUY PETERS, *The politics of bureaucracy*, New York, 1978 trad. it. *La pubblica amministrazione. Un’analisi comparata*, Bologna, 1991, 203. Tra i giuristi, dubbi sulla possibilità di distinguere effettivamente la politica dall’amministrazione erano stati espressi già da E. PRESUTTI, *Lo stato parlamentare e i suoi impiegati amministrativi*, cit., 19. Sottolinea maggiormente la continuità tra politica e amministrazione anche M. NIGRO, *Le riforme amministrative a quattro anni dal rapporto Giannini*, in *Le Regioni*, 1984, 642 ss. e ora in ID., *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1996, 1719 ss., soprattutto 1732-1733; ID., *Riforma dell’amministrazione e organizzazione dei ministeri*, relazione di sintesi al convegno di studi svoltosi a Catania il 29-30 giugno 1974, in *La riorganizzazione dei Ministeri nel quadro della riforma dell’amministrazione*, Padova, 1975, 323 ss., e ora in M. NIGRO, *Scritti giuridici*, vol. II, cit., 1097 ss. V. anche ID., *Scienza dell’amministrazione e diritto amministrativo*, ivi, 782. Evidenziano invece l’opportunità di una maggiore autonomia e indipendenza della burocrazia dalla politica M.S. GIANNINI, *Parlamento e amministrazione*, in *Amm. civ.*, 1961, 145 ss. e ora anche in S. CASSESE (a cura di), *Massimo Severo Giannini*, Roma-Bari, 2010, 79 ss.; A.M. SANDULLI, *Governo e amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 737 ss.

²¹ G. AZZARITI, *Modelli di amministrazione e trasformazione dello Stato*, in *Pol. Dir.*, 1996, 526 ss.

²² Di “dominanza totale e continua della politica sull’amministrazione (che non ha nulla a che fare con la più che giustificata prevalenza degli indirizzi politici sulle scelte amministrative concre-

Differenti sono, però, le soluzioni individuate per correggere tale distorsione. Secondo una prima impostazione, tra politica e amministrazione deve esserci una netta separazione, in base a quattro gradi distinti²³.

Il primo grado di separazione opera sul piano funzionale e si configura come attribuzione alla politica del compito di dettare, mediante la legge, le regole che l'amministrazione deve rispettare e applicare nonché del compito di fissare, mediante le direttive, l'indirizzo politico, ossia i fini che l'amministrazione deve perseguire. Di contro, l'amministrazione provvede ad attuare la legge e a realizzare in concreto gli obiettivi fissati dalla politica, anche scegliendo i mezzi per perseguire tali fini. In definitiva, secondo questa impostazione, per garantire il collegamento tra politica e amministrazione sarebbero necessarie e sufficienti la legge e la direttiva²⁴.

Il secondo grado di separazione è di tipo strutturale e consiste nella distinzione tra funzionari di *staff* e funzionari amministrativi. Mentre i primi coadiuvano gli organi politici nella elaborazione degli indirizzi e, più in generale, nello svolgimento dei compiti a quelli affidati, i secondi svolgono le funzioni che sono assegnate all'amministrazione. Di conseguenza, gli organi di *staff*, in quanto collaboratori dell'organo politico, sono scelti in base a criteri fiduciari, mentre i dirigenti appartengono stabilmente all'apparato amministrativo. Tra questi due tipi di apparato vi è separazione nella misura in cui agli organi di *staff* non sono affidati compiti di gestione.

Il terzo grado di separazione riguarda la distinzione tra la funzione di indirizzo politico e quella di datore di lavoro, al fine di evitare fenomeni di patronato politico sui pubblici dipendenti. In particolare, mentre a livello di contrattazione collettiva tra il Governo e i sindacati è frapposta l'ARAN, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni, a livello decentrato le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dai dirigenti, i quali operano "con la capacità

te)" parla anche M. NIGRO, *Le riforma amministrativa a quattro anni dal rapporto Giannini*, cit., 1732. Analogamente anche C. D'ORTA, *La riforma della dirigenza: dalla sovrapposizione alla distinzione fra politica e amministrazione?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, 151 ss.

²³ Si riprende qui l'efficace sintesi operata da S. BATTINI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, cit., il quale, peraltro, è anche tra i principali sostenitori di questa impostazione. I quattro gradi di separazione erano stati sintetizzati in quattro distinte disposizioni facenti parte di una più ampia e articolata proposta di revisione costituzionale redatta da una commissione di studio e destinata alla Commissione bicamerale per le riforme istituzionali nel 1993. Scopo della proposta era, in sintesi, rafforzare le garanzie di indipendenza del personale pubblico mediante una netta separazione tra politica e amministrazione e, insieme, accrescerne anche le responsabilità. Tra i sostenitori di tale proposta Sabino Cassese, Fabio Merusi e Vincenzo Cerulli Irelli, le cui posizioni sono sinteticamente espresse in S. CASSESE e A.G. ARABIA (a cura di), *L'amministrazione e la Costituzione. Proposte per la Costituente*, cit., 19 ss. Le disposizioni normative che riassumono questa impostazione sono riportate in allegato al volume citato, alle pagine 87-88.

²⁴ Così, pressoché testualmente, S. BATTINI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, cit., 41.

e i poteri del privato datore di lavoro”²⁵. È il dirigente, dunque, che nel settore pubblico – e a differenza di quanto accade nel settore privato, dove il dirigente è l'*alter ego* dell'imprenditore – ad impersonare la figura dell'imprenditore e ad esercitare, per espressa delega legislativa, i poteri del datore di lavoro²⁶.

Il quarto grado, infine, concerne le responsabilità: accanto alla responsabilità del ministro di fronte al Parlamento e, più in generale, del Governo di fronte al corpo elettorale, il principio di separazione – come inteso da questa parte della dottrina – avrebbe imposto anche l'introduzione di un sistema di responsabilità dell'amministrazione, ossia un adeguato sistema di controlli circa la rispondenza dei mezzi prescelti rispetto al fine e del risultato conseguito rispetto all'obiettivo prefissato.

Un secondo orientamento dottrinario – formatosi parallelamente all'introduzione delle modifiche legislative della c.d. seconda privatizzazione, contribuendo a consolidarne i contenuti – sostiene invece che alla distinzione, sul piano funzionale, tra politica e amministrazione debba essere abbinato, sul piano strutturale, un criterio di continuità, al fine di garantire il controllo democratico sull'amministrazione.

Secondo questa impostazione, la progressiva divaricazione fra le funzioni di indirizzo e gestione, soprattutto con il passaggio da un sistema elettorale proporzionale a uno maggioritario, implica anzi come soluzione obbligata la possibilità che gli organi di governo nominino discrezionalmente e fiduciarmente alcune figure di vertice dell'amministrazione. In caso contrario, infatti, si incorrerebbe nel rischio di non trovare nelle file della burocrazia interlocutori disponibili ad attuare l'indirizzo politico²⁷. La continuità strutturale tra politica e amministrazione, in definitiva, secondo questa visione, sarebbe indispensabile per assicurare “quella circolarità necessaria ad un processo decisionale democratico, il quale, procedendo dal principio della sovranità popolare, deve garantire un costante

²⁵ Così l'art. 4, comma 2, d.lgs. n. 29/1993, come modificato dal d.lgs. n. 80/1998.

²⁶ Cfr. P. CERBO, *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione*, Padova, 2007, *passim*.

²⁷ Si tratta di posizione largamente condivisa. Cfr., tra i tanti, C. D'ORTA, *La riforma della dirigenza pubblica tre anni dopo: alcuni nodi irrisolti*, cit., 364; B. DENTE, *Verso una dirigenza pubblica responsabile: il nodo della riforma organizzativa*, in *Il lav. nelle pp.aa.*, 2001, 81; A. ZOPPOLI, *Commento all'art. 19*, in A. CORPACI, M. RUSCIANO, A. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1999, 1160 ss., in particolare 1171; G. D'ALESSIO, *Gli incarichi di funzioni dirigenziali*, in F. CARINCI e M. D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, vol. I, Milano, 2000, 778; ID., *La dirigenza: imparzialità amministrativa e rapporto di fiducia con il datore di lavoro*, in *Il lav. nelle pp.aa.*, 2007, 349 ss.; F. CARINCI, *La privatizzazione della dirigenza generale alla prova della Consulta*, *ivi*, 2000, 707 ss., in particolare 710; G. SCIULLO, *Modelli di disciplina della dirigenza in Italia e profili della fiduciarità della nomina*, in *Ist. Fed.*, 1998, 783 ss.; G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, cit., in particolare 297 ss.; F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, cit., 136; P. CERBO, *Come fare di necessità virtù, ovvero lo spoils system in Italia*, cit., 7; V. GASPARINI CASARI, *La dirigenza pubblica nel rapporto fra politica e amministrazione*, in *Dir. ec.*, 2009, 543 ss., in particolare 563-564.

raccordo tra politica e amministrazione, per assicurare una legittimazione politica indiretta ad ogni scelta compiuta dall'amministrazione nel perseguimento dell'interesse pubblico”²⁸.

Corollari di questa impostazione sono, da un lato, che il potere di nomina dei vertici burocratici deve essere conservato agli organi politici e, dall'altro, che il criterio della scelta può essere, entro certi limiti, anche di tipo fiduciario, ossia basato sull'*intuitus personae*.

Secondo questa dottrina, infatti, la fiduciarità non è di per sé un metodo di investitura avverso all'imparzialità. Al contrario, fiducia e imparzialità costituiscono un “binomio possibile” in quanto, come detto, sono proprio le nomine fiduciarie che, garantendo la coerenza tra azione amministrativa e indirizzo politico, assicurano l'imparzialità, intesa come democraticità²⁹.

Il problema piuttosto – secondo questo orientamento – è quello di definire “il limite tra il legame fisiologico e quello patologico che unisce la politica all'amministrazione, il governo alla burocrazia”, il che vale a dire individuare quale sia la giusta misura delle posizioni soggette ad investitura politica³⁰.

Sul punto, la dottrina che abbraccia l'impostazione appena sintetizzata è concorde nel ritenere che siano soggetti a nomina fiduciaria non soltanto le posizioni negli uffici *staff*, ma anche quelle posizioni che fungono da snodo tra il livello politico e l'apparato amministrativo, come i capi dipartimento e i segretari generali a livello ministeriale o il direttore generale in un ente locale.

All'opposto, quanti sostengono la necessità di una più netta separazione, non soltanto ritengono che meccanismi di decadenza automatica siano possibili solo ed esclusivamente con riferimento al personale di *staff* (e non ai dirigenti apicali), ma – più alla radice – contestano la stessa intestazione alla politica del potere di nomina dei dirigenti (a maggior ragione una volta che gli incarichi sono diventati a termine), come pure la stessa previsione della temporaneità degli incarichi³¹. Quest'ultima, infatti, se unita al potere di nomina in capo ai politici, può rappre-

²⁸ G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, cit., 302.

²⁹ G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, cit., 307, secondo il quale “imparzialità non è sinonimo di neutralità, ma di democraticità, allo stesso modo in cui lo è il principio di legalità. Infatti, la volontà popolare, fondamento primo del concetto di democrazia, è rappresentata tanto nelle leggi, cui l'attività *vincolata* dell'amministrazione deve conformarsi integralmente, quanto nella coerenza tra indirizzo e gestione, che rappresenta l'unico parametro possibile per valutare la rispondenza dell'azione *discrezionale* della pubblica amministrazione all'interesse generale”.

³⁰ G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, cit., 330.

³¹ Su questo profilo S. CASSESE, *Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego*, cit., commentando il decreto del 1993, già allora sosteneva che si sarebbe dovuto avere il coraggio di stabilire che i dirigenti non fossero più di nomina politica. Per una critica alla temporaneità degli incarichi ID., *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale in Giorn. dir. amm.*, 2002, 1341 ss.

sentare una illegittima forma di pressione sul dirigente, soprattutto laddove la scelta non richieda alcuna motivazione³².

Così schematicamente richiamati i due principali orientamenti dottrinari, merita di essere sottolineato come l'elemento di maggiore interesse, per spiegarne la diversità, risieda più ancora che nelle conclusioni cui gli stessi pervengono, nelle premesse da cui muovono.

In particolare, per quanto interessa in questa sede, la differenza fondamentale – non sempre forse adeguatamente colta in dottrina – pare consistere nel diverso tipo di legittimazione che i due orientamenti intendono attribuire all'amministrazione.

Coloro che si riconoscono nel primo orientamento sostengono che il significato originario (“autentico”) del principio fosse quello di una vera e propria *separazione* tra politica e amministrazione sul presupposto che l'amministrazione non derivi la sua legittimazione dalla politica, ma solo dalla legge e dai risultati che è in grado di conseguire³³.

Ciò non esclude affatto, peraltro, che l'amministrazione sia comunque tenuta a realizzare l'indirizzo politico del Governo in carica.

La garanzia per il Governo che l'amministrazione darà attuazione all'indirizzo politico è data dalla competenza e dalla neutralità dell'amministrazione stessa, fermo restando che, in forza del principio democratico, la politica è sempre sovraordinata all'amministrazione, avendo il compito di indirizzarne l'azione e di

³² S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, cit., 66 ss.

³³ Al riguardo è interessante notare che, nel presentare la proposta di modifica della Costituzione alla Bicamerale, S. Casese sottolineasse come l'amministrazione dovesse operare “nell'interesse del pubblico più che nell'interesse pubblico” con ciò volendo evidenziare un rapporto diretto dell'amministrazione con la collettività: “se deve assumere direttamente le responsabilità della propria attività, l'amministrazione deve però anche assicurare l'efficacia della propria azione e garantirne i risultati”. Così, S. CASSESE, *Perché una nuova Costituzione deve contenere norme sulle pubbliche amministrazioni e quali debbano essere queste norme*, in S. CASSESE e A.G. ARABIA (a cura di), *L'amministrazione e la Costituzione. Proposte per la Costituente*, cit., 20. “Di una legittimazione propria che non deriva dal corpo politico sulla base di una relazione fiduciaria” con riferimento all'alta dirigenza prima della seconda privatizzazione parlano ancora S. CASSESE e A. MARI, *L'oscuro ruolo dell'alta dirigenza italiana*, cit., 3 ss., in particolare 14. In termini inequivocabili sul punto, S. BATTINI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, cit., 60: “il significato ‘autentico’ del principio di separazione fra politica e amministrazione corrisponde, grosso modo, al principio di divisione fra legislativo ed esecutivo negli ordinamenti con forma di governo presidenziale: le funzioni sono realmente distinte, in quanto attribuite a strutture provviste di legittimazioni autonome e disgiunte. Al contrario, il significato ‘spurio’ del principio di separazione fra politica e amministrazione corrisponde, grosso modo, al principio di divisione fra legislativo ed esecutivo negli ordinamenti con forma di governo parlamentare: le funzioni non sono realmente distinte, perché attribuite a strutture che condividono la medesima legittimazione derivandola l'una dall'altra, attraverso il vincolo fiduciario. Il modello del 1993 era ispirato al significato autentico della separazione fra politica e amministrazione: le funzioni di indirizzo e gestione risultavano attribuite ad organi con legittimazioni autonome e disgiunte, cioè quella politica per gli organi di indirizzo, e quella professionale, o per merito, per gli uffici adibiti alla gestione”.

controllarne i risultati. La dirigenza, in definitiva, dovrebbe essere titolare di una legittimazione autonoma, non derivante da un'investitura – magari su base fiduciaria – da parte della politica.

Centrale, in questo quadro, è l'istituto della responsabilità dirigenziale che assolve, contemporaneamente, a una duplice finalità: per un verso essa consente al vertice politico di controllare che l'azione amministrativa sia effettivamente coerente con l'indirizzo espresso dal Governo in carica e, in tal modo, assicura la chiusura del circuito democratico-rappresentativo.

Per altro verso, la responsabilità dirigenziale è anche un fattore di legittimazione autonoma dell'amministrazione nei confronti della collettività in generale. Com'è stato osservato, infatti, l'amministrazione trae la propria legittimazione non solo “dalla collettività, nel senso che l'indirizzo politico espresso dagli organi rappresentativi è il portato della sovranità popolare”, ma “anche nella collettività, operando in essa per il raggiungimento di quei traguardi sociali ed economici delineati nella Costituzione (...). Il suo agire è democratico non solo perché informato dall'indirizzo politico, ma anche perché essa è strumento del progresso sociale ed economico della collettività”³⁴.

D'altra parte, nella misura in cui l'amministrazione è dotata di propri e autonomi poteri, essa è anche titolare di una propria e autonoma responsabilità che si aggiunge alla responsabilità politica e alla responsabilità civile e, in tal modo, arricchisce il principio della responsabilità pubblica³⁵.

Ovviamente i sostenitori di una legittimazione autonoma dell'amministrazione non ignoravano affatto che la situazione in cui versava la burocrazia italiana fosse tutt'altra³⁶.

³⁴ Così, P. CERBO, *Responsabilità politica e responsabilità dirigenziale dopo la legge n. 145 del 2002*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 639 ss., in particolare 652, il quale, a sua volta, si rifà alle considerazioni di V. OTTAVIANO, *Poteri dell'amministrazione e vincoli costituzionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 928 e di G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Milano, 1989, 198-199. V. anche G. BERTI, *Stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 3 ss., soprattutto 26-28, secondo il quale “Se noi ci convinciamo che l'amministrazione pubblica deve soddisfare anzitutto i diritti sociali ed esprimere l'obbligazione generale alla realizzazione delle aspirazioni collettive, potremmo raggiungere facilmente la conclusione che l'amministrazione si legittima nella società, trovando già in questa la ragione fondamentale della propria esistenza e della propria funzionalità”.

³⁵ È questa la tesi dello studio di L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, cit.

³⁶ V. S. CASSESE, *Grandezze e miserie dell'alta burocrazia italiana*, in *Pol. dir.* 1981, 219 ss.; Successivamente alla riforma del 1993, ID., *L'alta dirigenza italiana: un mondo cristallizzato*, *ivi*, 1998, 155 ss.; S. CASSESE e A. MARI, *L'oscuro ruolo dell'alta dirigenza italiana*, cit., 3 ss. Importanti, per giungere a queste conclusioni, anche gli studi storici e comparati. Oltre al già segnalato volume a cura di M. D'ALBERTI, *L'alta burocrazia*, cit., si vedano, almeno, ID., *La dirigenza pubblica*, Bologna, 1990; G. MELIS, *La burocrazia*, Bologna, 2015; ID., *La dirigenza pubblica in Italia: anello (mancante) di congiunzione tra politica e amministrazione*, in *Scienza & Politica*, 2014, 95 ss., soprattutto 102. “La conclusione è che abbiamo avuto e specialmente abbiamo in Italia una dirigenza debole, tipica di uno Stato che è anch'esso (...) peculiarmente debole. Priva di identità da *grand-corps* (come la *haute fonction* in Francia), ma anche di senso di appartenenza alle istituzioni (come il *civil service* in

Questa stessa dottrina, infatti, aveva spesso evidenziato come la dirigenza fosse sempre stata più sensibile al “posto” che ai risultati e avesse, quindi, di buon grado accettato le interferenze della politica in cambio di una certa sicurezza di carriera³⁷.

È probabile, dunque, che proprio in forza di questa diagnosi si sostenesse l'opportunità di separare l'amministrazione dalla politica e di introdurre meccanismi maggiormente meritocratici e un sistema imparziale di valutazione periodica³⁸.

Sottraendo l'amministrazione agli impropri condizionamenti della politica, infatti, si sarebbe potuto finalmente rafforzarne il ruolo, riconoscendo ad essa una legittimazione autonoma e una corrispondente autonoma responsabilità. In definitiva, una legittimazione dell'amministrazione non derivata dalla politica costituiva, allo stesso tempo, un *a priori* teorico – necessario per poter definire un modello di amministrazione maggiormente ancorato all'art. 97 Cost. – e, insieme, un obiettivo concreto da raggiungere, attraverso una responsabilizzazione della burocrazia.

All'opposto di questa visione si collocano i sostenitori dell'altro orientamento, i quali propendono non per la *separazione*, ma per la *distinzione*.

Costoro, infatti, ritengono che l'amministrazione debba essere legittimata indirettamente dalla politica in quanto l'investitura politica dei vertici burocratici è l'unica soluzione organizzativa che consente di garantire una legittimazione democratica della burocrazia stessa.

Come è stato notato, “ad una legittimazione di tipo tecnico-professionale, indicata dal pensiero illuministico quale principale fondamento del potere burocratico, all'epoca completamente integrato nella funzione di governo, si viene ad associare una legittimazione di tipo democratico, che, seguendo il circuito tipico della rappresentanza politica, si irradia dal Parlamento al Governo e, da questo, all'amministrazione. Si evita così alla radice il pericolo di un'amministrazione – o

Inghilterra), di identità sia pure di “casta” (come a lungo nel Novecento l'alta burocrazia tedesca), la dirigenza italiana svolge un ruolo comprimario almeno da quando (dai primi del Novecento in poi, ma specialmente in questo secondo dopoguerra) è definitivamente uscita dalle élite del Paese”.

³⁷ Di qui la celebre formula di S. CASSESE, *Grandezze e miserie dell'alta burocrazia italiana*, cit., 220 e 234 dello “scambio tra sicurezza e potere”. Vedi anche ID., *Il sistema amministrativo italiano*, 1983, 70.

³⁸ S. CASSESE, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale*, cit., 1343. In questo articolo l'Autore sostiene che i cambiamenti dettati dalle riforme del 1998/2002 siano stati giustificati, ufficialmente, dalla necessità di introdurre meccanismi di flessibilità e responsabilità in un mondo, quello della burocrazia, “poco mobile, scarsamente sensibile all'innovazione, interessato alla carriera e ai piccoli privilegi interni più che al rendimento”. Pur condividendo la diagnosi e gli obiettivi dichiarati, Cassese ritiene tuttavia che “il ricambio per nomina politica dei dirigenti e la loro precarizzazione non è l'unico strumento per raggiungere l'obiettivo, e neppure quello più efficace”. Si veda anche ID., *Lo Stato italiano a 150 anni dalla sua fondazione*, cit., 234, dove l'Autore afferma che se in Italia non si è mai affermata una *haute fonction publique* paragonabile a quella francese o a quella britannica ciò è dovuto al primato della politica e al controllo di questa sugli apparati pubblici.

comunque di importanti pezzi di essa – strutturata come “quarto ramo acefalo dello Stato” (...) dal momento che ogni rischio di frammentazione risulta attenuato dalla riconducibilità dell’attività gestionale (e tecnica in generale) al potere di indirizzo politico. Il vuoto di legittimazione democratica cui il primato della tecnica può in alcuni casi dare luogo, dunque, risulterebbe colmato dal perdurare di un collegamento tra le funzioni squisitamente tecniche e l’attività di direzione politica, anche attraverso il controllo di alcune leve di nomina da parte degli organi di governo”³⁹.

Alla luce di tale sintetica esposizione, dunque, è possibile ora cogliere più chiaramente quanto si veniva dicendo all’inizio in ordine al diverso significato che la dottrina attribuisce ai termini *distinzione* e *separazione*.

Per il primo orientamento, il termine *separazione* qualifica il rapporto tra politica e amministrazione innanzitutto sul piano della legittimazione. Con questa espressione, quindi, non si vuole affatto escludere che l’amministrazione sia tenuta – in ossequio al principio di sovranità popolare – ad attuare l’indirizzo politico del Governo, ma si vuol “solo” sostenere che la burocrazia non trae la sua legittimazione da un’investitura politica, bensì direttamente dalla legge e dai risultati che essa riesce a garantire alla collettività. Di conseguenza, come detto, al fine di garantire la coerenza dell’azione amministrativa con l’indirizzo politico sono sufficienti la legge e la direttiva, a monte, e l’istituto della responsabilità dirigenziale, a valle⁴⁰.

Per il secondo orientamento, invece, il termine *separazione* identifica un’amministrazione sottratta all’indirizzo dell’organo politico – del tipo, come si è visto, delle Autorità indipendenti – mentre la *distinzione*, al contrario, caratterizza un’amministrazione in cui indirizzo politico e gestione amministrativa, pur spettanti a soggetti distinti, convivono nella medesima organizzazione⁴¹. Permanendo in capo all’organo di governo la responsabilità politica dell’azione del proprio dicastero, la legge, la direttiva e la responsabilità dirigenziale non sono ritenute da sole strumenti sufficienti ad assicurare il controllo democratico, occorrendo altresì garantire alla politica la possibilità di scegliere i vertici dell’amministrazione, sia pure entro limiti ben precisi.

³⁹G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, cit., 303. A conclusione del suo lavoro monografico, peraltro, lo stesso Autore parla di “una burocrazia a doppia legittimazione, incentrata sulla rappresentatività, da un lato, e sulla funzionalità, dall’altro” (così a pag. 518).

⁴⁰Così, per esempio, S. BATTINI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, cit.

⁴¹Cfr. F. MERLONI, *Amministrazione ‘neutrale’ e amministrazione imparziale. A proposito dei rapporti tra ‘politica’ e ‘amministrazione’*, cit., *passim*, ma soprattutto 350 ss.; G. PASTORI e M. SGROI, voce *Dirigenti pubblici*, in *Enc. dir.*, Agg., vol. V, Milano, 2001, in particolare, 356 ss.

3. *Il principio di distinzione/separazione tra politica e amministrazione nella costituzione materiale. I profili strutturali: lo spoils system e suoi limiti*

Poste queste indispensabili premesse sul fondamento normativo del principio di separazione/distinzione tra politica e amministrazione e sulle diverse posizioni dottrinarie in argomento, occorre ora cercare di ricavare dal diritto vivente quale sia il “vero” significato del principio. A questo fine risulta di fondamentale importanza interrogare anzitutto la giurisprudenza della Corte costituzionale.

Ovviamente, non si ha qui la pretesa di analizzare in modo esaustivo tutte le pronunce della Corte in argomento. Si cercherà, piuttosto, di svolgere una sintetica analisi critica di alcune decisioni che appaiono particolarmente significative ai fini che qui occupano.

In questa prospettiva assumono rilievo, anzitutto, le sentenze con le quali la Corte costituzionale ha vagliato la legittimità di quelle norme, statali e regionali, volte a introdurre meccanismi di più stretta connessione sul piano strutturale tra politica e dirigenza.

Come si è anticipato, tale connessione è stata realizzata dal legislatore fondamentalmente attraverso due tipi di meccanismi: in primo luogo, quello della temporaneità degli incarichi, che consente all'organo di indirizzo politico di tenere sotto controllo l'azione della dirigenza attraverso la “minaccia” di una revoca o di un mancato rinnovo alla scadenza.

In secondo luogo, una più stretta connessione tra politica e amministrazione viene realizzata mediante meccanismi di c.d. *spoils system*, ovvero di decadenza automatica di talune posizioni, in particolare per effetto del mutamento della compagine politica al governo.

La Corte costituzionale ha avuto modo di occuparsi, soprattutto, di questo secondo strumento, stante – come detto – un ricorso ad esso sempre più massiccio sia da parte della legge statale sia da parte delle leggi regionali. Alcune indicazioni, tuttavia, come si vedrà, sono ricavabili anche con riferimento al meccanismo della temporaneità degli incarichi.

In un primo momento, come noto, la Corte aveva mostrato un atteggiamento complessivamente benevolo nei confronti dello *spoils system*⁴².

Chiamata a pronunciarsi su una legge regionale che assoggettava a meccanismi di decadenza automatica numerose posizioni che fossero state assegnate nei nove

⁴² Corte cost. 16 giugno 2006, n. 233, in *Foro it.*, 2006, vol. I, 2599. La sentenza è stata oggetto di vari commenti. Si vedano almeno: S. BATTINI, *In morte del principio di distinzione fra politica e amministrazione: la Corte preferisce lo spoils system*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 911 ss.; G. GARDINI, *Lo spoils system al primo vaglio di costituzionalità: le nomine fiduciarie delle Regioni sono legittime, ma la querelle resta aperta*, in *Il lav. nelle pp.aa.*, 2006, 679 ss.; F. MERLONI, *Primi incerti tentativi di arginare lo spoils system nelle Regioni*, in *Le Regioni*, 2007, 137 ss.; C. PINELLI, *L'avallo del sistema delle spoglie, ovvero la vanificazione dell'art. 97 Cost.*, in *Giur. cost.*, 2006, 2357 ss.

mesi antecedenti alle elezioni o successivamente ad esse, ma prima dell'insediamento della nuova Giunta, la Consulta aveva ritenuto che il mancato collegamento della cessazione di tali nomine ad un meccanismo di previa valutazione della professionalità degli interessati non contrastasse con l'art. 97 Cost. Trattandosi di nomine conferite *intuitu personae*, "nel senso che si fondano su valutazioni personali coerenti all'indirizzo politico regionale", la norma regionale era stata ritenuta non irragionevole in quanto tesa a evitare che la nuova Giunta risultasse condizionata da scelte fatte dalla Giunta precedente.

Allo stesso modo, la Corte riteneva non fondata la questione di costituzionalità di altre norme regionali che sancivano la decadenza automatica di tutti gli incarichi dirigenziali dalla data di proclamazione del presidente della Giunta. Mediante una pronuncia interpretativa di rigetto, la Corte circoscriveva l'ambito soggettivo della norma ai soli i dirigenti generali e affermava che una modalità di conferimento degli incarichi dirigenziali cosiddetti "apicali" a soggetti individuati *intuitu personae* "mira palesemente a rafforzare la coesione tra l'organo politico regionale e gli organi di vertice dell'apparato burocratico, per consentire il buon andamento dell'attività di direzione dell'ente". Di conseguenza, anche in questo caso la questione di costituzionalità veniva rigettata.

Infine, la Corte dichiarava costituzionalmente illegittima una delle norme regionali impugnate nella parte in cui estendeva la decadenza automatica dalla carica – oltre che alle cariche apicali di direttore amministrativo e di direttore sanitario – anche a incarichi "minori" come quello di responsabile dei dipartimenti sanitari e amministrativi e di responsabile di distretto sanitario territoriale in concomitanza con la nomina del nuovo direttore generale delle ASL, così sostanzialmente azzerando automaticamente l'intera dirigenza in carica.

Con due sentenze "gemelle", di poco successive, la Corte modificava sostanzialmente il proprio orientamento e gettava le fondamenta di quello che sarebbe poi diventato un orientamento costante⁴³.

Nella prima sentenza la Corte si è pronunciata sulla legittimità costituzionale della legge Frattini che, come si è accennato, aveva previsto una forma di *spoils*

⁴³ Corte cost. 23 marzo 2007, nn. 103 e 104, in *Giur. cost.*, 2007, 984 ss. con nota di F.G. SCOCA, *Politica e amministrazione nelle sentenze sullo spoils system*, 1015. Anche queste sentenze sono state, ovviamente, ampiamente commentate dalla dottrina. Si vedano, oltre al commento appena segnalato: A. MASSERA, *Il difficile rapporto tra politica e amministrazione: la Corte costituzionale alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 1307 ss.; F. MERLONI, *Lo spoils system è inapplicabile alla dirigenza professionale: dalla Corte nuovi passi nella giusta direzione (commento alle sent. n. 103 e 104 del 2007)*, in *Le Regioni*, 2007, 836 ss.; S. DE GÖTZEN, *Il bilanciamento tra spoils system e principio di distinzione tra politica e amministrazione nella dirigenza regionale*, *ivi*, 2007, 848 ss.; G. FARES e G. CORSO, *Quale spoils system dopo la sentenza n. 103 della Corte costituzionale?*, in *www.Giustamm.it*; D. DALFINO, *Dirigenza regionale e locale di vertice: il metodo delle relazioni tra politica e amministrazione e il giusto procedimento*, in *Foro it.*, 2007, vol. I, 1633 ss.; G. NICOSIA, *Le opinioni della Corte Costituzionale su spoils system, fiducia e imparzialità negli incarichi di funzione dirigenziale: il "caso speciale" è davvero speciale?*, in *Il lav. nelle pp.aa.*, 2007, 497 ss.

system una tantum, stabilendo la decadenza automatica di tutti gli incarichi dirigenziali al sessantesimo giorno dall'entrata in vigore della legge stessa.

La Corte ha ritenuto tale meccanismo in contrasto con l'art. 97 Cost. in quanto – determinando un'interruzione del rapporto d'ufficio ancora in corso indipendentemente dall'accertamento di una qualche responsabilità dirigenziale – risultava contrario al principio di continuità dell'azione amministrativa, a sua volta manifestazione del principio di buon andamento.

Secondo la Corte, invece, la revoca delle funzioni conferite può essere solo la conseguenza di una accertata responsabilità dirigenziale, in presenza di determinati presupposti e comunque all'esito di un procedimento connotato da idonee garanzie.

È importante sottolineare che, nel ragionamento del giudice costituzionale, il rispetto dei principi del giusto procedimento nella valutazione del dirigente implica l'obbligo di motivare il provvedimento finale. Questo, infatti, a prescindere dalla sua natura, pubblica o privata, deve poter essere fatto oggetto di controllo giurisdizionale. La motivazione della revoca dell'incarico, in altri termini, è strumentale a verificare che la scelta dei dirigenti sia effettivamente guidata da criteri oggettivi, così da garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa che è alla base della stessa distinzione funzionale tra organi politici e burocratici.

Nella seconda sentenza, la Corte ha dovuto affrontare la questione di legittimità costituzionale di alcune disposizioni di legge regionale che assoggettavano a *spoils system* la posizione del direttore generale delle ASL. Sia pure cercando di minimizzare il cambio di rotta rispetto a quanto deciso nella sentenza n. 233/2006, il giudice ha ritenuto che le disposizioni censurate violassero l'art. 97 Cost. sotto il duplice profilo dell'imparzialità e del buon andamento.

Quanto all'imparzialità, perché gli unici incarichi che la Corte considera legittimamente attribuibili *inuitu personae* sono quelli dei diretti collaboratori dell'organo politico.

Sotto il profilo del buon andamento, perché la decisione circa la cessazione anticipata dell'incarico deve essere circondata dalle garanzie del giusto procedimento.

Il direttore delle ASL, dunque, pur essendo nominato dall'organo politico, non è considerato un suo diretto collaboratore e, pertanto, non è assoggettabile a decadenza automatica.

Tale conclusione è l'esito dell'applicazione, da parte della Corte, di due criteri: uno di ordine funzionale, l'altro di ordine organizzatorio.

In base al primo, il direttore della ASL non è un diretto collaboratore dell'organo politico in quanto la sua funzione è quella di perseguire, nell'adempimento di una prestazione di risultato, gli obiettivi definiti negli atti di indirizzo politico (piano sanitario regionale e altri). Si tratta, quindi, di una figura tecnico-professionale, preposta all'attuazione, non all'elaborazione, dell'indirizzo politico.

Il criterio organizzatorio, invece, attiene alla "vicinanza" strutturale con l'organo politico. La decadenza automatica, infatti, è ritenuta possibile solo per in-

carichi di vertice o apicali. Da questo punto vista, il direttore della ASL non è un collaboratore dell'organo politico in quanto "nell'assetto organizzativo regionale vi (è) una molteplicità di livelli intermedi lungo la linea di collegamento che unisce l'organo politico ai direttori generali delle Asl"⁴⁴.

Nella giurisprudenza successiva la Corte ha continuamente fatto ricorso a questi due indici per accertare di volta in volta la legittimità di meccanismi di *spoils system*. In questa prospettiva, sono state dichiarate costituzionalmente illegittime norme di legge regionale che prevedevano la decadenza automatica oltre che del direttore generale della Asl, del direttore dell'agenzia regionale per la protezione dell'ambiente⁴⁵, del presidente del consiglio di amministrazione di una società *in house* della regione⁴⁶, del direttore di un ente regionale avente compiti di assistenza tecnica e di monitoraggio del mercato del lavoro⁴⁷, del comandante regionale dei vigili del fuoco⁴⁸.

In questa giurisprudenza entrambi i criteri vengono richiamati, sebbene, in concreto, nelle motivazioni delle singole pronunce, possa assumere rilievo prevalente ora l'uno ora l'altro dei due.

Piuttosto semplice, dunque, è stabilire quali figure, sulla base di tali indici, siano certamente ricomprese o certamente escluse dall'ambito legittimo dello *spoils system*. Nessun dubbio, ad esempio, può sussistere per gli uffici di diretta collaborazione degli organi di governo, ossia per quei soggetti che partecipano alla formazione dell'indirizzo politico (uffici di *staff*, gabinetti ministeriali). Sul punto la posizione della Corte è molto netta nel ritenere che questi, esercitando competenze di supporto all'organo politico, ne seguano il destino⁴⁹. Altrettanto – all'inverso – può dirsi con riferimento ad uffici che esercitano funzioni tecniche o di gestione. Per queste figure, come si è visto, è certamente da escludere l'applicabilità di meccanismi di cessazione automatica dalla carica, al cambio dell'organo di governo e così pure di revoca *ad nutum*.

Maggiori incertezze, invece, vi sono ancora per quanto concerne i c.d. dirigenti apicali (ad es. capi dipartimento, segretari generali).

Costoro, infatti, per un verso partecipano all'elaborazione dell'indirizzo poli-

⁴⁴ Particolarmente critico sul ricorso al criterio organizzatorio è F. MERLONI, *Lo spoils system è inapplicabile alla dirigenza professionale: dalla Corte nuovi passi nella giusta direzione (commento alle sentt. n. 103 e 104 del 2007)*, cit.

⁴⁵ Corte cost. 5 febbraio 2010, n. 34 in *www.cortecosituzionale.it*. La sentenza è commentata in senso parzialmente critico con riferimento all'impiego del criterio organizzatorio dell'apicalità della posizione oggetto di decadenza automatica da F. MERLONI, *Spoils system: il timore dell'overruling impedisce alla Corte di fare chiarezza*, in *Le Regioni*, 2010, 1140 ss.

⁴⁶ Corte cost. 15 dicembre 2016, n. 269, in *www.cortecosituzionale.it*.

⁴⁷ Corte cost. 11 febbraio 2016, n. 20, in *www.cortecosituzionale.it*.

⁴⁸ Corte cost. 10 marzo 2017, n. 52, in *www.cortecosituzionale.it*.

⁴⁹ Corte cost. 28 ottobre 2010, n. 304, in *www.cortecosituzionale.it*.

tico ma, per altro verso, svolgono anche compiti di coordinamento, direzione e controllo degli uffici dirigenziali generali. Si tratta, in breve, di organi di snodo, posti a metà strada tra politica e amministrazione.

In relazione a tali figure l'art. 19, comma 8, d.lgs. 165/2001 prevede un meccanismo di decadenza automatica, ossia la cessazione dell'incarico decorsi novanta giorni dal voto di fiducia al Governo.

Con riguardo a questa specifica disposizione la Corte costituzionale non si è pronunciata espressamente, anche se dalla giurisprudenza più recente sembrerebbe potersi ricavare la conclusione che tali incarichi siano ricompresi tra quelli legittimamente assoggettabili a *spoils system*.

Infatti, nell'affermare che “sono incompatibili con l'art. 97 Cost. disposizioni di legge che prevedano meccanismi di decadenza automatica dalla carica (...) quando tali meccanismi siano riferiti non al personale addetto ad uffici di diretta collaborazione con l'organo di governo, oppure a figure apicali, per le quali risulti decisiva la personale adesione agli orientamenti politici dell'organo nominante, ma ai titolari di incarichi dirigenziali che comportino l'esercizio di funzioni amministrative di attuazione dell'indirizzo politico” la giurisprudenza, sembrerebbe comprendere nell'ambito dello *spoils system* legittimo due diverse categorie ossia, appunto, i titolari degli uffici di diretta collaborazione e le figure apicali⁵⁰.

In un caso recente, sia pure in un *obiter dictum*, la Corte ha anche esplicitato che tali figure apicali sono quelle contemplate dall'art. 19 comma 3 del d.lgs. n. 165/2001, vale a dire precisamente i segretari generali e i capi di dipartimento⁵¹.

Se, dunque, sulla base di queste pur incerte indicazioni, fosse confermata la legittimità costituzionale della previsione di cui all'art. 19, comma 8 del TUPI, il confine tra *spoils system* vietato e *spoils system* ammesso, diversamente da quanto auspicato dai sostenitori della separazione, non verrebbe a coincidere perfettamente con il confine che divide (o dovrebbe dividere) l'indirizzo politico dall'attuazione ed esecuzione di esso⁵².

In disparte a tali figure di snodo, in ordine alle quali residua qualche incertezza, non v'è dubbio, comunque, che meccanismi di cessazione automatica dalla carica applicati alla dirigenza siano costituzionalmente illegittimi, in quanto contrari al principio di separazione/distinzione tra indirizzo politico e gestione amministrativa.

⁵⁰ Corte cost. n. 269/2016 cit., ma v. anche n. 20/2016, n. 52/2017, citate *supra*.

⁵¹ Corte cost. 24 gennaio 2017, n. 15 “i predetti meccanismi di decadenza automatica sono stati da questa Corte ritenuti compatibili con l'art. 97 Cost, esclusivamente ove riferiti ad addetti ad uffici di diretta collaborazione con l'organo di governo (...) o a figure apicali, quali quelle contemplate dall'art. 19, comma 3 del d.lgs. 165 del 2001 (...)”. In dottrina, ritiene che lo *spoils system* sia pacificamente applicabile alle posizioni in esame F. MERLONI, *Spoils system: il timore dell'overruling impedisce alla Corte di fare chiarezza*, cit., 1141. *Contra*, S. BATTINI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, cit., 63 ss.

⁵² Ci si riferisce in particolare a quanto sostenuto da S. BATTINI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, cit.

Il raccordo tra politica e amministrazione – per come lo si può ricostruire sulla base della giurisprudenza della Corte – è assicurato dal controllo che la prima esercita sulla seconda non tanto attraverso il potere di nomina dei dirigenti, bensì attraverso la valutazione dei risultati della gestione dirigenziale.

4. (segue) *I profili strutturali: la temporaneità degli incarichi*

Come già sopra si diceva, lo *spoils system* non è l'unico strumento per realizzare un rafforzamento della politica sull'amministrazione. Un altro elemento che occorre indagare al fine di verificare la tenuta del principio di distinzione/separazione sul piano strutturale è quello della temporaneità degli incarichi dirigenziali. È del tutto evidente, infatti, che la possibilità stessa di poter disporre di incarichi a tempo determinato costituisce un'importante leva nelle mani degli organi politici, a maggior ragione laddove tali incarichi potessero essere liberamente revocati in corso di svolgimento o liberamente non rinnovati alla scadenza.

Ciascuno di questi profili (durata, revoca, rinnovo dell'incarico) deve essere dunque brevemente analizzato, precisando sin da subito che, per ragioni di chiarezza espositiva, il discorso sarà qui condotto con riferimento alla disciplina della dirigenza statale, anche se – come si è in parte già visto – le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale si riferiscono, a volte, anche alla dirigenza delle regioni o alla dirigenza sanitaria.

In primo luogo, dunque, occorre verificare se la previsione di incarichi a tempo determinato costituisca, di per sé, un *vulnus* all'imparzialità.

Al riguardo, dalla giurisprudenza costituzionale non pare potersi ricavare un'indicazione sicura. Tuttavia, sia pure nel contesto di una decisione alquanto sbrigativa, la Corte sembra propendere per la risposta negativa⁵³.

Come si è già accennato, all'indomani della c.d. seconda privatizzazione il TAR Lazio aveva sollevato forti dubbi in ordine alla legittimità costituzionale della nuova disciplina⁵⁴. Secondo il giudice amministrativo, infatti, la privatizzazione del rapporto di impiego aveva comportato per i dirigenti generali uno *status* di debolezza e precarietà dovuto al fatto che l'acquisizione e la conservazione dell'incarico dirigenziale – e quindi la carriera e il trattamento economico – erano soggetti ad una scelta dell'organo politico.

Secondo il TAR, dunque, per un verso le nuove norme si ponevano in contrasto con il principio di imparzialità e con quello dell'esclusività del servizio alla Nazione, mentre, per altro verso, la nuova disciplina si poneva in contraddizione con il principio di separazione tra funzione governativa di indirizzo e funzione dirigenziale di attuazione e gestione.

⁵³ Corte cost. ord. n. 11/2002, cit.

⁵⁴ V. *supra* capitolo 1.

Il fuoco dell'attenzione, come si è detto, veniva così spostato dal problema della natura giuridica del rapporto (che la Corte aveva già risolto nella sentenza n. 313/1996, affermando che uno statuto integralmente pubblicistico non è imposto dall'art. 97 Cost.) al diverso problema della posizione del dirigente nei suoi rapporti con gli organi politici.

Nel dichiarare manifestamente infondata la questione di costituzionalità sollevata in relazione alla privatizzazione della dirigenza generale, la Corte si è limitata ad affermare che la disciplina del rapporto di lavoro dirigenziale è comunque connotata, nei suoi aspetti qualificanti, da specifiche garanzie.

In particolare, secondo il Giudice delle leggi, il fatto che gli incarichi fossero da conferire tenendo conto, tra l'altro, delle attitudini e delle capacità professionali, che l'eventuale revoca fosse condizionata dalla sussistenza di una responsabilità dirigenziale e che l'accertamento di quest'ultima dovesse avvenire in un procedimento, costituissero garanzie sufficienti a presidiare il rapporto di impiego dei dirigenti generali "la cui stabilità non implica necessariamente anche stabilità dell'incarico che, proprio al fine di assicurare il buon andamento e l'efficienza dell'amministrazione pubblica, può essere soggetto alla verifica dell'azione svolta e dei risultati perseguiti".

In definitiva, quindi, sembra potersene ricavare che la previsione di incarichi a tempo determinato non sia di per sé contraria all'imparzialità, stante la previsione da parte del legislatore di altre garanzie – diverse da quella della durata indeterminata della carica – idonee comunque a salvaguardare la posizione del dirigente.

È anche da dire, tuttavia, che, se la temporaneità dell'incarico non è ritenuta di per sé contraria all'imparzialità, nella giurisprudenza successiva, sia pure incidentalmente, la Corte ha affermato che un incarico eccessivamente breve sarebbe "difficilmente compatibile con un adeguato sistema di garanzie per il dirigente che sia idoneo ad assicurare un imparziale, efficiente ed efficace svolgimento dell'azione amministrativa"⁵⁵.

Per quanto, come detto, si tratti di un *obiter dictum*, sembra comunque potersene ricavare che la durata dell'incarico stabilita dalla legge – oggi compresa fra un minimo di tre e un massimo di cinque anni, in relazione agli obiettivi prefissati – non sia indifferente rispetto all'imparzialità dell'organizzazione. Il che, d'altra parte, appare una conclusione forse persino ovvia dal momento che, diversamente opinando, la dirigenza sarebbe nel totale controllo degli organi politici.

Decisamente più netta è, invece, la posizione della Corte costituzionale relativamente al secondo profilo sopra richiamato, vale a dire quello della revoca dell'incarico dirigenziale.

Al riguardo, come si è già visto, la giurisprudenza in tema di *spoils system* ha fornito indicazioni importanti in ordine alla irrevocabilità dell'incarico al di fuori dei casi di responsabilità dirigenziale e fatte salve in ogni caso le garanzie del giusto procedimento.

⁵⁵ Così Corte cost. n. 103/2007, cit.

Come si è detto, infatti, secondo questa giurisprudenza – che può dirsi ormai pacifica sul punto – la revoca dell'incarico e la conseguente interruzione del rapporto d'ufficio non possono dipendere da un fatto esterno al rapporto stesso, senza alcuna valutazione dei risultati conseguiti. La revoca, invece, può essere unicamente la conseguenza di una accertata responsabilità dirigenziale, in presenza di determinati presupposti e comunque all'esito di un procedimento connotato da idonee garanzie, anche allo scopo di verificare l'effettiva sussistenza di ragioni obiettive alla base della revoca stessa⁵⁶.

In questa logica merita di essere richiamata un'altra pronuncia della Corte costituzionale, avente ad oggetto una norma di legge regionale che introduceva la possibilità per la Giunta regionale di deliberare, nei confronti dei dirigenti decaduti dalla carica per effetto di meccanismi di *spoils system* già dichiarati illegittimi dalla Corte stessa, il reintegro nella carica e il ripristino dei relativi rapporti di lavoro ovvero, in alternativa, un'offerta di equo indennizzo. La scelta della seconda soluzione era comunque obbligata nel caso in cui il rapporto di lavoro fosse stato interrotto, di fatto, per oltre sei mesi⁵⁷.

La sentenza, che costituisce in un certo senso il seguito della pronuncia n. 103/2007, merita di essere qui richiamata perché in essa la Corte ha ulteriormente chiarito la *ratio* sottesa all'istituto della responsabilità dirigenziale e alle garanzie che sono ad essa connesse.

Nel dichiarare fondata la questione di legittimità in relazione all'art. 97 Cost., infatti, la Corte ha precisato che “a differenza di quanto accade nel settore privato, nel quale il potere di licenziamento del datore di lavoro è limitato allo scopo di tutelare il dipendente, nel settore pubblico il potere dell'amministrazione di esonerare un dirigente dall'incarico e di risolvere il relativo rapporto di lavoro, è circondato da “*garanzie e limiti che sono posti non solo e non tanto nell'interesse del soggetto da rimuovere, ma anche e soprattutto a protezione di più generali interessi collettivi*”.

Di conseguenza, “sul piano degli strumenti di tutela, (...) *forme di riparazione economica*, quali, ad esempio, il risarcimento del danno o le indennità riconosciute dalla disciplina privatistica in favore del lavoratore ingiustificatamente licenziato, *non possono rappresentare, nel settore pubblico, strumenti efficaci di tutela degli interessi collettivi lesi da atti illegittimi di rimozione di dirigenti amministrativi*” (corsivi aggiunti).

Se si leggono queste affermazioni nel solco della giurisprudenza precedente risulta chiaro che *le garanzie e i limiti* cui la Corte allude e che circondano il potere dell'amministrazione di esonerare il dirigente pubblico consistono, da un lato,

⁵⁶ Si tratta di principi stabiliti, come visto, a partire dalle sentenze nn. 103 e 104/2007.

⁵⁷ Corte cost. 24 ottobre 2008, n. 351 in *www.cortecostituzionale.it*. La sentenza è commentata da F. CORTESE, *Spoils system e illegittima rimozione di dirigenti pubblici: la Corte costituzionale afferma l'inderogabilità della reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Le Regioni*, 2009, 114 ss., e da M. MAGRI, *L'incostituzionalità dello spoils system e la reintegrazione del dirigente*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 511 ss.

nel giusto procedimento che deve precedere l'atto di revoca e, dall'altro, nella responsabilità dirigenziale.

Ne discende che la responsabilità dirigenziale e il giusto procedimento costituiscono una fondamentale garanzia, prima ancora che per il dirigente, per l'interesse della collettività all'imparzialità e al buon andamento dell'amministrazione.

Tale interesse pubblico, infatti, trascendendo quello del titolare dell'incarico, sarebbe illegittimamente leso laddove all'organo politico fosse consentito (o addirittura imposto) di sostituire alla reintegrazione del dirigente nell'incarico il pagamento di una somma di denaro.

Anzi, secondo la Corte, in un caso del genere, il pregiudizio per la collettività sarebbe addirittura duplice in quanto all'obbligo di corrispondere la retribuzione dei nuovi dirigenti, si aggiungerebbe quello di indennizzare i dirigenti illegittimamente revocati.

In definitiva, quindi, non soltanto pare da escludere che il legislatore possa fissare sin dall'inizio una durata dell'incarico eccessivamente breve, ma è altresì sicuramente da escludere che questi possa prevedere meccanismi di revoca dell'incarico che prescindano dall'accertamento, all'esito di un giusto procedimento, di una responsabilità dirigenziale.

Quest'ultima, infatti, nell'impostazione della Corte, costituisce un elemento imprescindibile per giustificare una cessazione anticipata dell'incarico dirigenziale e ciò non tanto a tutela del dirigente – che potrebbe essere compensato da una misura risarcitoria in luogo della reintegrazione nel posto di lavoro – quanto soprattutto a tutela dell'interesse pubblico.

Tali conclusioni, d'altra parte, trovano oggi anche una sicura base di diritto positivo nell'espressa previsione dell'art. 19, comma 1-*ter*, d.lgs. n. 165/2001, dov'è stabilito che gli incarichi dirigenziali possano essere revocati esclusivamente nei casi di responsabilità dirigenziale per mancato raggiungimento degli obiettivi o mancata osservanza delle direttive imputabili al ricorrente e comunque nel rispetto del giusto procedimento⁵⁸.

Alla luce delle conclusioni sin qui raggiunte, invece, deve ritenersi in contrasto con l'art. 97 Cost. quanto attualmente disposto dall'art. 1, comma 18, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, ai sensi del quale “al fine di assicurare la massima funzionalità e flessibilità, in relazione a motivate esigenze organizzative, le pubbliche amministrazioni (...) possono disporre, nei confronti del personale appartenente alla carriera prefettizia ovvero avente qualifica dirigenziale, il passaggio ad altro incarico prima della data di scadenza dell'incarico ricoperto prevista dalla normativa o dal contratto. In tal caso il dipendente conserva, sino alla predetta data, il trattamento economico in godimento (...)”⁵⁹.

⁵⁸ Il comma 1-*ter* dell'art. 19 è stato inserito dall'art. 40, comma 1, lett. b), d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, successivamente modificato dall'art. 9, comma 32, d.l. 31 maggio 2010, n. 78.

⁵⁹ Il d.l. n. 138/2011 è stato convertito in legge 14 settembre 2011, n. 148. Per la notazione

Come si è visto, infatti, la continuità nello svolgimento dell'incarico sino alla scadenza stabilita nel contratto non è nella disponibilità delle parti (politica e dirigenza), essendo stabilita a garanzia di interessi della collettività.

Da ultimo, qualche considerazione deve essere svolta con riferimento alla disciplina del rinnovo dell'incarico⁶⁰. Al riguardo la Corte non ha mai avuto modo di pronunciarsi direttamente, sicché risulta difficile ricavare indicazioni sicure dalla giurisprudenza costituzionale.

In teoria, il problema potrebbe essere risolto secondo una varietà di soluzioni che, estremizzate, possono essere ridotte essenzialmente a due, a seconda che si intenda riconoscere la libertà di scelta dell'organo politico o, all'opposto, il diritto del dirigente al rinnovo dell'incarico.

La prima opzione consentirebbe all'organo di governo di attribuire l'incarico a prescindere da qualsiasi valutazione circa i risultati raggiunti dal dirigente nella precedente gestione, mentre la seconda eliminerebbe sostanzialmente qualsiasi potere di scelta in caso di esito positivo della valutazione.

La disciplina attualmente vigente si colloca a metà strada tra questi due estremi: per un verso, infatti, è previsto espressamente che l'incarico non sia rinnovabile in caso di accertata responsabilità dirigenziale per mancato raggiungimento degli obiettivi o per inosservanza delle direttive imputabili al dirigente (art. 21, comma 1, d.lgs. n. 165/2001)⁶¹. Tale accertamento deve avvenire attraverso le risultanze del sistema di valutazione di cui al d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150. Dunque, una valutazione negativa impone senz'altro la non rinnovabilità dell'incarico.

Per altro verso, però, non è detto che una valutazione positiva determini sicuramente il rinnovo dell'incarico.

Ai sensi dell'art. 9, comma 32, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, infatti, le amministrazioni che alla scadenza di un incarico di livello dirigenziale, non intendano, anche in assenza di una valutazione negativa, confermare l'incarico conferito al dirigente, conferiscono al medesimo dirigente un altro incarico, anche di valore economico inferiore⁶².

secondo cui il comma 18 dell'art. 1 del citato decreto legge sarebbe con ogni probabilità dichiarato illegittimo da un'eventuale pronuncia della Corte costituzionale v. già S. BATTINI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, cit., 70. In argomento v. anche D. BOLOGNINO, *La revoca anticipata dell'incarico dirigenziale per ' motivate esigenze organizzative ' tra contratti collettivi, pronunce giurisprudenziali e neo art. 1, co. 18 l.n. 148/11*, in *Il lav. nelle pp.aa.*, 2011, 524.

⁶⁰Un'accurata disamina della disciplina è contenuta nel recente studio di M.P. MONACO, *Gli incarichi di funzione dirigenziale: uno snodo cruciale nel rapporto fra politica e amministrazione*, Milano, 2016, *passim*.

⁶¹La formulazione attuale del comma 1 dell'art. 21 si deve alle modifiche introdotte dall'art. 41, comma 1, lett. a), d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150.

⁶²Il d.l. n. 78/2010 è stato convertito in legge 30 luglio 2010, n. 122. La disciplina del rinnovo dell'incarico dirigenziale ha avuto una vita travagliata. Come si è detto alla nota 58, l'art. 40 comma 1, lett. b), d.lgs. n. 150/2009 ha introdotto il comma 1-ter all'art. 19 del TUPI il quale, oltre a

Sulla base di questa disciplina, dunque, non v'è dubbio che la scelta in ordine al rinnovo dell'incarico sia, almeno in parte, vincolata: in caso di accertamento di responsabilità dirigenziale per mancato raggiungimento degli obiettivi o inosservanza delle direttive, infatti, l'incarico non può essere nuovamente attribuito allo stesso dirigente.

Con il che, la centralità della responsabilità dirigenziale, a più riprese sottolineata dalla Corte con riferimento alla disciplina della revoca dell'incarico, viene espressamente confermata dal diritto positivo anche con riferimento alla disciplina del rinnovo.

D'altra parte, però, si è detto come una valutazione positiva sia condizione necessaria, ma non sufficiente per il rinnovo dell'incarico sicché, da questo punto di vista, potrebbe sembrare che l'organo politico sia libero di scegliere, eventualmente sulla base di una valutazione di carattere puramente fiduciario.

In realtà, già nel quadro normativo anteriore alle modifiche legislative introdotte dal d.lgs. n. 150/2009 la Corte di Cassazione – conformandosi alle statuizioni della Corte costituzionale in tema di revoca dell'incarico – aveva affermato che “nel conferire gli incarichi dirigenziali, l'amministrazione dello Stato è obbligata ad effettuare valutazioni anche comparative, ad adottare adeguate forme di partecipazione ai processi decisionali e ad esternare i criteri in base ai quali sia stata effettuata la scelta dei dirigenti ritenuti maggiormente idonei agli incarichi da conferire”, e aveva pertanto configurato come inadempimento contrattuale per violazione dei doveri di buona fede e correttezza il comportamento dell'amministrazione che, per esigenze organizzative, aveva soppresso alcune posizioni dirigenziali già attribuite e aveva conferito gli incarichi corrispondenti alle nuove posizioni dirigenziali senza fornire alcuna prova circa i criteri adottati per il conferimento dei nuovi incarichi⁶³.

stabilire che la revoca degli incarichi potesse avvenire solo all'esito di una accertata responsabilità dirigenziale, prescriveva anche l'obbligo per l'amministrazione di motivare il mancato rinnovo dell'incarico alla scadenza. In particolare, in base a questa norma, l'amministrazione che, in dipendenza dei processi di riorganizzazione ovvero alla scadenza, in assenza di una valutazione negativa, non avesse inteso confermare l'incarico conferito al dirigente, era tenuta a darne idonea e motivata comunicazione al dirigente stesso con un preavviso congruo, prospettando altresì i posti disponibili per un nuovo incarico. Questa parte della disposizione è stata abrogata dal d.l. n. 78/2010 che ha così ristabilito un regime di (apparente) libertà di mancato rinnovo *ad nutum* dell'incarico. Del comma 1-ter, quindi, è rimasto soltanto il divieto di revoca dell'incarico per motivi diversi da quelli attinenti all'accertamento della responsabilità dirigenziale.

⁶³ Cass. civ., sez. lav., 14 aprile 2008, n. 9814 in *Foro it.*, 2009, vol. I, 3074, con nota di G. D'AURIA, *Dirigenti pubblici: garanzie nel conferimento degli incarichi e tutela reale contro i licenziamenti illegittimi (con brevi note sulla riforma della dirigenza nella 'legge Brunetta')*. In senso conforme Cass. civ., sez. lav., 26 novembre 2008, n. 28274, in *Giust. civ.*, 2009, vol. I, 2850; Cass. civ., sez. lav., 30 settembre 2009, n. 20979, *ivi*, 2010, vol. I, 2350; Cass. civ., sez. VI, 12 ottobre 2010, n. 21088, in *Foro it.*, 2011, vol. I, 804; Cass. civ., sez. lav., 7 agosto 2013, n. 18836, in *Il lav. nelle pp.aa.*, 2013, 599; Cass. civ., sez. lav., 23 settembre 2013, n. 21700, in *Giust. civ. Mass.*, 2013.

Tali affermazioni hanno poi trovato conferma e più sicuro ancoraggio nelle modifiche introdotte dal legislatore del 2009 al comma 1 dell'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001 e, soprattutto, nel nuovo comma 1-*bis* dello stesso articolo⁶⁴.

La prima norma citata prevede ora che “*ai fini del conferimento di ciascun incarico si tiene conto, in relazione alla natura e alle caratteristiche degli obiettivi prefissati ed alla complessità della struttura interessata, delle attitudini e delle capacità professionali del singolo dirigente, dei risultati conseguiti in precedenza nell'amministrazione di appartenenza e della relativa valutazione, delle specifiche competenze possedute, nonché delle esperienze di direzione eventualmente maturate all'estero, presso il settore privato o presso altre amministrazioni pubbliche*”⁶⁵.

La seconda, ancor più significativa, stabilisce che “*l'amministrazione rende conoscibili, anche mediante pubblicazione di apposito avviso sul sito istituzionale, il numero e la tipologia di posti di funzione che si rendono disponibili nella dotazione e i criteri di scelta; acquisisce le disponibilità dei dirigenti interessati e le valuta*”.

Per effetto di tali novità normative, dunque, si deve ritenere che l'organo politico, in sede di conferimento degli incarichi dirigenziali, non sia libero di scegliere il dirigente in base ad una consentaneità politica o alla fiducia personale. Al contrario, la predeterminazione dei criteri, la pubblicazione di un avviso circa i posti vacanti, la partecipazione dei soggetti interessati, l'obbligo di una valutazione comparativa sono tutti indici che depongono nel senso di una scelta procedimentalizzata, in certa misura vincolata e comunque sindacabile dal giudice del lavoro, il quale potrà eventualmente pronunciare la nullità dei contratti stipulati in violazione delle prescrizioni legislative sopra citate e disporre la ripetizione delle operazioni di scelta⁶⁶.

⁶⁴L'art. 6, comma 2, lett. h) della legge delega 4 marzo 2009, n. 15, ha indicato, tra i principi e i criteri direttivi ai quali il legislatore delegato doveva attenersi, quello di “ridefinire i criteri di conferimento, mutamento o revoca degli incarichi dirigenziali, adeguando la relativa disciplina ai principi di trasparenza e pubblicità ed *ai principi desumibili anche dalla giurisprudenza costituzionale e delle giurisdizioni superiori*” (corsivo aggiunto).

⁶⁵Si tratta certamente di criteri formulati in modo molto ampio, ma comunque più articolati di quelli stabiliti dalla versione precedente della norma. Inoltre, nella misura in cui la predeterminazione dei criteri di cui al successivo comma 1-*bis* non si risolve – come pare doversi ritenere – nella mera ripetizione degli elementi indicati dal comma 1, questi ultimi costituiscono un utile punto di riferimento per rendere maggiormente oggettiva la scelta dell'amministrazione.

⁶⁶In questo senso, da ultimo, P. SORDI, *I poteri e il sindacato del giudice ordinario in alcune controversie di lavoro pubblico*, relazione all'incontro di studio di Trapani sul tema “Il precariato nel pubblico impiego tra legislazione nazionale e regionale”, reperibile in www.giustizia.palermo.it/formazione_magistrati.aspx?altri_file=755. Più in generale sulle modifiche apportate dalla legge Brunetta alla disciplina del conferimento degli incarichi dirigenziali v. E. A. APICELLA, *Conferme e novità in tema di incarichi dirigenziali dopo la 'riforma Brunetta'*, in *Foro amm. CdS*, 2010, 1327 ss.; S. MENGHINI, *Conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2010, vol. I, 629 ss.; P. COSMAI, *Incarico dirigenziale: quale tutela dopo il “decreto Brunetta” e la l. n. 122/2010*, in *Lav. giur.*, 2010, 1195 ss.

In definitiva, il mancato rinnovo dell'incarico al precedente titolare malgrado questi abbia ottenuto una valutazione positiva e, di contro, la scelta di conferire l'incarico ad altro dirigente, non può basarsi su ragioni di gradimento politico o di affidabilità personale. La scelta, infatti, deve essere rispettosa delle regole indicate dalla Cassazione e codificate dal legislatore del 2009 e perciò dev'essere l'esito di un procedimento che renda evidenti le ragioni che la sorreggono. Di conseguenza, sebbene il dirigente scaduto non possa vantare un diritto ad ottenere uno specifico incarico – ma solo, secondo l'orientamento della Cassazione, un interesse legittimo di diritto privato⁶⁷ – egli potrà tuttavia agire dinanzi al giudice per far valere le proprie ragioni nei confronti di una scelta dell'amministrazione che si discosti dalla disciplina pocanzi richiamata⁶⁸.

5. (segue) *I profili funzionali*

Si è già detto che il principio di separazione/distinzione tra politica e amministrazione si afferma, originariamente, sul versante funzionale, declinandosi come distinzione tra funzioni di indirizzo politico e funzioni di gestione amministrativa.

Anche su questo fronte, dunque, occorre verificare quali indicazioni è possibile trarre dalla giurisprudenza costituzionale onde stabilire l'effettiva portata del principio.

In proposito, tuttavia, la Corte ha avuto modo di pronunciarsi espressamente, a quanto consta, solo due volte.

Il primo caso è relativo a una legge regionale della Sardegna che attribuiva alla Giunta – e non alla dirigenza – la competenza a deliberare in materia di valutazione di impatto ambientale, sia pure sulla base dell'attività istruttoria svolta dai dirigenti regionali⁶⁹.

Per quanto si tratti di un caso isolato e connotato da una sua peculiarità, la sentenza offre comunque indicazioni molto interessanti ai fini che qui occupano. La Corte, infatti, pur confermando che il principio di separazione tra indirizzo e gestione è principio di carattere generale che trova il suo fondamento nell'art. 97 Cost., ha escluso che la disciplina regionale sarda si ponesse in contrasto con esso. Secondo la Corte, infatti, "l'individuazione dell'esatta linea di demarcazione tra gli atti da ricondurre alle funzioni dell'organo politico e quelli di competenza

⁶⁷ Si tratta di una giurisprudenza cospicua. Si vedano, tra le più risalenti Cass., SS.UU., 24 febbraio 2000, n. 41, in *Foro it.*, 2000, vol. I, 1483 e, tra le più recenti, Cass., sez. lav., 14 aprile 2015, n. 7495, in *Giust. civ. Mass.*, 2015.

⁶⁸ Sostanzialmente alle stesse conclusioni perviene S. BATTINI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, cit., 78.

⁶⁹ Corte cost. 3 maggio 2013, n. 81, in *Le Regioni*, 2013, 863 ss., con nota di S. DE GÖTZEN, *La distinzione tra politica e amministrazione: funzioni di indirizzo, funzioni di gestione e potere deliberativo dell'organo politico*.

della dirigenza amministrativa spetta al legislatore” il quale, “nell’identificare gli atti di indirizzo politico amministrativo e quelli di carattere gestionale (...), non può compiere scelte che, contrastando in modo irragionevole con il principio di separazione tra politica e amministrazione, ledano l’imparzialità della pubblica amministrazione”.

Di conseguenza, poiché la scelta realizzata dal legislatore sardo determina una divisione delle competenze tra la Giunta e i dirigenti che non appare alla Corte irragionevole, anche in considerazione della complessità della VIA e del particolare rilievo politico ad essa sotteso, il giudice costituzionale conclude per la non fondatezza della questione sollevata.

Da questa pronuncia pare possibile ricavare, sul piano generale, due importanti indicazioni.

Anzitutto quella per cui tra indirizzo e gestione non vi è una distinzione rigida, aprioristicamente determinata, spettando invece al legislatore il compito di individuare, di volta in volta, l’esatta linea di demarcazione in base a un criterio di ragionevolezza.

In questo senso – è stato affermato – non si può interpretare lo schema indirizzo-gestione in modo meccanico, come astratta separazione dei fini dai mezzi⁷⁰. Per quanto tale affermazione sia in sé concettualmente esatta, la stessa deve essere meglio precisata. Portata alle sue estreme conseguenze, infatti, essa condurrebbe al risultato della negazione in radice del principio di distinzione tra politica e amministrazione: se non fosse possibile distinguere nettamente i fini dai mezzi – in quanto, per dirla con Nigro, fra l’indirizzo e la gestione “vi è un *continuum*, perché l’indirizzo tende a cominciare ad attuarsi come gestione (...) e la gestione frequentemente partorisce entro di sé un momento di indirizzo”⁷¹ – la separazione tra politica e amministrazione sarebbe puramente illusoria. È questa, d’altra parte, una delle critiche radicali che, come si è visto, sono state mosse da una parte della dottrina al principio in questione⁷².

La sentenza della Corte costituzionale sopra citata, tuttavia, non nega che una separazione tra indirizzo e gestione sia possibile – al contrario, come detto, si afferma la valenza generale del principio –, ma ammette che vi possano essere casi nei quali è ragionevole che il potere di assumere la decisione concreta sia sottratto alla competenza della dirigenza amministrativa e ricondotto alle funzioni dell’organo di indirizzo.

In altri termini, anche provvedimenti di carattere puntuale potrebbero essere ascritti alla funzione di indirizzo politico e ciò accade tutte le volte in cui tali atti siano espressione del bilanciamento di una pluralità di interessi pubblici aventi

⁷⁰ S. DE GÖTZEN, *La distinzione tra politica e amministrazione: funzioni di indirizzo, funzioni di gestione e potere deliberativo dell’organo politico*, cit., 867.

⁷¹ M. NIGRO, *Riforma dell’amministrazione e riorganizzazione dei ministeri*, cit., 1100.

⁷² Cfr *supra* nota 20.

un rilievo politico particolare (la Corte cita espressamente la tutela dell'ambiente, il governo del territorio e lo sviluppo economico)⁷³.

Dunque, posto che gli atti rientranti nello svolgimento delle funzioni di indirizzo politico non si esauriscono nell'elenco di cui al comma 1 dell'attuale art. 4 del d.lgs. 165/2001, ben potrebbe accadere che anche provvedimenti concreti, proprio in forza del loro particolare rilievo politico, siano sottratti alla dirigenza e riservati all'organo rappresentativo⁷⁴.

Nella misura in cui tale riserva non contrasti in modo irragionevole con il principio di separazione tra politica e amministrazione, la stessa può ritenersi rispettosa dell'art. 97 Cost.

In questa logica, d'altra parte, si era già posto il Consiglio di Stato nel parere fornito al Ministero dell'interno in ordine alla competenza all'adozione di alcune tipologie di atti quali, in particolare, i provvedimenti di rimozione degli amministratori degli enti locali, gli atti di concessione della cittadinanza e le autorizzazioni alla consultazione dei documenti di archivio di carattere riservato⁷⁵. Benché dissimulato dietro il criterio del "vaglio analitico delle norme di settore", il Consiglio di Stato, nel fare salva la competenza del ministro all'adozione dei suddetti atti, aveva fatto ricorso essenzialmente al criterio della rilevanza politica di questi, ossia alla loro attinenza a "scelte di fondo dell'azione amministrativa discrezionale".

Di qui, come conseguenza di quanto appena affermato, la seconda notazione ricavabile dalla sentenza: il principio di distinzione tra politica e amministrazione non conosce un solo schema attuativo, quello per cui a monte vi è la definizione

⁷³ Alle medesime conclusioni, sulla base di un articolato percorso argomentativo, perviene anche V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti "politici" e atti di "alta amministrazione"*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 101 ss., in particolare 131. Secondo questo Autore, l'imputazione di poteri amministrativi puntuali ad organi politici non solo non contraddice al principio della distinzione delle competenze, ma appare altresì conforme ai principi costituzionali.

⁷⁴ Su questa linea si muove anche una parte della giurisprudenza di merito chiamata a pronunciarsi sulla competenza dell'organo ad emanare il provvedimento impugnato. Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 30 gennaio 2004, n. 317, in *www.iusexplorer.it*, secondo cui "le funzioni devolute ai dirigenti (...) non si possono allargare all'adozione di atti amministrativi aventi oggettivi e fondamentali tratti di politicità desumibili dall'ampiezza e dalla rilevanza degli interessi coinvolti, dall'ampia discrezionalità delle valutazioni da effettuare, dall'incidenza sociale degli interventi". In questa prospettiva è frequente che norme in materia di tutela dell'ambiente attribuiscono all'organo politico rilevanti poteri di amministrazione puntuale. Oltre al caso della competenza ad emanare la VIA, citato nel testo, si veda, ad esempio, il caso della competenza ad emanare l'ordinanza di ingiunzione alla bonifica di un sito inquinato che la legge attribuisce al sindaco e non al dirigente. Al riguardo la giurisprudenza amministrativa ricostruisce la volontà del legislatore nel senso di affidare all'organo politico e non a quello amministrativo la competenza in materia: Cons. Stato, sez. V, 6 settembre 2017, n. 4230; TAR Campania, Napoli, sez. V, 27 ottobre 2016, n. 4995; TAR Emilia Romagna, Parma, sez. I, 6 settembre 2016, n. 255; TAR Toscana, sez. III, 28 aprile 2011, n. 746, tutte pubblicate in *www.lexitalia.it*.

⁷⁵ Ci si riferisce al parere del Cons. Stato, Ad. gen., 10 giugno 1999, n. 7, in *Il lav. nelle pp.aa.*, 1999, 909, con commento di C. D'ORTA, *Distinzione tra politica e amministrazione*.

dell'indirizzo politico ad opera dell'organo di governo (mediante atti generali, di programmazione, di pianificazione ecc.) e, a valle, la sua concreta attuazione da parte dell'amministrazione mediante un provvedimento puntuale.

Lo schema può subire delle variazioni e anche riproporsi – come nel caso della VIA sarda – nella forma della separazione delle funzioni istruttorie e decisorie di cui si è detto al capitolo precedente.

A ben vedere, infatti, ciò che consente alla Corte di ritenere ragionevole la scelta realizzata dal legislatore sardo non è solo il particolare rilievo politico della decisione sottesa alla VIA, ma anche il fatto che il potere decisionale della Giunta debba tenere conto e sia limitato dall'attività istruttoria svolta dai dirigenti regionali. È anche in ragione di tale considerazione che la divisione di competenze tra organo politico e dirigenti regionali non è ritenuta in contrasto con l'art. 97 Cost.

Se ne ricava, com'è stato osservato, che “la scansione istruttoria tecnica dirigenziale-deliberazione della Giunta” non costituisce propriamente una deroga al principio, ma “dà corpo alla distinzione politica-amministrazione in un modo diverso da quello indirizzo-gestione”⁷⁶.

Quest'ultima notazione appare particolarmente importante e consente di recuperare il valore di quelle riflessioni dottrinali che, precisamente in funzione dell'imparzialità, erano state avviate all'inizio degli anni Novanta del secolo scorso, con riferimento ai rapporti tra fase istruttoria e fase decisoria del procedimento. Riflessioni che, come si è detto, erano state poi di fatto superate dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 29/1993 e dall'affermarsi del principio di distinzione tra politica e amministrazione come distinzione tra indirizzo e gestione.

Se, tuttavia, sulla scorta delle indicazioni ricavabili dalla sentenza citata si accetta l'idea che il principio di distinzione tra politica e amministrazione abbia un contenuto più ampio e non conosca un unico schema attuativo, allora quelle riflessioni risultano ancora oggi di grande attualità, proprio in quanto concorrono a delineare un diverso modo per attuare il medesimo principio di distinzione tra politica e amministrazione.

Tanto più che, come si è accennato, è la stessa fonte che enuncia il principio di distinzione tra indirizzo e gestione a prevedere, contestualmente, che l'attribuzione ai dirigenti del potere di adottare gli atti e i provvedimenti amministrativi possa essere derogata (soltanto) espressamente ad opera di specifiche disposizioni legislative. Di conseguenza, salvo sostenere che tale previsione normativa sia tale, potenzialmente, da annullare sul piano assiologico il principio di distinzione tra politica e amministrazione, deve ritenersi che il legislatore, nell'attribuire all'organo politico il potere di adottare un provvedimento puntuale (in quanto avente un rilievo politico particolare) debba comunque prevedere una distribuzione delle competenze all'interno del procedimento tale da assicurare in ogni caso l'imparzialità della decisione.

⁷⁶ È questa l'opinione, qui condivisa, di S. DE GÖTZEN, *La distinzione tra politica e amministrazione: funzioni di indirizzo, funzioni di gestione e potere deliberativo dell'organo politico*, cit., 869.

Il secondo caso trattato dalla Corte costituzionale è relativo a una norma del vecchio codice dei contratti che attribuiva il potere di autorizzare l'arbitrato all'organo di governo dell'amministrazione anziché alla dirigenza⁷⁷.

Secondo il collegio arbitrale rimettente, la norma sarebbe stata in contrasto con l'art. 97 Cost. in quanto l'autorizzazione all'arbitrato sarebbe un atto di gestione connotato da discrezionalità tecnica e non un atto di indirizzo politico-amministrativo, da riservare all'organo di governo, con conseguente *vulnus* ai principi di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa, che impongono una chiara e netta separazione tra attività di indirizzo politico-amministrativo e funzioni gestorie⁷⁸.

Anche in questo caso la Corte ha respinto la censura, richiamando *in toto* quanto affermato nella precedente sentenza n. 81/2013 e ritenendo non irragionevole la scelta del legislatore di affidare all'organo di governo, invece che alla dirigenza, il compito di autorizzare motivatamente il ricorso all'arbitrato nei contratti pubblici.

Secondo il giudice costituzionale, infatti, "l'ampia discrezionalità di cui gode l'amministrazione nel concedere o negare l'autorizzazione, non solo non è riducibile alla categoria dei semplici apprezzamenti tecnici, involgendo essa valutazioni di carattere politico-amministrativo sulla natura e sul diverso rilievo degli interessi caso per caso potenzialmente coinvolti nelle controversie derivanti dall'esecuzione di tali contratti, ma, per il suo stesso oggetto, si esprime in giudizi particolarmente delicati, in quanto connessi all'esigenza perseguita dalla disposizione censurata di prevenire e reprimere corruzione e illegalità nella pubblica amministrazione, e dunque non inopportunamente affidati all'organo di governo".

In misura ancora maggiore rispetto al caso della VIA sarda, la Corte ritiene qui di poter fare salva la norma impugnata sulla base dell'ampia discrezionalità sottesa al provvedimento di autorizzazione all'arbitrato. Tuttavia, mentre nel caso precedente ciò che giustificava la riserva di un potere decisionale in capo all'organo politico era stata l'esigenza di affidare ad esso il bilanciamento tra più interessi pubblici tutti di rilevante spessore politico (tutela dell'ambiente, governo del territorio, sviluppo economico), fermi restando in ogni caso i limiti derivanti dall'i-

⁷⁷ Corte cost. 17 giugno 2015, n. 108, in *www.cortecostituzionale.it*. La pronuncia è commentata da F. DI CRISTINA, *Le sorti dell'arbitrato nei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 239 ss. e da A.M. MARZOCCO, *Autorizzazione del "ricorso all'arbitrato" (art. 241, comma 1 d.lgs. 163/2006) e clausole compromissorie preesistenti: l'opinabile parallelo della Corte costituzionale e l'esegesi dell'art. 241, comma 1*, in *Riv. arb.*, 2016, 74 ss. Si veda altresì l'ordinanza Corte cost. 6 maggio 2016, n. 99, in *www.cotecostituzionale.it*, che conferma l'imperatività della norma contestata e la sua applicazione anche alle clausole compromissorie inserite nei contratti pubblici anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 190/2012, fatti salvi gli arbitrati nei quali gli incarichi arbitrali siano già stati conferiti o per i quali sia intervenuta l'autorizzazione prima di tale data.

⁷⁸ Si tratta dell'art. 241, comma 1, d.lgs. n. 163/2006, come sostituito dall'art. 1, comma 19, legge n. 190/2012 in materia di arbitramento per le controversie relative all'esecuzione dei contratti pubblici.

strutturata tecnica condotta dalla dirigenza generale, nel caso del potere di autorizzazione all'arbitrato è esclusivamente un giudizio di opportunità circa l'organo più adeguato ad assumersi la responsabilità della scelta ad essere significativo.

Ciò che pare avere avuto un peso decisivo nella decisione, infatti, è il chiaro sfavore della Corte per il ricorso all'arbitrato da parte delle amministrazioni⁷⁹.

Di conseguenza, più che la natura (di indirizzo o di gestione) dell'atto, è questa la ragione che ha fatto propendere per la dichiarazione di legittimità della norma attributiva del potere di autorizzazione all'organo politico. Quest'ultimo, infatti, è probabilmente il soggetto meno incentivato a ricorrere all'arbitrato stesso⁸⁰.

Dall'esame delle due pronunce qui sinteticamente richiamate, in definitiva, pare potersi ricavare che il discrimine tra indirizzo e gestione sfugge a una univoca e definitiva individuazione. Il confine tra le due sfere e tra i due rispettivi ambiti di competenza, viene ad essere individuato dalla Corte nel particolare rilievo politico della decisione ossia, sostanzialmente, nella misura della discrezionalità.

Per quanto tale criterio sia di per sé molto labile per valutare la legittimità di una norma che attribuisce all'organo politico e non alla dirigenza un potere di amministrazione puntuale, la giurisprudenza costituzionale sembra muoversi esattamente in questa direzione. In tal modo, essa concorre a delineare un confine mobile e perciò stesso incerto tra indirizzo e gestione, confine da individuare volta a volta mediante un sindacato di ragionevolezza sulla scelta del legislatore.

D'altra parte, proprio tale mobilità dei confini consente di allargare il significato del principio di distinzione tra politica e amministrazione che, come detto, non si esaurisce nella distinzione tra indirizzo e gestione, ma può anche declinarsi – secondo una impostazione tutt'altro che sconosciuta anche al nostro ordinamento – come distinzione tra funzione istruttoria e funzione decisoria⁸¹.

⁷⁹ Sul tema si vadano M. DELSIGNORE, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Milano, 2007 e, da ultimo, ID., *La disponibilità degli interessi legittimi: nuovi spazi per la risoluzione extragiudiziale del contenzioso?*, in *Riv. arb.*, 2017, 521 ss.; A. SANDULLI, *L'arbitrato nel codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 205 ss.; L. FERRARA, *L'arbitrato nelle controversie amministrative. In particolare, la compromettibilità degli interessi legittimi*, in V. PUTORTI, *La giustizia arbitrale*, Napoli, 2015, 245 ss.; E. ODORISIO, *Arbitrato, decreto crescita e legge anticorruzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 937 ss.

⁸⁰ È questa la tesi di F. DI CRISTINA, *Le sorti dell'arbitrato nei contratti pubblici*, cit.

⁸¹ Secondo U. ALLEGRETTI, *Legge generale sui procedimenti e moralizzazione amministrativa*, cit., 9, la distinzione tra compiti istruttori e decisori sarebbe addirittura una soluzione "più corretta e praticabile di quella, inseguita da anni in sede di riforma della dirigenza e mai realizzata nei fatti, che consiste nel devolvere alla burocrazia compiti decisori, anche in casi di attività non del tutto vincolate. In realtà in democrazia le scelte discrezionali amministrative devono competere ad organi rappresentativi o a forma di democrazia diretta; ai funzionari professionali può invece spettare la preparazione delle decisioni".

6. Riflessioni riassuntive in ordine al significato del principio di imparzialità in senso oggettivo alla luce della giurisprudenza costituzionale

L'analisi della giurisprudenza costituzionale condotta sin qui consente di svolgere ora qualche considerazione di sintesi in ordine al significato che il principio di imparzialità in senso oggettivo ha assunto nella costituzione materiale.

Si è ricordato in apertura di questo capitolo come il principio di distinzione tra politica e amministrazione sia stato affermato inizialmente dalla Corte costituzionale in una celebre pronuncia in tema di composizione delle commissioni concorsuali. In quella occasione, infatti, la Corte ricavò dal principio di imparzialità la regola secondo cui alcune funzioni – di carattere esclusivamente tecnico – dovevano essere sottratte alla politica e affidate ad esperti.

È qui, dunque, che per la prima volta il modello incentrato sulla responsabilità ministeriale – o, meglio, la sua lettura più tradizionale e restrittiva, che negava attribuzioni autonome ed esterne alla burocrazia per conservarle tutte in capo all'organo politico – viene messo in crisi dal principio di imparzialità. Non perché la sentenza riconosca una sfera di competenza autonoma ai dirigenti, ma perché, per la prima volta, il dogma del monopolio delle competenze esterne in capo all'organo politico viene superato facendo leva sulla distinzione tra politica e amministrazione. È qui, dunque, che il contrasto tra gli artt. 95 e 97 Cost. emerge per la prima volta in modo netto.

Giustamente, quindi, la dottrina ha parlato al riguardo di “decisione esemplare, che inaugura un diverso modo di considerare l'amministrazione da parte della Corte”⁸².

Non tanto perché in precedenza la Corte costituzionale avesse consapevolmente canonizzato il diverso modello dell'amministrazione come apparato servente del Governo, quanto piuttosto perché è solo a partire da questa sentenza che al principio di imparzialità nell'organizzazione viene riconosciuto uno spessore e una ricchezza di significato sino ad allora rimasti inespressi⁸³.

È vero che già in precedenza, almeno dalla riforma della dirigenza del 1972, il modello di rapporti tra politica e amministrazione basato sull'interpretazione riduttiva dell'art. 95 Cost. era stato messo in discussione dalla dottrina che – coerentemente con il processo di pluralizzazione dei modelli organizzativi – aveva

⁸² Così G. PASTORI, *Amministrazione, imparzialità e composizione tecnica degli organi di amministrazione del personale*, cit., 1504.

⁸³ Secondo U. ALLEGRETTI, *Corte costituzionale e pubblica amministrazione*, in P. BARILE, E. CHELLI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 293 ss. dalla giurisprudenza costituzionale – dalle origini fino ai primi anni Ottanta del secolo scorso – sarebbe ricavabile la conclusione che la Corte “difende nel complesso l'immagine dell'amministrazione quale ci è pervenuta dalla sua storia precedente”. *Contra*, C. PINELLI, *Politica e amministrazione: una distinzione per l'ordine convenzionale*, cit., 2721.

sottolineato il passaggio dal principio gerarchico a quello di direzione⁸⁴. Ma è altrettanto vero che il fallimento pratico di quella riforma aveva finito per condizionare anche la riflessione teorica e per indirizzarla definitivamente – complici i fatti di cronaca giudiziaria dei primi anni Novanta – in un senso diverso e più radicale.

Per effetto della scelta operata dal legislatore nel '93, infatti, il principio di distinzione tra politica e amministrazione è stato positivizzato e declinato secondo un'accezione particolare, ossia come netta separazione tra funzioni di indirizzo politico e funzioni di gestione. Una tale traduzione ha costituito in un certo senso una radicalizzazione delle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale sulle commissioni di concorso – che imponeva “soltanto” di sottrarre all'organo politico quei poteri decisionali esclusivamente tecnici – e delle idee alla base della riforma del '72 – che riconoscevano ai dirigenti solo una quota di poteri autonomi –.

La chiave di volta – com'è stato efficacemente notato – è infatti l'attribuzione in via esclusiva ai dirigenti (non appena di una porzione di poteri di gestione, bensì) di tutti i poteri di amministrazione concreta⁸⁵. Di conseguenza, si assiste al passaggio dalla “formula cavouriana”⁸⁶, che vedeva attribuite tutte le competenze amministrative al ministro, in posizione gerarchica rispetto alla dirigenza, al suo esatto opposto, ossia una formula in cui il ministro è privato di tutti i poteri di gestione e di emanazione dei provvedimenti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno. All'organo politico rimangono unicamente l'esercizio di poteri di direzione e di poteri di controllo nei confronti dell'apparato amministrativo.

Tale scelta – che per certi aspetti costituisce un *unicum* nel panorama europeo⁸⁷ – ha segnato dunque il passaggio dal modello della responsabilità ministeriale fondato su una certa interpretazione dell'art. 95 Cost. al modello della distinzione funzionale, fondato su una certa interpretazione dell'art. 97 Cost.

Naturalmente, come si è già avuto modo di evidenziare, il riferimento a dei “modelli” è puramente descrittivo, giacché, come si è visto dai paragrafi precedenti – e com'è ovvio – la situazione, nella costituzione materiale, appare decisamente più articolata e complessa.

⁸⁴ Si veda al riguardo, per tutti, G. MARONGIU, *Spunti per la costruzione della funzione manageriale nella pubblica amministrazione*, in *Studi in onore di P. Saraceno*, Milano, 1975, 606 ss. È da ricordare, peraltro, che già all'indomani dell'Unità d'Italia vi era stato un tentativo ad opera di Bettino Ricasoli di temperare la formula cavouriana mediante il riconoscimento alla dirigenza di competenze autonome. Su questo tentativo e sul suo fallimento v. M. D'ALBERTI, *L'alta burocrazia in Italia*, cit., 134 ss., e C. D'ORTA, *La sopraordinazione dei ministri secondo il D.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29. Poteri di avocazione, annullamento e decisione dei ricorsi gerarchici sugli atti dei dirigenti*, in *Foro amm.*, 1994, 1329 ss.

⁸⁵ In questo senso C. D'ORTA, *La sopraordinazione dei ministri secondo il D.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29. Poteri di avocazione, annullamento e decisione dei ricorsi gerarchici sugli atti dei dirigenti*, cit., 1335.

⁸⁶ L'espressione è ripresa da M. D'ALBERTI, *L'alta burocrazia in Italia*, cit.

⁸⁷ In questo senso F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, cit.

Sul piano funzionale si è visto come il confine tra indirizzo e gestione sia tutt'altro che netto. Di conseguenza, è difficile sostenere che, nella costituzione materiale, si sia effettivamente passati da un modello in cui tutti i poteri di gestione spettavano al ministro a un modello in cui, all'inverso, l'organo politico è privo di qualsiasi potere di gestione.

Da un lato, infatti, la stessa norma che codifica il principio della distinzione tra indirizzo e gestione prevede, al contempo, che specifiche disposizioni di legge possano derogare alla regola generale sul riparto delle competenze tra organi politici e dirigenza (così, attualmente, l'art. 4 comma 3, d.lgs. n. 165/2001). Dall'altro lato, come si è visto analizzando la giurisprudenza costituzionale, la Corte ha ritenuto non in contrasto con il principio di separazione tra indirizzo politico e gestione alcune disposizioni di legge che attribuiscono all'organo di governo e non alla dirigenza taluni poteri di amministrazione puntuale, giudicando tale riparto di competenze non irragionevole.

Di qui, la rilevante conclusione che il principio di imparzialità in senso oggettivo, ossia la distinzione, costituzionalmente necessaria, tra politica e amministrazione non si esaurisce nella distinzione – comunque solo tendenziale – tra indirizzo politico e gestione amministrativa.

Il principio, alla luce delle indicazioni ricavabili dalla costituzione materiale, può essere declinato secondo vari schemi: ora come necessaria riserva di alcune competenze decisorie (esclusivamente tecniche) a soggetti esperti, ora come distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie, ora, infine, come netta distinzione tra indirizzo e gestione. Ciascuno di tali schemi costituisce una modalità applicativa, secondo gradi diversi, del principio di separazione tra politica e amministrazione.

Di conseguenza, l'unico significato certo, per quanto minimo, ricavabile dal principio è quello della non piena sovrapposibilità delle competenze o, se si vuole, della necessaria riserva di alcune funzioni ad organi non aventi natura politica. In questo senso, le affermazioni della sentenza n. 453/1990 segnano un punto di non ritorno, ossia il definitivo superamento del modello della responsabilità ministeriale per come concretamente realizzato in Italia⁸⁸.

Certamente la riserva di competenze alla dirigenza può essere anche più estesa, e addirittura spingersi fino al punto di escludere del tutto, in via di principio,

⁸⁸ In questi termini si può convenire con l'affermazione di quella autorevole dottrina (F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, cit., 208) secondo cui non sarebbe possibile tornare al precedente modello della responsabilità ministeriale, inteso come ritorno alla piena responsabilità (anche amministrativa e gestionale) del ministro. Dopo la sentenza della Corte n. 453/1990, infatti, un eventuale ritorno all'interpretazione onnicomprensiva che della responsabilità ministeriale era stata data prima della riforma della dirigenza dovrebbe ritenersi precluso dall'art. 97 Cost. Tale preclusione, tuttavia, non si estende fino al punto di impedire una diversa distribuzione delle funzioni tra politica e amministrazione che restituisca in parte (o comunque in misura maggiore di quanto già oggi non accada) al ministro alcune competenze di amministrazione puntuale.

gli organi politici dall'esercizio di funzioni di gestione, come accaduto con la riforma del 1993. Un risultato del genere, tuttavia, – come si è visto – soffre, nella costituzione materiale, di rilevanti eccezioni, poiché l'individuazione dell'esatta linea di confine tra sfera politica e amministrativa spetta in concreto al legislatore il quale, nel compiere tale scelta, è soggetto al principio di ragionevolezza⁸⁹.

D'altra parte, neppure pare possibile sostenere che la Corte costituzionale sia in errore quando afferma la legittimità di una norma che assegna all'organo politico l'esercizio di poteri di amministrazione puntuale. Una tale affermazione si fonderebbe, infatti, sul presupposto che il modello della netta separazione tra indirizzo politico e gestione sia imposto dal dettato costituzionale cosicché al legislatore ordinario sarebbe preclusa ogni altra diversa soluzione.

Senonché la Costituzione formale, in ordine al rapporto tra politica e amministrazione, consente un'ampia gamma di soluzioni possibili, senza prefigurare alcun modello in particolare⁹⁰. In altre parole, l'alternativa non si pone inevitabilmente tra il ministro che risponde di tutta la gestione amministrativa e il ministro che non risponde di nulla⁹¹.

Tra questi due estremi vi possono essere, in realtà, una serie di soluzioni intermedie, come del resto la dottrina aveva evidenziato già negli anni Settanta del secolo scorso, quando – vigente il modello della responsabilità ministeriale – aveva sostenuto che l'unità dell'indirizzo amministrativo di cui all'art. 95 Cost. non implicasse necessariamente l'attribuzione al ministro e solo ad esso di tutti i poteri di amministrazione concreta⁹².

Si è detto prima come alla distinzione tra indirizzo e gestione sul piano funzio-

⁸⁹ In questo senso si possono meglio comprendere i tentativi (non andati a buon fine) di pervenire, sul piano della Costituzione formale, ad una attenuazione del principio della responsabilità ministeriale, sottraendo l'attività di gestione dalla sua sfera di applicazione. Cfr., durante la XII legislatura, il Progetto di legge costituzionale di revisione della parte seconda della Costituzione n. 3931 nonché, in precedenza, nell'XI legislatura, il progetto di revisione costituzionale elaborato dal gruppo di studiosi cui si è fatto cenno nella nota 23.

⁹⁰ In questi termini anche F. SAITTA, *Burocrazia e indirizzo politico: il modello della Corte costituzionale*, in AIPDA, *Annuario 2007, Il diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Napoli, 2008, 125 secondo il quale: "la sensazione è che, in realtà, la disciplina costituzionale dei rapporti politica/amministrazione sia molto flessibile ed ammetta più modelli senza imporne nessuno in particolare (con l'unico limite costituito dalla necessità di garantire la superiorità del momento della politica su quello dell'amministrazione, ergo l'unità di indirizzo politico ed amministrativo dell'intera attività di governo)".

⁹¹ Cfr. L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, cit., 171; M. NIGRO, *Riforma dell'amministrazione e riorganizzazione dei ministeri*, cit., 1102.

⁹² Sul punto, G. BACHELET, *Responsabilità del ministro e competenza esterna degli uffici direttivi dei ministeri*, in *La riorganizzazione dei ministeri nel quadro della riforma dell'amministrazione*, Padova, 1975, 25 ss.; G. MARONGIU, *Direzione dei ministeri e unità di indirizzo politico e amministrativo del governo*, *ivi*, 49 ss.; ID., *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'amministrazione*, Milano, 1969, *passim*.

nale abbia fatto riscontro, sul piano strutturale, l'individuazione necessaria di forme di raccordo idonee ad assicurare la continuità tra politica e amministrazione.

Non v'è dubbio, infatti, che in un sistema in cui l'organo politico non dispone più di poteri di gestione lo stesso deve poter contare su altri strumenti affinché sia garantita la democraticità dell'amministrazione. Un organo di indirizzo privo di effettivi poteri di assicurare l'attuazione dell'indirizzo stesso, infatti, sarebbe inconcepibile. Dunque, è innanzitutto dal modo di funzionamento dei meccanismi con cui l'organo politico può garantirsi la realizzazione del proprio indirizzo che dipende la tenuta del sistema.

Su questo versante, come si è visto, il legislatore (statale e regionale) ha più volte cercato di recuperare alla politica il terreno da essa perduto sul piano funzionale, intestando all'organo di governo significativi poteri di condizionamento della dirigenza. Ciò è avvenuto in particolare mediante due fondamentali strumenti: un sempre più massiccio ricorso a forme di *spoils system*, ossia meccanismi di decadenza automatica dalla carica di una serie di figure, così da assicurare all'organo di governo la fedeltà dei vertici amministrativi, e, in secondo luogo, la specifica disciplina degli incarichi dirigenziali (durata dell'incarico, affidamento, revoca, rinnovo, ecc.).

Sebbene le decisioni della Corte costituzionale su questi profili non siano sempre univoche né di per sé in grado di offrire elementi definitivi al fine di delineare con sicurezza il modello di rapporti politica/amministrazione attualmente vigenti, da esse è comunque possibile ricavare alcune chiare indicazioni in ordine al contenuto del principio di distinzione tra politica e amministrazione.

Con riferimento allo *spoils system*, come si è visto, la Corte costituzionale è stata più volte chiamata ad assolvere al delicato compito di stabilire entro quali limiti i meccanismi predisposti dal legislatore potessero costituire forme legittime di raccordo tra politica e amministrazione in quanto funzionali ad assicurare l'effettiva attuazione dell'indirizzo e quando, all'inverso, gli stessi costituissero una violazione del principio di imparzialità dell'amministrazione. Ciò si è tradotto, in primo luogo, nella individuazione della "giusta misura" di nomine fiduciarie.

Al riguardo si è detto come la Corte abbia elaborato un duplice criterio, ossia quello della apicalità dell'ufficio e quello della natura dei compiti ad esso attribuiti. Sulla base di tali criteri si è anche visto come la Corte abbia fatto giustizia di tutte le norme statali e regionali che pretendevano di estendere progressivamente l'area della fiduciarietà alla dirigenza professionale e abbia circoscritto l'impiego dello *spoils system* ai soli incarichi di *staff*.

Non del tutto chiarita, invece, in quanto non affrontata direttamente dalla Corte, è rimasta la legittimità costituzionale dello *spoils system* applicato agli uffici di snodo (segretari generali, capi dipartimento, ecc.), anche se alcune tracce rinvenibili nella giurisprudenza più recente sembrerebbero far propendere per la risposta affermativa.

Nel complesso, comunque, per quanto riguarda lo *spoils system*, i criteri e

le condizioni che consentono di affermarne la legittimità sono stati chiaramente delineati e la possibilità che la politica possa per tale via condizionare indebitamente l'amministrazione è stata, se non del tutto esclusa, quantomeno fortemente limitata.

Il discorso è più complesso per quanto riguarda la disciplina degli incarichi dirigenziali poiché in questo caso, come si è visto, la Corte ha avuto occasione di pronunciarsi espressamente solo in relazione all'eventuale revoca prima della scadenza dell'incarico, dichiarando costantemente illegittime ipotesi di interruzione anticipata del rapporto d'ufficio a prescindere dall'accertamento di una responsabilità dirigenziale.

La Corte, invece, non si è pronunciata espressamente sulla legittimità costituzionale della disciplina del rinnovo dell'incarico, anche se – al riguardo – si è dato conto dell'orientamento della Cassazione in base al quale la scelta relativa al rinnovo o al conferimento di incarichi non può essere considerata nella piena disponibilità dell'organo politico ed è comunque soggetta al sindacato del giudice del lavoro.

Nel complesso, comunque, dall'esame della giurisprudenza è emerso chiaramente come la Corte costituzionale abbia sistematicamente arginato i tentativi del legislatore di espandere il ricorso allo *spoils system*, riconducendo l'ambito di applicazione di questo istituto entro confini sufficientemente circoscritti.

Di contro, la stessa Corte ha costantemente valorizzato l'istituto della responsabilità dirigenziale, configurandolo come un elemento imprescindibile per il corretto funzionamento del nuovo modello di rapporti tra politica e amministrazione ispirato alla divisione funzionale tra indirizzo e gestione⁹³. Infatti, se alla politica spettano soltanto poteri di direzione e di controllo, la responsabilità dirigenziale costituisce il principale strumento nelle mani degli organi di governo per assicurarsi l'attuazione dell'indirizzo politico da parte dell'amministrazione. Inoltre, essendo collegata a una valutazione resa "oggettiva" dalla predeterminazione di obiettivi ed essendo comunque attivata mediante un procedimento connotato da idonee garanzie di contraddittorio, la responsabilità dirigenziale costituisce, al contempo, la principale tutela per gli stessi dirigenti da indebite ingerenze politiche.

⁹³ In questo senso, V. GASPARINI CASARI, "La dirigenza pubblica nel rapporto tra politica ed amministrazione" (dal d.lgs. 29/1993 al d.lgs. 150/2009), cit., 543-544, parla di "modello della responsabilità dirigenziale nei rapporti tra politica e amministrazione". Già prima delle pronunce sullo *spoils system*, peraltro, la Corte non soltanto aveva stabilito un nesso stretto tra le garanzie connesse all'accertamento della responsabilità dirigenziale e l'imparzialità dell'amministrazione (così l'ordinanza n. 11/2002 cit), ma aveva anche affermato che "ai fini di una interpretazione delle norme conformi a Costituzione, (...) la distinzione tra attività di indirizzo politico-amministrativo e l'attività gestionale con propria autonomia e responsabilità dei dirigenti generali (...), comporta (...) un maggiore rigore nella responsabilità degli stessi" (Corte. cost., ordinanza 16 maggio 2002, n. 193). Sula decisività della valutazione dei dirigenti pubblici nella giurisprudenza costituzionale si sofferma anche il recente lavoro di P. MONDA, *Contratto di lavoro pubblico, potere organizzativo e valutazione*, Torino, 2016, soprattutto 249 ss.

Dalla giurisprudenza costituzionale, dunque, pare potersi ricavare che non è anzitutto la fiduciarità delle nomine del vertice amministrativo ad assicurare la supremazia della politica sull'amministrazione. Per quanto entro certi limiti nomine fiduciarie siano ritenute legittime dalla Corte (così gli uffici di *staff* e, sia pure con qualche incertezza, la dirigenza apicale), la garanzia dell'attuazione dell'indirizzo politico da parte dell'amministrazione, nel nuovo modello di rapporti ispirato alla tendenziale separazione funzionale, pare risiedere innanzitutto nei meccanismi della responsabilità dirigenziale. Sono tali meccanismi, infatti, a consentire alla politica di sostituire i dirigenti che non ottemperino alle direttive impartite o che si rivelino comunque inadeguati rispetto al conseguimento dei risultati attesi dalla gestione⁹⁴.

La stessa responsabilità dirigenziale, d'altra parte, proprio in quanto in certo senso oggettivata, contribuisce, come si è visto, alla legittimazione autonoma dell'amministrazione nella collettività, almeno nella misura in cui il principio democratico non si declini esclusivamente come attuazione da parte dell'amministrazione dell'indirizzo politico della maggioranza, ma altresì come realizzazione delle condizioni che assicurano ai cittadini e all'intera collettività l'esercizio dei diritti sanciti dalla Costituzione.

Di converso, in mancanza di meccanismi volti all'accertamento di obiettive responsabilità circa i risultati della gestione, la burocrazia risulterebbe acefala e auto-referenziale.

In definitiva, alla luce di una giurisprudenza costituzionale ormai ventennale sul rapporto politica-amministrazione, pare possibile concludere che nel modello ispirato alla tendenziale separazione funzionale tra indirizzo e gestione il punto di equilibrio tra le esigenze connesse al principio democratico e quelle connesse al principio di imparzialità è rappresentato dai meccanismi della responsabilità dirigenziale.

Di conseguenza, onde poter valutare il corretto funzionamento del modello di rapporti tra politica e amministrazione, diventa fondamentale accertare il grado di effettività dei meccanismi volti a far valere questo specifico tipo di responsabilità.

⁹⁴P. SORDI, *La responsabilità dirigenziale*, in A. BARTOLINI, S. FANTINI, G. FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Roma, 2010, 64, afferma che "la responsabilità dirigenziale rappresenta il necessario contrappeso all'esclusione di ogni interferenza, da parte di altri soggetti istituzionali, nell'attività svolta dai dirigenti (a livello di amministrazione attiva, organizzazione degli uffici e gestione del personale) al fine di attuare i programmi elaborati dai vertici politico-istituzionali dell'ente pubblico". La centralità della responsabilità dirigenziale per la costituzionalità del modello di rapporti tra politica e amministrazione ispirato al principio di distinzione tra indirizzo e gestione è sottolineata in particolare da P. CERBO, *Responsabilità politica e responsabilità dirigenziale dopo la legge n. 145 del 2002*, cit.

7. La responsabilità dirigenziale

Giunti a questo punto, l'indagine deve volgere in una direzione diversa da quella intrapresa sinora. Fin qui, infatti, si è cercato di ricavare dalla giurisprudenza costituzionale il significato del principio di separazione tra politica e amministrazione o, per meglio dire, la sua concreta declinazione sia sul versante funzionale che sul versante strutturale.

Mentre con riguardo al primo profilo si è pervenuti ad un ampliamento del significato del principio (che non si esaurisce nella distinzione – comunque solo tendenziale – tra indirizzo e gestione), con riguardo al secondo profilo si è pervenuti alla conclusione che la chiave di volta del modello è rappresentata dall'istituto della responsabilità dirigenziale, vero punto di equilibrio tra le esigenze della democraticità e quelle dell'imparzialità dell'amministrazione.

Da una parte, infatti, si è visto come la cessazione anticipata dell'incarico sia possibile solo in caso di addebito di responsabilità dirigenziale, il cui accertamento, peraltro, è circondato da tutta una serie di garanzie procedurali a tutela del dirigente.

Dall'altra parte, si è anche rilevato come il rinnovo degli incarichi sia condizionato dall'accertamento di una responsabilità dirigenziale e, più in generale, dagli esiti della valutazione dell'attività del dirigente.

Ora, dunque, occorre esaminare come abbia effettivamente funzionato, nella prassi concreta, l'istituto della responsabilità dirigenziale. È soprattutto da tale esame, infatti, che dipende la verifica in concreto dello stato di attuazione del principio di separazione tra politica e amministrazione⁹⁵.

Anticipando subito le conclusioni del percorso che sarà tra breve illustrato, deve dirsi che proprio l'ineffettività, sul piano pratico, di questo istituto – e, più in generale, l'ineffettività della valutazione della dirigenza, che costituisce il presupposto per l'accertamento della responsabilità dirigenziale – rappresenta il principale punto di debolezza dell'attuale modello di rapporti tra politica e amministrazione⁹⁶.

⁹⁵ All'obiettivo di verificare lo stato di attuazione del principio di separazione tra politica e amministrazione è dedicata anche una recente ricerca, condotta da alcuni studiosi di diritto amministrativo, i cui esiti sono pubblicati nel volume di L. CASINI (a cura di), *Venti anni di politica e amministrazione in Italia*, Bologna, 2016. La ricerca, che non è esclusivamente giuridica, essendo fondata altresì su dati statistici, interviste e altre indagini sul campo, costituirà un utilissimo termine di paragone nel prosieguo. Sebbene sulla base di un percorso argomentativo e di metodo diverso, peraltro, le conclusioni cui quella ricerca perviene sono in larga misura coerenti con quelle cui si giungerà in questa prima parte del presente studio.

⁹⁶ In questi termini anche F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, cit., 168 ss. e, identicamente, G. D'ALESSIO, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *L'amministrazione come professione*, Bologna, 2008, 26: "Secondo un giudizio ampiamente condiviso, la mancata attivazione o il malfunzionamento degli organismi e degli strumenti di verifica dei risultati conseguiti dai dirigenti nell'espletamento dei loro compiti istituzionali ha fin qui costituito il maggiore ostacolo per la con-

Nato nell'ambito della riforma della dirigenza del 1972 con il limitato obiettivo di far coincidere responsabilità formali e responsabilità sostanziali, in un sistema di relazioni tra politica e amministrazione ancora fondamentalmente ispirato alla sovrapposizione delle competenze, l'istituto della responsabilità dirigenziale, per circa un ventennio, non ha avuto applicazione per mancanza dei presupposti per la sua effettiva attuazione: gli organi politici, infatti, non fissarono obiettivi, non vi erano organi preposti alla valutazione della dirigenza, né furono elaborati criteri e parametri della valutazione⁹⁷.

Pertanto, sebbene l'art. 19 del d.P.R. n. 748/1972, prevedesse, in caso di risultati negativi, che il dirigente potesse essere addirittura collocato a disposizione e, nei casi più gravi, finanche collocato a riposo, la responsabilità dirigenziale è rimasta soltanto una buona intenzione.

Con l'affermarsi del principio di distinzione tra politica e amministrazione l'istituto è stato rivitalizzato dall'art. 21 del d.lgs. n. 29/1993, come novellato dal d.lgs. n. 80/1998 e dal d.lgs. n. 387/1998⁹⁸: in caso di risultati negativi dell'attività amministrativa o di mancato raggiungimento degli obiettivi era prevista la revoca dell'incarico, mentre, in caso di inottemperanza grave alle direttive o di ripetuta valutazione negativa era prevista l'esclusione dal conferimento di ulteriori incarichi del livello dirigenziale corrispondente a quello revocato per un periodo minimo di due anni o, nei casi più gravi, il recesso dal rapporto di servizio. Contestualmente, l'art. 14 del d.lgs. n. 80/1998 prevedeva l'istituzione del Comitato dei garanti, organo consultivo di garanzia nell'ambito del procedimento teso all'accertamento della responsabilità dirigenziale.

A breve distanza da questa novella è stato emanato il d.lgs. 30 luglio 1999, n. 286, recante norme per il riordino e il potenziamento dei meccanismi e degli strumenti di monitoraggio e valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati

creta realizzazione del complessivo processo di riforma volto ad una progressiva trasformazione della vecchia burocrazia in un moderno management". In positivo, sulla centralità della valutazione, Cons. Stato, Commissione Speciale, parere del 14 ottobre 2016 n. 2113, in *www.giustizia-amministrativa.it* dove si sottolinea che "la previsione di un efficace sistema di valutazione rappresenta una condizione indefettibile per la riforma (...) e potrebbe consentire la previsione, a monte, di un meccanismo di conferimento degli incarichi connotato da maggiore obiettività e, a valle, modalità di accertamento della responsabilità dirigenziale fondata sull'effettivo mancato raggiungimento degli obiettivi al fine di evitare forme "mascherate" di *spoils system* e non giustificate protrazioni degli incarichi dirigenziali".

⁹⁷ Cfr. V. TENORE, *Profili ricostruttivi della responsabilità dirigenziale nel pubblico impiego*, in *Giust. civ.*, 2013, 325 ss. Per uno sguardo più generale sulla vicenda della riforma della dirigenza del 1972 v. ancora M. D'ALBERTI, *L'alta burocrazia in Italia*, cit.

⁹⁸ In questi termini si esprime M. RUSCIANO, *Spunti su rapporto di lavoro e 'responsabilità da risultato' del dirigente pubblico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 387 ss. che considera "rivoluzionaria" per il sistema amministrativo italiano la scelta del legislatore "se permarranno le condizioni di politica del diritto che l'hanno determinata e se, per altro verso, si realizzeranno i necessari presupposti strutturali".

dell'attività svolta dalle amministrazioni pubbliche, che introduceva la valutazione del personale con incarico dirigenziale.

È poi intervenuta la legge n. 145/2002 che, sostituendo il primo comma dell'art. 21 (ora del d.lgs. n. 165/2001), ha eliminato il riferimento ai risultati negativi dell'attività e ha configurato due sole ipotesi di responsabilità dirigenziale, ossia il mancato raggiungimento degli obiettivi e l'inosservanza delle direttive. A fronte di tale responsabilità, la norma ha previsto tre sanzioni, direttamente proporzionali alla gravità dei casi: l'impossibilità di rinnovare l'incarico, la revoca dell'incarico in corso, il recesso dal rapporto di lavoro, quando previsto dalla contrattazione collettiva.

Successivamente, con la c.d. riforma Brunetta, la responsabilità dirigenziale è stata collegata al più generale sistema di valutazione della *performance* per l'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico ed in questo contesto sono stati stabiliti, come si è visto, nessi più stringenti tra esiti della valutazione dei dirigenti e la conferma/mancata conferma dell'incarico dirigenziale.

Da ultimo, il legislatore è nuovamente intervenuto – nel quadro della più ampia delega al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche ad opera della legge 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. Riforma Madia) – con il d.lgs. 25 maggio 2017, n. 74, recante modifiche al d.lgs. n. 150/2009, per razionalizzare e semplificare gli strumenti per la misurazione e la verifica della *performance*⁹⁹. In

⁹⁹Tra i decreti legislativi sinora emanati che, sotto diversi profili, intersecano il tema in esame vanno ricordati, oltre al d.lgs. n. 74/2017 citato, il d.lgs. 4 agosto 2016, n. 171 successivamente corretto e modificato dal d.lgs. 26 luglio 2017, n. 126 in materia di dirigenza sanitaria, il d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75, recante modifiche e integrazioni n. 165/2001, nonché – soprattutto – lo schema di decreto legislativo specificamente dedicato alla dirigenza pubblica il cui *iter* è stato però bruscamente interrotto per effetto della sentenza della Corte cost. 25 novembre 2016, n. 251 e della scadenza, *medio tempore*, dei termini per l'esercizio della delega legislativa. La sentenza (pubblicata in www.cortecostituzionale.it) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge n. 124/2015 nella parte in cui prevedevano che i decreti legislativi attuativi fossero adottati previa acquisizione del parere reso in sede di Conferenza unificata, anziché previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni. Secondo la Corte, infatti, dal momento che le disposizioni impugnate incidono su ambiti riconducibili sia alla competenza statale esclusiva sia alla competenza residuale delle Regioni, senza che fosse possibile stabilire quale di queste competenze potesse considerarsi prevalente, l'intervento del legislatore statale, per essere costituzionalmente legittimo – in quanto necessario a garantire l'esigenza di unitarietà sottesa alla riforma – avrebbe dovuto rispettare il principio di leale collaborazione, “garantendo nella fase attuativa della delega un reale coinvolgimento delle Regioni, per realizzare il quale non è sufficiente il prescritto parere in Conferenza unificata, essendo bensì l'intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni (...) l'unica forma idonea ad assicurare – mediante lo svolgimento di genuine trattative prima dell'adozione dei decreti delegati – il raccordo tra le competenze esclusivamente statali e regionali coinvolte dalla riforma”. Tra i numerosi commenti a questa importante pronuncia si vedano: S. BATTINI, *Cambiamento amministrativo, cambiamento giurisprudenziale, cambiamento costituzionale. Brevi note alla sentenza n. 251 del 2016 della Corte costituzionale*, in *Diritti lavori mercati*, 2017, 124 ss.; B.G. MATTARELLA, *Delega legislativa e principio di leale collaborazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 179 ss.; A. MEALE, *Il principio di leale collaborazione tra competenze statali e regionali*, in *Giur. it.*, 2017, 733 ss.; D. MARTIRE, *Brevi note alla*

particolare, per quanto qui di interesse, è da segnalare l'art. 1, laddove stabilisce che il rispetto delle disposizioni in materia di valutazione rileva ai fini del conferimento di incarichi dirigenziali e che la valutazione negativa rileva ai fini dell'accertamento della responsabilità dirigenziale e del licenziamento disciplinare (così gli attuali commi 5 e 5-bis dell'art. 3 del d.lgs. n. 150/2009).

Ebbene, proprio tali ripetuti interventi del legislatore nell'arco di un periodo di tempo relativamente breve costituiscono non l'ultima delle ragioni del fallimento pratico dell'istituto: essendo stata così frequentemente modificata, infatti, una pratica della valutazione ha faticato a consolidarsi e, comunque, anche laddove qualche timido tentativo di applicazione della normativa vi è stato, i risultati sono stati, nel complesso, deludenti.

Ovviamente non si tratta soltanto di un problema di incertezza normativa. I motivi alla base dell'ineffettività della responsabilità dirigenziale e della valutazione dei dirigenti sono molteplici e in più occasioni sono stati messi in evidenza da indagini empiriche e dalla dottrina¹⁰⁰.

sentenza n. 251 del 2016 della Corte costituzionale, in *Dir. pubbl.*, 2017, 195 ss.; D. MARCHETTI, *Le diverse declinazioni del principio di leale collaborazione nella delegazione legislativa elaborate dalla giurisprudenza costituzionale (alla luce della sentenza n. 251 del 2006)*, in *Rivista AIC*, 2017, 2, 28 ss.; G. MONACO, *La pronuncia della Corte costituzionale sulla "riforma Madia" incide sul sistema delle fonti del diritto*, in *Urb. App.*, 2017, 366 ss. Sullo schema di decreto legislativo relativo alla disciplina della dirigenza si vedano, oltre ai già citati contributi di S. BATTINI, *Al servizio della Nazione? Verso un nuovo modello di disciplina della dirigenza e del personale pubblico* e di G. GARDINI, *La dirigenza pubblica in cerca di identità. Riflessioni alla luce di una riforma interrotta*, le relazioni al Seminario di studi "La dirigenza pubblica rivisitata" Bertinoro-Bologna, 12-13 dicembre 2016, pubblicate nel primo fascicolo del 2016 della rivista *Il lav. nelle pp. aa.*

¹⁰⁰ Basti citare, al riguardo, anteriormente alla c.d. riforma Brunetta, la Relazione della Corte dei conti sul rendiconto generale dello Stato per l'esercizio finanziario 2004, in *www.corteconti.it*, in particolare 260 e, soprattutto, 292: "il funzionamento del circuito autonomia-responsabilità avrebbe richiesto la messa in opera di adeguati servizi di controllo interno, specificamente disegnati dal d.lgs. n. 286/1999 e mai compiutamente attivati, sia sul versante dei controlli strategici, sia su quello della valutazione di performance dei dirigenti" e, in dottrina, per tutti, L. ZOPPOLI, *La valutazione delle prestazioni della dirigenza pubblica: nuovi scenari, vecchi problemi, percorsi di "apprendimento istituzionale"*, working paper del Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona" – 63/2007, 13, in *www.csdlle.lex.unict.it*, 2: "troppi sono i settori e le amministrazioni (...) in cui la valutazione o è finta (perché schiaccia tutti intorno ai valori massimi o viene fatta in modo ultraburocratico) o, comunque, incide poco o punto sulle tecniche di gestione e retribuzione della dirigenza pubblica". Dopo la riforma del 2009 un bilancio altrettanto critico è offerto dalla CIVIT, *Rapporto generale sull'avvio del ciclo di gestione della performance 2012*, in *www.anticorruzione.it* e, in dottrina, tra i contributi più recenti, da R. SANTUCCI, *La valutazione dei dirigenti*, in *Il lav. nelle pp.aa.*, 2016, 63 ss., e da P. MONDA, *Contratto di lavoro pubblico, potere organizzativo e valutazione*, cit., soprattutto 157 ss. e 251 ss. Caustico sugli esiti della valutazione prevista dalla riforma Brunetta è S. BATTINI, *Le norme sul personale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 621 ss. secondo il quale "le ragioni del fallimento sono molte, compreso il fatto che il blocco della contrattazione ha sterilizzato gli effetti retributivi del prefigurato sistema di valutazione della performance. Al fondo, però, bisogna prendere atto che non basta codificare per legge le buone prassi di valutazione del personale applicate dalle aziende private. Quelle aziende hanno, infatti, un interesse a valutare le proprie prestazio-

Si va dall'inerzia della politica nella definizione degli obiettivi alla mancanza di una cultura della valutazione radicata nell'amministrazione, dalla difficoltà oggettiva di misurare e valutare i risultati dell'azione delle pubbliche amministrazioni alla inadeguata integrazione tra ciclo della *performance* e ciclo di bilancio.

In questa prospettiva, recentemente, anche il Consiglio di Stato ha evidenziato come il problema sia innanzitutto di tipo culturale: "a partire dall'art. 20 del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 gli sforzi effettuati per introdurre una verifica dei risultati sono risultati di scarsa efficacia, anche a causa di resistenze interne, e di disinteresse esterno, a una effettiva razionalizzazione degli strumenti per la misurazione delle *performance* individuali e collettive. La valutazione della *performance* è un istituto che implica una nuova cultura dell'amministrazione, strada su cui è necessario insistere (...), non soltanto con nuove normative, ma anche con altri, fondamentali, strumenti, quali ad esempio la formazione e il monitoraggio" ¹⁰¹.

Accanto a motivi di carattere empirico, comunque, vi è poi un'altra profonda ragione che aiuta a comprendere la perdita di senso della responsabilità dirigenziale.

Ci si riferisce in particolare alla sostanziale trasformazione che l'istituto ha subito per effetto dell'individuazione, da parte del legislatore, di tutta una serie di fattispecie tipiche di responsabilità dirigenziale che vanno a sommarsi alle due fattispecie generali del mancato raggiungimento dei risultati e dell'inosservanza delle direttive.

Costituiscono, ad esempio, ipotesi tipiche di responsabilità dirigenziale: il mancato avvio del procedimento a seguito di istanze e dichiarazioni presentate in via telematica ¹⁰², la mancata emanazione del provvedimento nei termini ¹⁰³, il mancato raggiungimento degli specifici obiettivi di trasparenza previsti negli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali ¹⁰⁴, l'inadempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente e il rifiuto, il differimento e la

ni, mentre le amministrazioni hanno spesso un interesse opposto. Per tale ragione, la cultura della valutazione può affermarsi a due condizioni: che essa sia svolta dall'esterno, da organismi indipendenti; che essa muova dai risultati complessivi raggiunti dall'intera struttura, misurati attraverso un appropriato sistema di indicatori, prima di riferirsi alla *performance* del singolo dipendente".

¹⁰¹ Le parole citate tra virgolette nel testo sono tratte dal parere del Consiglio di Stato, Comm. spec. 11 aprile 2017 n. 917 sullo schema di decreto legislativo recante modifiche al d.lgs. n. 150/2009. Il parere è reperibile in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁰² Vedi l'art. 65, comma 1-*ter*, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, comma inserito dall'articolo 6, comma 1, lett. b), d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 e successivamente modificato dall'articolo 51, comma 1, lett. f), d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179.

¹⁰³ Più esattamente l'art. 2, comma 9, legge 7 agosto 1990, n. 241, come sostituito dall'articolo 1, comma 1, d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, stabilisce che la mancata o tardiva emanazione del provvedimento costituisce elemento di valutazione della *performance* individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente.

¹⁰⁴ Vedi l'art. 14, comma 1-*quater*, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (comma aggiunto dall'art. 13, comma 1, lett. c), d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97).

limitazione dell'accesso civico, al di fuori dei casi previsti¹⁰⁵, la violazione di disposizioni imperative in materia di assunzione o impiego di dipendenti a tempo determinato o con forme di lavoro flessibile¹⁰⁶, l'inosservanza delle disposizioni relative ai controlli sulle assenze del personale¹⁰⁷, la mancata o inadeguata vigilanza, da parte del responsabile della prevenzione della corruzione in caso di commissione, all'interno dell'amministrazione, di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato¹⁰⁸, le ripetute violazioni da parte del personale delle misure di prevenzione previste dal piano anticorruzione¹⁰⁹.

Si tratta, a ben vedere, di ipotesi riconducibili a una responsabilità per violazione di norme di comportamento piuttosto che per mancato raggiungimento del risultato, come tali idonee a snaturare l'istituto della responsabilità dirigenziale¹¹⁰.

Le conseguenze che derivano dalla mancata attivazione o comunque dal cattivo funzionamento dei meccanismi della valutazione e della responsabilità dirigenziale sono particolarmente gravi. È evidente, infatti, che se la responsabilità dirigenziale costituisce un elemento indispensabile a garantire non solo la coerenza generale del sistema fondato sulla distinzione funzionale, ma anche la sua legittimità costituzionale, le disfunzioni sul piano pratico di tale istituto determinano un assetto di rapporti tra politica e amministrazione nella realtà dei fatti ben diverso da quello elaborato dalla Corte costituzionale con le pronunce che si sono sopra esaminate.

In particolare, per quanto di interesse in questa sede, deve essere rimarcato come, in mancanza di un effettivo sistema di accertamento della responsabilità dirigenziale, la logica fiduciaria – per quanto limitata a livello normativo dalla giurisprudenza della Corte – abbia continuato, di fatto, a ispirare i rapporti tra politica e amministrazione se non sul piano della revoca anticipata degli incarichi, su quello, più sottile, del rinnovo degli stessi.

Allo stesso tempo – e in totale contraddizione con la logica ispiratrice della riforma del '93 – la dirigenza è stata mantenuta sostanzialmente irresponsabile dei risultati conseguiti.

È evidente, infatti, che la mancanza di un sistema obiettivo di valutazione co-

¹⁰⁵ Ai sensi dell'art. 46, comma 1, d.lgs. n. 33/2013, come modificato dall'art. 37, comma 1, lett. b), d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, tali comportamenti “*costituiscono elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale, eventuale causa di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione e sono comunque valutati ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei responsabili*”.

¹⁰⁶ Vedi l'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001.

¹⁰⁷ Vedi l'art. 55-septies, comma 6, d.lgs. n. 165/2001, inserito dall'art. 69, comma 1, d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150.

¹⁰⁸ Art. 1, comma 12, l. 6 novembre 2012 n. 190.

¹⁰⁹ Art. 1, comma 14, l. n. 190/2012.

¹¹⁰ In questo senso anche S. BATTINI, *Al servizio della Nazione? Verso un nuovo modello di disciplina della dirigenza e del personale pubblico*, cit., 6.

stituisce, nello stesso tempo, la condizione per una scelta dei dirigenti da parte della politica non basata sul merito, ma sulla fiducia e la migliore garanzia dell'irresponsabilità e autoreferenzialità dell'amministrazione¹¹¹.

L'apparente paradosso di tali affermazioni è subito spiegato solo che si pensi che politicizzazione e autoreferenzialità della burocrazia non sono necessariamente due patologie reciprocamente alternative.

Al contrario, esse possono costituire, in concreto, due facce della stessa medaglia nella misura in cui tra politica e dirigenza si stabilisce un sodalizio volto a massimizzare il benessere individuale dei componenti di ciascuna delle due aree.

In proposito si è affermato in dottrina che tra politica e amministrazione si sarebbe venuto a stabilire un nuovo scambio che costituisce, in un certo senso, una versione aggiornata di quello precedente tra sicurezza e potere. Si è detto, infatti, che la dirigenza accetta di buon grado l'ingerenza della politica – sia pure non direttamente nella gestione concreta, ma attraverso la scelta delle persone da porre al vertice dell'amministrazione – ottenendone, in cambio, retribuzioni significativamente più alte, indipendentemente dal conseguimento dei risultati¹¹².

In questa logica, a fare le spese di tale sodalizio è la collettività complessivamente considerata.

Nel modello di rapporti ispirato alla separazione funzionale, infatti, alla maggiore autonomia della dirigenza dovrebbe corrispondere una maggiore responsa-

¹¹¹Cfr. B. CIMINO, *I profili funzionali: l'indirizzo e la gestione*, in L. CASINI (a cura di), *Venti anni di politica e amministrazione in Italia*, cit., 54: "la burocrazia ha manifestato largo scetticismo, quando non formale opposizione allo sviluppo di un sistema di pianificazione e valutazione della propria attività. Di là dall'obiettiva difficoltà di misurare alcuni *output* amministrativi, sono emersi limiti culturali di fondo, legati alla stessa formazione delle classi burocratica e politica. Sia pure in un contesto profondamente mutato rispetto al passato, si sono affacciate nuove forme di accordo e scambio tra organi di governo e dirigenti amministrativi, entrambi interessati a prevenire controlli esterni oggettivi e trasparenti (comunicati al Parlamento e all'opinione pubblica) circa i risultati conseguiti dalle strutture e le connesse responsabilità".

¹¹²S. CASSESE, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale*, cit., 1345; L. TORCHIA, *La lentissima modernizzazione*, in Id. (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009, 14-15; F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, cit., 175; L. SALTARI, *I profili strutturali: la nomina dei dirigenti*, in L. CASINI (a cura di), *Venti anni di politica e amministrazione in Italia*, cit., 118: "perché la dirigenza è stata sostanzialmente acquiescente verso tutto ciò? (...) Con la fidelizzazione politica la dirigenza continua a sfuggire a meccanismi in cui la carriera sia legata a un accertamento oggettivo della professionalità e della produttività. (...) i vari espedienti che rendono gli incarichi temporanei svuotano l'istituto della responsabilità dirigenziale. La tendenza all'alternanza tra i due schieramenti politici principali, avutasi nella fase post-maggioritaria, consente alla dirigenza schierata politicamente di alternarsi negli incarichi meglio retribuiti (senza considerare una certa tendenza al camaleontismo politico). Ciò permette a una caratteristica originaria della dirigenza pubblica, quella di formare una società di eguali non meritocratica, di transitare nel nuovo regime. Se nel primo ventennio si faceva carriera per anzianità, nel secondo si va avanti per consentaneità politica. Ma né ora né allora la professionalità, la capacità e il merito giocano un ruolo decisivo".

bilità della stessa vuoi nei confronti degli organi di governo vuoi, direttamente, nei confronti dei cittadini ¹¹³. Si tratta, dunque, di un rapporto che coinvolge non due, ma tre soggetti: il vertice politico, il dirigente e i cittadini ¹¹⁴.

Ne discende che, mentre nella logica dell'amministrazione apparato servente del Governo, le forme della responsabilità pubblica sono soltanto due, ossia, da un lato, la responsabilità politica e, dall'altro, la responsabilità civile, nella logica dell'amministrazione autocefala, a tali forme di responsabilità se ne aggiunge – come si è visto in precedenza – una terza, che è, appunto, la responsabilità dirigenziale ¹¹⁵.

Se, però, come si è detto, i meccanismi della responsabilità dirigenziale non sono attivati o comunque non sono effettivi, l'amministrazione non ha alcun incentivo a conseguire risultati utili nell'interesse della collettività. La dirigenza, infatti, può contare sul fatto che la massimizzazione del proprio benessere deriverà dalla sua fedeltà politica.

A tale considerazione si potrebbe facilmente obiettare che il conseguimento dei risultati è interesse primario della politica, perché è proprio sulla base di quei risultati che le forze di governo saranno valutate dai cittadini alla successiva tornata elettorale. Di conseguenza, per aversi garanzia dei risultati, sarebbe sufficiente assicurare alla politica una capacità di presa sull'amministrazione, al di là dell'esistenza o meno di complessi sistemi di valutazione oggettiva dell'azione pubblica.

Senonché, in disparte al fatto che le preferenze dei cittadini si esprimono a scadenze diradate nel tempo – fisiologicamente ogni cinque anni – e attraverso un singolo voto – ossia mediante uno strumento di giudizio estremamente “sintetico”, dunque sicuramente inidoneo a valutare l'efficacia e l'efficienza delle singole azioni pubbliche – immaginare che la politica sia realmente in grado di esercitare da sé un controllo sull'amministrazione, attraverso la valutazione dell'operato della dirigenza, costituisce una finzione non meno insostenibile di quella che, nel precedente modello, considerava il ministro responsabile di tutta la gestione amministrativa.

¹¹³ Sottolinea “l'emersione dei cittadini quale autonoma categoria di ‘committenti’ dell'amministrazione, senza necessità di una intermediazione politica dei loro diritti e interessi ... a partire dagli anni Settanta del XX secolo” G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 43.

¹¹⁴ Di “triangolo relazionale in attesa di un'adeguata regolamentazione, che fornisca a ciascun soggetto un quadro chiaro ed efficace dei propri doveri e dei propri diritti” parla L. ZOPPOLI, *La valutazione delle prestazioni della dirigenza pubblica: nuovi scenari, vecchi problemi, percorsi di “apprendimento istituzionale”*, cit. Sulla stessa linea si muove il più recente lavoro di P. MONDA, *Contratto di lavoro pubblico, potere organizzativo e valutazione*, cit.

¹¹⁵ L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, cit., 145: “Così come l'amministrazione deve rispondere della legittimità di tutti i suoi atti, in base al principio di responsabilità posto con l'articolo 113 della Costituzione, e della liceità della sua condotta, in base alle regole poste con il codice civile, essa deve rispondere della idoneità e adeguatezza della sua attività e dei risultati che ottiene, mediante la responsabilità dirigenziale. Al controllo sugli atti e sui loro effetti, che è puntuale, diffuso ed eventuale, si affianca un controllo sull'attività e sui suoi risultati, che è generale, concentrato e permanente”.

Se a ciò si aggiunge che – come si è detto prima – la responsabilità dirigenziale ha subito nel tempo una torsione, fino a diventare prevalentemente una responsabilità da comportamento, si può comprendere come uno dei principali motivi ispiratori delle riforme degli anni Novanta del secolo scorso, ossia la necessità di disporre di una pubblica amministrazione più attenta ai risultati che alle procedure, paia ancora un obiettivo molto lontano dall'essere realizzato.

In definitiva, la marginalizzazione della responsabilità dirigenziale se, per un verso, ha consentito l'attuarsi di meccanismi di nomina su base essenzialmente fiduciaria, per altro verso ha concorso ad incrementare l'autoreferenzialità dell'amministrazione.

Più di tutto, l'attribuzione alla dirigenza di competenze autonome senza l'attivazione di meccanismi di responsabilità dirigenziale e la progressiva trasformazione di quest'ultima in una responsabilità da comportamento hanno contribuito ad accrescere la già forte cultura causidica della dirigenza e hanno impedito l'introduzione e lo sviluppo di logiche realmente manageriali ¹¹⁶.

¹¹⁶Di cultura causidica della dirigenza, "interessata solo al formale rispetto della legge, non ad assicurare i risultati che l'amministrazione è tenuta a conseguire" parla S. CASSESE, *L'alta dirigenza italiana: un mondo cristallizzato*, cit., 165.

CAPITOLO III

L'IMPARZIALITÀ IN SENSO SOGGETTIVO

SOMMARIO: 1. Premessa: il rafforzamento dell'imparzialità soggettiva nella legislazione anticorruzione. – 2. Il conflitto di interessi: nozione e inquadramento generale. – 3. Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo prima e dopo la legge anticorruzione. – 4. Inconferibilità e incompatibilità degli incarichi nelle pubbliche amministrazioni. – 5. (*segue*) Profili problematici: ambito soggettivo di applicazione e tipologia degli incarichi. – 6. (*segue*) Ulteriori profili problematici: riparto delle competenze tra ANAC e responsabile della prevenzione della corruzione e verifica della dichiarazione resa dall'aspirante all'incarico. – 7. Conflitto di interessi, incarichi *extraofficio* e *pantouflage*. – 8. I codici di comportamento tra corretto adempimento della prestazione lavorativa ed etica pubblica. – 9. Il conflitto di interessi nel procedimento amministrativo. – 10. Alcune riflessioni conclusive.

1. *Premessa: il rafforzamento dell'imparzialità soggettiva nella legislazione anticorruzione*

Nel corso del primo capitolo si è visto come, storicamente, il primo strumento per assicurare l'imparzialità dell'organizzazione amministrativa sia stato rappresentato dalla speciale disciplina del pubblico impiego¹. Si è anche accennato al fatto che tale specialità risulti attualmente potenziata (o riscoperta) per effetto della ri-pubblicizzazione di alcuni profili non secondari del rapporto di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni. Come si è detto, ciò è avvenuto ad opera di alcune recenti normative che precisamente nel rafforzamento dell'imparzialità soggettiva del pubblico funzionario trovano uno dei principali motivi ispiratori. Di tale versante dell'imparzialità occorre dunque occuparsi ora più da vicino.

Com'è stato osservato, l'obiettivo di conseguire l'imparzialità dell'azione amministrativa attraverso la garanzia dell'imparzialità soggettiva del funzionario è comune a molti ordinamenti².

Tuttavia, l'ampiezza e la profondità delle singole discipline nazionali sono diverse nei vari Paesi.

¹ Cfr. *supra* Capitolo 1, paragrafi 2 e 3.

² Così, pressoché testualmente, F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, cit., 122.

In linea generale, gli studi comparati evidenziano come la particolare attenzione dedicata da altri ordinamenti ai profili dell'imparzialità soggettiva del funzionario sia da spiegarsi in funzione di riequilibrio del principio di responsabilità ministeriale³. Stante il rapporto di subordinazione, spesso gerarchica, che intercorre tra organo politico e funzionario, infatti, si rende necessario mettere quest'ultimo al riparo da possibili ingerenze indebite del primo. Ciò avviene, come si è accennato richiamando la genesi del pubblico impiego in Italia e delineando lo statuto della *fonction publique* nella normativa francese, attraverso una speciale disciplina legislativa del rapporto di lavoro, avente ad oggetto diritti e doveri dei funzionari, disciplina a sua volta fondata sull'idea di *status*.

In Italia, anteriormente alle novità legislative di cui tra breve si parlerà, la situazione si presentava tuttavia sostanzialmente diversa da quella di altri Paesi europei: da un lato, infatti, come si è visto, il problema dell'imparzialità nell'organizzazione era stato affrontato in modo del tutto originale, superando il principio della responsabilità ministeriale a vantaggio del principio di distinzione tra indirizzo politico e gestione amministrativa.

Dall'altro lato, come pure si è visto, la privatizzazione dei rapporti di lavoro alle dipendenze della p.a. aveva definitivamente superato la concezione del pubblico impiego fondata sullo *status* e, di conseguenza, aveva marginalizzato – anche se non eliminato – il rilievo di alcuni istituti che di quella concezione erano espressione (si pensi, in particolare, alla responsabilità disciplinare connessa alla violazione di doveri di comportamento)⁴.

In questa situazione, una parte autorevole della dottrina auspicava non soltanto un ripensamento complessivo della disciplina generale dell'imparzialità soggettiva dei pubblici funzionari, ma, soprattutto, riteneva necessaria una riscrittura integrale dello statuto dei dirigenti, statuto che – stante il particolare ruolo da essi rivestito – avrebbe dovuto trarre ispirazione più dalla disciplina dei magistrati che non da quella dei dipendenti in generale⁵. Secondo questa dottrina, in partico-

³ Il riferimento è ancora a F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, cit., 106: “in questi Paesi [Francia, UK, Germania, Spagna] forte è l'attenzione del legislatore (primario o secondario) alla fissazione di principi e regole volte a garantire l'esistenza di un corpo professionale e alcuni interessi generali (in particolare la piena dedicazione al servizio e l'imparzialità soggettiva in senso ampio); (...) questa attenzione è un elemento di riequilibrio del principio di responsabilità ministeriale: la stretta dipendenza del funzionario alla decisione dell'organo politico e la sovraordinazione gerarchica di quest'ultimo è compensata da regole, di vario genere, che garantiscono che il funzionario, sia pure nello svolgimento di un ruolo servente (di supporto), deve svolgere i suoi compiti in modo imparziale”.

⁴ In argomento P.G. LIGNANI, *La responsabilità disciplinare dei dipendenti dell'amministrazione statale*, in D. SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche: civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, Padova, 1998, 381 ss.

⁵ F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, cit., 241 ss.; ID., *Introduzione. L'etica dei funzionari pubblici*, in F. MERLONI e R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della Nazione*, cit., 31-32; ID., *I funzionari professionali*, in F. MERLONI e L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa*, Firenze, 2010, 281 ss. In questa linea si pone anche il lavoro monografico di B.

lare, l'imparzialità soggettiva dei dirigenti avrebbe dovuto essere assicurata sia in termini di doveri di comportamento – intervenendo sulla disciplina della responsabilità disciplinare – sia, a monte, attraverso un'apposita regolamentazione delle incompatibilità tra incarico dirigenziale e mandato politico o sindacale ovvero tra incarico dirigenziale ed esercizio (anche successivo alla scadenza dell'incarico) di attività economiche.

A distanza di alcuni anni, quegli auspici sono stati in larga misura realizzati. In particolare, il rafforzamento dell'imparzialità soggettiva dei dipendenti pubblici – e dei dirigenti in specie – costituisce uno degli assi portanti della legge 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. legge anticorruzione) e dei decreti che ne costituiscono attuazione⁶.

La legge, sulla scorta dei suggerimenti da tempo proposti dalla dottrina, da commissioni di studio e da organismi internazionali, ha configurato infatti per la prima volta un'imponente strategia di prevenzione della corruzione nel contesto della quale un ruolo di primo piano è svolto, appunto, da tutta una serie di norme che riguardano la dimensione soggettiva dell'imparzialità⁷.

PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Rimini, 2012, nonché il precedente ampio saggio, dello stesso Autore, *L'indipendenza nel diritto pubblico come condizione del pubblico funzionario*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 185 ss. dove viene proposta una distinzione tra la condizione di "indipendenza soggettiva", che è il risultato di misure volte a proteggere il funzionario da impropri condizionamenti, soprattutto dell'organo politico, e quella di "imparzialità soggettiva", che è invece il risultato di misure relative all'esercizio della funzione.

⁶Si tratta, in particolare, del d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235, in materia di incandidabilità, del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 sulla trasparenza, del d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39 sulla inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi dirigenziali nonché del d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62, recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici. Da segnalare che il comma 59 dell'art. 1 della legge n. 190/2012 afferma chiaramente che "le disposizioni di prevenzione della corruzione sono diretta attuazione del principio di imparzialità". I commenti alla legge anticorruzione o a singoli istituti da essa disciplinati sono ormai numerosi. Tra i tanti, si vedano almeno: B.G. MATTARELLA e M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, che costituisce a tutt'oggi il più importante commento organico alla legge n. 190; A. DEL VECCHIO e P. SEVERINO (a cura di), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Padova, 2014, in particolare 301 ss.; F. CINGARI (a cura di), *Corruzione: strategie di contrasto*, Firenze, 2013; B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 123 ss.; S. FOÀ, *Le novità della legge anticorruzione*, in *Urb. App.*, 2013, 293 ss.; F. MARTINES, *La legge 190/2012 sulla prevenzione e repressione dei comportamenti corruttivi nella Pubblica amministrazione*, in *www.federalismi.it* (2015). Si vedano altresì il numero 2/2013 de *Le istituzioni del federalismo*, e in particolare i contributi di F. MERLONI, E. CARLONI, B. PONTI, M. MAGRI, il numero monografico 3/2014 della rivista *Nuove autonomie*, in particolare i contributi di M. IMMORDINO, N. GULLO, L.R. PERFETTI, S. AMOROSINO, F. MANGANARO, A. CONTIERI, M. RAMAJOLI, C. CELONE, M. D'ARIENZO, M. TROPIA, nonché il volume a cura di M. D'ALBERTI, *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, 2016. Sui riflessi organizzativi della disciplina anticorruzione si veda F. FRACCHIA, *L'impatto delle misure anticorruzione e della trasparenza sull'organizzazione amministrativa*, in *Dir. ec.*, 2015, 483 ss.

⁷Il tema dell'integrità e dell'etica dei pubblici funzionari anteriormente alla legge anticorruzione è stato affrontato in dottrina in particolare da: B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, Bologna, 2007; F. MERLONI e R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della Nazione*, cit.; F. MERLONI, L.

Le nuove norme si occupano prevalentemente dei funzionari professionali e, almeno in parte, dei titolari di incarichi di vertice (che possono anche non essere pubblici dipendenti), mentre minore attenzione è dedicata ai funzionari politici⁸. Sebbene, ovviamente, anche la posizione soggettiva di chi rivesta incarichi politici o elettivi incida sull'imparzialità dell'organizzazione amministrativa, in questa sede, in linea con l'impostazione della legge n. 190/2012, il discorso sarà condotto con riferimento pressoché esclusivo al personale professionale, compresa la dirigenza esterna e i titolari di incarichi di vertice.

Al riguardo, le novità introdotte dalle normative anticorruzione sono molteplici e si fondano tutte sull'idea che il termine *corruzione* non identifichi soltanto un comportamento riprovevole, da punire ai sensi della legge penale, ma anche la degenerazione e il degrado istituzionale che, come tali, sono oggetto di disciplina innanzitutto da parte del diritto amministrativo, in una logica che non è repressiva, ma preventiva⁹.

In questa logica, dunque, il concetto di corruzione è da intendersi non soltanto nel senso strettamente indicato dal codice penale, ma, più in generale, “come comprensivo di tutte quelle situazioni in cui, nel corso dell'attività amministrativa, si riscontri l'abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati”, a prescindere dalla rilevanza penale della fattispecie¹⁰.

Dal momento che – com'è stato osservato – “evitare che i funzionari pubblici possano piegare la propria azione al perseguimento di interessi privati altro non è che attuare a dare concretezza al principio costituzionale d'imparzialità”, la legge si preoccupa di introdurre o di rafforzare regole di integrità degli agenti pubblici sia sul versante delle regole di comportamento sia, e ancor prima, sul versante dell'accesso alla carica e del mantenimento di essa¹¹.

VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa*, cit.; F. PALAZZO (a cura di), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2011. Importanti sono anche i rapporti di tre commissioni di studio che si sono occupate del tema, ossia il Comitato di studio per la prevenzione della corruzione nominato dal Presidente della Camera dei deputati e presieduto da Sabino Cassese nel 1996, il cui rapporto è pubblicato nel volume *La lotta alla corruzione*, Bari-Roma, 1998; la Commissione di studio nominata dal Ministro della funzione pubblica e presieduta da Gustavo Minervini, sempre nel 1996, la cui relazione finale è pubblicata in *Riv. ec. del Mezzogiorno* 1997, 961 ss.; quella nominata dal Ministro della funzione pubblica e presieduta da Roberto Garofoli nel 2011 il cui rapporto finale è reperibile sul sito web del Governo italiano. I contenuti di quest'ultima relazione, soprattutto, hanno largamente influenzato il legislatore del 2012.

⁸Tale minore attenzione è stata oggetto di critiche in dottrina: v. M. CLARICH e B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, in B.G. MATTARELLA e M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, cit., 59 ss., in particolare 62.

⁹Questa distinzione è particolarmente evidenziata da M. D'ALBERTI, *I due nemici da combattere: i corrotti e il degrado istituzionale*, in ID. (a cura di), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, cit., 11 ss.

¹⁰Così la circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione pubblica del 25 gennaio 2013 n. 1, dov'è precisato che “le situazioni rilevanti sono quindi evidentemente più ampie della fattispecie penalistica”.

¹¹Anche perché “il diffondersi dei fatti corruttivi è meno probabile in quei contesti nei quali più

In questa sede, tuttavia, prima che descrivere singolarmente e analiticamente i vari strumenti previsti dal legislatore per accrescere l'imparzialità soggettiva dei pubblici dipendenti – operazione che, per non appesantire eccessivamente il discorso, sarà condotta nei limiti strettamente necessari –, interessa cercare di darne una lettura, per quanto possibile, unitaria.

A tal fine, un'utile chiave interpretativa può essere offerta dal concetto di conflitto di interessi che, come si vedrà, è posto alla base di tutti i principali strumenti operativi messi in campo dal legislatore per accrescere l'imparzialità soggettiva dei pubblici dipendenti¹².

Pertanto, in via preliminare, si rende opportuno inquadrare il conflitto di interessi nelle sue coordinate generali per poi, in un secondo momento, alla luce di tali coordinate, esaminare come lo stesso sia stato declinato nei singoli istituti volti ad accrescere le garanzie di imparzialità dell'organizzazione.

2. Il conflitto di interessi: nozione e inquadramento generale

Il conflitto di interessi è un fenomeno disciplinato non esclusivamente dal diritto pubblico¹³. In concreto, infatti, tale situazione si verifica ogni volta che un soggetto preposto alla cura di interessi altrui sia portatore di un interesse, proprio o di terzi, incompatibile con l'interesse affidato alle sue cure. Si tratta, in altri termini, di una evenienza tipica del rapporto principale-agente¹⁴.

Il fenomeno è frequente nei rapporti privatistici e diverse sono le norme che presuppongono l'esistenza di un conflitto di interessi o che ne regolano conseguenze e rimedi.

elevati sono gli standard morali, il senso civico, lo 'spirito di corpo' e il senso dello Stato dei funzionari" (così il Rapporto della Commissione Garofoli, a pagina 31). Le parole tra virgolette nel testo sono invece di M. RAMAJOLI, *Inconferibilità e incompatibilità di incarichi nelle pubbliche amministrazioni*, in *Nuove autonomie*, 2014, 575 ss., in particolare 576.

¹²La locuzione "conflitto di interessi" ricorre all'art. 1, comma 41 della legge n. 190/2012 (che introduce un apposito articolo 6-*bis* nella legge n. 241/1990 rubricato, appunto, "conflitto di interessi"), al comma 42 (che introduce importanti modifiche all'art. 53 del Testo unico pubblico impiego recante la disciplina degli incarichi *extra officio* dei pubblici dipendenti), al comma 49 (che contiene la delega al Governo per la disciplina della incompatibilità e inconferibilità degli incarichi dirigenziali) nonché agli artt. 3, 6 e 13 (ed è implicito nell'art. 7) del D.P.R. n. 62/2013.

¹³Per una panoramica generale sull'argomento, A. LALLI, *Conflitti di interessi nel diritto privato e nel diritto pubblico. Una rassegna*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 155 ss. nonché ID., *I rimedi ai conflitti di interessi come strumento della prevenzione della corruzione*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, cit., 157 ss. Per un'analisi del conflitto di interessi nei vari settori del diritto privato cfr. C. GRANELLI e G. STELLA (a cura di), *Il conflitto di interessi nei rapporti di gestione e rappresentanza*, Atti del convegno Pavia 13-14 ottobre 2006, Milano, 2007.

¹⁴Cfr. B.G. MATTARELLA, *Il conflitto di interessi dei pubblici funzionari*, in F. PALAZZO (a cura di), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, cit., 64.

Senza pretesa di esaustività, si può ricordare come già nel codice civile siano presenti diverse disposizioni che si occupano della questione. Così, ad esempio, l'art. 1394 relativo al conflitto di interessi nella rappresentanza, prevede che sia annullabile il contratto concluso dal rappresentante, su domanda del rappresentato e a condizione che il conflitto fosse conosciuto o riconoscibile dal terzo.

Sebbene la disposizione non fornisca una nozione di conflitto di interessi, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti ritengono che lo stesso consista in una divergenza o in una inconciliabilità degli interessi perseguiti dal rappresentante con quelli del rappresentato di modo che dalla stipulazione del contratto segua o possa seguirne un danno per quest'ultimo¹⁵.

Un altro esempio è offerto dall'art. 2373 primo comma c.c., come riscritto dopo la riforma del diritto societario, che prevede l'impugnabilità della "*deliberazione approvata con il voto determinante di coloro che (...) abbiano un interesse in conflitto con quello della società (...) qualora possa recarle danno*". Anche in questo caso, in mancanza di una definizione nel diritto positivo, è stata la dottrina a chiarire la nozione di conflitto, ossia la situazione in cui l'azionista è portatore di un duplice interesse: da una parte quello attinente alla sua qualità di socio e, dall'altra parte, un diverso interesse – proprio o di terzi – esterno alla società¹⁶. Il conflitto è tale in quanto il soddisfacimento di un interesse non può che avvenire con il sacrificio dell'altro, sicché la norma impone al socio il divieto di esprimere un voto lesivo degli interessi sociali.

Ancora, sempre in materia societaria, è possibile richiamare l'art. 2391 c.c. sugli interessi degli amministratori. Sebbene infatti la norma non riguardi più, come nella versione anteriore alla riforma del 2003, la sola ipotesi del conflitto di interessi tra amministratore e società, la disciplina in esame continua a trovare la sua *ratio* nell'esigenza di prevenire l'insorgere di un tale conflitto¹⁷. In questo senso la disposizione obbliga l'amministratore a comunicare agli altri amministratori e al collegio sindacale ogni interesse, anche non confliggente con quello della società, di cui egli sia portatore in una determinata operazione, per conto proprio o di terzi. L'amministratore, in questi casi, non è obbligato ad astenersi dal voto (salvo che si tratti di amministratore delegato o unico), ma la deliberazione è im-

¹⁵ Sul punto, per un ricostruzione complessiva del conflitto di interessi della rappresentanza con ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza si veda V. DE LORENZI, *La rappresentanza. Art. 1387-1400*, in F.D. BUSNELLI (diretto da), *Il codice civile Commentario fondato da P. Schlesinger*, Milano, 2016, in particolare 366 ss., ove si dà conto anche della dottrina e giurisprudenza minoritaria, secondo le quali il contratto rappresentativo è annullabile per conflitto di interessi solo in quanto lo stesso realizzi un pregiudizio effettivo per il rappresentato. Per questa tesi, tra i contributi più recenti, A. LUMINOSO, *Il conflitto di interessi nel rapporto di gestione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 739 ss.

¹⁶ Cfr. F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2013, 295 ss.

¹⁷ Così L. ENRIQUES, *Commento sub art. 2391*, in D.U. SANTOSUOSSO (a cura di), *Delle società – dell'azienda – della concorrenza, Commentario del codice civile* diretto da E. GABRIELLI, vol. II, Torino, 2015, 333 ss., in particolare 334.

pugnabile se potenzialmente dannosa per la società e se assunta con il suo voto determinante.

Diverse altre norme che menzionano il conflitto di interessi si trovano poi in varie discipline speciali, ad esempio nel TUF (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, in particolare l'art. 35-*decies*, comma 1, lett. *b* sulle regole di comportamento delle società di gestione del risparmio e delle società di investimento o l'art. 135-*decies* sul conflitto di interessi del rappresentante o dei sostituti) o nel Codice delle assicurazioni private (d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, in particolare art. 183), sebbene anche in questi casi non vi sia una nozione positiva.

La situazione è diversa nel diritto pubblico. Anche qui, ovviamente, sono presenti alcune norme che si occupano di conflitto di interessi. In questo settore, anzi, l'esigenza di evitare che l'interesse pubblico possa essere indebitamente influenzato da interessi privati è massimamente avvertita, per evidenti ragioni di credibilità delle istituzioni.

A differenza di quanto visto nel diritto privato, tuttavia, alcune norme pubblicistiche forniscono anche una definizione di conflitto di interessi.

In disparte all'art. 3 della legge n. 215/2004 che riguarda, come noto, i titolari di cariche politiche e in specie governative (Presidente del Consiglio dei ministri, ministri, vice ministri, sottosegretari di Stato e commissari straordinari del Governo) e che, di fatto, non ha mai trovato applicazione¹⁸, un'utile nozione di conflitto di interessi è ora fornita dall'art. 42, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici), ai sensi del quale “*Si ha conflitto di interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che (...) interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzare in qualsiasi modo il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un*

¹⁸Secondo questa disposizione “*sussiste situazione di conflitto di interessi ai sensi della presente legge quando il titolare di cariche di governo partecipa all'adozione di un atto, anche formulando la proposta, o omette un atto dovuto, trovandosi in situazione di incompatibilità ai sensi dell'articolo 2, comma 1, ovvero quando l'atto o l'omissione ha un'incidenza specifica e preferenziale sul patrimonio del titolare, del coniuge o dei parenti entro il secondo grado, ovvero delle imprese o società da essi controllate, secondo quanto previsto dall'articolo 7 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, con danno per l'interesse pubblico*”. Questa nozione, tuttavia, non aiuta a cogliere la reale natura del fenomeno e per tale ragione la stessa è stata severamente criticata in dottrina: oltre a B.G. MATTARELLA, *Il conflitto di interessi dei pubblici funzionari*, in F. PALAZZO (a cura di), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, cit., 63 ss. in particolare 72-73, vedi anche lo studio monografico di C. MARCHETTA, *La legislazione italiana sul conflitto di interessi. La legge 20 luglio 2004 n. 215. Orientamenti applicativi, criticità e prospettive di riforma*, Milano, 2013. La definizione offerta dalla legge Frattini, infatti, non soltanto contrasta con il modo in cui normalmente l'espressione è utilizzata nel diritto amministrativo, in quanto definisce il conflitto di interessi come evento di danno e non di pericolo, ma è anche molto problematica in sede applicativa. Stando alla lettera della legge, infatti, il conflitto di interessi sarebbe integrato dalla duplice evenienza di un vantaggio ottenuto dal titolare della carica di Governo (ovvero del coniuge o dei parenti entro il secondo grado) per effetto della sua azione o omissione e dal danno per l'interesse pubblico (la cui prova è molto difficile, se non impossibile).

interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62”.

A sua volta l'art. 7 del Codice di comportamento – rubricato *obbligo di astensione* – prevede che “*il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza”.*

Come chiaramente si comprende dalla formulazione testuale di queste disposizioni – come pure, d'altra parte, dalle definizioni offerte in via interpretativa dalla dottrina civilistica maggioritaria sopra richiamate – il conflitto di interessi non consiste in un comportamento, ma si configura essenzialmente come una situazione¹⁹.

Tale situazione si realizza per il semplice fatto che un soggetto tenuto ad agire per curare interessi altrui potrebbe, anche solo in ipotesi, essere indebitamente condizionato nella sua azione dall'esistenza di un diverso interesse, proprio o di terzi. Perché vi sia conflitto di interessi non è necessario che ciò accada effettivamente. Essere in una situazione di conflitto di interessi, infatti, non significa farsi condizionare da un interesse estraneo e agire in modo distorto, facendo prevalere il proprio interesse su quello affidato alle proprie cure. “Questa indebita prevalenza, infatti, è la possibile conseguenza negativa del conflitto di interessi, ma non è il conflitto di interessi” il quale invece sussiste per il solo fatto che la presenza di un interesse alieno “può essere percepito come una minaccia alla imparzialità e indipendenza” del funzionario²⁰.

Resta fermo, ovviamente, che il passaggio da una situazione di pericolo (il conflitto di interessi) a un evento di danno (agire malgrado il conflitto di interessi pregiudicando l'interesse del principale) può determinare conseguenze ulteriori e più gravi, come tra breve si dirà.

Una volta chiarito che il conflitto di interessi consiste in una situazione di pericolo, infatti, occorre ora esaminare quali possano essere i rimedi per farvi fronte²¹.

¹⁹ In questi termini già B.G. MATTARELLA, *Il conflitto di interessi dei pubblici funzionari*, cit., 64-65.

²⁰ Così, testualmente, B.G. MATTARELLA, *Il conflitto di interessi dei pubblici funzionari*, cit., 65.

²¹ Si riprende qui, ma con alcune significative differenze di impostazione, una proposta di inqua-

In effetti, il ventaglio di rimedi che il diritto può apprestare nei confronti di tale situazione e delle sue conseguenze può essere molto ampio e variegato. In linea generale si può ritenere che tali rimedi debbano contemperare almeno tre diverse esigenze.

Da una parte, come detto, vi è l'esigenza di evitare che il soggetto che si trova in una situazione di conflitto di interessi agisca sacrificando l'interesse affidato alle sue cure e facendo prevalere il proprio.

Dall'altra parte, occorre anche assicurare che il soggetto comunque decida, affinché non si crei una situazione di stallo.

Infine, occorre considerare l'interesse dei terzi che abbiano prestato affidamento sull'atto compiuto dal soggetto che si trovava in conflitto di interessi.

Mentre la prima esigenza consiglia di dare rilevanza giuridica alla mera esistenza del conflitto e, quindi, suggerisce di risolverlo in via preventiva attraverso soluzioni radicali che portino al divieto di agire o alla rimozione del soggetto che versa in tale situazione oppure, dove possibile, all'obbligo di costui di rinunciare al proprio interesse, la seconda soluzione – all'opposto – porterebbe, al limite, a tollerare l'esistenza del conflitto e ad intervenire, eventualmente, solo a valle, ad esempio nel caso in cui la partecipazione del soggetto all'assunzione della decisione sia stata effettivamente determinante e/o laddove tale decisione abbia realizzato un danno (potenziale o effettivo).

Esempi del primo tipo sono costituiti da rimedi come l'incompatibilità o l'obbligo di astensione nel caso concreto ovvero dall'obbligo di alienazione, mentre un esempio del secondo tipo è offerto dall'art. 2373 c.c. che prevede l'impugnabilità della delibera assembleare solo qualora assunta con il voto determinante del socio in conflitto. È evidente, peraltro, che – stante quanto si è detto in precedenza – in quest'ultimo caso non si tratta propriamente di un rimedio al conflitto di interessi, ma piuttosto di un rimedio alle eventuali conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'aver agito nonostante l'esistenza di un conflitto di interessi.

La terza esigenza (tutela dell'affidamento dei terzi), infine, opera principalmente sul piano della validità e dell'efficacia dell'atto concluso dal soggetto in conflitto e conduce a introdurre ulteriori limiti alla possibilità di rimuovere tale atto, ad esempio prevedendo un termine breve di decadenza per l'impugnazione o limitando i soggetti legittimati ad impugnarlo o stabilendo che l'annullamento sia possibile solo se il conflitto era conoscibile dal terzo o addirittura ammettendo esclusivamente il risarcimento del danno.

Tra la previsione di rimedi drastici e nessun rimedio (fatti salvi, come detto, quelli relativi alle eventuali conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'aver agito in conflitto di interessi) vi è poi una terza possibilità, intermedia, che almeno in alcune discipline di conflitti di interessi va assumendo un'importanza sempre maggiore.

drammento teorico che è presente in B.G. MATTARELLA, *Il conflitto di interessi dei pubblici funzionari*, cit., 66-70.

Il riferimento è all'obbligo del soggetto che si trova in una situazione di conflitto di interessi di dichiararne l'esistenza (*disclosure*), rimettendo così ad un altro soggetto la scelta relativa alla decisione. È questa, come visto, la disciplina di cui all'art. 2391 c.c. relativa agli interessi degli amministratori delle società, i quali devono informare gli altri amministratori e il collegio sindacale o dell'art. 135-*decies* del TUF, che obbliga il rappresentante in conflitto di interessi a comunicare per iscritto al socio le circostanze da cui deriva tale conflitto. È questa, inoltre, come si è visto, la scelta dell'ordinamento francese in relazione al procedimento di nomina del funzionario in ruoli di particolare rilevanza²².

La dottrina ha evidenziato come i vari rimedi al conflitto di interessi non siano necessariamente alternativi, nel senso che possono convivere nella medesima disciplina ed ha altresì sottolineato come le buone discipline del conflitto di interessi siano quelle che utilizzano tutta la gamma dei rimedi, consentendo una certa flessibilità nel loro uso²³.

Ancora la dottrina ha chiarito che la garanzia dell'efficacia dei rimedi è data dall'esistenza di sanzioni che possono riguardare il soggetto (decadenza, sospensione dalla carica, sanzioni disciplinari, civili, penali), l'atto emanato (provvedimento o contratto nullo o annullabile) o entrambi.

Così, ad esempio, l'art. 2391 c.c. oltre a prevedere l'impugnabilità della delibera del consiglio di amministrazione qualora sia mancata anche una sola delle condizioni ivi previste per la sua validità (comunicazione dell'interesse nell'operazione da parte dell'amministratore, adeguata motivazione da parte del consiglio di amministrazione sulla convenienza dell'operazione, voto non determinante dell'amministratore portatore dell'interesse), sancisce anche, al comma quarto, la responsabilità dell'amministratore per i danni che siano derivati alla società dalla sua azione od omissione.

Allo stesso modo, sempre sul piano delle esemplificazioni, il provvedimento amministrativo assunto dal funzionario pubblico in conflitto di interessi è annullabile e il dipendente pubblico può incorrere in responsabilità disciplinare ai sensi del codice di comportamento oltre che in responsabilità amministrativa, civile e penale al ricorrere delle condizioni previste per ciascuna di tali forme di responsabilità.

3. *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo prima e dopo la legge anticorruzione*

Già anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 190/2012, esistevano nel diritto amministrativo una serie di norme relative al conflitto di interessi. Basti

²² *Supra* cap. 1, paragrafo 4.

²³ B.G. MATTARELLA, *Il conflitto di interessi dei pubblici funzionari*, cit., 69.

pensare all'art. 78, comma 2 del TUEL (d.lgs. 18 agosto 2000, 267) che impone agli amministratori locali di astenersi dal prendere parte alla discussione e alla votazione di delibere riguardanti interessi propri o di parenti o affini fino al quarto grado; oppure all'art. 11 del d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487, il regolamento sui concorsi pubblici, che rinvia agli artt. 51 e 52 del codice di procedura civile per quanto riguarda la disciplina delle incompatibilità dei componenti della commissione; o ancora all'art. 84 del precedente codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) relativo alla composizione della commissione aggiudicatrice di un appalto pubblico nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Si trattava (e si tratta tutt'ora, fatto salvo il riferimento alla norma del Codice dei contratti, oggi abrogata), tuttavia, di disposizioni specifiche, applicabili in settori ben delimitati (le delibere degli organi collegiali degli enti locali, i concorsi pubblici, gli appalti), ma prive di un valore prescrittivo sul piano generale.

È stato merito della giurisprudenza aver ricondotto queste specifiche discipline del conflitto di interessi al principio di imparzialità di cui all'art. 97 Cost. e, per tale via, averne esteso l'ambito di applicazione.

Così, ad esempio, la *ratio* dell'art. 78 è stata estesa anche ad organi collegiali diversi da quelli degli enti locali²⁴ mentre l'art. 51 c.p.c. è stato ritenuto applicabile anche all'amministratore che, al di fuori della materia concorsuale, si trovi in una situazione di conflitto di interessi²⁵. Secondo la giurisprudenza, infatti, la violazione del canone costituzionale di cui all'art. 97 può venire in rilievo anche in fattispecie sprovviste di tipizzazione normativa²⁶.

²⁴ Cons. Stato, sez. IV, 26 maggio 2003, n. 2826; TAR Liguria, sez. I, 12 dicembre 2003, n. 1650, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁵ Cons. Stato, sez. III, 12 giugno 2015, n. 2901; Cons. Stato, sez. III, 24 gennaio 2013, n. 477, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁶ Uno svolgimento diffuso di queste affermazioni si trova in Cons. Stato, sez. V, 1 aprile 2009, n. 2070. Secondo questa pronuncia, infatti, "l'imparzialità dell'azione amministrativa è notoriamente uno dei tre fondamentali pilastri (insieme alla legalità e il buon andamento) sui quali poggia l'intero statuto costituzionale dell'amministrazione italiana. Icasticamente può quindi affermarsi che l'amministrazione o è imparziale o non è. Discende dalle premesse l'immediata precettività dell'art. 97 Cost. quale idoneo parametro normativo di valutazione della legittimità dell'attività amministrativa, trattandosi di una declinazione, sul versante ordinamentale, del principio di uguaglianza, scolpito dall'art. 3 della Carta Fondamentale. Occorre precisare che l'art. 97 Cost. governa e regola "tutta l'attività amministrativa", (...) quella gestoria, anche non autoritativa, e pure (...) quella organizzativa (esplicitamente menzionata nel primo comma dell'art. 97 Cost.) perché due sono le dimensioni del principio di imparzialità: imparzialità dell'organizzazione e imparzialità dell'azione. Del principio di imparzialità sono dunque predicabili l'immanenza e la pervasività, di guisa che la violazione del canone costituzionale può venire in rilievo anche in fattispecie sprovviste di tipizzazione normativa. Sono due anche le peculiarità del vizio di violazione di legge per lesione dell'imparzialità: per un verso, esso conosce una soglia di "tutela anticipata"; per altro verso, esso, ricorrendo alcune circostanze, può invalidare un atto e, talora, un più ampio plesso di attività amministrativa, incidendo *ab externo* sulla fattispecie procedimentale, pure indipendentemente da un rapporto di presup-

Più in generale, dal momento che il principio di imparzialità esprime un valore primario dell'ordinamento, posto a presidio della stessa credibilità dell'amministrazione pubblica, lo stesso principio, secondo la giurisprudenza, conosce una soglia di tutela anticipata, ossia la sua violazione si realizza per effetto della semplice potenzialità astratta della lesione e senza che sia necessario verificare in concreto l'effettiva realizzazione di un risultato illegittimo.

Ciò significa, in estrema sintesi, che il conflitto di interessi nel diritto amministrativo ha sempre ricevuto un trattamento particolarmente rigoroso, imponendo per lo più l'adozione di rimedi radicali (obbligo di astensione) idonei a rimuovere all'origine il conflitto stesso. In caso contrario, infatti, la violazione del principio di imparzialità risulterebbe comunque realizzata, indipendentemente dal fatto che il condizionamento indebito vi sia effettivamente stato o che la decisione assunta dall'amministratore in conflitto abbia o meno causato un danno all'amministrazione. Secondo un costante insegnamento giurisprudenziale, infatti, l'amministrazione non solo deve essere imparziale, ma deve anche apparire tale, a garanzia del proprio prestigio.

Se per un verso, dunque, in nome dell'imparzialità dell'amministrazione, la giurisprudenza ha esteso la portata del conflitto di interessi anche oltre le specifiche ipotesi normativamente previste, è anche vero, per altro verso, che il

posizione tra provvedimenti. In ordine al primo aspetto va osservato che, a differenza degli altri vizi, la violazione del principio di imparzialità non richiede, volendo utilizzare una metafora penalistica, la "consumazione" dell'illegittimità e, d'altronde, nemmeno occorre dimostrare la sussistenza di un "elemento sintomatico" del vizio, come invece è necessario e sufficiente per l'eccesso di potere. L'imparzialità amministrativa è bensì vulnerata dalla potenzialità astratta della lesione della parità di trattamento e, quindi, dal solo "sospetto" di una disparità. Non è dunque necessario allegare e comprovare che il rischio di parzialità si sia effettivamente concretato in un risultato illegittimo, bastando invece che il prodursi del *vulnus* del bene giuridico tutelato e, con esso, la correlata diminuzione del prestigio della amministrazione, si prospetti quale mera eventualità. Ed invero, concorrono a moltiplicare e a enfatizzare gli effetti patologici del vizio i connessi principi di pubblicità e di trasparenza, convergendo il loro sinergico operare nell'immagine di un'amministrazione che, oltre ad essere realmente imparziale, appaia anche tale. L'imparzialità è difatti un primario valore giuridico, posto a presidio della stessa credibilità degli uffici pubblici, posto che in assenza della fiducia dei cittadini, gli apparati burocratici non sarebbero in grado di conseguire in maniera adeguata, come loro dovere, gli obiettivi prefissati dal Legislatore. In tali considerazioni si radica, del resto, anche la costruzione contabilistica del "danno all'immagine" della pubblica amministrazione.

Riguardo la rilevanza "esterna" del principio in disamina è a dirsi che il vizio di parzialità può riconnettersi a situazioni estranee all'atto in sé considerato e piuttosto riferibili al contesto organizzativo in cui ne è maturata l'adozione. Onde contenere la potenzialità invalidante del criterio testé enunciato e allo scopo di circoscriverne utilmente i confini applicativi occorre evidentemente definire in maniera puntuale le situazioni suscettibili di pregiudicare, nei sensi sopra indicati, l'attività dell'amministrazione e, soprattutto, di tali situazioni bisogna individuare gli specifici nessi idonei a sorreggere, sul piano della ragionevolezza, il sospetto della parzialità. È quindi fisiologico che, qualora il vizio non sia macroscopico, rimanga affidato all'intermediazione giurisdizionale il compito di precisare la regola del caso concreto".

giudice amministrativo è stato molto attento nel definire i confini dell'istituto.

Tale atteggiamento è particolarmente evidente nella giurisprudenza relativa alla materia dei concorsi pubblici, dove il Consiglio di Stato ha sempre affermato il divieto di applicazione analogica delle cause di incompatibilità disciplinate dall'art. 51 c.p.c. e ha costantemente dato una interpretazione rigorosa in ordine al contenuto delle diverse fattispecie ivi previste, onde *“evitare che la sussistenza dell'obbligo di astensione (con le relative conseguenze in termini di invalidazione di procedure amministrative anche di notevole portata e rilevanza) possa essere estesa a casi e fattispecie in alcun modo contemplate dalla normativa di riferimento”*²⁷.

Una tale particolare attenzione da parte della giurisprudenza è stata motivata dalla necessità di circoscrivere la notevole portata sull'agire amministrativo degli effetti derivanti da un'applicazione troppo estesa delle cause di incompatibilità, così da contemperare le esigenze dell'imparzialità con quelle del buon andamento che si declinano come *“certezza dell'azione amministrativa e stabilità della composizione delle commissioni giudicatrici”* anche al fine di *“evitare un uso strumentale dell'obbligo d'astensione e della correlata ricusazione”*²⁸.

Di conseguenza, secondo la giurisprudenza consolidata del Consiglio di Stato, non sono idonei, di per sé, a configurare un vizio nella composizione della commissione i rapporti personali, di colleganza o collaborazione tra alcuni componenti della commissione e determinati candidati in quanto *“l'appartenenza allo stesso ufficio e il rapporto di subordinazione nel lavoro non è riconducibile ad alcuno dei casi previsti dall'art. 51 c.p.c.: non alle ipotesi di cui al comma 3 (causa pendente, rapporti di credito e debito, grave inimicizia) e neppure alle ipotesi di cui al comma 5 (tutore, curatore, datore di lavoro di una delle parti)”*²⁹.

²⁷ Cons. Stato, sez. VI, 19 marzo 2015, n. 1411, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁸ Cons. Stato, sez. III, 2 aprile 2014, n. 1577, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁹ Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2013, n. 1606. V. anche, *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 23 settembre 2014, n. 4789; Cons. Stato, sez. V, 29 ottobre 2014, n. 5341, tutte reperibili in *www.giustizia-amministrativa.it*. Da segnalare, peraltro, che in alcuni rari casi in cui i rapporti di collaborazione tra candidato e commissario apparivano di rilievo e intensità tali da far sorgere il sospetto di una parzialità, lo stesso Consiglio di Stato ha riconosciuto la sussistenza di un conflitto di interessi. Così, ad esempio, Cons. Stato, sez. VI, 18 luglio 2014, n. 3850, in *www.giustizia-amministrativa.it*, relativa a un concorso universitario nel quale il componente della commissione era *“coautore della quasi totalità dei lavori scientifici (oltre che di libri internazionali e conferenze) – o comunque di un numero elevatissimo e relevantissimo per quantità e qualità – del candidato, poi valutati positivamente dalla Commissione”*. Nella pronuncia si afferma che tale circostanza *“non può non far ritenere, per ragione di elementari regole di imparzialità (art. 1 della legge n.241 del 1990), obiettività, trasparenza, come eccezione che conferma la regola, che l'attività di valutazione della Commissione, per quanto nella dinamica del normale funzionamento dell'organo collegiale di valutazione, sia – e appaia – quantomeno viziosa”*. Da segnalare, inoltre, sempre in materia di concorsi universitari, una recente pronuncia nella quale il Consiglio di Stato ha ritenuto sussistente la violazione del principio di imparzialità in ragione dei rapporti, ritenuti particolarmente intensi tra commissario e candidato (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 30 giugno 2017, n. 3206, in *www.giustizia-amministrativa.it*). Secondo il

Allo stesso modo, “*la presentazione di una denuncia in sede penale da parte del ricusante nei confronti del commissario di concorso [non] costituisce causa di legittima ricusazione perché essa non è di per sé idonea a creare una situazione di causa pendente o di grave inimicizia*”, stante la natura oggettiva della giurisdizione penale³⁰.

Come si è detto, la legge n. 190/2012 assume il rafforzamento dell'imparzialità soggettiva del funzionario pubblico come uno dei punti qualificanti della strategia di prevenzione della corruzione³¹.

Sotto questo profilo la legge, facendo perno sulla nozione di conflitto di interessi come sopra delineata, ha introdotto alcuni nuovi istituti giuridici e ne ha rafforzato altri già esistenti.

Basti pensare alla disciplina sulla inconfiribilità degli incarichi dirigenziali e di vertice e sulle incompatibilità (d.lgs. n. 39/2013), alla nuova regolamentazione degli incarichi *extraofficio* dei dipendenti pubblici ex art. 53 TUPI (che comprende ora anche la regolamentazione dell'incompatibilità successiva, il c.d. *pantoufflage*), al codice di comportamento dei pubblici dipendenti (d.P.R. n. 62/2013), che a sua volta disciplina, sia pure su un diverso piano, il conflitto di interessi del dipendente, all'introduzione di un'apposita norma (l'art. 6-*bis*), rubricata appunto “conflitto di interessi”, nella legge sul procedimento amministrativo.

Di tali istituti occorre dunque ora occuparsi, con l'avvertenza che l'esame della

giudice amministrativo, infatti, “*se non è possibile negare, in linea di principio, l'ammissibilità di una commissione esaminatrice composta da membri che abbiano avuto un rapporto di collaborazione scientifica con uno dei candidati, ciò deve escludersi in relazione all'intensità della collaborazione, qualora essa sia stata tale da negare radicalmente qualsiasi possibilità di valutazione indipendente dello stesso candidato*”. Nel caso di specie, in particolare, l'intensità della collaborazione è stata ravvisata in elementi (supporto nell'attività didattica, assistenza agli esami, condivisione del medesimo ufficio) che normalmente non costituiscono indici sintomatici di una relazione professionale di rilievo tale da porre in dubbio l'imparzialità del commissario. L'orientamento tradizionale è comunque ribadito da Cons. Stato, sez. VI, 19 agosto 2017, n. 4105, in www.giustizia-amministrativa.it (l'estensore di quest'ultima pronuncia è il medesimo della sentenza n. 3206/2017): “*nei concorsi per la copertura di posti di professore universitario la sussistenza di rapporti di collaborazione (tra commissario ed esaminando) meramente intellettuale, cui siano estranei significativi interessi patrimoniali, non appare elemento tale da inficiare in maniera giuridicamente apprezzabile il principio di imparzialità, tenuto conto della composizione collegiale della commissione e delle equipollenti esperienze e competenze dei membri, che introducono un controllo intrinseco, idoneo a pervenire (pur nella possibile inclinazione di qualche componente ad apprezzare maggiormente l'operato di chi sia stato proprio allievo) alla scelta dei più meritevoli*”.

³⁰ Cons. Stato, sez. V, 9 luglio 2015 n. 3443, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. III, 1577/2014, cit.

³¹ Uno sguardo d'insieme alla disciplina anticorruzione nella specifica prospettiva dell'imparzialità è offerto da F. PATERNITI, *La tutela preventiva dell'imparzialità della pubblica amministrazione nella nuova normativa anticorruzione*, in I.A. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, cit., 91 ss.

normativa sarà svolto, nei limiti del possibile, in termini essenziali, evitando cioè di addentrarsi in un livello di analisi eccessivamente minuzioso e pedante. Ai fini di questo studio, infatti, interessa soprattutto evidenziare le tendenze di fondo ricavabili dalle nuove disposizioni legislative e dalle prime applicazioni di esse nonché mostrarne i risvolti problematici. Soltanto in qualche caso, quando ciò sia reso opportuno dalle finalità dell'indagine, si svolgeranno alcune considerazioni anche di dettaglio.

4. *Inconferibilità e incompatibilità degli incarichi nelle pubbliche amministrazioni*

La prima e più significativa novità introdotta dalla normativa anticorruzione nella prospettiva qui assunta è costituita dalla disciplina sulla inconferibilità e incompatibilità degli incarichi dirigenziali di cui al d.lgs. n. 39/2013³².

In questo decreto legislativo, peraltro, il conflitto di interessi assume un significato diverso e più radicale di quello è stato evidenziato nel paragrafo precedente.

Mentre infatti sin qui si è parlato del conflitto di interessi come di una situazione da cui scaturisce l'obbligo dell'amministratore di astenersi dal partecipare all'assunzione di una decisione – ossia di una regola di comportamento nell'esercizio della funzione – nella disciplina delle inconferibilità e incompatibilità degli incarichi dirigenziali il (potenziale) conflitto di interessi si risolve in una vera e propria impossibilità giuridica di accedere o di conservare l'incarico. In altri termini la legge, presupponendo l'esistenza di un conflitto non occasionale, ma strutturale tra la titolarità dell'incarico dirigenziale e altri interessi di natura privata o politica (un discorso parzialmente diverso deve essere fatto con riguardo al caso di condanna per reati contro la pubblica amministrazione) prevede una soluzione radicale, impedendo a monte l'accesso alla carica o la sua conservazione³³.

³² Sulle norme di delega v. F. MERLONI, *Nuovi strumenti di garanzia dell'imparzialità delle amministrazioni pubbliche: l'inconferibilità e incompatibilità degli incarichi (art. 1, commi 49 e 50)*, in B.G. MATTARELLA e M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, cit., 191 ss. Per un primo commento al d.lgs. n. 39/2013 v. M. RAMAJOLI, *Inconferibilità e incompatibilità di incarichi nelle pubbliche amministrazioni*, cit.; F. MERLONI, *Il regime delle inconferibilità e incompatibilità nella prospettiva dell'imparzialità dei funzionari pubblici*; G. SIRIANNI, *La necessaria distanza tra cariche politiche e cariche amministrative*; B. PONTI, *La vigilanza e le sanzioni*, tutti pubblicati in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 806 ss. Profili problematici nell'applicazione di questa normativa sono evidenziati da R. CANTONE e A. CORRADO, *La difficile applicazione della disciplina in tema di inconferibilità e incompatibilità degli incarichi*, in I.A. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, cit., 123 ss.

³³ In questo senso osserva F. MERLONI, *Nuovi strumenti di garanzia dell'imparzialità delle amministrazioni pubbliche: l'inconferibilità e incompatibilità degli incarichi (art. 1, commi 49 e 50)*, in B.G. MATTARELLA e M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della*

In tal modo il legislatore, al fine di garantire una maggiore imparzialità soggettiva dei titolari di incarichi dirigenziali, colma un precedente vuoto normativo, colpendo condotte in precedenza ammesse³⁴.

In particolare è da evidenziare la previsione di una specifica disciplina per i titolari di incarichi fiduciari e di incarichi dirigenziali conferiti a soggetti non dipendenti delle amministrazioni pubbliche (c.d. dirigenza esterna) che, invece, erano in precedenza sottratti a qualsiasi tipo di verifica, con l'effetto che potevano tranquillamente aversi un capo dipartimento di un ministero o un dirigente provenienti, ad esempio, da un'impresa operante in un settore regolato dal ministero stesso.

Ma non meno importante è anche la previsione – applicabile a tutti i dipendenti, compresi i dirigenti – della necessaria valutazione, in sede di autorizzazione di incarichi esterni all'amministrazione, che gli stessi non si pongano in conflitto con l'esercizio della funzione (*infra* §7).

Il quadro normativo risultante dal d.lgs. n. 39/2013, per quanto a prima vista ispirato a una logica di geometrica simmetria, risulta estremamente articolato, complesso, di non agevole lettura. In questa sede, tuttavia, è sufficiente – oltre che indispensabile – offrirne una sommaria descrizione³⁵.

Anzitutto è opportuno muovere dalle tipologie di incarichi oggetto della nuova disciplina, ossia quegli incarichi dirigenziali (in senso lato) nei confronti dei quali è più avvertita l'esigenza di una protezione da ingerenze indebite.

Il d.lgs. n. 39/2013 distingue in proposito quattro diversi tipi di incarichi dirigenziali, ossia gli amministrativi di vertice (o apicali)³⁶, gli incarichi dirigenziali,

corruzione, cit., 192: “la disciplina del cosiddetto “conflitto di interessi” si trasforma: da regolazione dei comportamenti da tenersi nello svolgimento delle funzioni pubbliche (generale dovere di imparzialità, dovere di astensione e di previa dichiarazione in caso di conflitto) diviene disciplina che limita o addirittura preclude l'accesso a determinate cariche pubbliche per chi possa ritenersi portatore privilegiato di interessi anche potenzialmente in conflitto con l'esercizio imparziale della funzione pubblica”. Negli stessi termini anche M. RAMAJOLI, *Inconferibilità e incompatibilità di incarichi nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 581.

³⁴Per una sintetica ricognizione della regolamentazione previgente – che si esauriva sostanzialmente nella disciplina delle incompatibilità *ex art.* 53 d.lgs. n. 165/2001 – e sui suoi limiti si veda F. MERLONI, *Nuovi strumenti di garanzia dell'imparzialità delle amministrazioni pubbliche: l'inconferibilità e incompatibilità degli incarichi (art. 1, commi 49 e 50)*, in B.G. MATTARELLA e M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, cit., 193-195, nonché ID., *Inconferibilità e incompatibilità degli incarichi*, in *www.treccani.it* (2014).

³⁵Per un'analisi più accurata si vedano i commenti alla normativa citati alla nota 32.

³⁶Ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. i), d.lgs. n. 39/2013 per *incarichi amministrativi di vertice* si intendono “gli incarichi di livello apicale, quali quelli di Segretario generale, capo Dipartimento, Direttore generale o posizioni assimilate nelle pubbliche amministrazioni e negli enti di diritto privato in controllo pubblico, conferiti a soggetti interni o esterni all'amministrazione o all'ente che conferisce l'incarico, che non comportano l'esercizio in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione”.

interni ed esterni³⁷, gli incarichi di amministratore di enti pubblici e di enti privati in controllo pubblico³⁸.

Quanto all'ambito soggettivo di applicazione, le disposizioni del decreto riguardano gli incarichi delle tipologie sopra citate conferiti nelle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, comprese le autorità indipendenti, nonché negli enti di diritto privato in controllo pubblico, ossia *società o altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici sottoposti a controllo ai sensi dell'articolo 2359 c.c. da parte di amministrazioni pubbliche, oppure gli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi* (art. 1, comma 2, lett. c). Si tratta, come si vede, di una definizione molto ampia, volta ad offrire una nozione allargata di soggetto pubblico e, di conseguenza, un'applicazione particolarmente estesa della nuova disciplina.

Il rafforzamento dell'imparzialità soggettiva viene assicurato sia in termini di inconfiribilità degli incarichi, sia in termini di incompatibilità.

Il primo dei due rimedi costituisce una vera e propria novità in quanto preclude in radice la possibilità di accedere all'incarico a "soggetti che provengano da posizioni che possano pregiudicare l'aspettativa di un esercizio imparziale dell'incarico" stesso³⁹.

L'inconfiribilità, peraltro, non costituisce una preclusione permanente alla possibilità di vedersi attribuito l'incarico, ma si configura piuttosto come "periodo di raffreddamento" la cui durata è variamente definita dal legislatore a seconda delle diverse cause che danno luogo a non conferibilità dell'incarico (es. la rilevanza politica della carica ricoperta o il collegamento anche territoriale con l'amministrazione che conferisce l'incarico).

La legge, infatti, non intende impedire in modo definitivo l'accesso all'incarico a determinati soggetti, ma "soltanto" evitare che questi passino senza soluzione

³⁷ Ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. j) e k), d.lgs. n. 39/2013 per *incarichi dirigenziali* si intendono "gli incarichi di funzione dirigenziale, comunque denominati, che comportano l'esercizio in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione, nonché gli incarichi di funzione dirigenziale nell'ambito degli uffici di diretta collaborazione, conferiti a dirigenti o ad altri dipendenti (...) appartenenti ai ruoli dell'amministrazione che conferisce l'incarico ovvero al ruolo di altra pubblica amministrazione" (incarichi dirigenziali interni) ovvero a "soggetti non muniti della qualifica di dirigente pubblico o comunque non dipendenti di pubbliche amministrazioni" (incarichi dirigenziali esterni).

³⁸ Ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. l) per *incarichi di amministratore di enti pubblici e di enti privati in controllo pubblico* si intendono "gli incarichi di Presidente con deleghe gestionali dirette, amministratore delegato e assimilabili, di altro organo di indirizzo delle attività dell'ente, comunque denominato, negli enti pubblici e negli enti di diritto privato in controllo pubblico".

³⁹ Le parole tra virgolette sono di F. MERLONI, *Il regime delle inconfiribilità e incompatibilità nella prospettiva dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, cit., 808.

di continuità da un incarico politico ovvero presso un soggetto privato regolato dall'amministrazione che conferisce l'incarico all'esercizio di funzioni pubbliche. In tal modo, tra l'altro, risulta salvaguardata la possibilità di uno scambio tra esperienze nel settore privato e quello pubblico, ma si tratta ora di una possibilità che incontra un più rigoroso limite nel rispetto del principio di imparzialità.

Tre sono le ipotesi di inconfiribilità delineate dal decreto: anzitutto gli incarichi di cui si è detto non possono essere conferiti a soggetti che abbiano riportato condanne penali, anche non definitive, per reati contro la pubblica amministrazione.

In secondo luogo gli incarichi non possono essere conferiti a coloro che abbiano svolto incarichi o ricoperto cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati da pubbliche amministrazioni o dall'ente pubblico che conferisce l'incarico o abbiano svolto in proprio attività professionali, se queste sono regolate, finanziate o comunque retribuite dall'amministrazione che conferisce l'incarico.

In terzo luogo l'inconfiribilità si estende a coloro che siano stati componenti di organi di indirizzo politico di livello nazionale (ma in misura limitata)⁴⁰, regionale o locale ovvero a coloro che siano stati presidente o amministratore delegato di enti di diritto privato in controllo pubblico.

Diversa è la *ratio* sottesa alle tre previsioni sopra riportate.

Mentre nel primo caso l'inconfiribilità è prevista a garanzia dell'immagine dell'amministrazione (il che giustifica la non conferibilità dell'incarico anche se la sentenza di condanna non è definitiva), nella seconda ipotesi – stante la provenienza del soggetto destinatario dell'incarico da enti privati regolati o finanziati dalla p.a. – si vuole impedire che l'esercizio delle funzioni pubbliche possa essere impropriamente condizionato da particolari interessi privatistici.

Nel terzo caso, infine, il divieto di accesso all'incarico, più che essere fondato su un potenziale conflitto di interessi, costituisce una manifestazione nuova e più penetrante del principio di distinzione/separazione tra funzioni di indirizzo politico e funzioni di gestione e amministrative, nel senso che ciò che si vuole evitare è la contemporanea titolarità di un incarico politico e di altro incarico, in un diverso soggetto pubblico, di tipo amministrativo-gestionale⁴¹.

Venendo all'incompatibilità, occorre dire che si tratta di una misura già nota all'ordinamento, ma che viene ora declinata in un senso più specifico.

Mentre infatti in precedenza il regime delle incompatibilità nel pubblico impiego era ispirato essenzialmente al principio di esclusività della prestazione lavorativa in una logica di buon andamento, ossia al fine di evitare la distrazione di energie lavorative dell'impiegato in attività estranee a quelle oggetto del rapporto di lavoro, l'attuale regime delle incompatibilità mette al centro il principio di im-

⁴⁰ Al riguardo l'art. 6 prevede che per le cariche di Presidente del Consiglio dei ministri, Ministro, Vice Ministro, sottosegretario di Stato e di commissario straordinario del Governo si applicano i divieti di cui alla legge Frattini. Resta invece esclusa la carica di parlamentare.

⁴¹ In questa prospettiva v. G. SIRIANNI, *La necessaria distanza tra cariche politiche e cariche amministrative*, cit.

parzialità, prescrivendo il divieto di permanenza nell'incarico di un soggetto che si trovi in conflitto di interessi.

Le ipotesi di incompatibilità ricalcano in larga misura quelle di inconferibilità, sia pure con alcune inevitabili differenze (ad esempio, mentre l'inconferibilità di incarichi a soggetti che provengono da organi di indirizzo politico si applica ai soli dirigenti esterni, l'incompatibilità riguarda, ovviamente, anche i dirigenti interni i quali, durante lo svolgimento dell'incarico, non possono assumere cariche politiche).

Il decreto, in particolare, disciplina due distinte ipotesi di incompatibilità: la prima si pone tra incarichi amministrativi e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dall'amministrazione nonché tra gli stessi incarichi e le attività professionali; la seconda, invece, è tra incarichi amministrativi e cariche di componenti di organi di indirizzo politico.

Anche in questo caso la *ratio* sottesa alle due previsioni è diversa: da un lato si tratta di evitare conflitti di interessi e, dall'altro lato, occorre "interrompere un sistema di larga sovrapposizione tra incarichi politici e incarichi negli enti di diritto privato in controllo pubblico, dove la privatizzazione formale dell'ente è spesso usata come schermo per nascondere lo stretto collegamento funzionale tra le amministrazioni pubbliche, i loro organi di indirizzo politico e gli amministratori degli enti privati in controllo pubblico"⁴².

A presidiare l'effettività di questo complesso e articolato impianto normativo sono posti, sul versante interno a ciascuna pubblica amministrazione (o ente privato in controllo pubblico), il responsabile di prevenzione della corruzione e, sul versante esterno, l'Autorità Nazionale Anticorruzione, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, limitatamente ai profili relativi alla legge n. 215/2004, e la Corte dei conti, con riferimento all'accertamento di eventuali responsabilità amministrative.

Al responsabile della prevenzione della corruzione spetta in particolare il compito di contestare all'interessato l'esistenza o l'insorgenza delle situazioni di inconferibilità o incompatibilità nonché di segnalare all'ANAC, all'AGCM e alla Corte dei conti, in relazione ai rispettivi profili di competenza, i casi di possibile violazione delle norme del decreto.

All'ANAC spetta invece un generale potere di vigilanza, anche mediante l'esercizio di poteri ispettivi e di accertamento di singole fattispecie di conferimento di incarichi.

L'Autorità, in particolare, può disporre la sospensione del procedimento di conferimento, formulando osservazioni e rilievi in ordine ai quali sull'amministrazione conferente grava un onere di motivazione rafforzato, laddove la stessa intenda comunque procedere ad assegnare l'incarico.

⁴² Così F. MERLONI, *Il regime delle inconferibilità e incompatibilità nella prospettiva dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, cit., 813-814.

Infine, a conclusione di questa succinta disamina della disciplina normativa, è da dire delle sanzioni che assistono la violazione delle regole sulla inconfiribilità e incompatibilità.

Quanto alla violazione delle norme sull'inconfiribilità, le sanzioni colpiscono tanto l'atto di conferimento e il relativo contratto, per i quali è sancita la nullità, quanto i soggetti che abbiano conferito incarichi dichiarati nulli. Questi ultimi, in particolare, oltre ad incorrere in eventuale responsabilità erariale, non possono per tre mesi conferire ulteriori incarichi di loro competenza e il relativo potere è esercitato da organi sostitutivi.

Di contro, quanto alla violazione delle norme sull'incompatibilità è prevista la decadenza dall'incarico e la risoluzione del relativo contratto decorsi quindici giorni dalla contestazione mossa all'interessato da parte del responsabile di prevenzione della corruzione, salvo che durante tale termine non si provveda a rimuovere la causa dell'incompatibilità.

Da ultimo, una sanzione particolarmente severa è prevista anche per i destinatari dell'incarico i quali, sia all'atto del conferimento, sia nel corso dell'incarico (con cadenza annuale), sono tenuti a presentare, rispettivamente, una dichiarazione di insussistenza di una causa di inconfiribilità o di incompatibilità. La dichiarazione mendace, infatti, comporta l'inconfiribilità di qualsiasi incarico per un periodo di cinque anni.

5. (segue) *Profili problematici: ambito soggettivo di applicazione e tipologia degli incarichi*

Così sinteticamente descritte le principali novità introdotte dal d.lgs. n. 39/2013 è possibile ora svolgere qualche considerazione problematica, anche alla luce delle prime indicazioni che provengono dalla prassi applicativa dell'ANAC e dalla giurisprudenza amministrativa.

Per ragioni di chiarezza espositiva tali osservazioni possono essere condensate attorno a due ordini di questioni: anzitutto è opportuno svolgere alcune riflessioni in relazione all'ambito applicativo della nuova disciplina, in particolare con riferimento all'ambito soggettivo di applicazione e alle tipologie di incarichi incompatibili.

In secondo luogo, si rende opportuna qualche riflessione con riguardo all'effettività dei complessi meccanismi delineati dalla normativa in esame.

Circa il primo versante si è già detto che il decreto adotta una nozione molto ampia di soggetto pubblico, comprensiva non soltanto delle amministrazioni elencate nella nozione tradizionale di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 (comprese le autorità indipendenti), ma anche degli "enti di diritto privato in controllo pubblico", ossia di soggetti che, pur formalmente privati, sarebbero sostanzialmente assimilabili a una pubblica amministrazione in quanto da essa controllati.

Il decreto, dunque, al fine di aumentare le garanzie di imparzialità soggettiva di coloro che, in seno a tali soggetti pubblici, sono chiamati a svolgere funzioni di amministrazione e di gestione o di coordinamento, individua, come si è detto, quali tipologie di incarichi dirigenziali siano “da proteggere” e, in relazione ad esse, indica, da un lato, le cariche politiche e, dall'altro lato, gli incarichi in enti di diritto privato regolati o finanziati la cui titolarità dà luogo a inconfiribilità o incompatibilità.

La dottrina ha salutato con favore la scelta del legislatore di non intervenire “attraverso la imposizione di nuovi vincoli e divieti *speciali* (riguardanti cioè particolari categorie di politici – parlamentari sindaci ministri – in relazione ad altrettanto specifici uffici della p.a.), ma nella forma della introduzione di una limitazione generale ed orizzontale, estesa ad ogni organo politico, in rapporto a tutti i più importanti uffici amministrativi che risultano compresi nell'ambito del bacino della sua sfera territoriale di influenza”⁴³.

È anche vero, tuttavia, che si tratta di una scelta non priva di problematicità, soprattutto perché, come ora si dirà, l'aver fornito definizioni molto ampie e generali se per un verso ha il pregio di offrire una regolamentazione tendenzialmente completa ed esaustiva della materia, rischia, per altro verso, di andare a scapito della precisione nella individuazione degli enti destinatari della nuova disciplina e degli incarichi inconfiribili e incompatibili⁴⁴.

Alcuni problemi si pongono anzitutto al livello delle definizioni normative. Sul punto è necessario soffermarsi brevemente.

Si è detto in precedenza che l'inconfiribilità (ma un discorso analogo può farsi per l'incompatibilità) di incarichi amministrativi riguarda, tra l'altro, coloro che abbiano dismesso – da un periodo di tempo variamente stabilito – la titolarità di una carica politica.

Tra gli organi di indirizzo politico sono compresi – oltre ovviamente a quelli tradizionali presso le amministrazioni statali, regionali e locali (ministro, sindaco, componente del consiglio o della giunta, ecc.) – anche gli “*organi di indirizzo di enti pubblici o di enti di diritto privato in controllo pubblico, nazionali, regionali e locali*” (così l'art. 1, comma 2, lett. f).

⁴³ Così G. SIRIANNI, *La necessaria distanza tra cariche politiche e cariche amministrative*, cit., 816.

⁴⁴ Al di là del fatto che, malgrado la generalità delle definizioni, le norme presentano comunque diverse lacune. Si tratta tuttavia, forse, di lacune mai definitivamente colmabili, stante la estrema varietà di situazioni che possono in concreto venire in rilievo. Al riguardo comunque diverse mancanze sono già state evidenziate dalla dottrina o dalla stessa ANAC. Sul primo fronte è stato ad esempio notato che l'art. 6 non contempla la carica di parlamentare tra quelle che danno luogo a inconfiribilità di incarichi (cfr. sul punto G. SIRIANNI, *La necessaria distanza tra cariche politiche e cariche amministrative*, cit., 820). Sul secondo fronte è stato notato che l'art. 3, relativo all'inconfiribilità di incarichi in caso di condanna penale per reati contro la p.a., non si applica agli incarichi amministrativi di vertice negli enti di diritto privato in controllo pubblico (cfr. ANAC, delibera 22 dicembre 2015, n. 166). Discorso analogo per quanto riguarda l'art. 7 (cfr. ANAC, delibera 21 dicembre 2016, n. 1348).

Di contro, lo stesso articolo, alla lett. l, nel definire gli incarichi inconferebili a chi sia stato titolare di una carica politica, vi include gli “incarichi di amministratore di enti pubblici e di enti privati in controllo pubblico” ossia “*gli incarichi di Presidente con deleghe gestionali dirette, amministratore delegato e assimilabili, di altro organo di indirizzo delle attività dell'ente, comunque denominato, negli enti pubblici e negli enti di diritto privato in controllo pubblico*”.

Già qui, dunque, si pone un primo problema, in quanto da tali definizioni sembra ricavarsi che le cariche in “organi di indirizzo” (l'espressione ricorre in entrambe le definizioni) negli enti pubblici e negli enti privati in controllo pubblico rilevino sia come cariche politiche (lett. f) sia come incarichi amministrativi inconferebili (lett. l).

Si tratta, all'evidenza, di una contraddizione e, anche, di un probabile eccesso di delega stante il fatto che la legge n. 190/2012, con riferimento a questo specifico profilo, si riferiva a casi di *non conferibilità di incarichi dirigenziali a soggetti estranei alle amministrazioni (...) che abbiano fatto parte di organi di indirizzo politico o abbiano ricoperto cariche pubbliche elettive*⁴⁵.

Passando dal piano delle definizioni a quello delle regole, viene poi in rilievo l'art. 7, relativo alla inconferebilità di incarichi a componenti di organo politico di livello regionale e locale.

⁴⁵ Di tale contraddizione e dell'eccesso di delega è consapevole anche l'Autorità Anticorruzione che, sia nell'atto di segnalazione n. 4 del 10 giugno 2015, sia nella relazione finale della Commissione di studio per la revisione della disciplina vigente in materia di inconferebilità e incompatibilità (entrambi i documenti sono reperibili sul sito dell'Autorità), ha proposto di eliminare, tra le cause di inconferebilità per provenienza da cariche politiche, la provenienza da cariche in enti di diritto privato in controllo pubblico. In quest'ultimo documento, in particolare, la Commissione ha affermato che “nel disciplinare l'inconferebilità di incarichi a componenti di organo politico di livello regionale e locale l'art. 7, commi 1 e 2, individua i soggetti coinvolti nei membri delle giunte e dei consigli, e nei presidenti o amministratori di enti privati in controllo pubblico. Mentre il coinvolgimento dei primi è del tutto ineccepibile, quello dei secondi andrebbe riconsiderato. La legge delega (art. 1, comma 50) indica i soggetti interessati dalle limitazioni post-mandato in coloro che “abbiano fatto parte di organi di indirizzo politico o abbiano ricoperto cariche pubbliche elettive” stabilendo due criteri ben circostanziati e da intendersi in termini tassativi: la titolarità di un mandato elettivo e (congiuntamente, o alternativamente) il fatto di essere stati investiti di una funzione di indirizzo politico. La delega ha, cioè, previsto l'interessamento dei titolari di indirizzo politico (tanto elettivi, come i presidenti delle giunte regionali o i sindaci, quanto di nomina (come i titolari di cariche di governo o i membri delle giunte) e di coloro che sono stati investiti attraverso procedure elettorali (anche se, per ipotesi, non partecipi passero a funzioni di indirizzo politico). Nel caso dei presidenti e degli amministratori, tanto degli enti pubblici (si tratta degli enti pubblici diversi dalle amministrazioni territoriali; cioè degli enti da esse istituiti o vigilati), quanto degli enti privati in controllo pubblico, non si riscontra nessuno di tali presupposti: le cariche non comportano, infatti, la titolarità di funzioni di indirizzo politico (in senso stretto come ipotizza la delega del comma 50), ma piuttosto di funzioni di indirizzo politico-amministrativo (per gli enti pubblici) e di indirizzo politico “aziendale” (per gli enti di diritto privato in controllo pubblico), ma sempre in attuazione dell'indirizzo politico ricevuto; esse comunque non sono attribuite attraverso elezioni. (...) In conclusione, queste inconferebilità non trovano una copertura nei principi della delega, ed andrebbero rimosse, correggendo il d.lgs. n. 39 per ricondurlo alla delega attribuita dalla legge n. 190”.

La disposizione stabilisce, tra l'altro, che a coloro che siano stati presidente o amministratore delegato di un ente di diritto privato in controllo pubblico (regionale o locale) non possano essere conferiti incarichi di amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico (di livello regionale o locale).

Anche in questo caso, dunque, il presidente o l'amministratore delegato di un ente di diritto privato in controllo pubblico è considerato, allo stesso tempo, organo di indirizzo politico e – alla luce del combinato disposto degli art. 7, comma 1, lett. d); 7, comma 2, lett. d) e 1, comma 2, lett. l) – organo amministrativo.

Tale contraddizione si riflette, ovviamente, nella prassi applicativa.

Così, solo a titolo esemplificativo, si possono citare alcuni casi in cui l'Autorità Anticorruzione, in applicazione dell'art. 7, ha dovuto ritenere sussistente una situazione di inconfiribilità di un incarico di amministratore unico in una società partecipata da enti locali ad un soggetto che era già amministratore unico di altra società in controllo pubblico da parte dei medesimi enti⁴⁶. Com'è evidente in questi casi, la carica di amministratore unico assume una doppia rilevanza, dapprima come organo politico (di indirizzo) e successivamente come organo amministrativo (di gestione).

Tuttavia, mentre è del tutto coerente con la *ratio* della legge il divieto per il medesimo soggetto di cumulare una carica politica, ad esempio quella di sindaco, con un incarico di amministratore delegato presso una società partecipata dal comune – in quanto, come detto, fine della disciplina è realizzare una più rigorosa distinzione tra politica e amministrazione – non altrettanto coerente deve ritenersi il divieto di cumulare la carica di amministratore delegato in due diverse società partecipate operanti nel medesimo bacino politico territoriale. In questo caso, infatti, la disciplina finirebbe per risolversi in un divieto generalizzato di cumulo di incarichi la cui *ratio* appare difficilmente riconducibile al principio imparzialità.

Ulteriori profili problematici possono essere sollevati passando a considerare le ipotesi di inconfiribilità derivanti dall'essere stati titolari di cariche in enti di diritto privato regolati e finanziati.

Anche in questo caso, infatti, vi sono alcune difficoltà derivanti in particolare dal non agevole coordinamento tra la definizione di “enti di diritto privato regolati o finanziati” offerta dall'art. 1, comma 2, lett. d) e quella di “enti di diritto privato in controllo pubblico”⁴⁷.

⁴⁶ ANAC, delibera 9 novembre 2016, n. 1184; Id., delibera 30 novembre 2016, n. 129, Id., delibera 13 gennaio 2016, n. 45, tutte reperibili sul sito www.anticorruzione.it. Si veda anche, sebbene riferito a una carica presso un ente pubblico, l'orientamento dell'ANAC, 6 maggio 2016, n. 16, in cui l'Autorità ha ritenuto sussistente l'ipotesi di inconfiribilità (di cui all'art. 7, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 39/2013) dell'incarico di presidente di un'azienda speciale consortile a un soggetto che nei due anni precedenti era stato commissario straordinario del medesimo ente.

⁴⁷ Ai sensi della lettera d) si intendono per *enti di diritto privato regolati o finanziati*, le società e gli altri enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, nei confronti dei quali l'amministrazione che conferisce l'incarico: 1) svolga funzioni di regolazione dell'attività principale che comportino,

In apparenza, il significato della nozione di “enti di diritto privato regolati o finanziati” sembra chiaro. Si tratta, com'è stato notato, di individuare quelle imprese private che hanno un rapporto qualificato con l'amministrazione che conferisce l'incarico, in quanto sono da essa regolate o finanziate in modo stabile o duraturo, al fine di evitare un possibile conflitto tra interessi privati della società e interessi pubblici connessi allo svolgimento dell'incarico dirigenziale⁴⁸. Sembra dunque doversene ricavare che si tratti di soggetti diversi da quelli, solo formalmente privati, ma sostanzialmente pubblici, rappresentati dagli “enti di diritto privato in controllo pubblico”.

Tuttavia, in concreto, la distinzione può essere più difficile, ben potendosi dare il caso di un soggetto che presenti i requisiti per essere considerato sia “ente di diritto privato in controllo pubblico” da parte di una amministrazione, sia “ente di diritto privato regolato o finanziato” da parte della stessa o di altra amministrazione⁴⁹.

Addirittura, secondo un'interpretazione autorevolmente sostenuta gli “enti di diritto privato in controllo pubblico” non sarebbero altro che una *species* del *genus* “enti di diritto privato regolati o finanziati”⁵⁰.

anche attraverso il rilascio di autorizzazioni o concessioni, l'esercizio continuativo di poteri di vigilanza, di controllo o di certificazione; 2) abbia una partecipazione minoritaria nel capitale; 3) finanzia le attività attraverso rapporti convenzionali, quali contratti pubblici, contratti di servizio pubblico e di concessione di beni pubblici. Anche in questo caso l'Autorità Anticorruzione non ha mancato di evidenziare i profili di complessità della nozione sia con riferimento all'interpretazione, cumulativa o disgiuntiva, dei tre requisiti di cui all'art. 1, comma 2, lett. d) (regolazione, partecipazione azionaria, finanziamento), sia – soprattutto – con riferimento al coordinamento tra le definizioni di “ente di diritto privato in controllo pubblico” e di “ente di diritto privato regolato o finanziato”.

⁴⁸F. MERLONI, *Il regime delle inconfiribilità e incompatibilità nella prospettiva dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, cit., 810: “l'obiettivo della disposizione non è l'ampliamento del campo delle pubbliche amministrazioni, ma l'individuazione e delimitazione di quel vasto mondo delle imprese private che hanno rapporti con le amministrazioni perché sono da queste regolate o finanziate. L'evidente interesse di queste imprese a condizionare le scelte amministrative in senso favorevole ai propri interessi sconsigliano di conferire (sempre per un periodo limitato) incarichi a chi provenga dalla cura di questi interessi”.

⁴⁹Per un caso concreto si veda la delibera dell'ANAC 16 novembre 2016, n. 1189, con la quale l'Autorità ha rilevato la sussistenza di una causa di inconfiribilità di un incarico di capo dipartimento del ministero delle infrastrutture e dei trasporti ad un soggetto che nei due anni precedenti era stato direttore operativo di una società di proprietà di Ferrovie dello Stato S.p.a. (società a sua volta in controllo pubblico), ma vigilata dallo stesso ministero delle infrastrutture. In questa delibera l'ANAC afferma che la società di provenienza dell'aspirante all'incarico “rientra nell'ambito degli enti di diritto privato in controllo pubblico ed è anche un ente regolato o finanziato dal ministero delle infrastrutture e dei trasporti”.

⁵⁰In questo senso si è espressa la Commissione di studio per la revisione della disciplina vigente in materia di inconfiribilità e incompatibilità istituita presso l'Autorità (e presieduta da uno dei membri del Collegio dell'Autorità stessa) nella relazione finale citata *supra* (p. 23): “gli ‘enti di diritto privato regolati o finanziati’ devono quindi intendersi come un cerchio più ampio, al cui interno riposa un cerchio più piccolo costituito dagli ‘enti di diritto privato in controllo pubblico’. Le due categorie non sono totalmente distinte, ma la seconda, più ristretta, è contenuta nella prima,

Tale interpretazione riposa sull'idea che, diversamente opinando, ossia ritenendo le due nozioni come nettamente separate, “il riferimento agli enti di diritto privato regolati o finanziati precluderebbe l'applicazione, sul lato attivo, di norme importanti agli enti di diritto privato in controllo pubblico”⁵¹.

Detto in positivo, una netta distinzione tra le due nozioni determinerebbe, ad esempio, la possibilità – ritenuta invece assolutamente implausibile – di conferire un incarico di vertice in un ministero a un soggetto che abbia rivestito l'incarico di amministratore delegato in un ente privato in controllo pubblico statale.

Per quanto si possano intuire le ragioni pratiche sottese a tale interpretazione, la stessa, tuttavia, non appare pienamente convincente, risultando problematico il fatto che, ai fini della medesima disciplina, la natura di un ente possa essere considerata privata e pubblica nello stesso tempo. Il rischio, anche qui, è che nel tentativo di estendere quanto più possibile l'ambito di applicazione della normativa si giunga ad effetti distorti e al perseguimento di scopi diversi da quelli voluti dal legislatore.

Il corretto funzionamento dei dispositivi posti in essere dal d.lgs. n. 39/2013, proprio in quanto fondati sul conflitto tra interessi contrapposti, postula invece una chiara distinzione tra i soggetti che sono portatori di interessi pubblici e i soggetti che sono portatori di interessi privati.

Tale distinzione, tuttavia, com'è noto, non è affatto agevole quando si tratti di società pubbliche e lo è ancor meno in presenza di definizioni come quelle offerte dal decreto n. 39/2013 che aspirerebbero a disciplinare per intero tale complesso e variegato fenomeno sia sul versante, per così dire, della “destinazione”, considerando cioè tali società come pubbliche amministrazioni i cui incarichi devono essere protetti dal condizionamento di interessi privati, sia su quello della “provenienza”, considerandole viceversa come soggetti privati i cui vertici potrebbero indebitamente influenzare l'esercizio della funzione pubblica. In questo senso, la disciplina delle inconfiribilità sconta difficoltà ancora più gravi di quelle che, su diversi piani e con riferimento ad altre discipline, discendono dall'incerto inquadramento delle società e degli altri enti di diritto privato in mano pubblica.

più estesa”. Questa interpretazione sembra essere accolta, sia pure solo implicitamente, anche in giurisprudenza. Esemplificativo in questo senso è un caso relativo alla conferibilità dell'incarico di presidente della Camera di Commercio Industria Agricoltura e Artigianato di Roma ad un soggetto che aveva nei due anni precedenti ricoperto la carica di presidente di una società strumentale della stessa CCIAA. Il TAR del Lazio, infatti, pur avendo qualificato la società di provenienza come “ente di diritto privato a controllo pubblico, essendo [la stessa] controllata dalla CCIAA di Roma, e dunque da un'amministrazione pubblica, ai sensi dell'art. 2359 c.c.” ha ritenuto sussistente l'inconfiribilità dell'incarico ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 39/2013, norma che, tuttavia, riguarda i casi di inconfiribilità di incarichi a soggetti provenienti da “enti diritto privato regolati o finanziati” dalle pubbliche amministrazioni. Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III *ter*, 19 aprile 2016, n. 4567, in *www.lexitalia.it*. La sentenza è stata riformata in appello, sebbene con riferimento a profili del tutto diversi. Anche il Consiglio di Stato, infatti, ha dato per scontata l'applicabilità al caso in questione dell'art. 4. Cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2016, n. 4009, in *www.lexitalia.it*.

⁵¹ Così ancora la relazione finale della Commissione di studio a p. 22.

6. (segue) *Ulteriori profili problematici: riparto delle competenze tra ANAC e responsabile della prevenzione della corruzione e verifica della dichiarazione resa dall'aspirante all'incarico*

Un secondo ordine di osservazioni critiche riguarda, come detto, l'effettività dei meccanismi disegnati dalla normativa in esame, in particolare in relazione al riparto delle competenze tra ANAC e responsabile di prevenzione della corruzione.

Si è già visto prima (*supra* § 4) che a presidiare il complesso sistema di cui al d.lgs. n. 39/2013 sono posti il responsabile di prevenzione della corruzione, sul versante interno a ciascuna amministrazione, e l'ANAC sul versante esterno. Mentre il primo "cura" che siano rispettate le disposizioni del decreto e a tal fine "contesta all'interessato l'esistenza o l'insorgere delle situazioni di inconferibilità o incompatibilità (art. 15), l'Autorità "vigila" sul rispetto delle disposizioni del decreto "anche con l'esercizio di poteri ispettivi e di accertamento di singole fattispecie di conferimento di incarichi" (art. 16, comma 1).

L'Autorità, in particolare, come si è detto, può sospendere la procedura di conferimento di un incarico con un proprio provvedimento che contiene osservazioni o rilievi sull'atto di conferimento, nonché segnalare il caso alla Corte dei conti per l'accertamento di eventuali responsabilità amministrative, fermo restando che l'amministrazione può comunque procedere al conferimento motivando in ordine alle osservazioni formulate dall'Autorità nel provvedimento di sospensione (art. 16, comma 2).

Il riparto delle competenze tra ANAC e responsabile necessita di essere più attentamente esaminato⁵².

Secondo l'interpretazione offerta dalla stessa Autorità, le due ipotesi di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 16 sarebbero da tenere distinte⁵³.

Mentre per gli incarichi in corso di conferimento l'Autorità sarebbe titolare soltanto del potere di sospensione del procedimento, per gli incarichi già conferiti l'ANAC sarebbe titolare di autonomi poteri di accertamento capaci di superare una eventuale diversa valutazione da parte dell'amministrazione conferente e del responsabile. In altri termini, "se l'ANAC viene chiamata, per volontà della stessa amministrazione o su segnalazione, ad accertare specifiche fattispecie di incarichi

⁵² Con atto di segnalazione al Governo e al Parlamento n. 5 del 9 settembre 2015, l'ANAC ha evidenziato l'imprecisione della normativa nella individuazione dei soggetti che hanno il potere di accertare le situazioni di inconferibilità e di incompatibilità. Già in quella occasione, peraltro, l'Autorità aveva prefigurato la possibilità che potesse essere essa stessa a dichiarare la nullità dell'atto di conferimento e del contratto, soprattutto nei casi in cui il responsabile della prevenzione si fosse limitato a segnalare il caso all'ANAC. Il citato atto di segnalazione è reperibile sul sito dell'Autorità.

⁵³ Cfr. delibera 3 agosto 2016, n. 833 recante *linee guida in materia di accertamento delle inconferibilità e delle incompatibilità degli incarichi amministrativi da parte del responsabile della prevenzione della corruzione. Attività di vigilanza e poteri di accertamento dell'ANAC in caso di incarichi inconferibili e incompatibili*, in particolare 9-10, reperibile sul sito web dell'Autorità.

già conferiti, questo accertamento è destinato a fare stato, salva sempre la possibilità di ricorso al giudice amministrativo contro il provvedimento dell'Autorità. (...) Nei casi di accertamento compiuto dall'Autorità, quindi, al responsabile della prevenzione della corruzione si deve ritenere preclusa ogni altra azione di accertamento, sul piano oggettivo, di violazioni delle norme del d.lgs. n. 39”⁵⁴.

Di conseguenza – sempre secondo l'interpretazione dell'Autorità – laddove il responsabile della prevenzione non si conformi agli esiti dell'accertamento condotto dall'ANAC e, per l'effetto, non prenda atto della nullità dell'incarico e non avvii il procedimento sanzionatorio nei confronti dell'organo che ha conferito l'incarico, all'Autorità residuerebbe un potere di ordine (desumibile dall'art. 1, comma 3, legge n. 190/2012) nei confronti del responsabile e dell'amministrazione di adottare gli atti conseguenti all'accertamento.

Questa tesi non convince e risulta altresì smentita dalla prima giurisprudenza chiamata a pronunciarsi in argomento che ha riconosciuto come il potere di dichiarare la nullità di un incarico spetti solo ed esclusivamente al responsabile della prevenzione della corruzione⁵⁵.

Il giudice amministrativo, inoltre, ha affermato che un'interpretazione “*che riconoscesse all'ANAC, nella suggestiva veste di “estremo garante” della materia dell'anticorruzione, l'esercizio di un potere di ordine talmente penetrante, tale da predeterminare il contenuto del provvedimento di competenza del RPC dell'ente vigilato, non sarebbe (...) accettabile, perché si porrebbe al di fuori del principio di legalità. Difatti, così opinando, si finirebbe per legittimare una forma di controllo sull'operato dell'ente vigilato talmente incisiva, da introdurre surrettiziamente, al di fuori di un adeguato riconoscimento delle previsioni legislative, l'esercizio di un vero e proprio potere dell'Autorità di sostituirsi all'ente vigilato; potere la cui esistenza, invece, è certamente da escludersi”*.

A tali condivisibili conclusioni, fondate in definitiva sulla considerazione che il dato di diritto positivo non autorizza a riconoscere l'esistenza né di un potere di accertamento autonomo e prevalente dell'ANAC né di un potere di ordine nei confronti del responsabile, se ne possono aggiungere di ulteriori, anche di ordine sistematico.

Si è detto che, ai sensi del comma 2 dell'art. 16, l'ANAC può disporre la sospensione del procedimento di conferimento, sebbene il provvedimento di sospensione non vincoli l'amministrazione e il responsabile nel senso della in-

⁵⁴ Le parole tra virgolette nel testo sono tratte dalla delibera n. 833/2016 citata alla nota precedente.

⁵⁵ TAR Lazio, Roma, sez. I, 14 novembre 2016, n. 11270, in *www.giustizia-amministrativa.it*. La sentenza è commentata in senso adesivo da R. MICALIZZI, *Il ruolo dell'ANAC nell'accertamento delle fattispecie di inconfiribilità di incarichi pubblici*, in *Giur. it.*, 2017, 744 ss. Si veda anche, sia pure in termini meno netti e precisi, stante la parziale diversità del caso concreto, TAR Lazio, Roma, sez. III, 8 giugno 2016, n. 6593, in *www.giustiziamministrativa.it*. Più in generale, considerazioni critiche sul tema sono svolte in dottrina da V. SESSA, *Funzioni e poteri in materia di accertamento di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e gli enti privati in controllo pubblico*, in *www.Giustamm.it* (2017).

conferibilità. Ci si potrebbe chiedere, allora, per quale ragione le determinazioni dell'ANAC non siano vincolanti quando sono emanate prima della nomina, mentre lo diventino quando essa è già avvenuta.

Al riguardo non è persuasivo quanto sostenuto dall'Autorità nelle sue linee guida, quando afferma che la sospensione sia una misura “di tipo cautelare e collaborativo che serve a richiamare l'amministrazione sul rispetto della disciplina in materia di inconfiribilità”.

A ben vedere, infatti, le esigenze di prevenzione sottese alla normativa in esame richiederebbero, semmai, che un eventuale potere di accertamento autonomo da parte dell'ANAC fosse previsto proprio e soprattutto prima del conferimento dell'incarico, anche al fine di evitare l'innescò delle varie conseguenze sanzionatorie connesse alla violazione della normativa (dichiarazione della nullità dell'incarico, avvio del procedimento sanzionatorio nei confronti dell'organo nominante, ecc.).

In altri termini, se davvero il legislatore avesse inteso dotare l'ANAC di un potere di ultima parola, sarebbe stato logico e coerente con le finalità della normativa – oltre che con esigenze di economicità dell'azione amministrativa – prevedere che tale potere potesse essere esercitato sin dal principio, ossia anche (e soprattutto) prima del conferimento dell'incarico. Il che, invece, è chiaramente smentito dal dato testuale della norma.

Inoltre, è da aggiungere che l'eventuale riconoscimento di poteri di accertamento e di ordine per gli incarichi già conferiti svuoterebbe sostanzialmente di senso la norma di cui al comma 2 dell'art. 16, giacché un tale riconoscimento comporterebbe la necessità di ammettere che una valutazione del responsabile difforme da quella fornita dall'ANAC possa essere comunque superata da un intervento *ex post* dell'Autorità.

Malgrado le incertezze della normativa, e nonostante le indicazioni fornite dalla giurisprudenza di primo grado, comunque, l'ANAC, in attesa di una parola definitiva da parte del Consiglio di Stato, ha mantenuto ferma la propria interpretazione e ha anzi ritenuto necessario precisare il ruolo e i poteri dell'Autorità⁵⁶.

A tal fine l'ANAC ha adottato un regolamento recante la disciplina dei procedimenti concernenti l'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di inconfiribilità e incompatibilità dov'è ribadito (art. 11) che il procedimento può concludersi, tra l'altro, con la “presentazione di osservazioni e rilievi su atti di conferimento di incarichi non ancora perfezionati, ai sensi dell'art. 16, comma 2 del decreto legislativo 8 aprile 2013 n. 39” (lett. c), oppure con un atto di “accertamento di specifiche situazioni di inconfiribilità e incompatibilità, ai sensi dell'art. 16, comma 1” (lett. d), o ancora con “l'ordine di adottare atti e provvedimenti conseguenti all'accertamento di situazioni inconfiribilità/incompatibilità ai sensi della precedente lettera d)”⁵⁷.

Ulteriori questioni problematiche attengono poi ai meccanismi di controllo.

⁵⁶ La sentenza del TAR Lazio n. 11270/2016 citata, infatti, è stata fatta oggetto di appello.

⁵⁷ Cfr. delibera 29 marzo 2017, n. 328, in *www.anticorruzione.it*.

L'art. 20 del d.lgs. n. 39/2013 prevede che all'atto del conferimento dell'incarico l'interessato presenti una dichiarazione sulla insussistenza delle cause di inconferibilità e tale dichiarazione, che deve essere pubblicata sul sito della pubblica amministrazione, è condizione per l'acquisizione dell'efficacia dell'incarico.

La stessa disposizione prevede inoltre che, ferma restando ogni altra responsabilità, la dichiarazione mendace comporta l'inconferibilità di qualsivoglia incarico per un periodo di cinque anni.

Il sistema si fonda, quindi, anzitutto su una dichiarazione resa dal destinatario dell'incarico, sotto la propria responsabilità, circa l'insussistenza di cause ostative al conferimento.

Alle responsabilità del dichiarante, peraltro, si aggiunge quella dell'organo che conferisce l'incarico. Infatti, secondo le indicazioni fornite dall'ANAC alle amministrazioni, l'autodichiarazione non è sufficiente ad esimere l'organo che conferisce l'incarico dalle responsabilità di cui all'art. 18⁵⁸. La dichiarazione, dunque, deve essere attentamente verificata da chi conferisce l'incarico mediante ulteriori approfondimenti, in mancanza dei quali potrebbe ritenersi integrato l'elemento soggettivo della colpa o del dolo ai fini dell'irrogazione della sanzione interdittiva al conferimento di incarichi per un periodo di tre mesi.

Su tutto ciò, infine, come detto, vigilano il responsabile della prevenzione della corruzione, cui competono la dichiarazione dell'eventuale nullità del conferimento e l'avvio del procedimento sanzionatorio, e l'ANAC.

Il sistema, così configurato, appare pesante e farraginoso e rischia di aumentare eccessivamente gli oneri burocratici in seno all'amministrazione, senza peraltro assicurare adeguate garanzie di effettività.

Più efficace, ai fini della verifica delle cause di incompatibilità, appare, invece, il modello francese dove, come si è detto, non è prevista un'autodichiarazione di insussistenza di cause di inconferibilità, ma – in positivo – una dichiarazione “*exhaustive, exacte et sincère*” degli interessi del funzionario, il quale è tenuto a rendere tutte una serie di informazioni, predeterminate, sulla base delle quali è l'organo politico (o l'Autorità sulla trasparenza, su richiesta dell'organo politico) a stabilire se sussista o meno un conflitto di interessi con le funzioni che si andranno a svolgere⁵⁹. Tale sistema, infatti, appare maggiormente idoneo a limitare la possibilità che la dichiarazione contenga elementi fuorvianti, ancorché non mendaci, in quanto forniti sulla base di una personale interpretazione della normativa (peraltro nient'affatto chiara, come si è detto) circa la sussistenza o meno di una causa di inconferibilità.

Sempre in prospettiva *de jure condendo*, infine, quanto all'organo preposto

⁵⁸Secondo l'Autorità (v. delibera n. 67/2015) l'organo che conferisce l'incarico non può e non deve attenersi a quanto dichiarato dal soggetto incaricato, ma è tenuto a verificare con la massima cautela se, in base agli atti conosciuti o conoscibili, vi siano cause di inconferibilità.

⁵⁹V. *supra* Capitolo 1, §4.

al controllo della dichiarazione, sarebbe opportuno che fosse individuato – a differenza di quanto accade nel sistema francese, dove non vige il principio di separazione tra politica e amministrazione – unicamente nel responsabile della prevenzione della corruzione e che fosse espressamente riconosciuta all'ANAC la legittimazione processuale ad impugnare dinanzi al giudice amministrativo gli atti di conferimento ritenuti nulli⁶⁰.

7. *Conflitto di interessi, incarichi extraofficio e pantouflage*

Se la disciplina delle inconfiribilità e incompatibilità riguarda, come si è detto, i dirigenti e i titolari di incarichi apicali nelle amministrazioni, per tutti gli altri dipendenti pubblici la fonte di disciplina delle incompatibilità continua ad essere l'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001⁶¹.

Con tale norma, in particolare, il legislatore ordinario ha reso concreto il vincolo di esclusività dell'impiego pubblico di cui all'art. 98 Cost., sebbene, come si è già visto, tale vincolo sia stato declinato fin qui prevalentemente nella logica del buon andamento, ossia per assicurare all'amministrazione la dedicazione integrale delle energie fisiche e intellettuali del proprio dipendente evitando che impegni *extraofficio* potessero ripercuotersi negativamente sulla prestazione lavorativa.

In linea generale, la disciplina dell'art. 53 mira a perseguire diversi obiettivi: anzitutto, definire i casi di attività esterne assolutamente incompatibili (facendo salve alcune tipologie di dipendenti pubblici per i quali sono stabilite deroghe di maggior favore), le ipotesi di attività extraistituzionali compatibili, ma previa autorizzazione, nonché i casi di attività sicuramente compatibili (c.d. attività liberalizzate).

⁶⁰ Analogamente a quanto già avviene in materia di contratti pubblici ai sensi dell'art. 211, comma 1-*bis*, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50. In base a tale disposizione, infatti, l'ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

⁶¹ Nell'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001 è confluito l'art. 58 del d.lgs. n. 29/1993 che faceva salvi, come si è visto nel capitolo 1, alcuni elementi tipici del rapporto di impiego pubblico fondato sul concetto di *status*, in particolare mediante il rinvio alla disciplina delle incompatibilità di cui agli artt. 60 ss. del vecchio testo unico del pubblico impiego (d.P.R. n. 3/1957). L'obbligo di esclusività contenuto nella speciale disciplina dell'impiego pubblico, infatti, è sconosciuto al diritto del lavoro privato nel quale sussiste unicamente un divieto per il prestatore di lavoro di trattare affari in concorrenza con l'imprenditore (art. 2105 c.c.). In generale, sulle incompatibilità nell'impiego pubblico vedi, tra i contributi più recenti, M. PALLA, *Commento all'art. 53 d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165*, in R. DE LUCA TAMAJO e O. MAZZOTTA, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, 2017, 1773 ss.; M. ROSSI, *Le norme generali in materia di incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi*, in V. TENORE, M. ROSSI, M.A. TILIA (a cura di), *Le incompatibilità per i pubblici dipendenti, le consulenze e gli incarichi dirigenziali esterni*, Milano, 2014, 121 ss. Sulla disciplina precedente, dettata dall'art. 58 del d.lgs. n. 29/1993, vedi, per tutti, L. PAOLUCCI, *Il regime delle incompatibilità (art. 58)*, in F. CARINCI e M. D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, vol. II, Milano, 2000, 1561 ss.

La norma prevede poi un sistema di monitoraggio delle attività extraistituzionali dei pubblici dipendenti affidato al Dipartimento della funzione pubblica che riceve dalle singole amministrazioni le comunicazioni relative agli incarichi conferiti o autorizzati nonché quelle relative ai compensi erogati dalle stesse amministrazioni o dai soggetti privati committenti (questi ultimi sono tenuti a comunicare all'amministrazione di appartenenza l'ammontare dei compensi erogati ai dipendenti pubblici).

Infine, è previsto un apposito sistema di sanzioni sia nei confronti dei dipendenti che violino le disposizioni in materia di incompatibilità sia nei confronti delle amministrazioni e dei soggetti privati committenti che conferiscano incarichi privi di autorizzazione.

Come si è detto, anche queste norme sono state oggetto di importanti modifiche ad opera della legge n. 190/2012 (art. 1, comma 42) nella logica del rafforzamento dell'imparzialità soggettiva del dipendente⁶².

Tre, in particolare, sono i profili che è opportuno qui segnalare.

Anzitutto, è stato introdotto un nuovo comma 3-*bis* che affida ad appositi regolamenti governativi l'individuazione degli incarichi assolutamente vietati. In tal modo vengono sottratti alle amministrazioni spazi di discrezionalità nella identificazione delle tipologie di incarichi sicuramente incompatibili con l'esercizio imparziale della funzione⁶³.

In secondo luogo, per quanto concerne gli incarichi esterni che possono essere svolti previa autorizzazione, le modifiche introdotte impongono che l'amministrazione, ai fini del rilascio dell'autorizzazione, debba sempre valutare se lo svolgimento dell'incarico possa dar luogo a una situazione di conflitto di interessi, anche potenziale, tale da pregiudicare l'esercizio imparziale delle funzioni attribuite al dipendente⁶⁴. In caso di esito positivo della verifica, l'autorizzazione deve essere senz'altro negata⁶⁵.

⁶² In argomento, B. PONTI, *Le modifiche all'art. 53 del unico sul lavoro alle dipendenze della p.a. (art. 1, commi 39-40 e 42-43)*, in B.G. MATTARELLA e M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, cit., 167 ss.; ID., *La regolazione dell'accesso agli incarichi esterni da parte dei dipendenti dopo la legge 190/2012: evoluzione del sistema e problemi di applicazione agli enti territoriali*, in *Ist. Fed.*, 2013, 409 ss.

⁶³ Tuttavia, sui gravi problemi applicativi del citato comma 3-*bis* v. le osservazioni di B. PONTI, *Le modifiche all'art. 53 del testo unico sul lavoro alle dipendenze della p.a. (art. 1, commi 39-40 e 42-43)*, cit., 173 ss. nonché ID., *La regolazione dell'accesso agli incarichi esterni da parte dei dipendenti dopo la legge 190/2012: evoluzione del sistema e problemi di applicazione agli enti territoriali*, cit., 419 ss.

⁶⁴ Si vedano le modifiche ai commi 5, 7 e 9 dell'art. 53 introdotte rispettivamente dall'art. 1 comma 42, lett. b) e c), legge n. 190/2012.

⁶⁵ Lo svolgimento di un incarico *extraofficio* senza autorizzazione dà luogo, oltre che a responsabilità disciplinare del dipendente, all'obbligo, in capo al soggetto erogante o, in difetto, al percettore, di versare il compenso dovuto per le prestazioni svolte all'amministrazione di appartenenza del dipendente. Inoltre, ai sensi del comma 9, il conferimento di un incarico in mancanza di autorizzazione è punito con una sanzione pecuniaria pari al doppio degli emolumenti corrisposti (così,

In terzo luogo, viene introdotto un apposito comma 16-ter che stabilisce il divieto per i dipendenti che negli ultimi tre anni di servizio abbiano esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni di svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri (c.d. *pantouflage*).

La violazione di tale divieto determina sanzioni molto gravi, vale a dire la nullità dei contratti stipulati e degli incarichi conferiti nonché l'interdizione ai soggetti privati committenti di contrattare con la pubblica amministrazione per i successivi tre anni⁶⁶.

Con tali modifiche, in definitiva, le garanzie di imparzialità soggettiva del dipendente pubblico sembrano ormai assicurate da un sistema di norme tendenzialmente completo.

Infatti, con riferimento all'accesso all'impiego l'imparzialità è assicurata dalla regola del concorso pubblico (e, ora, per i dirigenti esterni e per gli incarichi apicali dalla disciplina sopra esaminata della inconferibilità).

Con riguardo allo svolgimento della funzione, l'imparzialità è assicurata dalle regole sulle incompatibilità (e dai codici di comportamento).

A queste incompatibilità si aggiunge, ora, il divieto di *pantouflage* che mira a sterilizzare gli strumenti di condizionamento che potrebbero realizzarsi dopo la cessazione dal servizio e che farebbero dubitare in via retrospettiva dell'imparzialità del funzionario.

Quest'ultima particolare categoria di incompatibilità – già prevista per i componenti delle autorità di regolazione nei confronti delle imprese regolate – risponde infatti all'esigenza di evitare che durante il periodo di servizio il dipendente possa precostituirsi delle situazioni di vantaggio favorendo, attraverso un esercizio non imparziale delle funzioni affidategli, determinati soggetti privati destinatari dell'azione amministrativa. In sostanza, il dipendente potrebbe utilizzare a fini privati l'esercizio della funzione pubblica in cambio della promessa di vantaggi professionali una volta cessato dal rapporto di pubblico impiego.

Proprio con riferimento a tale ultimo istituto si rende opportuno svolgere

sulla base del rinvio all'art. 6, comma 1, d.l. 28 marzo 1997, n. 79). È da aggiungere che secondo la previsione originaria del comma 15 dell'art. 53, i soggetti (pubblici o privati) che avessero omesso di comunicare all'amministrazione di appartenenza del dipendente l'ammontare dei compensi erogati sarebbero incorsi nella medesima sanzione di cui al comma 9. Tale norma è stata dichiarata incostituzionale dalla Corte in quanto ritenuta "particolarmente vessatoria, atteso che viene a sovrapporsi irragionevolmente – nella stessa, grave misura – a quella già prevista per la mancata richiesta di autorizzazione" (così, Corte cost., 5 giugno 2015, n. 98, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2015, 815 ss., con nota di L. TORSELLO, *Cumulo di incarichi non autorizzati a pubblici dipendenti e regime delle sanzioni*, 820 ss.

⁶⁶Con formula lessicale di dubbio significato (e di dubbia effettività) la norma si chiude con l'espressione "con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti", con ciò probabilmente volendo intendere che nei confronti dell'ex dipendente pubblico (e non del privato datore di lavoro) è prevista una ulteriore sanzione oltre a quella della nullità del contratto.

qualche considerazione problematica, ancora una volta attingendo alla prima prassi applicativa e giurisprudenziale.

La *ratio* dell'istituto impone anzitutto di individuare con precisione l'ambito soggettivo di applicazione della norma, tanto con riferimento ai dipendenti pubblici che incorrono nel divieto, quanto in relazione ai soggetti privati destinatari dell'attività amministrativa.

Sul punto si deve osservare come l'Autorità anticorruzione, più volte chiamata a pronunciarsi sulla portata del comma 16-ter dell'art. 53, ne abbia fornito un'interpretazione particolarmente estensiva.

In relazione ai dipendenti, l'Autorità ha innanzitutto affermato che devono considerarsi tali non soltanto i dipendenti a tempo indeterminato, ma anche i titolari di uno degli incarichi di cui al d.lgs. n. 39/2013, ivi inclusi i soggetti esterni all'amministrazione con i quali l'amministrazione stabilisca un rapporto di lavoro subordinato o autonomo⁶⁷. Si tratta di affermazione pacifica, stante l'inequivoca previsione dell'art. 21 del d.lgs. n. 39/2013, oltre che del tutto coerente con la *ratio* dell'istituto che riguarda, com'è ovvio, essenzialmente i dipendenti che esercitano poteri in grado di impegnare l'amministrazione all'esterno e, quindi, innanzitutto i dirigenti (interni ed esterni).

Meno convincente, in quanto non rispettosa del principio di legalità, è, invece, l'interpretazione fornita dall'Autorità con riguardo ai poteri, autoritativi e negoziali, di cui i dipendenti devono essere titolari per poter essere compresi tra i destinatari del divieto.

Mentre, infatti, in un primo momento l'Autorità sembrava orientata a ritenere che *“i dipendenti con poteri autoritativi e negoziali ... sono i soggetti che esercitano concretamente ed effettivamente, per conto della p.a., i predetti poteri e, dunque, i soggetti che emanano provvedimenti amministrativi per conto dell'amministrazione e perfezionano negozi giuridici attraverso la stipula di contratti in rappresentanza giuridica ed economica dell'ente (a titolo esemplificativo, i dirigenti e coloro che svolgono incarichi dirigenziali ... nonché coloro i quali esercitano funzioni apicali o ai quali sono state conferite specifiche deleghe di rappresentanza)”*, in un secondo tempo l'ANAC ha ampliato la nozione di “dipendenti con poteri autoritativi e negoziali”⁶⁸.

Secondo l'Autorità, infatti, *“le finalità perseguite dalla disposizione in esame impongono una lettura della stessa non limitata al dato letterale, ma ampia e conforme all'intenzione del legislatore di contenere ... il rischio di situazioni di corruzione connesse all'impiego del dipendente successivo alla cessazione del rapporto di*

⁶⁷ Cfr. ANAC, orientamento 4 febbraio 2015, n. 1 in *www.anticorruzione.it*. Tale affermazione è stata successivamente confermata in vari altri pareri e delibere.

⁶⁸ Le parole tra virgolette e in corsivo nel testo sono tratte dall'orientamento 4 febbraio 2015, n. 2, in *www.anticorruzione.it*.

lavoro"⁶⁹. Di conseguenza, è stato affermato che le disposizioni di cui all'art. 53 comma 16-ter debbano trovare applicazione anche in relazione al personale che, "pur non esercitando concretamente ed effettivamente poteri autoritativi o negoziali per conto dell'amministrazione, tuttavia è competente ad elaborare atti endoprocedimentali (pareri, certificazioni, perizie), che incidono in maniera determinante sul contenuto del provvedimento finale, ancorché redatto e sottoscritto dal funzionario competente"⁷⁰.

Secondo l'Autorità, infatti, non è rilevante che il dirigente o il funzionario competente ad assumere l'atto possa discostarsi dagli atti endoprocedimentali e dalle risultanze dell'istruttoria congruamente motivando, in quanto, di fatto, tale evenienza difficilmente si realizzerebbe nella pratica.

In definitiva, la definizione legislativa di "dipendenti che hanno esercitato poteri autoritativi e negoziali" è divenuta, per effetto dell'interpretazione dell'ANAC, "dipendenti che, pur non essendo titolari di detti poteri, incidono in maniera determinante sul contenuto del provvedimento finale".

Altrettanto estesa (e altrettanto problematica) è la definizione di "soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione" offerta dall'Autorità. Anche in questo caso, infatti, l'ANAC ha sostenuto la necessità di interpretare la nozione "nei termini più ampi possibili", ricomprendendovi anche i soggetti formalmente privati, ma partecipati o controllati da una pubblica amministrazione⁷¹. Anche in questo caso, dunque, si pongono i delicati problemi di qualificazione giuridica di soggetti formalmente privati, ma variamente collegati con l'amministrazione, di cui si è detto esaminando la disciplina delle inconferibilità.

Inoltre, aderendo ad alcune indicazioni della dottrina, l'Autorità ha ritenuto di annoverare tra i soggetti privati non soltanto quelli che effettivamente siano stati destinatari dell'attività dell'amministrazione, ma anche quelli che, pur non essendoli stati, avrebbero potuto esserlo e "che avrebbero realizzato il proprio interesse nell'omesso esercizio degli stessi"⁷².

⁶⁹ Cfr. ANAC, parere sulla normativa 21 ottobre 2015, n. 74, in *www.anticorruzione.it*.

⁷⁰ ANAC, parere sulla normativa n. 74/2015, cit. Vedi anche, negli stessi termini, delibera n. 88 del 8 febbraio 2017, anch'essa reperibile sul sito dell'Autorità. Già in precedenza, d'altra parte, nel Piano Nazionale Anticorruzione 2013, allegato 1 § B10, l'Autorità aveva ritenuto che i dipendenti interessati dalle norme sul *pantouflage* fossero coloro che "hanno avuto il potere di incidere in maniera determinate sulla decisione oggetto dell'atto".

⁷¹ ANAC, orientamento 4 febbraio 2015, n. 3, in *www.anticorruzione.it*. Vedi anche, negli stessi termini, parere n. 74/2015 cit.; delibera n. 88/2017 cit.

⁷² ANAC, delibera 9 marzo 2016, n. 292, in *www.anticorruzione.it*. In dottrina questa posizione è sostenuta da B. PONTI, *Le modifiche all'art. 53 del testo unico sul lavoro alle dipendenze della p.a.* (art. 1, commi 39-40 e 42-43), cit., 187, secondo il quale l'espressione "soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione ... potrebbe essere intesa in termini restrittivi, a designare i soli soggetti nei confronti dei quali i dipendenti in parola abbiano effettivamente e concretamente esercitato i poteri autoritativi e negoziali (emesso un provvedimento, escluso da una gara, adottato atti di vigilanza e controllo, stipulato un contratto, ecc.). Tale criterio interpretativo,

Analogamente a quanto già si è osservato in relazione alle inconferibilità, anche in questo caso si può comprendere l'intento che sorregge una tale interpretazione estensiva. Tuttavia, anche qui non si può fare a meno di rilevare che un'interpretazione eccessivamente estesa può dare luogo in concreto a molteplici problemi, in particolare in relazione al rispetto della legalità, nonché, al limite, condurre ad effetti distorti rispetto a quelli espressamente voluti dal legislatore.

In un caso recente, ad esempio, l'ANAC – sollecitata dal concorrente a una gara bandita da un comune per l'affidamento del servizio di gestione dei parcheggi – ha ritenuto applicabile la norma in parola anche ad un ex dirigente di una società *in house* comunale che, cessato dal servizio, aveva costituito una nuova società (operante nel medesimo settore di quella *in house*) presso la quale esercitava anche il ruolo di presidente del consiglio di amministrazione⁷³.

Secondo l'Autorità, inoltre, la partecipazione alla gara della società neo-costituita avrebbe determinato una violazione della *par condicio* dei concorrenti in quanto la presenza dell'ex direttore generale della società *in house* avrebbe potuto determinare in sede di formulazione delle offerte una asimmetria informativa. In esito a tale pronuncia dell'Autorità il comune ha annullato d'ufficio l'aggiudicazione della concessione, ma successivamente il giudice amministrativo ha accolto il ricorso della società costituita dall'ex dirigente⁷⁴.

Al di là delle specificità del caso concreto, è interessante notare che il TAR, da un lato, ha affermato come l'art. 53, comma 16-ter non fosse applicabile al caso di specie, tra l'altro in quanto norma insuscettibile di applicazione estensiva o analogica a un caso, come quello in esame, relativo ad un soggetto privato di nuova costituzione, e, dall'altro lato, ha osservato che “la *ratio* della norma in esame – quella cioè di evitare che i funzionari pubblici orientino le proprie scelte amministrative al fine di preconstituirsì, rispetto ai privati su cui quelle scelte sono destinate a incidere, “posizioni di favore” da “sfruttare professionalmente” dopo la cessazione dell'impiego pubblico – nulla ha a che vedere con la “*asimmetria informativa*” e con “la *lesione della par condicio*” prefigurate dalle amministrazioni resistenti”.

tuttavia, risulta disfunzionale rispetto allo scopo preventivo della norma, dal momento che lascerebbe fuori dal suo ambito di operatività quei soggetti il cui interesse fosse coinciso proprio con il mancato esercizio dei poteri dell'ufficio (e che procedessero a retribuire il dipendente cessato dal servizio proprio per detta omissione). In altri termini appare più in linea con le finalità della norma individuare i destinatari in tutti coloro che *anche in termini potenziali* siano individuabili come destinatari dell'esercizio dei poteri pubblici” (corsivo dell'Autore).

⁷³ ANAC, delibera n. 292/2016, cit.

⁷⁴ TAR Sardegna, sez. I, 15 novembre 2016, n. 888, in www.giustizia-amministrativa.it. La sentenza non risulta essere stata appellata, malgrado l'Autorità si fosse costituita in giudizio.

8. I codici di comportamento tra corretto adempimento della prestazione lavorativa ed etica pubblica

Un ulteriore rafforzamento dell'imparzialità soggettiva dei pubblici dipendenti deriva dall'introduzione di un nuovo codice di comportamento nazionale, il d.P.R. 14 aprile 2013, n. 62, cui hanno fatto seguito i codici di comportamento adottati dalle singole amministrazioni, secondo la logica della pianificazione/regolamentazione a cascata tipica della legislazione anticorruzione⁷⁵.

Com'è noto, un codice di comportamento dei pubblici dipendenti era già presente nell'ordinamento⁷⁶. Tuttavia, il nuovo codice si pone in una prospettiva sostanzialmente diversa dall'esperienza precedente, non tanto – come si dirà – con riferimento ai contenuti, quanto soprattutto con riguardo alle finalità perseguite.

In questo senso è opportuno sin d'ora notare che mentre nell'art. 54 del d.lgs. n. 165/2001 anteriore alle modifiche del 2012 la definizione del codice di comportamento da parte del Dipartimento della funzione pubblica era funzionale ad “assicurare la qualità dei servizi che le stesse amministrazioni rendono ai cittadini”, nella versione attualmente vigente a tale finalità si aggiungono quella di “prevenzione dei fenomeni di corruzione e di rispetto dei doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell'interesse pubblico”.

Per quanto tali finalità debbano ritenersi strettamente connesse e non in reciproca alternativa, non v'è dubbio che nella nuova versione dell'art. 54 il profilo soggettivo dell'imparzialità acquisti un'importanza certamente maggiore di quella che esso aveva in passato e diviene la vera cifra caratterizzante il nuovo codice di comportamento.

Per cogliere tale sostanziale diversità di prospettiva è necessario soffermarsi

⁷⁵ Per un primo commento alle norme in materia di codici di comportamento contenute nella legge anticorruzione v. E. D'ALTERIO, *I codici di comportamento e la responsabilità disciplinare* (art. 1, commi 44, 45 e 48), in B.G. MATTARELLA e M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, cit., 211 ss. e U. GARGIULO, *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici: atto terzo*, in *Il lav. nelle pp.aa.*, 2012, 751 ss. Sul d.P.R. n. 62/2013 vedi B.G. MATTARELLA, *Il nuovo codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 927 ss.; E. CARLONI, *Il nuovo codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Ist. Fed.*, 2013, 32 ss.; F. MERLONI, *Codici di comportamento*, in *www.treccani.it* (2014); C. BUZZACCHI, *Il codice di comportamento come strumento preventivo della corruzione: l'orizzonte di un'etica pubblica*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it* (2013); R. CARIDÀ, *Codice di comportamento dei dipendenti pubblici e principi costituzionali*, in *www.federalismi.it* (2016).

⁷⁶ Il primo codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni è stato il decreto del ministro per la funzione pubblica 31 marzo 1994 cui ha fatto seguito – successivamente alla modifica dell'art. 58-bis del decreto n. 29/1993 ad opera del d.lgs. n. 80/1998 – una nuova versione del codice con decreto del ministro per la funzione pubblica del 28 novembre 2000. Per un esame, anche in chiave storica, circa la genesi del codice di comportamento v. B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, cit., 131 ss.

brevemente sull'evoluzione della materia dei codici di comportamento dei dipendenti pubblici ⁷⁷.

Si è già visto nel primo capitolo come a seguito della privatizzazione dei rapporti di impiego pubblico e del connesso superamento della concezione fondata sull'idea di *status* la posizione del dipendente nei confronti dell'amministrazione fosse stata sostanzialmente ripensata.

Mentre originariamente dall'acquisizione dello *status* di impiegato pubblico non derivavano *obblighi*, ma *doveri* "e la matrice etica di questi doveri, sovrapponendosi a quella giuridica li estende[va] al di là della prestazione professionale del dipendente, all'intero suo comportamento, anche fuori di ufficio", con la privatizzazione le cose cambiano sostanzialmente ⁷⁸. Essendo ora il dipendente pubblico parte di un rapporto contrattuale caratterizzato da diritti ed obblighi reciproci, questi non è più vincolato al rispetto di una serie indeterminata di doveri etico-giuridici, connessi al suo *status* ⁷⁹.

Il dipendente, quindi, è tenuto soltanto alla corretta esecuzione della prestazione di lavoro subordinato (obbligazione principale), sia pure accompagnata da obblighi accessori individuati mediante clausole generali (diligenza, fedeltà, ecc.). La violazione di tali obblighi accessori può sì dare luogo all'esercizio di un potere disciplinare da parte dell'amministrazione datore di lavoro, ma si tratta, appunto, di un potere disciplinare che trova nel contratto – e non in una relazione speciale di subordinazione – la sua fonte. Di conseguenza, la materia disciplinare è stata attratta, per larghi tratti, nell'ambito della disciplina contrat-

⁷⁷ Per una sintesi di questa evoluzione si vedano le interessanti considerazioni di E. D'ALTERIO, *I codici di comportamento e la responsabilità disciplinare* (art. 1, commi 44, 45 e 48), cit., 231 ss. che distingue tre diverse fasi: una prima (tra gli anni '50 e '80 del secolo scorso) in cui vi era ampia discrezionalità dell'amministrazione nella definizione di regole etiche e ampio ricorso al potere disciplinare. Una seconda fase, nell'ultimo ventennio del Novecento, in cui a una significativa riduzione della discrezionalità dell'amministrazione mediante la codificazione delle regole di comportamento si accompagna un sostanziale svuotamento della responsabilità disciplinare ad opera della contrattazione collettiva. Una terza fase, infine, quella attuale, nella quale si assiste ad una ulteriore riduzione degli spazi di discrezionalità dell'amministrazione sia sul piano della definizione delle regole sia sul piano della definizione delle sanzioni e a un irrigidimento degli effetti. Tuttavia, secondo questa dottrina, mentre nella seconda fase la diminuzione degli spazi di discrezionalità dell'amministrazione è funzionale a una maggior tutela del dipendente pubblico, nella fase attuale l'ulteriore compressione dei margini di azione dell'amministrazione è funzionale ad assicurare – mediante il sistema sanzionatorio disciplinare – una maggior tutela dei cittadini utenti al buon uso della cosa pubblica.

⁷⁸ È questa una sottolineatura particolarmente presente in S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., soprattutto 585 ss. dove in nota viene richiamata la fondamentale distinzione tra doveri e obblighi operata da S. ROMANO, *Doveri, Obblighi*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 91 ss. La frase tra virgolette nel testo è sempre di S. BATTINI, *op. ult. cit.*, 586.

⁷⁹ V. però le considerazioni critiche sul punto di R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *Status dell'impiegato pubblico, responsabilità disciplinare e interesse degli amministrati*, in *Dir. amm.*, 2009, 53 ss., in particolare 83-84.

tuale e l'esercizio del relativo potere è stato assoggettato al controllo del giudice ordinario del lavoro.

In questa cornice si collocano i codici di comportamento del 1994 e del 2000.

I codici erano espressione unilaterale di regole aventi certamente un contenuto anche etico, ma costituivano soprattutto un punto di riferimento per rendere concrete e più facilmente comprensibili le condotte esigibili dal dipendente in applicazione di clausole generali. Com'è stato notato, l'intenzione era quella di "offrire un manuale di comportamento, con regole utili per chiarire i casi dubbi, risolvendo problemi ricorrenti", un manuale nel quale "il rilievo delle violazioni sul piano della responsabilità disciplinare e, quindi, il profilo patologico, sono tutt'altro che centrali"⁸⁰.

In definitiva, i vecchi codici di comportamento avevano una natura ibrida (e perciò stesso incerta), derivante dalla commistione di elementi propri dei codici di condotta delle imprese private e di elementi propri dei codici deontologici delle professioni: da un lato, infatti, si trattava di individuare, attraverso esemplificazioni, il corretto adempimento della prestazione lavorativa e, dall'altro lato, di codificare norme di deontologia⁸¹.

Da questa natura ibrida discendeva anche (e in parte discende tuttora) il particolare regime delle fonti di tali regole, definite unilateralmente con un decreto del ministro, ma recepite nei contratti collettivi cui veniva altresì demandata la disciplina della responsabilità disciplinare quanto a individuazione delle sanzioni e a definizione dei procedimenti.

Con il codice del 2013, come detto, la situazione cambia sensibilmente.

Al riguardo è anzitutto significativo notare che il nuovo art. 54 del d.lgs. 165/2001 – come sostituito dall'art. 1, comma 44, legge n. 190/2012 – nell'attribuire al Governo il potere regolamentare di definire un codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni fa costante riferimento ai *doveri* dei pubblici dipendenti. Valorizzando tale dato testuale, il Consiglio di Stato, nel parere sullo schema di d.P.R., ha suggerito al Governo – che ha accolto il suggerimento – di sostituire all'art. 1 la parola "obblighi" con le parole "doveri minimi"⁸².

⁸⁰ B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, cit., 141-142. Poco più avanti (p. 148) l'Autore precisa ulteriormente che "alla base della codificazione dell'etica pubblica vi sono la fiducia nel valore educativo della norma e il rifiuto dell'idea che essa riesca a orientare i comportamenti solo se accompagnata da una sanzione negativa" e che (p. 151) "un codice di comportamento è uno strumento per orientare i comportamenti e anche per interpretare le leggi, delle quali può contribuire ad attenuare il rigore. Anche quando non sono previste sanzioni per le violazioni delle sue norme, esse possono essere utilizzate per dare contenuto alle 'clausole generali' delle leggi, dei regolamenti e dei contratti (per esempio per valutare la 'buona fede', la 'correttezza nell'adempimento' o 'l'efficace rendimento in servizio')."

⁸¹ B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, cit., 144.

⁸² Cons. Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, 21 febbraio 2013, in www.giustizia-amministrativa.it.

Già dal punto di vista puramente lessicale, dunque, è possibile cogliere l'ispirazione sostanzialmente diversa del nuovo codice rispetto ai precedenti. Diversità di ispirazione che è ulteriormente confermata dalla norma di apertura del nuovo codice. Mentre, infatti, l'art. 1 del codice del 2000 prevedeva che *“I principi e i contenuti del presente codice costituiscono specificazioni esemplificative degli obblighi di diligenza, lealtà e imparzialità, che qualificano il corretto adempimento della prestazione lavorativa”* il nuovo articolo 1 si apre con l'affermazione che *“Il presente codice di comportamento (...) definisce i doveri minimi di diligenza, lealtà, imparzialità e buona condotta che i pubblici dipendenti sono tenuti ad osservare”*. Come si vede, nella nuova disposizione non soltanto scompare il riferimento al “corretto adempimento della prestazione lavorativa”, ma si passa altresì dalle “specificazioni esemplificative” di clausole generali alla codificazione di doveri minimi che spetta alle singole amministrazioni integrate.

Ai sensi dell'art. 54, comma 3, inoltre, la violazione dei doveri contenuti nel codice di comportamento, compresi quelli relativi all'attuazione del piano di prevenzione della corruzione, è fonte di responsabilità disciplinare. Lo stesso, ai sensi del comma 5, è a dirsi per la violazione dei codici di comportamento delle singole amministrazioni.

Tali aspetti contribuiscono a chiarire dunque il valore giuridico dei codici di comportamento i quali non sono più tanto, come in precedenza, un “manuale di comportamento” la cui violazione solo eventualmente – nel caso in cui le norme del codice fossero state recepite nei contratti collettivi – dava luogo a responsabilità disciplinare. I codici hanno ora una valenza chiaramente prescrittiva (e, se si vuole, punitiva) come dimostrano, da un lato, l'automatismo tra violazione delle norme di comportamento e sanzioni disciplinari e, dall'altro lato, la sensibile riduzione dello spazio della contrattazione collettiva in materia disciplinare⁸³.

La violazione dei doveri del codice, peraltro, non ha come unica conseguenza l'insorgere della responsabilità disciplinare, dal momento che essa è rilevante anche ai fini della responsabilità civile, amministrativa e contabile ogni qualvolta le stesse responsabilità siano collegate alla violazione di doveri, obblighi, leggi o regolamenti⁸⁴.

⁸³ Vuoi perché, sulla scia di quanto era già stato in parte disposto dal d.lgs. n. 150/2009, la disciplina di una serie di contenuti della responsabilità è stata ri-legificata, prima ad opera del d.lgs. n. 116/2016 e, poi, più di recente, dal d.lgs. n. 75/2017, vuoi perché lo stesso art. 54 stabilisce che violazioni gravi o reiterate del codice comportano l'applicazione della sanzione di cui all'art. 55-*quater*, ossia il licenziamento disciplinare. Sottolineano il permanere di elementi di ambiguità e incertezza in ordine ai rapporti tra codice di comportamento e contrattazione collettiva in materia di responsabilità disciplinare F. MERLONI, *Codici di comportamento*, cit., ed E. D'ALTERIO, *I codici di comportamento e la responsabilità disciplinare (art. 1, commi 44, 45 e 48)*, cit., 226-227.

⁸⁴ Secondo B.G. MATTARELLA, *Il nuovo codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, cit., 929, si tratta di “una previsione ricognitiva di un fenomeno già esistente, in quanto sono numerose le sentenze della Corte dei conti, dei giudici del lavoro e dei giudici penali che dal rispetto o dalla violazione del codice di comportamento traggono elementi per affermare o negare l'una o l'altra di quelle forme di responsabilità (nonché di quella penale, non menzionata dalla norma)”.

Quanto alla struttura e ai contenuti, il d.P.R. n. 62/2013 ricalca largamente i codici precedenti, sebbene sia riscontrabile un maggior grado di dettaglio nella definizione di alcuni doveri (che, come detto, comprendono ora il rispetto delle misure previste nei piani per la prevenzione e la trasparenza) e vi sia una maggiore attenzione al conflitto di interessi⁸⁵. Al riguardo rilevano, in particolare, le previsioni dell'art. 4, comma 6 (che vieta al dipendente di accettare incarichi di collaborazione da soggetti che abbiano o abbiano avuto nei biennio precedente un interesse economico significativo in decisioni o attività inerenti l'ufficio), l'art. 6 (relativo alle comunicazioni degli interessi finanziari e all'obbligo di astensione dall'assunzione di decisioni o dal compimento di attività in situazione di conflitto, anche potenziale di interessi) e l'art. 7 (che estende l'obbligo di astensione anche alla mera partecipazione all'adozione di decisione o ad attività nel caso si versi in situazioni di conflitto di interessi).

Da segnalare, infine, l'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione che, come già si è visto con riguardo ad altre normative qui esaminate, comprende attualmente anche soggetti esterni all'amministrazione che siano, ad esempio, titolari di organi o di incarichi negli uffici di diretta collaborazione (art. 2, comma 3).

Passando a considerare i profili applicativi, i principali problemi riguardano le connessioni tra le previsioni dei codici di comportamento e le disposizioni di legge che, ad altri fini, disciplinano le medesime fattispecie o fattispecie simili.

Si pensi, ad esempio, ai rapporti tra l'art. 7 del codice e l'art. 6-*bis* della legge n. 241/1990 entrambi relativi all'obbligo di astensione in caso di conflitto di interessi o al coordinamento tra l'art. 4, comma 6 del codice, ai sensi del quale "il dipendente non accetta incarichi di collaborazione da soggetti privati che abbiano, o abbiano avuto nel biennio precedente, un interesse economico significativo in decisioni o attività inerenti all'ufficio di appartenenza" e l'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001 relativo, come si è visto, alla disciplina degli incarichi *extraofficio*⁸⁶.

Il fatto che, da un lato, le previsioni dei codici non siano più semplici specificazioni esemplificative di clausole generali che qualificano il corretto adempimento della prestazione lavorativa, ma regole di comportamento la cui rilevanza trascende il rapporto obbligatorio tra amministrazione datore di lavoro e dipendente e che, dall'altro lato, le regole di comportamento contenute in norme di legge siano ben più numerose e specifiche che in passato, pone il problema del raccordo tra queste diverse fonti in una prospettiva inedita.

Mentre, infatti, in precedenza le norme dei codici di comportamento assol-

⁸⁵ Il conflitto di interessi rappresenta invero una nozione centrale nel codice di comportamento, come riconosciuto anche dalla prima giurisprudenza: cfr. Trib. Napoli, sez. lav., 29 maggio 2017, n. 2622, in *www.iusexplorer.it*: "la centralità del tema del conflitto d'interesse è rimarcata dalla collocazione sistematica del suo esordio nel codice di comportamento, ossia nell'art. 3 del D.P.R. n. 62 del 2013, contenente i 'principi generali', il che lo declina come canone ispiratore dell'intera condotta lavorativa, al pari dei precetti costituzionali di buon andamento e imparzialità".

⁸⁶ Sui rapporti tra l'art. 7 del codice e l'art. 6-*bis* della legge sul procedimento v. *infra* §9.

vevano sostanzialmente a una funzione di ausilio all'interpretazione delle norme (in particolare delle clausole generali previste dalle leggi, dai regolamenti e dai contratti collettivi), attualmente il problema appare più complesso.

Si è già detto che i doveri fissati dal codice nazionale sono qualificati come “doveri minimi” che, pertanto, possono essere integrati e specificati dai codici delle singole amministrazioni sul presupposto che le stesse possono pretendere dai propri dipendenti un comportamento improntato a maggiore rigore.

Tuttavia – e fermo restando che la violazione del codice di comportamento rileva anzitutto ai fini della responsabilità disciplinare oltre che ai fini di altre responsabilità – ci si deve chiedere entro quali limiti i codici possano imporre regole più severe per i pubblici dipendenti, in particolare nel caso in cui esista una norma di legge primaria che, sia pure a fini diversi, regolamenti già una determinata fattispecie.

Si pensi, ad esempio, all'art. 53, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 165/2001, dov'è stabilito che non possono essere conferiti incarichi di direzione di strutture deputate alla gestione personale a soggetti che rivestano o abbiano rivestito negli ultimi due anni cariche in partiti politici o in organizzazioni sindacali.

La *ratio* della norma primaria è evidentemente quella di prevenire il conflitto di interessi nell'assunzione di decisioni attinenti alle relazioni sindacali e alla gestione del personale, ma la regolamentazione del conflitto di interessi, come si è detto, è tipicamente oggetto dei codici di comportamento. Al riguardo, ad esempio, il codice nazionale stabilisce che il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi (...) di enti, associazioni anche non riconosciute di cui sia amministratore o dirigente (art. 7).

Potrebbe dunque il codice di comportamento di un'amministrazione estendere il divieto di assegnazione del dipendente con qualifica di dirigente sindacale, oltre che agli incarichi direttivi, a qualsiasi incarico presso uffici preposti alla gestione del personale, in una logica di interpretazione estensiva del conflitto di interessi?

Il problema si è effettivamente posto in un caso recente e il giudice amministrativo ha dichiarato l'illegittimità della norma del codice di comportamento di un ministero che prevedeva l'estensione del divieto di assegnazione anche a posizioni di lavoro diverse da quelle direttive⁸⁷. Il giudice amministrativo, in particolare, ha ritenuto che nel caso di specie fosse precluso all'amministrazione – in sede di definizione del codice di comportamento – ampliare la portata del conflitto di interessi.

Secondo il TAR, infatti, la norma di legge, in quanto limitativa dei diritti dei dipendenti impegnati nell'attività sindacale, è di stretta interpretazione e non consente letture estensive o integrative basate su ragionamenti di tipo analogico. In altri termini, secondo il giudice amministrativo, la norma primaria aveva già operato un bilanciamento tra i diritti sindacali e le esigenze di imparzialità

⁸⁷ TAR Lazio, Roma, sez. II-*quater*, 10 agosto 2017, n. 9289, in www.giustizia-amministrativa.it.

dell'amministrazione di modo che non sarebbe stato consentito all'amministrazione, in sede di definizione del codice di comportamento, operare una diversa ponderazione degli interessi in gioco.

Trasponendo tali considerazioni su un piano più generale, le conclusioni non possono che rimanere a livello problematico: se, infatti, in linea di principio, non sembra potersi negare la possibilità che i codici di comportamento stabiliscano regole di comportamento più restrittive per i dipendenti pubblici, il coordinamento di tali regole con eventuali norme di rango primario che disciplinino in senso meno rigoroso le medesime fattispecie o fattispecie analoghe può risultare, di fatto, non agevole.

9. *Il conflitto di interessi nel procedimento amministrativo*

La legge anticorruzione, come detto, interviene anche sul procedimento amministrativo introducendo una nuova norma, l'art. 6-*bis*, avente ad oggetto il conflitto di interessi⁸⁸.

La norma ha evidentemente una valenza generale, come dimostra – oltre che la sua applicabilità a tutti coloro che, a vario titolo, partecipano alla formazione del provvedimento e non solo a coloro che hanno il potere di adottarlo – la sua stessa collocazione all'interno della legge n. 241/1990.

Si tratta certamente di una norma importante, in quanto colma una lacuna del diritto positivo che, come si è visto, solo l'opera della giurisprudenza aveva consentito, in parte, di colmare⁸⁹.

⁸⁸L'art. 6-*bis* della legge n. 241/1990 è stato introdotto dall'art. 1, comma 41 della legge n. 190/2012. Per un primo commento si vedano G. FONDERICO, *Le modifiche alla legge sul procedimento amministrativo (art. 1, commi 37-38, 41 e 47)*, in B.G. MATTARELLA e M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, cit., 153 ss.; G. IUDICA, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, Torino, 2016, 160 ss.; S.A. FREGO LUPPI, *L'obbligo di astensione nella disciplina del procedimento dopo la legge n. 190 del 2012*, in *Dir. amm.*, 2013, 671 ss.

⁸⁹Critico nei confronti di questa norma è F. MERLONI, *La legge anticorruzione e le garanzie dell'imparzialità soggettiva dei funzionari pubblici*, in F. CINGARI (a cura di), *Corruzione: strategie di contrasto*, cit., 7 ss. secondo il quale "La sua introduzione [del conflitto di interessi] per legge (...) non aggiunge molto, ma anzi costituisce un'occasione mancata, perché non si comprende dalla norma né in che cosa debba consistere l'astensione (dall'adozione dell'atto finale o dall'intera vicenda amministrativa?), né in che cosa consista il conflitto di interessi (quali interessi, chi ne deve essere titolare, il funzionario o anche i suoi congiunti?)". Particolare enfasi sulle novità che sarebbero state introdotte da questa norma è invece espressa da F. PATERNITI, *La tutela preventiva dell'imparzialità della pubblica amministrazione nella nuova normativa anticorruzione*, cit., 103, secondo il quale "la apparente genericità espressiva utilizzata dal legislatore non dovrà essere confusa con un cattivo utilizzo della tecnica normativa, potenzialmente causativo di una eccessiva nebulosità del precetto tale da rendere difficilmente delineabile il perimetro della norma. Diversamente, invece, da ciò dovendosi trarre la volontaria estensione dei confini normativi della disposizione, volutamente non eccessivamente stringenti al fine di non circoscriverne la portata e di non ridurne gli effetti".

Al contempo, però, si tratta anche di una norma problematica.

Il nuovo art. 6-bis dispone che “*il responsabile del procedimento e titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale*”.

La disposizione non offre una definizione di conflitto di interessi, ma è evidente – anche alla luce di quanto si è detto in precedenza – che la stessa può darsi per presupposta: il conflitto di interessi consiste in una situazione nella quale il soggetto che a vario titolo interviene nel procedimento (in qualità di responsabile o di organo tenuto a rilasciare pareri, valutazioni tecniche o altri atti endoprocedimentali) è portatore di un interesse, proprio o di terzi, potenzialmente idoneo a condizionare indebitamente la sua azione nell’esercizio della funzione pubblica.

La disposizione, come detto, impone al dipendente di astenersi “*in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale*”. Il riferimento a un conflitto “potenziale” implica anzitutto la necessità di chiarire di che si tratti e in che termini e sotto quali profili il conflitto potenziale si differenzi da un conflitto attuale. Già su questo piano si pongono non pochi problemi, anche perché, com’è stato notato, se il conflitto insorge nell’ambito di un rapporto procedimentale già instaurato è difficile immaginare un conflitto che non sia già attuale⁹⁰.

Al riguardo si profilano essenzialmente due possibili interpretazioni.

Secondo una prima interpretazione il riferimento alla potenzialità del conflitto è del tutto ridondante, stante il fatto che, come visto, il conflitto di interessi nel diritto pubblico, in quanto situazione di pericolo, è sempre potenziale. Proprio nella valorizzazione della potenzialità, anzi, si rende concreta quella “tutela anticipata” di cui parla giurisprudenza e che costituisce una peculiarità del vizio di violazione di legge per lesione dell’imparzialità⁹¹.

Secondo un diverso ordine di ragionamento si potrebbe invece supporre che il conflitto potenziale sia tale proprio in quanto si profili prima dell’inizio di un procedimento cosicché il funzionario sia tenuto a renderlo immediatamente conoscibile precisamente per evitare che tale conflitto, una volta avviato il procedimento, possa divenire attuale. Un esempio potrebbe essere rappresentato dal caso di un funzionario incaricato di svolgere procedimenti di controllo a campione in relazione a fondi pubblici concessi dall’amministrazione di appartenenza il quale sia a conoscenza del fatto che tra i beneficiari del finanziamento vi è anche un proprio congiunto. In un’ipotesi di questo tipo, dunque, il conflitto potrebbe es-

⁹⁰ G. IUDICA, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, cit., 34.

⁹¹ Cfr. *supra* nota 26, dove si è riportato un ampio brano della sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 2070/2009 in ordine alle peculiarità del vizio di violazione di legge per lesione del principio di imparzialità. Secondo la giurisprudenza consolidata, infatti, tale vizio non richiede la “consumazione” dell’illegittimità né la dimostrazione di un elemento sintomatico, in quanto il principio di imparzialità conosce una soglia di “tutela anticipata”.

sere non ancora attuale (fatto salvo che il funzionario non abbia anche il potere di decidere autonomamente in relazione a quali beneficiari assoggettare a controllo) e tuttavia potrebbe ritenersi comunque opportuna una dichiarazione preventiva onde consentire al dirigente di adottare le opportune precauzioni.

Al di là della difficoltà di chiarire che cosa sia un conflitto potenziale e del fatto che molto spesso il dipendente potrebbe non essere neppure a conoscenza dell'esistenza di un conflitto potenziale – cosa che, nella pratica, potrebbe dar luogo al rifiuto, da parte dei dipendenti, di sottoscrivere la dichiarazione di assenza di incompatibilità – problematico è anche il regime giuridico del conflitto potenziale.

Alla luce di un'interpretazione letterale della norma, infatti, l'esistenza di un conflitto potenziale non determina – come pure ci si sarebbe potuti immaginare – il solo obbligo di comunicazione, ma anche il dovere di astenersi. La norma, infatti, non fa differenza quanto ai rimedi applicabili, tra conflitto potenziale e conflitto attuale nel senso che in entrambi i casi il funzionario avrebbe sia l'obbligo di astenersi sia l'obbligo di segnalare⁹². Tale disciplina, tuttavia, alla luce delle difficoltà sopra accennate circa la definizione di conflitto potenziale e la riconoscibilità dello stesso da parte del funzionario, risulta largamente insoddisfacente sul piano applicativo in quanto, estendendo eccessivamente l'area del conflitto di interessi, rischia di determinare una paralisi dell'azione amministrativa.

Un secondo ordine di problemi, connesso con quanto appena visto, riguarda il coordinamento dell'art. 6-*bis* con il codice di comportamento e in particolare con l'art. 7 relativo all'obbligo di astensione⁹³.

In disparte al fatto che l'ambito di applicazione della norma del codice di comportamento è certamente più ampio di quello dell'art. 6-*bis* – in quanto si estende a qualsiasi attività del pubblico funzionario a prescindere che questi si trovi o meno ad operare nell'ambito di un procedimento amministrativo – anche in questo caso vi sono dei problemi di non poco conto sul piano applicativo.

Leggendo l'art. 7 del d.P.R. n. 62/2013, infatti, ci si avvede immediatamente che la norma ricalca nello stile l'art. 51 c.p.c. anche se, a differenza di quest'ultimo, non contiene un elenco numerato e, soprattutto, all'ultimo comma non distingue tra obbligo e facoltà di astenersi.

Anche qui lasciando da parte il problema della conciliabilità dell'esistenza di un obbligo giuridico di astensione per gravi ragioni di convenienza con il potere – di cui all'ultimo periodo dell'art. 7 – del responsabile dell'ufficio di appartenenza di decidere sull'astensione, è evidente che se sussistesse un obbligo – e non una

⁹² In questo senso la norma viene interpretata anche dall'ANAC. Si veda, per tutti, la delibera 21 dicembre 2016, n. 1305: "A parere dell'Autorità, la disposizione stabilisce, da un lato, l'obbligo di astensione per i soggetti ivi indicati, dall'adottare gli atti endoprocedimentali ed il provvedimento finale, nel caso di conflitto di interesse anche solo potenziale; dall'altro, un dovere di segnalazione a carico dei medesimi soggetti".

⁹³ La necessità di un coordinamento tra le due disposizioni è richiamata anche dal Piano Nazionale Anticorruzione (all. 1, p. 45).

facoltà – di astensione, anche laddove ricorrano gravi ragioni di convenienza, il combinato disposto dell'art. 6-*bis* della l. n. 241 e dell'art. 7 del codice di comportamento avrebbe introdotto un conflitto di interessi atipico e di generale applicazione. Ancora una volta, quindi, una estensione della disciplina del conflitto di interessi priva di una linea di confine.

L'(eventuale) atipicità del conflitto di interessi, del resto, riemerge anche con riferimento ad un ulteriore profilo problematico, vale a dire il rapporto dell'art. 6-*bis* con le norme speciali e, in particolare, nella materia dei concorsi, con l'art. 51 c.p.c. Ci si deve infatti chiedere se l'art. 6-*bis* si applichi solo ai procedimenti gestionali o anche ai procedimenti concorsuali e, nel secondo caso, se ci sia spazio, alla luce dell'art. 6-*bis*, per un conflitto di interessi “atipico”, ossia anche per ipotesi diverse da quelle tipizzate dall'art. 51 c.p.c.

Sul punto si è formata una prima iniziale giurisprudenza. Mentre alcuni giudici di primo grado sembrano aver sposato la tesi secondo cui l'art. 6-*bis* è norma di carattere generale, che si applica quindi non solo ai procedimenti gestionali, ma anche a quelli concorsuali (con l'effetto che la con sua introduzione il conflitto di interessi avrebbe acquistato un carattere atipico⁹⁴), il Consiglio di Stato appare decisamente orientato in senso opposto⁹⁵.

Il giudice di appello ha infatti ribadito l'orientamento tradizionale, in base al quale ai concorsi pubblici si applica l'art. 51 c.p.c., le cui ipotesi sono tassative e insuscettibili di applicazione analogica.

Secondo il Consiglio di Stato, infatti, con riferimento all'applicazione degli artt. 1 e 6-*bis* della legge n. 241/1990 alle commissioni di concorso, è da escludere che essi possano aver inciso sui principi consolidati in materia.

Per un verso, infatti, il giudice ha confermato che il dovere di astensione è funzionale al principio di imparzialità *ex* art. 97 della Cost. e che l'art. 6-*bis* della legge n. 241/1990 è espressione di tale principio.

⁹⁴TAR. Campania, Salerno, sez. II, 17 marzo 2014, n. 580; TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 19 febbraio 2015, n. 84; TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 22 ottobre 2015, n. 402, TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 4 novembre 2015, n. 422, tutte pubblicate in www.giustizia-amministrativa.it. Sempre in primo grado è da segnalare in senso contrario a quello indicato dalle pronunce precedenti, sebbene in questo caso non si facesse direttamente questione dell'ambito di applicazione dell'art. 6-*bis*, la pronuncia del TAR Sardegna, sez. I, 3 maggio 2017, n. 281, in www.lexitalia.it, con la quale il giudice ha escluso, ai fini della prova di un causa di incompatibilità, la rilevanza della c.d. “amicizia” sul social network *Facebook* nonché l'irrelevanza, ai fini della dimostrazione della “commensalità abituale”, della pubblicazione su *Facebook* di alcune fotografie che ritraevano insieme il commissario e alcuni candidati.

⁹⁵Cons. Stato, sez. III, 28 aprile 2016, n. 1628 di riforma delle sentenze del TAR Pescara sopra citate nn. 402 e 422/2015 e Cons. Stato, sez. V, 16 maggio 2016, n. 1961 di riforma della sentenza del TAR Salerno n. 580/2015, entrambe pubblicate in www.giustizia-amministrativa.it. Per l'affermazione del principio di tassatività delle cause di incompatibilità di cui all'art. 51 c.p.c., sebbene non venga qui direttamente in rilievo la portata dell'art. 6-*bis*, v. anche, più di recente, Cons. Stato, sez. VI, 10 luglio 2017, n. 3373, in www.giustizia-amministrativa.it.

Per altro verso, però, ha anche richiamato alla necessità di un'applicazione ragionevole delle disposizioni in materia, *“rifuggendo da orientamenti formalistici e riconoscendo invece il giusto valore a quelle situazioni sostanziali suscettibili in concreto di riflettersi negativamente sull'andamento del procedimento per fatti oggettivi, anche di sola potenziale compromissione dell'imparzialità, oppure tali da suscitare ragionevoli e non meramente strumentali dubbi sulla percepibilità effettiva dell'imparzialità di giudizio nei destinatari dell'attività amministrativa e nei terzi”*.

A tale fine, secondo il Consiglio di Stato, il riconoscimento del “giusto valore” delle situazioni sostanziali capaci di compromettere l'imparzialità passa dalla tassatività delle cause di incompatibilità e dal divieto di applicazione analogica delle stesse in quanto deve essere tutelata l'esigenza di certezza dell'azione amministrativa e, in particolare, la regolarità della composizione delle commissioni giudicatrici. *“Seguendo la tesi analogica, infatti, non vi sarebbe più alcuna certezza in merito alla stabilità delle commissioni di esame, potendo essere messa in discussione l'imparzialità dei suoi componenti sulla base di qualunque elemento induttivo che potrebbe essere considerato soggettivamente in grado di inficiare l'imparzialità della commissione d'esame: la tesi tradizionale, invece, che si basa sull'art. 51 c.p.c. soddisfa pienamente l'esigenza del rispetto del principio di imparzialità di rilevanza costituzionale, delimitando nel contempo le ipotesi di incompatibilità, perseguendo in questo modo l'esigenza di garantire la certezza giuridica”*⁹⁶.

L'Autorità nazionale anticorruzione, nei suoi più recenti provvedimenti in materia di concorsi, pur avendo preso atto di tale orientamento giurisprudenziale, non ha rinunciato a sollecitare le amministrazioni ad ampliare la portata del conflitto di interessi⁹⁷.

Secondo l'Autorità, infatti, *“il rispetto del principio della massima trasparenza in un contesto come quello delle procedure di selezione impone l'adozione di misure di maggior tutela”*. Di conseguenza, seguendo tale ordine di ragionamento e al fine di *“coniugare una corretta applicazione dell'art. 51 c.p.c. con la ratio delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione”* l'Autorità ha deliberato che *“le autodichiarazioni rilasciate dai commissari devono riportare l'indicazione della tipologia di eventuali rapporti a qualsiasi titolo intercorsi o in essere con il candida-*

⁹⁶ Il brano riportato nel testo è tratto dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 1628/2016. Fortemente critico nei confronti di questa giurisprudenza è F. PATERNITI, *La tutela preventiva dell'imparzialità della pubblica amministrazione nella nuova normativa anticorruzione*, cit., 106-108, a parere del quale “la giurisprudenza non [ha] ancora ben compreso la ratio innovativa della disciplina di recente introduzione”. Secondo questa dottrina, una conferma della necessità – dettata dalla nuova normativa – di garantire in termini quanto mai ampi l'imparzialità dei pubblici uffici sarebbe offerta anche dall'A-NAC, nella delibera 23 settembre 2014, n. 78, dove si afferma che “nel caso in cui sussista un conflitto di interessi anche potenziale, l'obbligo di astensione dei pubblici dipendenti di cui all'art. 6-bis della legge n. 241/1990 costituisce una regola di carattere generale che non ammette deroghe ed eccezioni”.

⁹⁷ Ci si riferisce, in particolare, alle delibere 1 marzo 2017, n. 209 e 29 marzo 2017, n. 384, entrambe relative a un supposto conflitto di interessi tra un commissario e uno dei candidati nell'ambito di concorsi universitari.

to” e ha altresì suggerito alle amministrazioni di introdurre all'interno del codice etico specifici obblighi di astensione, in materia di concorsi, “*finalizzati ad evitare di incorrere in situazioni di conflitto di interesse reale o anche solo potenziale*”.

Come è possibile notare, l'ANAC ha cercato di far valere la sua autorevolezza da un lato imponendo alle amministrazioni una sostanziale modifica dei contenuti della dichiarazione relativa alle incompatibilità e, dall'altro lato, suggerendo l'inserimento di doveri di astensione ulteriori rispetto a quelli già previsti dall'art. 51 c.p.c., come interpretato dalla giurisprudenza.

Entrambe le soluzioni proposte dall'Autorità, tuttavia, presentano problemi e insidie.

Quanto alla pretesa che le autodichiarazioni rilasciate dai commissari riportino l'indicazione della tipologia di eventuali rapporti a qualsiasi titolo intercorsi o in essere con il candidato è evidente la differenza con quanto richiesto dall'art. 11, comma 1, d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487 che prevede, come noto, che i componenti della commissione, presa visione dell'elenco dei candidati, sottoscrivano la dichiarazione che non sussistono situazioni di incompatibilità tra essi e i concorrenti, ai sensi degli artt. 51 e 52 c.p.c.

Quanto al suggerimento di introdurre nei codici di comportamento ulteriori e specifici obblighi di astensione torna il problema, cui si è fatto sopra cenno, dei limiti entro cui le amministrazioni possono pretendere dai propri dipendenti standard di comportamento più rigorosi.

Più in generale, ossia anche al di là della materia dei concorsi e del problema della tipicità o atipicità delle cause di incompatibilità, l'Autorità ha fatto leva sempre sull'art. 6-*bis* della legge n. 241/1990 e sull'art. 7 del codice di comportamento per evidenziare “*la progressiva valorizzazione del principio di imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa*”, valorizzazione che ha avviato “*un percorso (...) virtuoso, che ha condotto a una rinnovata consapevolezza del ruolo stesso del funzionario amministrativo, nel quadro di un ideale ravvicinamento tra funzione pubblica e funzione giurisdizionale, siccome entrambe informate a sovrapposti principi di obiettività ed imparzialità*”⁹⁸.

Anche per tale via l'Autorità è giunta, di fatto, ad estendere la portata delle incompatibilità ben oltre le ipotesi legislativamente previste. Così, ad esempio, in due casi concernenti la valutazione della inconfiribilità/incompatibilità di incarichi ai sensi del d.lgs. n. 39/2013 l'ANAC, pur avendo accertato l'assenza della violazione da parte delle amministrazioni conferenti delle disposizioni del citato decreto, ha ritenuto tuttavia comunque integrata un'ipotesi di conflitto di interessi che “*la sola astensione non basterebbe a sanare (...), essendo tale conflitto generalizzato e permanente*” e ha rimesso alla valutazione dell'amministrazione la validità dei provvedimenti adottati⁹⁹.

⁹⁸ Cfr. ANAC, delibere 6 aprile 2016, n. 378 e 1 marzo 2017, n. 179 entrambe reperibili sul sito web dell'Autorità.

⁹⁹ Nel caso oggetto della delibera n. 378/2016 cit., l'Autorità era stata chiamata a valutare la sus-

Anche qui, dunque, è possibile riscontrare una tendenza, da parte dell'Autorità, ad estendere la portata della normativa. E anche qui, tuttavia, tale proposta estensione non si sottrae ad alcuni rilievi critici.

In particolare negli esempi sopra riportati è evidente il tentativo da parte dell'Autorità di indurre l'amministrazione a non conferire l'incarico o a dichiararlo incompatibile. Non, però, sulla base della disciplina del d.lgs. n. 39/2013 – che non poteva trovare applicazione nel caso concreto, come la stessa ANAC non ha potuto fare a meno di riconoscere – ma sulla base di un più generico richiamo al conflitto di interessi e al principio di imparzialità.

Per quanto tale presa di posizione da parte dell'Autorità sia stata probabilmente condizionata dalle particolarità dei casi concreti sottoposti al suo esame (nei quali effettivamente poteva esservi l'apparenza di una commistione di interessi), la suggerita applicazione di una disciplina estensiva del conflitto di interessi, impregiudicato restando il piano dell'opportunità, non appare condivisibile sul piano della stretta legittimità, in quanto tale estensione si tradurrebbe di fatto in una causa di inconfiribilità/incompatibilità non prevista dalla legge.

10. *Alcune riflessioni conclusive*

Alla luce delle considerazioni che sono state svolte sin qui è possibile ora svolgere qualche riflessione di sintesi in ordine ai più recenti sviluppi dell'imparzialità in senso soggettivo.

Si è visto come, per effetto della legge anticorruzione e dei decreti che da essa

sistenza di una situazione di inconfiribilità/incompatibilità dell'incarico di presidente di un'autorità portuale ad un soggetto che in precedenza aveva rivestito il ruolo di commissario straordinario della medesima autorità ed era altresì socio non amministratore della società di spedizioni doganali operante nel medesimo porto. L'ANAC ha ritenuto che non fosse ravvisabile nel caso di specie la fattispecie di inconfiribilità di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 39/2013 in quanto l'amministrazione cui spettava il potere di conferire l'incarico non era l'Autorità portuale (amministrazione cui spetta un potere di regolazione dell'attività della società di spedizioni), bensì il ministero delle infrastrutture e dei trasporti (ma alle medesime conclusioni si sarebbe dovuti pervenire, probabilmente, anche sulla base della considerazione che il soggetto cui era stato conferito l'incarico era socio non amministratore della società). Dopo aver richiamato gli artt. 6-bis della legge n. 241/1990 e 7 del d.P.R. n. 63/2012, l'Autorità ha comunque ritenuto sussistente una incompatibilità “non (...) di tipo formale, ma materiale tra la carica di presidente dell'Autorità portuale e quella di socio di una società la cui attività sia regolata dalla stessa Autorità”.

Sulla base di analogo ragionamento, nella delibera n. 179/2017 l'ANAC ha ritenuto che non fosse stata integrata la fattispecie di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 39/2013 con riferimento alla designazione nel comitato di gestione di un'Autorità portuale di un soggetto che rivestiva anche il ruolo di presidente di una società cooperativa operante nel medesimo porto in qualità di assegnataria di autorizzazione per la somministrazione di manodopera portuale. Anche in questo caso, tuttavia, l'ANAC ha ritenuto evidente il conflitto di interessi, sostenendo altresì che l'astensione non sarebbe stata sufficiente a sanare tale situazione.

sono derivati, l'imparzialità soggettiva del funzionario pubblico sia stata decisamente rafforzata, soprattutto facendo leva su un istituto – il conflitto di interessi – era già noto all'ordinamento, ma che si è ora arricchito di significati e di declinazioni ulteriori, tali da investire tutte le fasi del rapporto tra amministrazione e pubblico dipendente.

Così, *prima* della costituzione del rapporto di lavoro, il conflitto di interessi si configura come una situazione che può precludere, per un determinato periodo di tempo, l'accesso a un incarico (inconferibilità); *durante* il rapporto, invece, il conflitto di interessi rileva ora in senso strutturale, impedendo la conservazione dell'incarico (incompatibilità), ora in senso occasionale, con riferimento ad uno specifico episodio (obbligo di astensione, rifiuto dell'autorizzazione allo svolgimento di un incarico *extraofficio*); *dopo* la conclusione del rapporto, infine, il conflitto di interessi opera come divieto, per un determinato periodo di tempo, a svolgere una prestazione di lavoro nei confronti di soggetti privati.

Con riguardo a ciascuna di tali declinazioni del conflitto di interessi sono state evidenziate alcune problematiche applicative derivanti in parte dall'imprecisione nella formulazione di alcune norme e, in parte, dalla tendenza ad un'applicazione particolarmente estesa delle normative in questione da parte dell'Autorità nazionale anticorruzione.

Se, in relazione alla prime, non si può che auspicare un intervento correttivo da parte del legislatore, qualche considerazione deve essere svolta, invece, con riferimento agli orientamenti dell'Autorità.

Si è visto al riguardo come in materia di inconferibilità e incompatibilità l'A-NAC abbia sposato un'interpretazione particolarmente ampia di “enti di diritto privato regolati o finanziati” (comprensiva anche degli “enti di diritto privato in controllo pubblico”) e abbia rivendicato per sé il ruolo di “estremo garante” dell'anticorruzione¹⁰⁰.

Si è anche evidenziato come altrettanto estesa sia l'interpretazione offerta dall'A-NAC con riferimento alla disciplina del *pantouflage* sia in relazione alla definizione di “dipendenti con poteri autoritativi e negoziali”, sia in relazione a quella di “soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione”¹⁰¹.

Si è poi detto, infine, dell'interpretazione estensiva avanzata dall'Autorità anche con riferimento alle norme del codice di comportamento e all'art. 6-*bis* della legge n. 241/1990, mediante il duplice suggerimento alle amministrazioni di non limitarsi ad acquisire dai commissari del concorso la dichiarazione di insussistenza di cause di incompatibilità (e, in positivo, di richiedere ai commissari di dichiarare qualsiasi tipo di rapporto eventualmente intercorso con i candidati) e di ampliare il catalogo della cause di incompatibilità nei codici di comportamento¹⁰².

¹⁰⁰ Cfr. *supra* §§ 5 e 6.

¹⁰¹ Cfr. *supra* § 7.

¹⁰² Cfr. *supra* § 9.

Di contro, si è anche dato atto di un'interpretazione maggiormente rigorosa da parte della giurisprudenza amministrativa, in particolare del Consiglio di Stato.

Così, in relazione alla disciplina del d.lgs. n. 39/2013, il giudice amministrativo ha affermato che tali norme, comportando una rilevante limitazione alla conferibilità di incarichi pubblici e ai diritti di elettorato dovrebbero essere interpretati in senso rigoroso, evitando interpretazioni di carattere analogico o estensivo¹⁰³. Anche in tema di *pantouflage*, come si è visto, il giudice amministrativo ha mostrato una maggiore prudenza, rigettando l'idea di applicazioni analogiche dell'art. 5,3 comma 16-ter¹⁰⁴. Infine, anche con riguardo al conflitto di interessi disciplinato dall'art. 6-bis, il Consiglio di Stato ha mantenuto fermo il proprio orientamento in ordine alla tassatività delle cause di incompatibilità e alla insuscettibilità di una loro applicazione analogica¹⁰⁵.

Per quanto, ovviamente, sia prematuro pervenire a conclusioni definitive sul punto, stante anche l'esiguità delle pronunce giurisprudenziali in argomento, pare comunque possibile rilevare una sostanziale differenza di approccio tra l'Autorità nazionale anticorruzione e la giurisprudenza amministrativa maggioritaria. Differenza che sembra potersi rintracciare in uno sguardo più "comprendivo" da parte del giudice amministrativo, attento ad evitare che la tutela e la promozione dell'imparzialità attraverso un'applicazione eccessivamente estesa del conflitto di interessi possa determinare la compromissione di altri valori importanti dell'ordinamento giuridico, ossia la certezza, la stabilità, la continuità e, in definitiva, il buon andamento dell'amministrazione.

Vi è poi un'ulteriore considerazione da fare, che certamente riguarda in prima istanza il legislatore, ma, almeno in certa misura, anche l'interprete e dunque soprattutto l'ANAC. Ci si riferisce alla necessità, cui si è fatto cenno in precedenza, di un uso calibrato dei rimedi nei confronti del conflitto di interessi. Accanto ai rimedi più radicali – come l'obbligo di astensione o l'inconferibilità – esistono rimedi aventi conseguenze certamente meno estreme, ma non per questo meno efficaci per uno sviluppo dell'etica pubblica.

In questa logica può venire in soccorso quanto si diceva in apertura a proposito della disciplina del conflitto di interessi in altri settori dell'ordinamento giuridico.

Nei rapporti privatistici, infatti, fatte salve le debite (ovvie) differenze in ordine agli interessi coinvolti, la strada intrapresa è nel senso di valorizzare massimamente la *disclosure*, legando alla violazione dell'obbligo di segnalazione conseguenze sanzionatorie nei confronti del soggetto che vi contravvenga.

¹⁰³ Cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 4009/2016 cit., in tema di inconferibilità e Cons. Stato, sez. III, novembre 2014, n. 5583, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in tema di incompatibilità.

¹⁰⁴ TAR Sardegna, sez. I, n. 888/2016, cit.

¹⁰⁵ Cons. Stato, sez. III, n. 1628/2016, cit.; Cons. Stato, sez. V, 1961/2016, cit.; Cons. Stato, sez. VI, n. 3373/2017, cit.

Nel diritto amministrativo, invece, come si è visto, questo rimedio è stato utilizzato in modo contraddittorio, non in alternativa all'obbligo di astensione, ma unitamente ad esso.

Con il che, tuttavia, il senso di rendere manifesta l'esistenza di situazioni che, pur non obbligando all'astensione, consiglierebbero un'attenta riflessione al riguardo da parte del responsabile dell'ufficio di appartenenza, appare irrimediabilmente perduto.

Sarebbe auspicabile, invece, che, sia pure a prezzo di qualche forzatura della lettera delle disposizioni, anche le nuove norme sul conflitto di interessi fossero interpretate in questa direzione, differenziando le situazioni e i relativi rimedi.

CAPITOLO IV

RISULTATI E CONSEGUENZE DELL'INDAGINE

SOMMARIO: 1. L'amministrazione imparziale: risposte diverse alla medesima esigenza. – 2. Analogie e differenze tra le “crisi” da cui hanno avuto origine le norme sull'imparzialità. – 3. Il rapporto tra politica e amministrazione, la logica fiduciaria e la responsabilità per i risultati. – 4. Imparzialità soggettiva, buon andamento e imparzialità diminuita: alla ricerca di un punto di equilibrio. – 5. Conseguenze dell'indagine e prospettive.

1. *L'amministrazione imparziale: risposte diverse alla medesima esigenza*

Conclusa l'analisi delle manifestazioni del principio di imparzialità sul piano oggettivo e soggettivo è giunto ora il momento di tirare le fila del discorso e di delineare i risultati dello studio. A tal fine – prendendo a prestito il linguaggio della cinematografia – si rende necessario cambiare l'obiettivo della camera da presa e passare da una inquadratura puntata su oggetti specifici (l'imparzialità oggettiva o soggettiva) a un'inquadratura panoramica (l'amministrazione imparziale).

L'indagine fin qui condotta ha mostrato come il legislatore italiano negli ultimi venticinque anni abbia investito decisamente sull'imparzialità dell'organizzazione amministrativa e lo abbia fatto secondo una prospettiva in larga misura originale rispetto a quanto accaduto negli ordinamenti di altri Paesi.

Se questa osservazione risulta *ictu oculi* facilmente riscontrabile con riguardo alla scelta, operata agli inizi degli anni Novanta del secolo scorso, di separare la politica dall'amministrazione mediante la distinzione tra indirizzo politico e gestione amministrativa, non meno originale è stata la scelta degli anni più recenti di affidare ad un'autorità indipendente, l'ANAC, il ruolo di “sovrintendente” dell'intero sistema anticorruzione, il quale, come si è visto, è a sua volta in larga misura fondato su un rafforzamento dell'imparzialità soggettiva dei pubblici dipendenti.

In definitiva, la via italiana all'imparzialità dell'organizzazione amministrativa rappresenta per più versi un *unicum* nel panorama internazionale.

Per comprendere ragioni e limiti di questa unicità si rende dunque necessario chiarire, sia pure sommariamente, le condizioni storiche da cui hanno preso avvio le riforme del 1993 e le successive del 2012.

Per quanto, infatti, il significato dell'imparzialità conservi un nocciolo duro, è pur vero che esso, al pari di qualsiasi fenomeno giuridico, è storicamente condizionato.

Si è visto nel primo capitolo, ad esempio, come l'idea della separazione tra politica e amministrazione fosse già presente nel dibattito politico e giuridico della fine dell'Ottocento e come, proprio per soddisfare l'esigenza di un'amministrazione imparziale, fu creato uno speciale statuto del pubblico impiego, ossia un complesso di regole volte da un lato ad assoggettare più strettamente il dipendente pubblico all'autorità dello Stato e, dall'altro lato, ad assicurargli maggiori garanzie rispetto a quelle riconosciute ai dipendenti dell'impresa privata.

Si è anche visto come, a distanza di circa un secolo, richiamandosi a quell'antica aspirazione, si cercò di introdurre il principio di separazione tra politica e amministrazione nella Costituzione¹. Agli inizi degli anni Novanta del secolo scorso, infatti, il momento si presentava particolarmente favorevole per adeguare la Costituzione formale ai cambiamenti che si stavano producendo nella costituzione materiale.

In particolare, la profonda e irreversibile crisi del sistema dei partiti² che per cinquant'anni avevano dominato e occupato tutta l'amministrazione pubblica sembrava rappresentare un'occasione storica per introdurre finalmente nella Carta costituzionale un preciso e univoco modello di amministrazione, quello appunto che vuole l'amministrazione legittimata autonomamente rispetto alla politica in forza della sua imparzialità e della sua efficienza³.

¹ Al dibattito di fine Ottocento si è fatto cenno nel capitolo secondo.

² Crisi in certo senso inevitabile, al di là delle circostanze che in concreto ne furono la causa scatenante, come chiaramente mette in evidenza P. SCOPPOLA, *La repubblica dei partiti*, Bologna, 1996, in particolare 459 ss.

³ L'occupazione dell'amministrazione da parte dei partiti politici è stata denunciata in modo molto netto dalla dottrina amministrativistica. Oltre alle affermazioni di M. NIGRO, *La riforma amministrativa a quattro anni dal rapporto Giannini*, cit., già riportate *supra* al capitolo 2, nota 22, dove si parlava di "dominanza totale e continua della politica sull'amministrazione", si devono qui ricordare le parole di F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1978, 6 ss. e ora in ID., *Scritti giuridici*, vol. IV, *Articoli e altri scritti*, Milano, 2006, 3467 ss. che così descrive il fenomeno: "La verità è che nel nostro ordinamento si assiste ad una continua confusione di ruoli tra politica e amministrazione. La confusione è data, in particolare, dalla presenza di partiti politici che considerano gli eletti alle cariche amministrative come propri rappresentanti anziché come rappresentanti popolari, sicché continuo è lo scambio della parti e continua, conseguentemente, la confusione. In effetti il partito politico dovrebbe avere la funzione di stimolatore ideologico e di controllore della attività degli amministratori da questo punto di vista. Invece il partito politico oggi è la vera sede delle decisioni amministrative e gli amministratori sono puri esecutori di ordini che spesso non sono neppure chiamati ad elaborare (...). La classificazione [dell'amministratore], la sua dipendenza al volere del partito politico, comporta, in primo luogo, il decadimento dell'istituto della rappresentanza politica e, quindi, di quello della democrazia rappresentativa. Gli amministratori eletti non rappresentano minimamente gli elettori, ma rappresentano il partito e di fronte ad esso sono responsabili (...). E, in secondo luogo, questo ruolo anomalo del partito politico classifica il valore amministrativo delle scelte amministrative al punto che gli enti

Inoltre, la consacrazione del modello dell'amministrazione autocefala, indipendente dal Governo, al livello più alto dell'ordinamento giuridico avrebbe consentito di mettere il principio di distinzione tra politica e amministrazione – nel frattempo affermatosi nella legislazione ordinaria – al riparo dal ritorno in auge dei partiti che, inevitabilmente, avrebbero trovato nuove forme per organizzarsi⁴.

Per quanto, dunque, l'idea della separazione tra politica e amministrazione sia una costante, è pur vero, però, che le soluzioni concretamente poste in essere dal legislatore per realizzare un'organizzazione imparziale possono essere, e sono state, effettivamente diverse.

Ciò dipende, in particolare, dal fatto che i termini che individuano i due poli del rapporto – politica e amministrazione – identificano fenomeni mutevoli, del tutto differenti nel corso del tempo.

In questo senso, i partiti elitari dello Stato liberale di cui Minghetti e Spaventa lamentavano l'ingerenza nella giustizia e nell'amministrazione hanno in comune con i partiti di massa del secondo dopoguerra solo il nome, essendo i due fenomeni, in realtà, imparagonabili⁵.

Di converso, è indubitabile che l'amministrazione dello Stato unitario fosse una realtà sostanzialmente diversa dal complesso delle pubbliche amministrazioni dell'era repubblicana⁶.

A loro volta, i partiti attualmente presenti sulla scena politica costituiscono un fenomeno profondamente diverso dai partiti che hanno dominato la storia della Repubblica fino agli anni Novanta del secolo scorso. Se questi ultimi sono stati dapprima "il principale agente di democratizzazione dello Stato" e, in seguito,

diventano funzione di una politica di partito anziché funzione di soddisfacimento degli interessi dell'ente stesso" (3480-3481).

⁴ Su questi profili v. le notazioni di S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione: un bilancio*, cit., 44-45.

⁵ Si vedano al riguardo M. RIDOLFI, *Storia dei partiti politici. L'Italia dal Risorgimento alla Repubblica*, Milano, 2008, 1-66, in particolare 20-21, dove si sottolinea come "all'indomani dell'unificazione (...) la fiducia nella centralità del parlamento e della rappresentanza in quella sede di opinioni e interessi era tale da far ritenere estraneo alla cultura politica della classe dirigente liberale il problema di un'organizzazione "di parte" al di fuori della sfera istituzionale. Era infatti nella aule parlamentari che dovevano confrontarsi i "partiti", da considerare come mutevoli raggruppamenti di deputati riuniti attorno alle figure più eminenti e influenti; insomma, dei "partiti personali. (...) Si trattava di gruppi di notabili che esercitavano una funzione di pressione nel corso dell'attività legislativa, mediando con le attese e le rivendicazioni di un elettorato di natura censitaria, tanto ristretto quanto "organico" alla classe politica che lo rappresentava in parlamento". Cfr., altresì, P. POMBENI (a cura di), *Storia dei partiti italiani*, Bologna, 2016.

⁶ Per rendersene conto è sufficiente sfogliare le pagine di S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, cit. Il secondo capitolo di questo studio è, infatti, interamente dedicato alla descrizione, anche attraverso dati quantitativi e statistici, della progressiva espansione della pubblica amministrazione, sia in termini di dimensioni complessive degli apparati statali, sia in termini di aumento delle funzioni sia, infine, in termini di personale impiegato.

“gli affossatori della democrazia”⁷, gli attuali partiti politici hanno irrimediabilmente perso il ruolo di protagonisti sulla scena politica.

Non soltanto infatti i partiti contemporanei agiscono ormai quasi esclusivamente in occasione delle elezioni, ma gli stessi riescono a sopravvivere solo mettendosi al servizio di un *leader*⁸. Non a caso in dottrina si è parlato recentemente di un passaggio “dalla democrazia dei partiti ai partiti «liquidi»”⁹ o, appunto, di una nuova “democrazia del *leader*”.

Di contro, anche il volto dell'amministrazione è cambiato con il cambiare delle condizioni storiche, determinando ora un avanzamento, ora un arretramento del ruolo dello Stato, una permanente modificazione dei rapporti tra Governo e Parlamento, un continuo spostamento della linea di confine tra pubblico e privato¹⁰.

In questa mutata situazione l'esigenza di un'amministrazione imparziale, non politicizzata, rimane immutata e, sotto alcuni profili, stante la tendenziale personalizzazione dei partiti, risulta oggi ancor più acutamente avvertita.

Non è detto, però, che l'unica modalità per realizzare tale esigenza sia data da un modello di rapporti tra politica e amministrazione, com'è quello attuale, ispirato alla tendenziale distinzione tra indirizzo e gestione.

Al riguardo, anzi, si è visto nel capitolo secondo che l'unico vincolo ricavabile dalla giurisprudenza costituzionale è rappresentato dall'impossibilità di tornare al passato, ossia a un modello di responsabilità ministeriale nel quale tutti i poteri spettano al ministro mentre all'amministrazione è sottratto ogni spazio di autonomia.

Fatta salva la garanzia di un ambito necessariamente riservato all'amministrazione, però, nulla vieta che alcuni poteri di decisione siano affidati (come in parte già sono, si veda ad esempio il caso della Valutazione di Impatto Ambientale) all'organo politico.

⁷ Così M. CALISE, *Dopo la partitocrazia. L'Italia tra modelli e realtà*, Torino, 1994, 4.

⁸ Così, letteralmente, M. CALISE, *La democrazia del leader*, Bari, 2016, 7.

⁹ S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2017, 6. Lo stesso Autore, poco più avanti (14 ss.), dedica alcune pagine alla crisi dei partiti evidenziando come “la loro base (gli iscritti) si è fortemente ridotta (nell'immediato dopoguerra i tre principali partiti italiani contavano 4 milioni di iscritti, oggi il maggior partito ne ha meno di 400 mila) e come ai partiti si siano ora affiancati altri intermediari “variamente definiti lobby, interessi organizzati, corporazioni, gruppi di interesse, quasi tutti a carattere settoriale”. “La capillare distribuzione dei partiti sul territorio non c'è più, e l'organizzazione diviene fluida. La militanza volontaria scompare. Diventa determinante il ruolo del leader. (...) La ‘liquefazione’ dei partiti li trasforma in aggregazioni elettorali, attive al momento del voto (...). Corrispondono sempre meno al modello costituzionale di una piramide che cresce dal basso (...). In molti casi prevale l'idea che il popolo debba esprimersi direttamente, senza la mediazione dei partiti e che di essi quindi si possa fare a meno, salvo costituire altri tipi di mediatori, movimenti, associazioni, che convogliano il consenso in rappresentanze parlamentari”. Su questi temi, in una prospettiva storica più ampia v. anche M.L. SALVADORI, *Democrazia. Storia di un'idea tra mito e realtà*, Roma, 2015, *passim*.

¹⁰ G. NAPOLITANO, *Espansione o riduzione dello Stato? I poteri pubblici di fronte alla crisi*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, 2012, 471 ss.

Non è detto, dunque, che l'attuale modello fondato sulla distinzione tra indirizzo e gestione non possa essere superato a vantaggio di soluzioni diverse e più articolate, anche differenziate a seconda dei settori nei quali l'amministrazione agisce.

2. Analogie e differenze tra le "crisi" da cui hanno avuto origine le norme sull'imparzialità

Si diceva delle ragioni da cui hanno avuto origine le norme sull'imparzialità nell'organizzazione amministrativa tanto sul lato oggettivo quanto su quello soggettivo.

Al riguardo è anzitutto interessante notare un dato comune alla genesi di entrambe queste discipline: lo spunto da cui nascono le norme sull'imparzialità, infatti, è sempre uno spunto in qualche modo emergenziale, che matura cioè in un contesto caratterizzato da una crisi politica, istituzionale, economica e sociale.

Come si è già accennato nel secondo capitolo e com'è noto, i primi anni Novanta del secolo scorso sono segnati da una crisi profonda.

Si tratta, anzitutto, di una crisi politica perché sotto il peso delle inchieste della magistratura penale sulla corruzione crolla definitivamente la "repubblica dei partiti"¹¹ e prende avvio quella fase che è comunemente e genericamente indicata come "seconda Repubblica".

In secondo luogo, si tratta di una crisi istituzionale che, cominciata "con il referendum del giugno 1992, quando l'elettorato dette le prime martellate al sistema elettorale e impose la preferenza unica"¹², giunse fino a coinvolgere il Presidente della Repubblica e il Consiglio superiore della magistratura¹³.

Infine, è anche una crisi economica e sociale, segnata dal crollo della lira e dalla raggiunta consapevolezza dell'insostenibilità della spesa e del debito pubblico¹⁴.

È in questo contesto (*rectius*, mercé questo contesto) che – come si è visto nel capitolo secondo –, nell'ambito della riforma del pubblico impiego, viene per la prima volta affermato in una norma con valenza tendenzialmente generale il prin-

¹¹ P. SCOPPOLA, *La repubblica dei partiti*, Bologna, 1996, in particolare 459 ss.

¹² G. AMATO, *Le istituzioni della democrazia*, Bologna, 2007, 125.

¹³ Ne dà conto E. BALBONI, *Presidente della Repubblica, giudici e Consiglio superiore della magistratura: cronaca di un aspro conflitto costituzionale*, in S. HELMANN e G. PASQUINO (a cura di), *Politica in Italia. I fatti dell'anno e le interpretazioni. Edizione 1992*, Bologna 1992, 61 ss.

¹⁴ V. sul punto G. DELLA CANANEA, *La finanza e i beni*, in L. TORCHIA, *Il sistema amministrativo italiano*, cit., 329 ss., in particolare 331 dove si afferma: "tra il 1980 e il 1990 esso [il debito pubblico] si è quasi sestuplicato. Rispetto al reddito nazionale, dal 58% è passato al 100%, contro il 60 nel resto della Comunità europea. Nel 1992, per la quarta volta nella storia dell'Italia unita, il debito pubblico ha superato la soglia del 120%; nel 1994 ha raggiunto il picco del 124%, per poi iniziare a diminuire".

cipio di distinzione tra politica e amministrazione ed è sempre in questo contesto che si fa strada l'idea, poi fallita, di introdurre quel principio nella Costituzione.

Anche la legge anticorruzione – e con essa gli strumenti di rafforzamento dell'imparzialità soggettiva dei dipendenti pubblici – vede la luce in una situazione emergenziale, ossia in una condizione di crisi politica, economica e sociale di proporzioni non inferiori a quella degli anni Novanta¹⁵.

Al riguardo è sufficiente ricordare che nel 2011 si consuma la crisi di uno dei principali partiti della c.d. seconda Repubblica e che il culmine di tale crisi coincide con le dimissioni da Presidente del Consiglio e *leader* di quel partito e con la conseguente formazione di un governo “tecnico”.

Nello stesso tempo, l'altro principale partito nazionale è attraversato da una lacerazione interna e da un “conflitto generazionale” che lo condurrà di lì a poco a una profonda trasformazione¹⁶.

In quel momento l'Italia – come tutti i Paesi occidentali – si trova nel pieno di una crisi economico-finanziaria che ha già pesantemente indebolito il sistema finanziario, economico e produttivo privato e che ora non risparmia gli Stati: lo *spread* tra i tassi sui buoni del tesoro decennali emessi dal Governo italiano e quelli sui Bund tedeschi arriva a livelli di allarme.

È dunque in questa situazione che, in attuazione della *Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite e contro la corruzione* del 31 ottobre 2003 e della *Convenzione penale sulla corruzione di Strasburgo* del 17 gennaio 1999 viene approvata la legge Severino e, di lì a poco, i relativi decreti delegati.

Non si tratta probabilmente di uno dei provvedimenti legislativi più impor-

¹⁵Sul carattere emergenziale della normativa anticorruzione v. anche R. CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione in Italia*, in *www.penalecontemporaneo.it* (2017), 2: “la struttura fondamentale del sistema discende dalla legge “Severino”, legge n. 190/2012, approvata in una fase particolare della vita politica italiana. Erano gli anni del governo “tecnico” di Mario Monti e del “divampare” della crisi economica e, quindi, delle misure quasi “emergenziali” di contrasto alla crisi medesima, in funzione del rilancio del Paese. Anche la normativa anticorruzione venne presentata più che come un mezzo per arginare un problema, come un'occasione per rilanciare l'immagine internazionale del Paese”. Si vedano, inoltre, le considerazioni critiche di F. MERUSI, *Introduzione ai possibili antidoti alla cattiva amministrazione. A che cosa possono servire le riforme amministrative*, cit., secondo il quale le riforme amministrative (e, tra esse, la legge anticorruzione) sono state un modo per “distrarre” l'opinione pubblica dagli effetti dei mancati o addirittura negativi interventi macro economici per invertire il ciclo economico generatore degli effetti sfiducianti nei cittadini. (...) Contemporanea all'inasprimento fiscale senza connessione con la diminuzione del debito pubblico è la presentazione ed approvazione da parte del Parlamento di una legge sulla prevenzione e la repressione della corruzione e della illegalità nella pubblica amministrazione presentata come un provvedimento per lo sviluppo dell'economia in quanto una amministrazione priva di corruzione e di illegittimità favorirebbe lo sviluppo economico rendendo gli operatori economici italiani competitivi nel mercato nazionale e nel mercato comune europeo e in genere nei mercati esteri”.

¹⁶Per un'analisi sommaria di questa vicenda v. il volume di A. BOSCO e D. McDONNEL (a cura di), *Politica in Italia, Edizione 2012*, Bologna, 2012.

tanti per fronteggiare la crisi economica¹⁷, ma è comunque un segnale forte che, in una condizione come quella descritta, il Governo italiano invia ai mercati e alla comunità internazionale per dare prova della serietà del proprio impegno.

Non è un caso dunque se, proprio in sede di commento alla legge Severino, la dottrina ha evidenziato la rilevanza della comunicazione pubblica relativa alla lotta alla corruzione¹⁸. Gli Stati, infatti, sono continuamente giudicati e valutati, come dimostrano le svariate classifiche redatte a livello internazionale, anche da parte di organizzazioni non governative, al fine di stimare, tra l'altro, il livello di corruzione di un paese. L'importanza di tali graduatorie – è stato notato – non risiede innanzitutto nel loro grado di attendibilità né nella loro attitudine a descrivere effettivamente lo stato delle cose, quanto piuttosto nella capacità che esse hanno di influenzare e orientare il comportamento di soggetti pubblici e privati, come il Fondo monetario internazionale o le società di *rating* che valutano il rischio politico e finanziario dei diversi Paesi o le imprese che su queste valutazioni fondano le proprie scelte di investimento. Di conseguenza, risulta di fondamentale importanza non solo combattere la corruzione, ma anche mostrare di farlo¹⁹.

In definitiva, tanto le norme sull'imparzialità oggettiva quanto quelle sull'imparzialità soggettiva maturano in situazioni di crisi.

Eppure, per quante analogie vi possano essere in relazione ai contesti politici, economici e sociali nei quali vengono varate le norme sull'imparzialità che si sono sin qui analizzate, del tutto diverso è il quadro culturale nel quale maturano le riforme dell'organizzazione amministrativa del 1992-93 e quelle del 2012.

Come si è accennato, il momento storico nel quale si afferma il principio di separazione/distinzione tra politica e amministrazione è comunemente definito come "età delle riforme amministrative"²⁰.

¹⁷ Sugli effetti della crisi economica sul sistema amministrativo e sulle riforme si vedano, anche in chiave comparata, F. DI MASCIO e A. NATALINI, *La riduzione della spesa pubblica e la riforma amministrativa*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, cit., 345 ss.

¹⁸ Si vedano al riguardo M. CLARICH e B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, in B.G. MATTARELLA e M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, cit., 59 "Non mancano le graduatorie basate sulla corruzione, tra le quali la più nota è quella della corruzione percepita, elaborata annualmente da Transparency International. Nella classifica del 2012, l'Italia, seguendo il trend negativo degli ultimi anni, ha perso qualche posizione e si è classificata settantaduesima su 174 stati. Non bisogna riporre eccessiva fiducia in simili graduatorie (...). Tuttavia, queste graduatorie sono importanti (...). Chi voglia rendersene conto, guardi come certi governi pubblicizzano i loro progressi in quelle graduatorie con inserzioni pubblicitarie sulle riviste internazionali. Ecco un'altra ragione, oltre a quelle più ovvie, per le quali è importante combattere la corruzione ed è importante anche mostrare di farlo, perché in questo campo anche le impressioni contano".

¹⁹ Al riguardo, in chiave critica, si veda il recente e assai interessante studio di M. MAZZONI, A. STANZIANO, L. RECCHI, *Rappresentazione e percezione della corruzione in Italia. Verso una strumentalizzazione del fenomeno*, in *Com. Pol.*, 2017, 99 ss.

²⁰ S. CASSESE, *L'età delle riforme amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 79 ss. il quale

All'origine di tale vasto processo di riforme vi è una riscoperta e un'ampia diffusione del liberismo, dovuta soprattutto, sul piano istituzionale, al ruolo assunto nel frattempo dalla Comunità (poi Unione) europea.

In questa cornice si diffonde quel nuovo paradigma culturale ispirato all'efficienza e alla logica di risultato che prenderà il nome di *New Public Management* il cui assunto di fondo è l'introduzione nel settore pubblico di meccanismi di organizzazione e di gestione propri del settore privato, sul presupposto dell'ineguatezza della burocrazia tradizionale a realizzare le esigenze della vita economica e sociale²¹.

Tale corrente di pensiero, com'è noto, ha influenzato la legislazione di molti Paesi occidentali, ma in Italia i principi e i valori del *New Public Management* "sono penetrati più profondamente perché la pressione esterna si è combinata con ragioni interne che premevano nella stessa direzione"²².

È facile comprendere, allora, quale fosse la situazione nella quale, agli inizi degli anni Novanta del secolo scorso, sulla base di un'articolata analisi delle condizioni delle pubbliche amministrazioni italiane, vengono elaborati dal ministro della funzione pubblica dell'epoca gli *Indirizzi per la modernizzazione della pubblica amministrazione*²³. Indirizzi che, com'è stato notato, intendevano (tra le altre cose) rimettere al centro il cittadino non più visto come destinatario passivo dell'azione amministrativa, bensì come *customer* i cui bisogni occorreva soddisfare²⁴.

In questo complessivo disegno si colloca il tentativo, di cui si è parlato nel

riprende questa espressione da V. WRIGHT, *Reshaping the State: the Implications for Public Administration*, in *West European Politics*, 1994, n. 3, 104. V. anche A. NATALINI, *Il tempo delle riforme amministrative*, Bologna, 2005, *passim*. Sulle premesse teoriche della strategia comunitaria si vedano le pagine – ricche anche di riferimenti bibliografici alla scuola ordoliberal tedesca – di R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 201 ss.

²¹ C. HOOD, *A Public Management for all Seasons*, in *Publ. Adm.*, 1991, vol. 69, 3 ss.

²² Così S. BATTINI e B. CIMINO, *La dirigenza pubblica italiana fra privatizzazione e politicizzazione*, cit., 1005 ss. i quali individuano queste ragioni "interne" precisamente nella crisi di legittimazione che aveva colpito la classe politica dopo "tangentopoli" e nella crisi finanziaria dello Stato che rendeva improcrastinabile un recupero di efficienza dell'apparato amministrativo. Per una disamina più generale delle riforme amministrative v. M. SAVINO, *Le riforme amministrative: la parabola della modernizzazione dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 641 ss., in particolare 660 ss.

²³ Ministro per la funzione pubblica, *Indirizzi per la modernizzazione delle pubbliche amministrazioni*, Roma, 1993. Tali *Indirizzi* erano stati preceduti dal *Rapporto sulle condizioni delle pubbliche amministrazioni*, Roma, 1993, a cura del Dipartimento della funzione pubblica (c.d. Rapporto Cassese). Una testimonianza diretta di quella esperienza si trova in S. CASSESE, *Il difficile mestiere di ministro per la funzione pubblica*, in *Le Regioni*, 1995, 435 ss.

²⁴ Come ricorda M. SAVINO, *Le riforme amministrative: la parabola della modernizzazione dello Stato*, cit., 676, richiamando i contenuti degli *Indirizzi* ministeriali: "uno degli obiettivi principali della riforma interna avviata negli anni Novanta era quello di "slegare" – per quanto possibile – le amministrazioni dagli organi di direzione politica e porle sotto il controllo della collettività: così il funzionario pubblico sarà meno *servant of the Crown* che *servant of the public*".

secondo capitolo, di fornire le amministrazioni di una legittimazione autonoma, non derivata dal potere politico. A quest'ultimo spetta certamente il compito di dettare gli indirizzi che l'amministrazione deve perseguire, ma l'amministrazione trae la sua legittimazione direttamente dalla collettività, per la sua capacità di soddisfarne le esigenze.

Sul versante della riflessione teorica della scienza amministrativistica gli anni immediatamente successivi a queste vicende sono dominati dall'idea dell'"amministrazione di risultato", formula per più versi ambigua e variamente declinata in dottrina, con la quale tuttavia si può in sostanza indicare una rinnovata attenzione verso i profili dell'efficienza, ossia l'aspirazione ad un'amministrazione che non si limiti esclusivamente ad applicare la legge ma, nel rispetto di quest'ultima, e del principio di imparzialità, sia in grado di conseguire effettivamente i risultati e di risponderne dinanzi ai cittadini. Com'è stato efficacemente sintetizzato, i caratteri principali dell'amministrazione di risultato sono il managerialismo, la connotazione in senso aziendalistico dell'organizzazione, la qualificazione del cittadino come utente del servizio²⁵.

In questa prospettiva, anche la giustizia amministrativa è vista anzitutto come servizio pubblico, soggetta a una valutazione costi-benefici, ossia misurabile e, perciò stesso, modificabile²⁶.

Se questa è, in estrema sintesi, la cornice ideologica in cui prendono vita le riforme degli anni Novanta del Novecento, la situazione è radicalmente diversa con riguardo al contesto culturale nel quale maturano le norme sull'imparzialità soggettiva.

Come si è accennato, infatti, la legge anticorruzione è approvata in Italia nel pieno della crisi economico-finanziaria. La crisi ha segnato il fallimento su scala globale di un modello di sviluppo fondato sul capitalismo finanziario e sul primato del mercato e, tuttavia, ha nel contempo fatto esplodere anche una crisi degli Stati²⁷.

Proprio i capisaldi ideologici che avevano ispirato "l'età delle riforme amministrative" sono ora messi in discussione e, con essi, le "parole d'ordine" – «meno Sta-

²⁵ Cfr. R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza*, cit., 341, il quale compie anche una ricostruzione complessiva del dibattito dottrinale sull'argomento (v. 337 ss.). Sull'amministrazione di risultato si vedano, inoltre, almeno: M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 107 ss.; G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, *ivi*, 127 ss.; S. CASSESE, 'Amministrazione di risultati?', in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 941; M. IMMORDINO e A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004; L. IANNOTTA, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, II, 741 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, *ivi*, 813 ss.

²⁶ Per questa lettura v. in particolare A. PAJNO, *Giustizia amministrativa ed economia*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 952 ss.; ID., *La giustizia amministrativa nel 2016*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 139 ss.; ID., *La giustizia amministrativa nel 2017*, *ivi*, 2017, 147 ss.

²⁷ Su questi profili, per tutti, R.A. POSNER, *A failure of Capitalism, The crisis of '08 and the Descent into Depression*, Cambridge, 2009, nonché più recentemente, nella letteratura italiana, M.R. FERRARESE, *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, Bologna, 2017.

to», «privatizzazioni», «efficienza», «concorrenza», per riprendere alcune espressioni di Ferrarese – che avevano accompagnato tali riforme.

In breve, lo spirito delle riforme amministrative intraprese in tutta Europa all'inizio del ventunesimo secolo è decisamente cambiato rispetto al passato²⁸ e la cornice ideologica di riferimento rappresentata dal *New Public Management* è oramai tramontata, segnando la fine di un'era²⁹.

Nello stesso tempo, tuttavia, non si sono ancora definiti con precisione una visione e un modello alternativi del ruolo degli Stati e dell'amministrazione pubblica, sebbene gli stessi siano chiamati a svolgere un ruolo decisivo, vuoi per la gestione dell'emergenza vuoi come fattore di stimolo alla ripresa e alla crescita³⁰.

In questa cornice generale, le riforme amministrative promosse in Italia negli anni recenti risentono non soltanto del crollo dei paradigmi ideologici cui si è fatto cenno, ma anche dello specifico contesto politico e istituzionale nazionale.

Due tendenze, in particolare, meritano di essere segnalate ai fini che qui interessano.

La prima è costituita dalla crescente legificazione del diritto amministrativo, traduzione di un attivismo politico in cui “*l'annuncio diventa (...) più importante dell'attuazione*”³¹.

La seconda – che, se si vuole, è una variante della prima – è rappresentata dal ruolo uniformante della legislazione statale e dalla conseguente centralizzazione a scapito dell'autonomia.

Riguardo alla prima tendenza, deve anzitutto essere messo in evidenza – per quanto paradossale ciò possa sembrare – che un ruolo non secondario nella redazione delle norme e, dunque, nel processo di legificazione, è svolto proprio dalle burocrazie ministeriali.

Com'è noto, infatti, una parte molto significativa della produzione legislativa si deve, nell'esperienza italiana, all'iniziativa del Governo e ciò accade a maggior ragione con riferimento alla produzione delle regole che riguardano le pubbliche amministrazioni.

Il Governo, a sua volta, nell'esercizio dell'attività legislativa, è spesso prigioniero delle burocrazie ministeriali le quali, non di rado, portano a legiferare su

²⁸ Così, testualmente, G. NAPOLITANO, *Le riforme amministrative in Europa all'inizio del ventunesimo secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 611 ss., in particolare 633. Secondo questo Autore “in passato (...) le riforme erano state concepite soprattutto come un'opportunità, in funzione di utile accompagnamento a processi positivi di apertura alla globalizzazione e al mercato. Oggi, invece, esse appaiono una necessità per guadagnare margini di efficienza pubblica e privata indispensabili per riprendere la via della crescita economica dopo un'ormai lunga fase di crisi”.

²⁹ R. LEVY, *The New Public Management: End of an Era?*, in *25 Public. Pol. Adm.* 2 (2010), 234 ss.

³⁰ Per un tentativo di ripensamento del ruolo dello Stato come motore dell'innovazione v. M. MAZZUCATO, *Lo Stato innovatore*, Roma-Bari, 2013, *passim*.

³¹ G. NAPOLITANO, *Breve e lungo periodo nel diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 7-8.

aspetti talora assai minuti dell'azione amministrativa, anche al fine di sollevare l'amministrazione dalla responsabilità di compiere scelte ulteriori³².

Non stupisce allora se, in una delle più recenti e lucide analisi che siano state svolte sul tema, un'autorevole dottrina ha evidenziato il paradosso per cui, in misura direttamente proporzionale alla crisi della politica, cresce costantemente lo spazio occupato dalla legge a scapito dell'amministrazione, con l'effetto di avere "un'amministrazione pubblica cui si chiede sempre di più, ma che amministra sempre di meno, se per amministrare si intende la disponibilità del potere decisionale sufficiente per stabilire la misura adatta al caso concreto"³³.

Tale osservazione dà il senso del ruolo ambivalente – di vittima e carnefice, si potrebbe dire – che caratterizza la burocrazia. Quest'ultima, infatti, per un verso concorre, in sede di elaborazione delle norme, a marginalizzare il ruolo dell'amministrazione, ma, per altro verso, è vittima della sua stessa azione, in quanto la banalizzazione dell'amministrazione contribuisce ad alimentare la percezione che essa sia soprattutto un fattore di ostacolo allo sviluppo e alla crescita³⁴.

Molteplici sono i fattori che hanno concorso e che concorrono alla progressiva "marginalizzazione" e "banalizzazione" dell'amministrazione pubblica e di essi non è possibile occuparsi compiutamente in questa sede.

La dottrina sopra citata ne ha individuato due in particolare, ossia, da un lato, oltre alle leggi provvedimento, il sistematico ricorso da parte del legislatore a meccanismi auto-applicativi (vale a dire meccanismi che non prevedono discrezionalità amministrativa) e, dall'altro lato, l'irrigidimento e aggravamento dell'organizzazione finalizzato vuoi alla garanzia dei terzi (trasparenza, accesso civico) vuoi "alla soddisfazione di interessi pubblici del tutto apprezzabili (v. blocco spesa pubblica, antimafia, anticorruzione), ma *altri* rispetto a quelli primari istituzionalmente affidati"³⁵ (corsivo nel testo originale).

Quanto alla seconda tendenza, non v'è dubbio che, soprattutto sotto la pressione della crisi finanziaria, il legislatore statale abbia largamente ampliato la propria sfera di azione, disciplinando in maniera sempre più estensiva non solo gli organi di governo e le funzioni fondamentali degli enti locali (come previsto dall'art. 117, comma 2, lett. p), ma – sulla base di titoli di legittimazione variamente individuati – anche l'organizzazione interna di essi³⁶.

³² G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 40.

³³ M. CAMELLI, *Amministrazione e mondo nuovo: medici, cure, riforme*, in *Dir. amm.*, 2016, 9 ss., in particolare 15, dove si evidenzia la contraddizione tra l'aumento delle funzioni che, soprattutto dopo la crisi del 2008, sono affidate alla pubblica amministrazione e la progressiva "marginalizzazione" o "banalizzazione" della stessa amministrazione come effetto della "legificazione".

³⁴ Ancora recentemente, in chiave fortemente polemica nei confronti dell'eccesso di normazione e della burocrazia, ritenuti le principali fonti della resistenza alle riforme, F. GIAVAZZI e G. BARBIERI, *I signori del tempo perso. I burocrati che frenano l'Italia e come provare a sconfiggerli*, Milano, 2017.

³⁵ M. CAMELLI, *Amministrazione e mondo nuovo: medici, cure, riforme*, cit., 14.

³⁶ Sul punto, per una panoramica in termini generali, vedi, per tutti, R. BIN, *Stato delle auto-*

La legge Severino, al pari di precedenti interventi legislativi in materia di *spending review*, si colloca esattamente in questo quadro, tanto che, come si è accennato nel terzo capitolo, la stessa legge si preoccupa di individuare un titolo di legittimazione per l'intervento statale e lo individua, appunto, nel principio di imparzialità³⁷.

Al di là della evidente forzatura – visto che il principio di imparzialità non può essere considerato una materia di competenza legislativa, né tantomeno di competenza legislativa esclusiva statale – ciò che preme evidenziare è, come detto, l'effetto derivante da tali previsioni, ossia l'uniformità della regolamentazione e la centralizzazione a livello statale.

Centralizzazione che, nel caso di specie, è rafforzata dalla previsione di un sistema di vigilanza che trova nell'Autorità Anticorruzione la sua massima espressione³⁸.

Se queste sono, in estrema sintesi, le differenze che, sul piano ideologico e di contesto, fanno da sfondo alla genesi delle norme sull'imparzialità è possibile, allora, comprendere più chiaramente il diverso modo con cui le crisi hanno influenzato sul piano generale le riforme amministrative e, sul piano specifico, le declinazioni dell'imparzialità nell'organizzazione amministrativa.

Infatti, mentre la crisi dei primi anni Novanta aveva rappresentato principalmente un'opportunità per l'avvio delle riforme e per una spinta al cambiamento, quella del 2008 ha costituito soprattutto un vincolo e, per certi versi, anche l'inizio di un ripensamento, sia pure ancora confuso, delle riforme in precedenza avviate³⁹.

Per quanto in particolare di interesse in questa sede, emblematica nel senso appena detto è la legislazione sul pubblico impiego del 2009. La riforma Brunetta, infatti, al di là di ogni altra considerazione in ordine alle sue interne contraddizioni, segna simbolicamente il passaggio a una nuova fase, costituendo la massima valorizzazione del modello aziendale e dell'efficienza (ora imposta per legge) e,

mie vs. governo della burocrazia, in *Ist. Fed.*, 2014, 47 ss., il quale, peraltro, ritiene che la crisi abbia semplicemente accentuato un percorso di mortificazione delle autonomie che era già iniziato da tempo. Per una critica alla legislazione statale durante la crisi economica si veda G. GARDINI, *Le autonomie ai tempi della crisi*, *ivi*, 2011, 457 ss., nonché, per quanto specificamente attiene ai titoli di legittimazione del legislatore statale, F. MERLONI, *Il ruolo della regione nella costruzione di una nuova amministrazione territoriale*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Il regionalismo italiano dall'Unità alla Costituzione e alla sua riforma*, Milano, 2012, 393 ss.

³⁷ Si tratta del comma 59 dell'art. 1, ai sensi del quale tutte le disposizioni precedenti (dal comma 1 al comma 57 del medesimo art. 1) sono "di diretta attuazione del principio di imparzialità di cui all'art. 97 Cost."

³⁸ Su questi profili v. in particolare F. MERLONI, *Politiche di prevenzione della corruzione e autonomia degli enti territoriali*, in *Le Regioni*, 2014, 969 ss., nonché ID., *L'applicazione della legislazione anticorruzione nelle Regioni e negli enti locali tra discipline unitarie e autonomia organizzativa*, in *Ist. Fed.*, 2013, 349 ss.

³⁹ F. DI MASCO e A. NATALINI, *La riduzione della spesa pubblica e la riforma amministrativa*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, cit., 368.

nello stesso tempo, l'abbandono dell'autonomia negoziale e il ritorno alla centralità della legge non soltanto nel sistema delle fonti del rapporto di lavoro, ma anche nei sistemi di gestione del personale⁴⁰.

3. *Il rapporto tra politica e amministrazione, la logica fiduciaria e la responsabilità per i risultati*

L'analisi condotta nel secondo capitolo ha evidenziato quale sia stato il percorso del principio di distinzione/separazione tra politica e amministrazione alla luce di un ventennio di giurisprudenza costituzionale.

In particolare l'analisi svolta ha consentito di meglio precisare il significato di tale principio nella costituzione materiale, sia sul versante funzionale sia su quello strutturale.

In relazione al primo è stato evidenziato come, a partire dalla sentenza della Corte cost. n. 453/1990 sulla composizione delle commissioni dei concorsi pubblici, la distinzione tra politica e amministrazione sia stata successivamente declinata dal legislatore ordinario in un senso più radicale, ossia come netta separazione tra funzioni di indirizzo politico e gestione amministrativa. L'obiettivo, come si è visto, era quello di realizzare il passaggio dalla formula "cavouriana", nella quale tutti i poteri spettano al ministro, al suo esatto opposto, ossia una formula nella quale al ministro non spetta più alcun potere di gestione.

Tuttavia, come si è detto, tale passaggio non si è effettivamente realizzato, dal momento che nella legislazione ordinaria sono tuttora presenti diverse disposizioni che attribuiscono all'organo politico, e non alla dirigenza, poteri di amministrazione puntuale.

Quel che più conta, poi, è che nei (pochi) casi nei quali il problema della legittimità costituzionale di alcune di tali norme è stato sollevato dinanzi alla Corte, la stessa ha ritenuto che esse non fossero in contrasto con il principio di imparzialità in senso oggettivo⁴¹.

Così facendo, la Corte ha aperto alla possibilità di una lettura più ampia di tale principio il quale, quindi, non si esaurisce nella distinzione – comunque solo tendenziale – tra indirizzo politico e gestione amministrativa, ma può declinarsi, anche, come distinzione tra funzione istruttoria e funzione decisoria, secondo un modello che trova nella legge sul procedimento amministrativo statunitense la sua espressione più pura.

⁴⁰ S. BATTINI, *Al servizio della Nazione? Verso un nuovo modello di disciplina della dirigenza e del personale pubblico*, cit., 5-7.

⁴¹ Ci si riferisce alle due sentenze della Corte cost. n. 81/2013 e n. 108/2015, di cui si è trattato *supra* cap. 2, § 5, aventi ad oggetto, rispettivamente, la competenza ad emanare un provvedimento di VIA regionale e un provvedimento di autorizzazione all'arbitrato.

Si è anche visto, peraltro, che la tenuta del principio di distinzione/separazione tra politica e amministrazione si è giocata soprattutto sul versante strutturale, ossia in relazione ai vari meccanismi di raccordo tra politica e dirigenza. In questo ambito numerose sono state le pronunce della Corte costituzionale in relazione ad altrettanto numerosi interventi del legislatore, statale e regionale, volti in particolare ad ampliare la portata del c.d. *spoils system*.

Al riguardo si è detto come la Corte abbia evitato le derive più gravi, arginando progressivamente le spinte della politica volte ad estendere in maniera indebita dispositivi di decadenza automatica dall'incarico, a prescindere dall'effettivo accertamento di una responsabilità dirigenziale.

Da questo punto di vista, le sentenze della Corte hanno assolto principalmente un ruolo di argine, fissando un limite negativo ai debordanti tentativi del legislatore. Analogo ruolo, in relazione alla disciplina del rinnovo degli incarichi dirigenziali, in mancanza di specifiche pronunce da parte della Corte costituzionale, è stato svolto dalla Corte di Cassazione che, attraverso l'affermazione delle regole del giusto procedimento, ha circoscritto significativamente il potere di scelta basato sulla logica fiduciaria.

Dall'analisi della giurisprudenza, tuttavia, è sembrato potersi ricavare anche qualcosa di più della semplice (e comunque preziosa) opera di fissazione di un limite negativo.

In particolare, come si è visto nel secondo capitolo, dalla giurisprudenza costituzionale emerge anche una declinazione in positivo del corretto ordine di rapporti tra politica e amministrazione.

Nel definire i limiti entro i quali le nomine fiduciarie possono considerarsi ammissibili nell'ordinamento, infatti, la Corte ha costantemente valorizzato l'istituto della responsabilità dirigenziale, fino a riconoscerne la funzione di punto di equilibrio tra le esigenze della politica di assicurarsi una legittima presa sull'amministrazione, ai fini dell'attuazione del proprio indirizzo, e le esigenze dell'amministrazione di non vedere la propria azione condizionata da indebite pressioni politiche.

Tale logica è radicalmente diversa da quella basata sulla fiduciarità.

Nomine fiduciarie sono sì ammesse, entro certi limiti, ma ciò che più conta – e che la Corte con le sue pronunce contribuisce a mettere in luce – è che la supremazia della politica sull'amministrazione non si fonda sulla consentaneità politica tra ministro e dirigente, bensì, innanzitutto, sulla valutazione dei risultati obiettivi conseguiti dalla dirigenza.

In definitiva, dalla giurisprudenza della Corte costituzionale è sembrato potersi ricavare la conclusione che sia la responsabilità dirigenziale, più che la “giusta misura” di nomine fiduciarie, il vero punto di equilibrio tra principio democratico (che scongiura il rischio di un'amministrazione acefala e autoreferenziale) e principio di imparzialità (che scongiura il rischio di un'amministrazione succube del potere politico).

La responsabilità dirigenziale, inoltre, proprio in quanto fondata su una verifi-

ca dei risultati della gestione, secondo criteri economici, non soltanto assicura alla politica uno strumento di controllo sul raggiungimento, da parte dell'amministrazione, degli obiettivi stabiliti, ma garantisce altresì la soddisfazione dell'interesse della collettività al buon andamento.

Non a caso, come si è accennato esaminando la sentenza n. 351/2008, la Corte costituzionale ha affermato che sia interesse della collettività – prima ancora che del singolo dirigente – che questi, in quanto si sia dimostrato capace di raggiungere gli obiettivi, possa conservare l'incarico ⁴².

In caso contrario, ossia laddove un'eventuale illegittima rimozione potesse essere "sanata" mediante una misura indennitaria o risarcitoria, l'interesse individuale del dirigente sarebbe tutelato, ma l'interesse della collettività ad avere un'amministrazione capace di conseguire il risultato rimarrebbe invece irrimediabilmente compromesso.

In sintesi, la responsabilità dirigenziale, proprio per le sue specifiche caratteristiche – che la rendono molto vicina al concetto anglosassone di *accountability* – avrebbe dovuto rappresentare il principale fattore di legittimazione in via autonoma dell'amministrazione nei confronti della collettività. Era questo, come si è detto, uno dei principali obiettivi delle riforme degli anni Novanta.

Senonché, l'analisi svolta nelle pagine precedenti ha anche messo in evidenza il fallimento pratico di questa prospettiva: la responsabilità dirigenziale, infatti, è rimasta sulla carta e, di conseguenza, l'amministrazione non si è autonomamente legittimata, rimanendo succube della politica.

Le ragioni di questo fallimento sono molteplici e anche di esse si è dato conto nelle pagine precedenti.

In particolare, è stato messo in evidenza il progressivo snaturamento della responsabilità dirigenziale la cui ampiezza avrebbe dovuto essere inversamente proporzionale allo spazio riconosciuto ad altre forme di responsabilità, riferite alla trasgressione di obblighi di condotta.

L'intenzione del legislatore, infatti, era di evitare che il timore di troppe responsabilità potesse diventare un fattore di disincentivo invece che uno stimolo, provocando rallentamenti ed inerzie nello svolgimento dell'attività amministrativa (effetto di *over-deterrence*) ⁴³. In altri termini, come insegna una massima di

⁴² Con tale sentenza, come si ricorderà, la Corte ha ritenuto fondata la questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 97 Cost. relativamente a una disposizione di legge regionale che aveva introdotto la possibilità per la Giunta di offrire ai dirigenti – decaduti dall'incarico per effetto di meccanismi illegittimi di *spoils system* – un indennizzo monetario invece che il ripristino del rapporto di lavoro.

⁴³ Su questo profilo si veda, in particolare, la motivazione della sentenza della Corte cost. 20 novembre 1998, n. 371, in www.cortecostituzionale.it, relativa alla legittimità costituzionale di alcune norme che limitavano la responsabilità amministrativa dei dipendenti pubblici solo ai fatti e alle omissioni commessi con dolo o colpa grave, escludendo quindi la colpa lieve. La pronuncia è richiamata da S. BATTINI, *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dei dipendenti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 53 ss., in particolare 60 ss., il quale così sintetizza: "Troppe re-

esperienza, troppe responsabilità equivalgono spesso a nessuna responsabilità. Di qui, l'idea di circoscrivere l'ambito delle responsabilità amministrativa e disciplinare a vantaggio di una più ampia responsabilità per i risultati.

Nel tempo, tuttavia, questa prospettiva è stata tradita, innanzitutto sul piano dell'effettività e, successivamente, anche su quello dell'enunciazione legislativa, almeno a partire dalla legislazione del 2009 e fino ad oggi: la responsabilità disciplinare, infatti, è stata largamente attratta nell'area della legge a scapito del contratto e i suoi confini sono stati dilatati, mentre la responsabilità per risultati, comunque mai veramente attivata, ha subito un processo di contaminazione fino a diventare, ora, in larga misura, una responsabilità per violazione di norme di comportamento ⁴⁴.

La conclusione cui si è pervenuti in relazione all'imparzialità oggettiva, dunque, è che la distinzione tra politica e amministrazione ha dato luogo a risultati largamente insoddisfacenti, soprattutto con riguardo al profilo dell'autonoma legittimazione della p.a.

Il rapporto con la politica, infatti, non si è realizzato secondo la logica, tracciata dalla Corte costituzionale, dei risultati e del merito, bensì secondo la diversa e potenzialmente patologica (nella misura in cui è abusata) logica fiduciaria.

Il ricorso sempre più esteso a nomine fiduciarie determina, tuttavia, come si è visto, il sovvertimento del principio di distinzione tra politica e amministrazione e, per l'effetto, un'ingerenza indebita della prima nella seconda. L'abuso delle nomine fiduciarie, infatti, non ha nulla a che vedere con un'azione amministrativa orientata secondo l'indirizzo politico-governativo, ossia con la legittima prevalenza che la politica deve avere sulle scelte amministrative.

D'altra parte, la mancata attivazione di una responsabilità per risultati ha fatto sì che l'amministrazione sia rimasta sostanzialmente irresponsabile anche nei confronti della collettività. Anzi, come si è visto, proprio la collettività nel suo complesso risulta particolarmente penalizzata dal fallito tentativo di legittimare l'amministrazione autonomamente rispetto alla politica.

A smentire tali conclusioni non può essere utilmente invocata la progressiva estensione della trasparenza come forma di controllo democratico, da parte dei cittadini, sull'operato dell'amministrazione.

Anzitutto, infatti, anche il significato della trasparenza ha subito nel tempo un'evoluzione ⁴⁵: così, mentre solo pochi anni fa si sottolineava il "nesso stretto tra tra-

sponsabilità, riferite alla trasgressione di specifici obblighi di condotta, possono comportare meno responsabilizzazione, riferita ai risultati complessivi delle scelte gestionali". (...) "Ecco dunque, in breve, gli obiettivi della riforma, sul punto che interessa: un'alta burocrazia più responsabilizzata per i risultati della gestione amministrativa; meno intimorita dalla prospettiva di violazioni formali del dettato legislativo, tali da determinare responsabilità amministrativa; più incline ad utilizzare i 'poteri del privato datore di lavoro' e, in particolare il potere disciplinare, come strumento per assicurare il corretto adempimento della prestazione lavorativa dei dipendenti".

⁴⁴ Su questa parabola v. ancora, da ultimo, S. BATTINI, *La disciplina del lavoro pubblico tra crisi del modello privatistico e prospettive di riforma*, in www.diritto-amministrativo.org.

⁴⁵ Ovviamente il valore del principio di trasparenza va ben oltre i due significati specifici messi

sparenza e rendicontazione della *performance* per garantire l'effettiva *accountability* delle amministrazioni, assicurando la conoscenza da parte dei cittadini di obiettivi e risultati dell'azione amministrativa”⁴⁶, più recentemente l'attenzione si è spostata decisamente sul nesso tra trasparenza e moralizzazione della vita pubblica⁴⁷.

Per quanto, ovviamente, i due aspetti possano (e debbano) convivere, è pur vero, però, che la prevalenza in concreto del secondo rispetto al primo è sintomatica di un mutato atteggiamento nei confronti dell'amministrazione e di un progressi-

in evidenza nel testo. Per un inquadramento più ampio di questo principio, oltre a G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. giur.*, vol. XXXI, Roma, 1995, *ad vocem*, si vedano i recenti lavori monografici di A. LAZZARO, *Trasparenza e prevenzione della cattiva amministrazione*, Milano, 2017; C. COLAPIETRO, *La terza generazione della trasparenza amministrativa: dall'accesso documentale all'accesso generalizzato passando per l'accesso civico*, Napoli 2016; A.G. OROFINO, *Profili giuridici della trasparenza amministrativa*, Bari, 2013. Per quanto invece più specificamente interessa in questa sede, nella oramai sterminata dottrina che si è occupata di trasparenza, si segnalano: F. CACCIATORE, F. DI MASCIÒ, A. NATALINI, *La trasparenza proattiva in Italia: meccanismi causali e dinamiche di contesto*, in *Riv. it. pol. pubbl.*, 2017, 49 ss.; M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 593 ss.; D.U. GALETTA, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 1019 ss.; E. CARLONI, *Se questo è un FOIA. Il diritto a conoscere tra modelli e tradimenti*, in *ASTRID Rassegna* n. 4/2016; A. NATALINI e G. VESPERINI (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, Napoli, 2015; A. PAJNO, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in *Giust. civ.*, 2015, 213 ss.; M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 795 ss.; F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2012; E. CARLONI, *La casa di vetro e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 779 ss.; F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008.

⁴⁶Sono parole della CIVIT, *Relazione sulla performance delle amministrazioni centrali anno 2011*, reperibile in www.anticorruzione.it, dove si sottolineava altresì il basso livello di adempimento da parte delle amministrazioni in ordine ai risultati dell'azione amministrativa derivante dalla valutazione della *performance*, nonché la scarsa qualità dei dati pubblicati. Peraltro, come si è accennato in precedenza, non va trascurato il fatto che è proprio la riforma Brunetta a segnare idealmente il passaggio dalla prospettiva dell'efficienza a quella dell'integrità. Pur enfatizzando la prima, infatti, quella riforma si fondava su una rappresentazione negativa dell'amministrazione, vista soprattutto come fonte di sprechi e di privilegi. In questa logica la trasparenza era concepita soprattutto come uno strumento utile a mostrare le inefficienze del settore pubblico. Per un esame in chiave critica del nesso tra trasparenza e *performance management* v. G. BEVAN e C. HOOD, *What's Measured is what Matters*, in *Publ adm.*, vol. 84, n. 3, 517 ss.

⁴⁷Si veda, per tutti, I.A. NICOTRA, *La trasparenza e la tensione verso i nuovi diritti di democrazia partecipativa*, in *Id.*, *L'Autorità nazionale anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, cit., 143 ss., in particolare 146: “un'amministrazione trasparente recupera credibilità e fiducia in quanto ingenera nelle persone la convinzione che il comportamento dei propri dipendenti sia improntato al rispetto dell'etica pubblica. La visibilità dell'agire amministrativo diviene garanzia dell'operato delle istituzioni in osservanza del dovere di fedeltà e degli altri precetti sanciti negli articoli 54 e 98 della Costituzione”. La tendenza a introdurre normative sempre più pervasive in tema di trasparenza non è solo italiana, come nota G. NAPOLITANO, *Le riforme amministrative in Europa all'inizio del ventunesimo secolo*, cit., 638-639, il quale denuncia anche il rischio che, dove manchi una cultura civica diffusa, la trasparenza degeneri in mero voyerismo.

vo spostamento dell'attenzione dai profili dell'efficienza a quelli dell'integrità, o, se si vuole, da una visione che mira a incentivare la "buona amministrazione" ad una che, invece, mira soprattutto a reprimere la "cattiva amministrazione"⁴⁸.

Le due prospettive solo apparentemente coincidono.

In realtà, com'è stato notato, nella prima "l'amministrazione viene guardata con fiducia e l'accessibilità delle informazioni diventa strumentale all'instaurazione di un corretto rapporto fra essa e i destinatari dei suoi interventi e viene finalizzata a rendere più chiari e più comprensibili i modi di questa relazione, a semplificare le procedure e quindi in definitiva a creare le condizioni per il raggiungimento di risultati migliori".

Nella seconda prospettiva, invece, "l'amministrazione viene guardata con sospetto e l'accessibilità delle informazioni viene proposta come argine ai fenomeni [di corruzione], in virtù della sua idoneità a favorire forme diffuse di controllo"⁴⁹.

Più in generale, poi, si deve sottolineare un probabile eccesso di ottimismo nella effettiva capacità della trasparenza di assicurare un reale controllo democratico da parte dei cittadini.

Com'è stato osservato, infatti, la principale ragione del successo e della diffusione di normative in tema di trasparenza risiede in una certa idea di democrazia diretta in virtù della quale, attraverso la trasparenza, i cittadini sono messi in condizione di valutare le politiche pubbliche e di determinare quali siano da favorire e quali da respingere⁵⁰.

⁴⁸ La pluralità di scopi della trasparenza ai fini di un controllo diffuso sull'operato dei pubblici poteri è segnalato molto chiaramente da F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in ID., (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit., 3 ss., in particolare 12: "in primo luogo la trasparenza e il controllo democratico dovrebbero favorire la *responsabilità* delle istituzioni e dei loro decisori (nel senso inglese dell'*accountability*, del dover rispondere del proprio operato). (...) In secondo luogo la trasparenza e il controllo democratico dovrebbero favorire l'efficienza, l'efficacia, cioè in generale la *funzionalità* (il buon andamento) delle istituzioni. (...) Lo stesso effetto, in terzo luogo, dovrebbe aversi quanto all'*imparzialità delle amministrazioni* (della loro organizzazione e della loro attività)". Sulla pluralità di scopi della trasparenza si veda anche G. ARENA, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, *ivi*, 29 ss.

⁴⁹ Le parole tra virgolette nel testo sono di M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Ist. fed.*, 2013, 657 ss., il quale sottolinea il rischio di una eccessiva enfattizzazione della trasparenza quale strumento anticorruzione. A ulteriore conferma di questo progressivo spostamento di prospettiva non è poi forse inutile notare che se agli inizi degli anni Duemila la dottrina si interrogava, come detto, sull'amministrazione di risultato (si veda, in particolare, il convegno di Palermo del 27-28 febbraio 2003, dove venivano presentati i risultati di una ricerca condotta nel biennio precedente. Gli atti del convegno sono pubblicati in M. IMMORDINO e A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit.), dopo circa un quindicennio l'attenzione si è spostata sulla cattiva amministrazione (cfr. in particolare, il Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo del 2016 intitolato, appunto, "Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme"). Il testo delle relazioni svolte in questa occasione sono reperibili sul sito dell'AIPDA (www.diritto-amministrativo.org).

⁵⁰ Sui limiti della trasparenza v. il breve, ma incisivo scritto di A. ETZIONI, *The limits of Transparency*, in 74 *Publ. Adm. Rev.* 6 (2014), 687-688, dove si sottolinea che "the main reason transparency is vastly

Senonché, come pure è stato detto, si tratta di un'idea alquanto *naive*, in quanto presuppone che i cittadini siano effettivamente in grado di comprendere, selezionare e valutare dati e informazioni e, sulla base di questi, emettere un giudizio sintetico nei confronti dell'amministrazione⁵¹. Il che, a ben vedere, appare tutt'altro che realistico⁵².

4. *Imparzialità soggettiva, buon andamento e imparzialità diminuita: alla ricerca di un punto di equilibrio*

Nel terzo capitolo ci si è occupati del principio di imparzialità in senso soggettivo e ciò ha reso necessario esaminare quella serie di discipline di recente conio genericamente indicate come "normativa anticorruzione".

Al riguardo è stato anzitutto evidenziato come gli anni recenti abbiano fatto registrare un deciso investimento del legislatore su questo versante dell'imparzialità, non soltanto mediante l'introduzione di una mole notevole di norme, ma anche at-

oversold is that it rests on a popular but naive theory of the way democracy functions, namely, that it operate as a direct democracy. This theory assumes that voters can learn about the ins and outs of the numerous programs the government carries out or affects, evaluate them, and determine which they favor or seek to discontinue. The problem with this theory is that most people are busy making a living and maintaining a family and a social life, and they have very limited time and energy to devote to following public affairs. And, as studies reviewed in *Thinking, Fast and Slow* by Nobel laureate Daniel Kahneman (2011, 157-58) show, people do not have the training necessary to evaluate the relevant data. (...) The result is that transparency provides users with the illusion of openness while actually serving to obfuscate". Nella letteratura italiana una posizione condivisibilmente critica nei confronti delle eccessive enfattizzazioni della trasparenza è espressa da C. MARZUOLI, *Fenomeni corruttivi e pubblica amministrazione: più discipline, un unico obiettivo*, in F. PALAZZO (a cura di), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, cit. 1 ss., in particolare 7, dove si sottolinea che "la trasparenza non deve divenire una via per de-istituzionalizzare il rapporto tra cittadino e agente pubblico e per costruire un contatto immediato e permanente tra l'uno e l'altro, del tutto al di fuori della mediazione e della responsabilità dell'istituzione (...) Sarebbe come dire, per un verso, che il contatto con l'amministrazione trasforma l'individuo da persona a pezzo dell'organizzazione e, per un altro, che l'istituzione adempie (se non in tutto in gran parte) alle sue responsabilità di governo con questa pubblica ostensione". V. anche ID., *Introduzione*, in F. CINGARI (a cura di), *Corruzione: strategie di contrasto*, cit., 3 ss.

⁵¹ Così la definisce A. ETZIONI, *The limits of Transparency*, cit. Il discorso, tuttavia, può essere in parte diverso in settori come quelli dell'amministrazione di prestazione dov'è l'utente del servizio, più che il cittadino in quanto tale, a venire in rilievo. L'utente, infatti, è in grado di emettere un giudizio, anzitutto alla luce della sua esperienza oltre che dei dati forniti, potenzialmente in grado di incidere direttamente nei confronti dell'amministrazione che presta il servizio, ad esempio in termini di valutazione della *performance*.

⁵² Va ricordato, peraltro, che già in sede di Assemblea costituente gli On. La Rocca e Togliatti avevano proposto di inserire all'interno di quello che sarebbe diventato l'attuale art. 97 Cost. una disposizione che affidava alla legge ordinaria il compito di determinare "i modi e le forme in cui si esercita il controllo popolare sulle pubbliche amministrazioni". Ricorda questo passaggio dei lavori della costituente, da ultimo, S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, in corso di pubblicazione in *Dir. amm.*

traverso la creazione di un'apposita autorità indipendente presso la quale sono stati accentrati i compiti in materia di trasparenza e di prevenzione della corruzione.

A ben vedere, anzi, proprio la genesi e lo sviluppo dell'Autorità nazionale anticorruzione, di cui s'è dato conto in particolare nel capitolo primo, costituiscono un'ulteriore documentazione di quanto si diceva pocanzi in ordine al progressivo spostamento dell'attenzione dall'efficienza all'integrità.

L'ANAC, infatti, come si è visto, è nata dalle ceneri della CIVIT, ossia di un'autorità (relativamente) indipendente che aveva quale compito principale precisamente quello di indirizzare, coordinare e sovrintendere all'esercizio delle funzioni di valutazione della *performance* delle amministrazioni pubbliche.

Senonché, come si è detto, le attribuzioni in materia di misurazione e valutazione delle *performances* sono state in seguito trasferite al Dipartimento della Funzione Pubblica dal d.l. n. 90/2014, mentre, contestualmente, in capo all'ANAC sono state concentrate tutte le funzioni in materia di anticorruzione e trasparenza oltre a quelle svolte in precedenza dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

Un passaggio, dunque, non privo di implicazioni sul piano dei valori ritenuti prevalenti nell'ordinamento, soprattutto se si considera che proprio il carattere complesso ed eminentemente tecnico delle funzioni di valutazione obiettiva delle prestazioni rese dalle amministrazioni ai cittadini ne giustificava, a buon diritto, l'attribuzione ad un'autorità indipendente dalla politica⁵³.

Viceversa, come pure si è notato, la tutela della legalità e la lotta alla corruzione, pur essendo certamente strumentali alla realizzazione di fondamentali valori costituzionali, non dovrebbero essere considerate propriamente materie da affidare ad un'autorità indipendente, bensì una missione tipica del potere esecutivo tradizionale. Legalità e imparzialità, infatti, non sono un fine in sé, ma semmai condizioni irrinunciabili dell'organizzazione e dell'agire amministrativo nel perseguimento degli interessi che l'ordinamento attribuisce alla cura degli apparati pubblici.

È, questo, un punto molto delicato perché il rischio di confondere i fini con i mezzi o gli scopi principali dell'amministrazione con quelli secondari non appare così remoto⁵⁴.

⁵³ Come notato da Cons. Stato, sez. I, parere 22 marzo 2010, n. 1081, "la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni, la misurazione e la valutazione obiettiva delle prestazioni rese da esse ai cittadini, la valutazione dei pubblici funzionari secondo regole certe e in un sistema idoneo ad assicurare che la stessa sia svolta sul piano del merito e al riparo da interferenze politiche improprie sono valori che riposano direttamente nelle norme costituzionali in tema di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione (art. 97), nel dovere di fedeltà degli impiegati pubblici (art. 98) e nel principio, oramai riconosciuto come di diretta derivazione dal sistema costituzionale, della separazione tra politica e amministrazione. È in tale quadro, in verità, che va letta la scelta del legislatore, secondo un processo logico comune alla istituzione di altre autorità indipendenti, di allocare tali attribuzioni in capo a un organismo autonomo e indipendente, in considerazione, come si diceva, sia del carattere fortemente tecnico delle funzioni sia della loro strumentalità rispetto agli indicati parametri costituzionali".

⁵⁴ Sul punto, con specifico riferimento al concorso pubblico, ma con considerazione che posso-

Tornando al rafforzamento dell'imparzialità soggettiva, la normativa anticorruzione è stata esaminata assumendo come punto di osservazione il conflitto di interessi, ossia quella situazione nella quale il titolare di una funzione pubblica si trova ad essere portatore di un interesse, proprio o di terzi, in contrasto con l'interesse pubblico affidato alle sue cure.

Si è visto, in particolare, come tale concetto abbia ispirato la disciplina dettata da molte norme della legislazione anticorruzione contribuendo a disegnare un sistema tendenzialmente completo che investe il rapporto di lavoro con l'amministrazione prima, durante e dopo la sua costituzione.

L'analisi svolta, tuttavia, ha mostrato in primo luogo i limiti di una legislazione particolarmente pervasiva e, nello stesso tempo, largamente imprecisa nei suoi contenuti, con l'effetto di determinare cortocircuiti logico-giuridici di assai difficile soluzione.

In secondo luogo, lo studio si è concentrato sulla prima prassi applicativa da parte dell'Autorità anticorruzione e delle giurisprudenza e ha mostrato il delinearsi – sia pure ancora in fase iniziale – di due orientamenti tendenzialmente divergenti.

A fronte di un dettato normativo tutt'altro che lineare, infatti, l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha sposato decisamente la strada di un'interpretazione particolarmente ampia di queste discipline, finendo talvolta per estenderne l'ambito di applicazione anche oltre i limiti legislativamente previsti e determinando, in qualche caso, un vero e proprio sviamento dai fini perseguiti dal legislatore.

Di contro, la giurisprudenza amministrativa maggioritaria sembra invece ancorata a un'interpretazione più rigorosa, attenta ad evitare che uno sbilanciamento eccessivo sul valore dell'imparzialità possa pregiudicare altri valori importanti dell'ordinamento giuridico, ossia la certezza, la continuità e il buon andamento dell'amministrazione.

Nella visione “drammatica” dell'amministrazione che in questo studio si è scelto di adottare è del tutto fisiologico che tra questi valori vi possa essere una tensione permanente.

Il problema, semmai, è trovare il giusto punto di equilibrio tra essi, senza che un'affermazione unilaterale dell'uno determini fatalmente un'indebita compressione dell'altro e viceversa⁵⁵.

no essere anche generalizzate, si veda B.G. MATTARELLA, *Il principio del concorso e la sua parodia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 417 ss. il quale correttamente rileva che il principio del concorso è anzitutto strumentale alla selezione dei più meritevoli ed è in funzione di questo risultato che il concorso deve essere imparziale. Invece, secondo l'Autore, “legislatore, amministrazioni e giudici si sono concentrati su uno scopo accessorio (quello di evitare malcostume e favoritismi) al punto da dimenticare lo scopo principale (quello di selezionare i migliori)”.

⁵⁵La necessità di trovare un punto di equilibrio tra imparzialità ed efficienza dell'agire amministrativo è evidenziata anche da M. RAMAJOLI, *Inconferibilità e incompatibilità di incarichi nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 586.

Negli anni successivi alle riforme degli anni Novanta questo punto di equilibrio era stato individuato attraverso una lettura complementare dei due principi organizzatori dell'art. 97 Cost., includendo, cioè, in un certo senso, l'imparzialità nel buon andamento.

A partire dalle indicazioni offerte dalla sentenza della Corte costituzionale sulla composizione delle commissioni di concorso, infatti, la dottrina aveva sviluppato una riflessione che vedeva nell'imparzialità uno strumento di promozione del buon andamento attraverso una chiara demarcazione tra la sfera della politica e quella dell'amministrazione.

In altri termini, la distinzione di ruoli tra politica e amministrazione, in quanto diretta a evitare ingerenze indebite nella concreta gestione dell'interesse pubblico, contribuiva al raggiungimento dello stesso⁵⁶.

In questa stessa logica, d'altra parte, – come si è visto nel capitolo primo – sempre la Corte costituzionale aveva avallato la scelta del legislatore di privatizzare il pubblico impiego sul presupposto che mediante un equilibrato dosaggio delle fonti regolatrici del rapporto di lavoro il legislatore avesse “inteso garantire, senza pregiudizio dell'imparzialità, anche il valore dell'efficienza”⁵⁷.

La situazione, oggi, appare molto diversa.

Sui principi di buon andamento e imparzialità grava ora il peso del nuovo primo comma dell'art. 97 Cost. che impone alle pubbliche amministrazioni di assicurare, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione Europea, l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico⁵⁸.

Di conseguenza, com'è stato notato, i principi di imparzialità e buon andamento diventano variabili dell'interesse finanziario.

In particolare, quanto al buon andamento, “la valenza prioritaria e prevalente [è ora] da attribuire al criterio della economicità, intesa come obbligo di impiegare la minore quantità possibile di risorse” cosicché “l'efficacia degrada a variabile dipendente della funzione di costo sostenibile” e “l'efficienza diventa la capacità di risparmiare risorse”, ossia l'efficienza possibile⁵⁹.

⁵⁶ È, questa, la tesi di fondo del volume di G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, cit. che riprende e sviluppa uno spunto di R. MARRAMA, *Principi regolatori della funzione di organizzazione pubblica*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, G.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 1998, 397 ss., in particolare 412.

⁵⁷ Corte cost. n. 309/1997 cit.

⁵⁸ In argomento G. BOTTINO, *Il nuovo art. 97 della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 691 ss.

⁵⁹ R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, cit. 419-420, il quale poco dopo aggiunge: “In totale disaccordo con la logica del risultato che ha caratterizzato la dogmatica gius-managerialista degli anni Novanta, soprattutto grazie al sugello costituzionale operato dalla riforma del 2012, si prefigura un sistema in cui la norma che disciplina l'utilizzo delle risorse pubbliche diventa il parametro di razionalità amministrativa sul quale testare la *performance* delle organizzazioni e dei suoi attori. (...) Pertanto, dopo la svolta dell'amministrazione di risultato si conclama definitivamente la stagione del legalismo dell'effi-

Di converso, anche il valore dell'imparzialità finisce paradossalmente per essere diminuito: l'imparzialità è ancora strumento di promozione del buon andamento ma – nella misura in cui questo è ridotto alla sola economicità – anch'essa viene ridotta a un mero mezzo per combattere i fenomeni corruttivi in quanto minano l'efficienza e il corretto uso delle risorse pubbliche⁶⁰. Ancora una volta, dunque, prevale soprattutto la funzione di prevenzione della cattiva amministrazione piuttosto che l'incentivo alla realizzazione del diritto ad una buona amministrazione.

In questa situazione, il rischio più grave è quello di perdere di vista il problema principale – icasticamente riassunto in dottrina nell'interrogativo “perché l'amministrazione funziona così poco e male?” – per concentrarsi su profili che, per quanto in sé apprezzabili, rimangono secondari o comunque strumentali rispetto al perseguimento dell'interesse pubblico⁶¹.

È ben vero che il problema principale è, in realtà, il problema di sempre in quanto, com'è stato ancora recentemente ricordato, la percezione dell'amministrazione pubblica come fattore di ostacolo invece che di traino della crescita e dello sviluppo attraversa l'intera storia dell'Italia unita⁶².

Ma ciò non significa che una cosa: che l'amministrazione è chiamata costantemente a riformarsi e a cambiare, contestualmente al mutare del suo ruolo nella società⁶³.

Un eccesso di enfasi o addirittura una “mistica” dei profili secondari, invece, può addirittura aggravare il problema principale, almeno nella misura in cui non

cienza, caratterizzato come supino rispetto alle norme che comportano risparmio e permettono la compressione del debito pubblico”.

⁶⁰ Sui costi della corruzione esistono ormai numerosi studi. Tra i più recenti in Italia, sia pure di taglio prevalentemente divulgativo, N. FIORINO e E. GALLI, *La corruzione in Italia. Un'analisi economica*, Bologna, 2013; L. HINNA e M. MARCANTONI, *Corruzione. La tassa più iniqua*, Roma, 2013. Sulla quantificazione della corruzione esistono anche molti studi che si basano sulla percezione. Al riguardo, in chiave critica, M. MAZZONI, A. STANZIANO, L. RECCHI, *Rappresentazione e percezione della corruzione in Italia. Verso una strumentalizzazione del fenomeno*, in *Com. Pol.*, 2017, 99 ss.

⁶¹ Sono parole di M. CAMMELLI, *Amministrazione e mondo nuovo: medici, cure, riforme*, cit., 19, secondo il quale l'omissione della domanda principale “finisce per essere espressione di una posizione essenzialmente difensiva che sconta la resa rispetto al problema centrale (lasciato ai margini) delineando un modello di relazioni con l'amministrazione ispirato al principio *se non la puoi far funzionare, assicurati almeno il massimo delle garanzie*” (corsivo aggiunto).

⁶² Il riferimento è alle osservazioni svolte da M. RAMAJOLI, *Quale cultura per l'amministrazione pubblica?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 187 ss.

⁶³ Come osserva Sabino Cassese, in S. CASSESE e L. TORCHIA, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna 2014, 113, “le riforme amministrative dovrebbero essere un processo continuo di manutenzione e ammodernamento”. Tale costante opera di rinnovamento “richiede la capacità di vedere e quindi di affrontare i problemi della burocrazia e della società sia da vicino, in una prospettiva di breve periodo, sia da lontano, in una prospettiva di medio e lungo periodo”. Così G. NAPOLITANO, *Breve e lungo periodo nel diritto amministrativo*, cit., 9.

vi sia proporzionalità tra i costi derivanti dall'adeguamento dell'organizzazione amministrativa alle nuove prescrizioni e i benefici da esso ritraibili⁶⁴.

5. Conseguenze dell'indagine e prospettive

Se, dunque, si combinano ora i risultati raggiunti dall'indagine sui due fronti che sono stati oggetto di esame, l'impressione che se ne ricava è quella di un'amministrazione "strabica": infatti, mentre l'imparzialità oggettiva, per effetto della mancata attuazione di una reale responsabilità per i risultati, è recessiva, l'imparzialità in senso soggettivo si espande, grazie alla normativa anticorruzione e all'azione dell'ANAC.

Questi opposti movimenti, tuttavia, convergono verso il medesimo risultato, ossia quello di un'amministrazione da un lato sempre meno responsabilizzata nel soddisfacimento degli interessi della collettività e, dall'altro lato, sempre più concentrata sulla propria organizzazione interna.

Schematizzando, si può dire che l'attenzione si è progressivamente spostata dalla soddisfazione degli interessi di cittadini e imprese, alla predisposizione, quasi a mo' di compensazione, di un ampio ventaglio di garanzie nell'organizzazione.

Di conseguenza – ed è quel che più conta – il fondamento della legittimazione autonoma dell'amministrazione si trasforma: esso non è più individuato nella capacità dell'amministrazione di assicurare i risultati, quanto piuttosto nell'integrità della sua organizzazione.

A questo punto, però, ci si deve interrogare sulla solidità di questo fondamento.

Per quanto l'osservazione possa apparire banale, infatti, l'amministrazione ha ragione di esistere se e nella misura in cui continui ad essere *funzione*, ossia attività strumentale al perseguimento dei fini stabiliti dalla legge⁶⁵.

⁶⁴ Questo ulteriore rischio è segnalato molto chiaramente da F. FRACCHIA, *L'impatto delle misure anticorruzione e della trasparenza sull'organizzazione amministrativa*, cit. 498. L'Autore sottolinea come, per effetto della normativa anticorruzione, l'organizzazione rischi di diventare un valore in sé, con l'effetto che "invece di agire, l'amministrazione impieg[a] parte del proprio tempo soprattutto a organizzarsi, posto che, senza risorse aggiuntive, deve ora attendere a incombenze assai più gravose rispetto al passato". La necessità di accantonare alcune "mistiche" – quella di eliminare la discrezionalità dell'amministrazione per ridurre la possibilità di un esercizio arbitrario del potere, quella delle semplificazioni senza controlli, quella dell'interesse pubblico come interesse di tutti in senso sostanziale o quella della trasparenza come accessibilità totale – è segnalata da C. MARZUOLI, *Fenomeni corruttivi e pubblica amministrazione: più discipline un unico obiettivo*, in F. PALAZZO (a cura di), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, cit.

⁶⁵ In generale, sulla centralità della funzione nel diritto amministrativo cfr. F. BENVENUTI, voce *Funzione. Teoria generale*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma, 1989 e ora anche in Id., *Scritti giuridici*, V, Milano, 2006, 4081 ss.; G. MARONGIU, voce *Funzione amministrativa*, *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma, 1989; U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, cit.; D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996.

Al contrario, portando alle estreme conseguenze la parabola descritta in queste pagine, l'amministrazione rischia di non essere più cura in concreto di interessi pubblici, ma di autogiustificare la propria esistenza soprattutto in virtù degli adempimenti che dovrebbero legittimarne il ruolo di fronte ai cittadini. Ed è precisamente questa la pericolosa china verso la quale sembra essere avviata la pubblica amministrazione italiana.

Il problema dell'imparzialità, dunque, si presenta oggi in modo del tutto inedito.

Se in passato l'aspirazione a realizzare un'amministrazione imparziale era frenata dal timore che si affermasse una burocrazia acefala, non democratica e irresponsabile, attualmente – come si è detto – politicizzazione e autoreferenzialità dell'amministrazione non sono affatto in alternativa.

L'analisi svolta ha mostrato, infatti, come proprio la mancata attuazione di una reale separazione tra politica e amministrazione, da un lato, e uno sviluppo dell'imparzialità soggettiva spinta oltre un certo limite, dall'altro lato, possano in realtà concorrere a realizzare un'organizzazione amministrativa autoreferenziale e a bassa produttività.

In definitiva, giunti a questo punto, il cammino che ci si era prefissati di compiere all'inizio di questo studio e che aveva come meta di delineare il volto attuale dell'amministrazione imparziale, sembra potersi dire concluso.

I risultati dell'indagine, infatti, hanno messo in evidenza quali siano i tratti essenziali dell'organizzazione amministrativa derivanti dalle attuali declinazioni del principio di imparzialità.

Allo stesso tempo, sono stati evidenziati i rischi cui l'amministrazione va incontro e che consistono, in ultima analisi, in un progressivo svuotamento del senso dell'amministrazione stessa: questa, infatti, sembra ora legittimare la propria esistenza non più in funzione della cura degli interessi della collettività, ma – in definitiva – per se stessa.

Tale diagnosi, tuttavia, costituisce soltanto la premessa indispensabile ad individuare nuove strade per un ripensamento dell'amministrazione e del suo ruolo nella società. Al riguardo, infatti, si è già detto che le riforme amministrative non possono essere concepite come un'esigenza temporanea, destinata a concludersi, ma come un processo continuo e permanente di manutenzione e ammodernamento.

Qualche ulteriore, breve considerazione, allora, si rende ancora opportuna al fine di tratteggiare, sia pure molto sommariamente, le possibili correzioni di rotta, senza trascurare, peraltro, che alcune di esse – sia pure timidamente e non senza contraddizioni e incertezze – sono già state avviate.

i) Anzitutto è utile brevemente accennare ai più recenti tentativi di riforma sul piano legislativo, alcuni dei quali effettivamente realizzati, altri invece falliti ⁶⁶.

⁶⁶ Sulla c.d. riforma Madia, in generale v. B.G. MATTARELLA, *Il contesto e gli obiettivi della riforma*

Tra i primi, per quanto in particolare di interesse in questa sede, si deve positivamente segnalare il tentativo di rilanciare il sistema di valutazione delle *performances* delle organizzazioni pubbliche e dei dipendenti attraverso la previsione di norme a carattere puntuale volte a correggere alcuni difetti della previgente disciplina⁶⁷.

In questa linea si collocano il potenziamento del ruolo degli organismi indipendenti di valutazione (OIV), il previsto coinvolgimento dei cittadini e degli utenti nella misurazione e valutazione della *performance*, nonché la necessità di tener conto dei risultati delle indagini condotte da agenzie esterne di valutazione delle amministrazioni pubbliche.

Per quanto anche tali novità non siano esenti da rilievi critici, si tratta comunque di interventi apprezzabili nella direzione di un rafforzamento della responsabilità per risultato⁶⁸.

In particolare, tra le principali modifiche volte a rafforzare la posizione di indipendenza degli OIV sono da segnalare le nuove previsioni in materia di nomina dei componenti degli organismi stessi⁶⁹.

Pur rimanendo il potere di nomina in capo all'organo politico, infatti, la scelta non può più cadere su dipendenti interni all'amministrazione, ma solo tra i soggetti ricompresi nell'apposito elenco di esperti tenuto presso il Dipartimento della funzione pubblica. Con il che, evidentemente, si aumenta la distanza tra i soggetti che operano la valutazione e i valutati, con l'effetto presumibile di minori condizionamenti dei primi nell'esercizio delle loro funzioni. La nomina, inoltre, deve essere preceduta da una procedura pubblica di selezione e ciò può costituire una ulteriore garanzia di terzietà dell'OIV.

Altrettanto importante, nella logica del rafforzamento del ruolo e dell'indipendenza del OIV, è anche la previsione che attribuisce carattere vincolante al parere dell'organismo indipendente di valutazione sul sistema di misurazione e valutazione della *performance*⁷⁰.

Non meno significative, poi, sono le norme che prevedono un coinvolgimento nella valutazione dei cittadini-utenti⁷¹ e, in certa misura, delle agenzie esterne di

ma, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 621 ss., nonché ID., *La riforma amministrativa: istruzioni per l'uso*, in *www.diritto-amministrativo.org* e ID., *La l. n. 124 del 2015 e i suoi decreti attuativi: un bilancio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 565 ss.

⁶⁷ Ci si riferisce qui in particolare alle norme del d.lgs. n. 74/2017, cui già si è fatto cenno nel capitolo 2.

⁶⁸ Alcuni condivisibili rilievi critici su altre previsioni del decreto n. 74/2017 sono mosse da E. D'ALTERIO, *Il lungo cammino della valutazione nelle pubbliche amministrazioni*, cit.

⁶⁹ Si veda in particolare l'art. 11 del d.lgs. n. 74/2017 che ha modificato l'art. 14 del d.lgs. n. 150/2009 ed ha introdotto un nuovo art. 14-bis.

⁷⁰ Cfr. art. 5 del d.lgs. n. 74/2017.

⁷¹ Ai sensi dell'art. 7 del d.lgs. n. 150/2009, come novellato dall'art. 5 del d.lgs. n. 74/2017 la

valutazione⁷². Anche queste previsioni, infatti, possono concorrere a sviluppare una cultura della valutazione non puramente formale, attraverso il coinvolgimento dei destinatari dell'azione pubblica e dei soggetti esterni che istituzionalmente svolgono funzioni di misurazione e valutazione della *performance* pubblica, in una logica plurale, non monopolistica e non autoreferenziale della valutazione stessa.

Di contro, tra i tentativi non andati a buon fine, rappresenta certamente un'occasione mancata – senza peraltro trascurare anche qui alcuni elementi di problematicità – la riforma della dirigenza, fallita a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 251/2016⁷³.

Alla base di quel tentativo vi era infatti l'idea di costruire un sistema della dirigenza pubblica articolato in tre ruoli distinti, ma comunicanti, all'interno dei quali le pubbliche amministrazioni avrebbero potuto scegliere i dirigenti cui attribuire gli incarichi⁷⁴.

Tre, in particolare – e in estrema sintesi –, sono i profili rilevanti della riforma mancata che meritano di essere richiamati ai fini che qui interessano.

funzione di misurazione e valutazione delle *performance* è svolta, oltre che dagli OIV (cui compete la valutazione di ciascuna struttura organizzativa nel suo complesso e la valutazione dei dirigenti di vertice), dai dirigenti (cui compete la valutazione individuale del resto del personale) e “dai cittadini o dagli altri utenti finali in rapporto alla qualità dei servizi resi dall'amministrazione, partecipando alla valutazione della performance organizzativa dell'amministrazione, secondo quanto stabilito dagli articoli 8 e 19-*bis*”. Quest'ultima disposizione, a sua volta, stabilisce che “I cittadini, anche in forma associata, partecipano al processo di misurazione delle performance organizzative, anche comunicando direttamente all'Organismo indipendente di valutazione il proprio grado di soddisfazione per le attività e per i servizi erogati, secondo le modalità stabilite dallo stesso Organismo. (...) Ciascuna amministrazione adotta sistemi di rilevazione del grado di soddisfazione degli utenti e dei cittadini in relazione alle attività e ai servizi erogati, favorendo ogni più ampia forma di partecipazione e collaborazione dei destinatari dei servizi (...). Gli utenti interni alle amministrazioni partecipano al processo di misurazione delle performance organizzative in relazione ai servizi strumentali e di supporto secondo le modalità individuate dall'Organismo indipendente di valutazione”.

⁷² Ai sensi dell'art. 14, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 150/2009, come novellato dall'art. 11 del d.lgs. n. 74/2017: “Gli Organismi indipendenti di valutazione (...) procedono alla validazione della Relazione sulla performance, tenendo conto anche delle risultanze delle valutazioni realizzate con il coinvolgimento dei cittadini o degli altri utenti finali per le attività e i servizi rivolti, nonché, ove presenti, dei risultati prodotti dalle indagini svolte dalle agenzie esterne di valutazione e dalle analisi condotte dai soggetti appartenenti alla rete nazionale per la valutazione delle amministrazioni pubbliche, di cui al decreto emanato in attuazione dell'articolo 19 del decreto legge n. 90 del 2014, e dei dati e delle elaborazioni forniti dall'amministrazione, secondo le modalità indicate nel sistema di cui all'articolo 7”.

⁷³ Cfr. *supra* cap. 2, §7.

⁷⁴ Per una analisi più puntuale dello schema di decreto legislativo recante la disciplina della dirigenza v. S. BATTINI, *La dirigenza*, in B.G. MATTARELLA e E. D'ALTERIO (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione*, Milano, 2017, 245 ss. Vedi anche ID., *Al servizio della Nazione? Verso un nuovo modello di disciplina della dirigenza e del personale pubblico*, cit., nonché ID., *La disciplina del lavoro pubblico tra crisi del modello privatistico e prospettive di riforma*, cit.

In primo luogo, la prevista disciplina dell'accesso alla dirigenza che sarebbe stato garantito, di regola, da un corso-concorso svolto a livello centrale e con procedure uniformi di reclutamento (nonché, successivamente a un periodo di servizio "in prova", dal superamento di un esame). La centralizzazione delle procedure di reclutamento avrebbe dovuto assicurare la regolarità nello svolgimento dei concorsi ed un maggior grado di concorrenza tra i candidati oltre, probabilmente, a una maggiore imparzialità delle commissioni di concorso.

In secondo luogo, la riforma interveniva in misura significativa sui meccanismi di conferimento degli incarichi, prevedendo da un lato la regola della procedura comparativa con avviso pubblico e, dall'altro lato, l'istituzione di una commissione che avrebbe avuto il compito, tra l'altro, di circoscrivere il potere di scelta da parte dell'organo politico, limitando così le derive della logica fiduciaria a vantaggio di una logica maggiormente fondata sul merito.

In terzo luogo, soprattutto, il decreto rafforzava la centralità della Scuola Nazionale dell'Amministrazione di cui si prevedeva la trasformazione in agenzia, assicurandone così la maggiore autonomia dalla Presidenza del Consiglio dei ministri. Per quanto anche la disciplina della nuova Scuola non fosse esente da contraddizioni e lacune, la sua trasformazione in agenzia avrebbe potuto porre le basi perché la stessa potesse diventare "una sorta di *Civil Service Commission* (...) contribuendo a presidiare il funzionamento del *merit system* italiano" ⁷⁵.

La battuta d'arresto subita dalla riforma della dirigenza, com'è stato notato, potrebbe costituire una buona occasione per rivedere taluni aspetti della disciplina non privi di profili di problematicità ⁷⁶. Nel complesso, tuttavia, la direzione intrapresa dalla riforma Madia sulla dirigenza, almeno con riguardo ai profili che attengono al rafforzamento dell'imparzialità oggettiva, sembra in larga misura convincente. Sul punto, dunque, non si può che augurarsi che nella prossima legislatura il cammino venga ripreso da dove si è interrotto.

Ulteriore intervento del legislatore, d'altra parte, si rende indispensabile anche sul fronte dell'imparzialità soggettiva. Proprio qui, anzi, come si è visto, la normativa presenta numerosi problemi di incoerenza e contraddittorietà che solo un'opera di razionalizzazione a livello legislativo potrebbe risolvere. In particolare, si rende necessario intervenire sulla disciplina delle inconfiribilità e incompatibilità vuoi per definire più chiaramente cariche in organi di indirizzo politico e incarichi amministrativi inconfiribili o incompatibili, vuoi per distinguere più chiaramente gli enti solo formalmente privati da quelli che lo sono, invece, anche sostanzialmente e i cui interessi possono porsi in conflitto con l'interesse pubblico ⁷⁷.

⁷⁵ Così, S. BATTINI, *Al servizio della Nazione? Verso un nuovo modello di disciplina della dirigenza e del personale pubblico*, cit., 19-20.

⁷⁶ M. RICCI, *La dirigenza pubblica rivisitata: luci e ombre*, in *Il lav. nelle pp.aa.*, 2016, 3 ss.

⁷⁷ Cfr. *supra*, capitolo terzo, §4.

ii) Un secondo ordine di considerazioni riguarda l'attuazione delle previsioni legislative e dunque le amministrazioni. Il momento applicativo, infatti, rappresenta la vera chiave di volta per il successo o il fallimento di qualsiasi innovazione, organizzativa o procedurale. La riuscita dei processi di riforma, inoltre, richiede tempi spesso molto lunghi, quasi mai coincidenti con i cicli politici. Di conseguenza, risulta fondamentale che le norme vengano recepite e in certo senso alimentate all'interno dell'amministrazione.

Su questo versante si è già ampiamente sottolineato nel corso di questo studio il ruolo del tutto particolare assunto dall'ANAC non tanto qui nella sua veste di autorità di regolazione del mercato dei contratti pubblici, quanto soprattutto in qualità di garante ultimo dell'anticorruzione⁷⁸. Si è detto in proposito come l'Autorità abbia assunto in questo campo un ruolo di interprete autentico delle norme anticorruzione con risultati tuttavia non sempre apprezzabili, vuoi perché talvolta viziati per sviamento dagli scopi voluti dal legislatore, vuoi perché l'azione dell'ANAC ha contribuito ad alimentare la cultura burocratica, orientata più all'ossequio formale verso le leggi che non al rendimento e all'efficienza.

Ovviamente è arduo prevedere in qual modo potranno evolvere nel prossimo futuro i rapporti tra Governo e Autorità nazionale anticorruzione, da un lato, e tra quest'ultima le altre amministrazioni, dall'altro.

Con riguardo a questo secondo versante, in particolare, è difficile stabilire se prevarranno lo spirito collaborativo e, in certa misura, di subordinazione delle amministrazioni tradizionali all'Autorità o se, viceversa, tale rapporto darà luogo soprattutto a nuovi conflitti tra "regolante" e "regolati". Al momento, anche a giudicare dalla relativa esiguità del contenzioso giurisdizionale, sembrerebbe largamente prevalente il primo atteggiamento. Di conseguenza, il rischio che l'ANAC incarni effettivamente un'amministrazione parallela al Governo, in grado di indirizzare l'azione delle amministrazioni pubbliche con effetti uniformanti, appare tutt'altro che remoto.

Certamente molto dipenderà dal modo con cui l'Autorità stessa, anche alla luce della prima prassi applicativa e giurisprudenziale, deciderà di interpretare le proprie funzioni e di esercitare la propria autorevolezza.

In ogni caso, nella misura in cui sia plausibile stabilire un parallelismo tra le logiche sottese alla disciplina anticorruzione e a quella dell'amministrazione dell'emergenza, qualche utile indicazione potrebbe essere ricavata proprio dalle esperienze di quest'ultima.

In particolare, com'è stato efficacemente notato, il problema più delicato e importante, in una logica di lungo periodo, risiede precisamente nel rapporto

⁷⁸L'espressione tra virgolette riprende quella utilizzata nella sentenza del TAR Lazio n. 11270/2016, di cui si è dato conto nel capitolo terzo. In quella occasione, tuttavia, il giudice amministrativo ha negato tale ruolo all'Autorità anticorruzione, almeno con riferimento al potere di ultima parola in relazione all'inconferibilità degli incarichi.

immaginato e praticato tra amministrazione “speciale” e amministrazione ordinaria⁷⁹. In questo senso, “la vicenda dell’amministrazione dell’emergenza dimostra che un’amministrazione dedicata, e perciò aggiuntiva, può realizzare una svolta efficace e duratura ad almeno due condizioni. Una prima è che si intervenga nelle pieghe di ciò che non si può chiedere all’amministrazione ordinaria (...). Una seconda è che si delinei e si pratici un modello che sia capace di poter essere contestualmente fattore di modificazione dell’amministrazione ordinaria affinché essa (amministrazione ordinaria) possa progressivamente soddisfare quel bisogno per cui, in un certo momento, è stata istituita l’amministrazione dedicata”.

Mentre sulla prima delle citate condizioni si è già espressa più d’una perplessità, in relazione alla seconda, sulla base della prima prassi applicativa, sembra possibile ritenere che l’azione dell’Autorità stia lentamente, ma effettivamente, contribuendo a modificare l’assetto dell’amministrazione ordinaria. Si è anche detto, tuttavia, che tale modificazione non è da valutarsi sempre positivamente, almeno nella misura in cui contribuisce a consolidare, se non ad accrescere, alcuni difetti tipici della burocrazia: maggiore attenzione ai profili interni piuttosto che alle esigenze dei cittadini e delle imprese, rigidità dell’organizzazione, tendenza a far corrispondere il raggiungimento di risultati previsti con il rispetto delle norme.

In questo senso, anche al fine di limitare al minimo le esternalità negative qui accennate, si rende necessaria da parte dell’Autorità un’attuazione più rigorosa (in termini di rispetto del principio di legalità) delle normative anticorruzione e meno incline a cedere alla tentazione di letture eccessivamente estensive o analogiche.

iii) A tal fine, un ruolo decisivo spetta anche alla giurisprudenza. Nel complesso, la posizione assunta dal giudice amministrativo, e in particolare dal Consiglio di Stato, ha consentito di evitare che un’interpretazione eccessivamente ampia delle normative anticorruzione potesse compromettere altri fondamentali valori dell’ordinamento, primi fra tutti quelli alla certezza dell’azione amministrativa, alla stabilità delle commissioni di concorso e, in definitiva, al buon andamento dell’amministrazione.

Tuttavia, come si è visto, non mancano alcune sporadiche pronunce, in particolare in materia di pubblici concorsi, che appaiono non sufficientemente meditate quando non addirittura ispirate a un massimalismo poco consono a un esercizio equilibrato della funzione giurisdizionale.

È assai probabile che in queste (poche) occasioni la giurisprudenza sia stata influenzata dalle specifiche circostanze dei casi concretamente portati al suo esame. Ciò non toglie, però, che proprio alla giurisprudenza spetta il delicato compito di

⁷⁹Cfr. C. MARZUOLI, *Fenomeni corruttivi e pubblica amministrazione: più discipline un unico obiettivo*, in F. PALAZZO (a cura di), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, cit., 1 ss. Sue sono le parole tra virgolette nel testo.

risolvere le controversie concrete ancorando le proprie decisioni a solidi principi di diritto. Da questo punto di vista, ad esempio, per rimanere alla materia concorsuale, il principio della tipicità delle cause di incompatibilità tra candidati e commissari, da cui scaturisce l'obbligo di astensione, non dovrebbe essere messo in discussione.

iv) Da ultimo, qualche breve considerazione concerne gli studiosi. Un'autorevole dottrina ha recentemente sostenuto che il compito principale della scienza giuridica, soprattutto in un'epoca complessa, confusa e ambigua come quella presente, è quello di "mettere ordine in una realtà positiva fortemente irrazionale". Infatti, "la scienza del diritto, di fronte alla dispersione e al disordine, deve assumere un atteggiamento di dominanza e non di legittimazione dei medesimi. È compito della dottrina costruire un quadro per i cambiamenti"⁸⁰.

Se, dunque, si accetta l'idea che compito della scienza giuridica sia quello di costruire un quadro per i cambiamenti, allora, presupposto indispensabile per qualsiasi cambiamento che non sia episodico, frammentario o puramente cosmetico è separare le "leggi immutabili" dalle "leggi arbitrarie"⁸¹.

Ciò significa, per quanto è specificamente oggetto di questo studio, saper distinguere ciò che appartiene al nocciolo duro dell'imparzialità dalle sue declinazioni in concreto, le quali, come si è detto, sono sempre storicamente condizionate.

A tal fine, dunque, non soltanto si rende necessaria una critica della legislazione, ma è altresì fondamentale assumere uno sguardo lungo e un orizzonte ampio⁸².

In questa prospettiva, l'indagine sin qui condotta suggerisce la necessità, prima ancora che l'opportunità, di tornare a riflettere sul rapporto tra i principi di imparzialità e di buon andamento e sulla loro ineliminabile complementarità. Al riguardo, infatti, lo studio ha mostrato come un'attenzione all'imparzialità spinta oltre un certo limite e slegata da una altrettanto forte attenzione per il buon andamento, inteso come efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, conduca inesorabilmente verso l'autoreferenzialità dell'amministrazione ossia, in definitiva, verso la negazione della ragione dell'esistenza stessa della p.a.

Viceversa, soprattutto in una situazione storica come quella attuale, nella quale il buon andamento rischia di venire ridotto all'economicità, è indispensabile

⁸⁰ Sono parole di M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 347 ss., in particolare 384.

⁸¹ L'espressione è tratta da B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 389 ss. il quale a sua volta la riprende da Domat per criticare tutte quelle concezioni che considerano il diritto pubblico in larga misura arbitrario, in quanto frutto delle contingenze storiche e dell'opportunità politica.

⁸² La necessità di una "critica della legislazione" è sottolineata, con riguardo a tutt'altro contesto, da M. RAMAJOLI, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, in AA.VV., *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, 735 ss.

che la dottrina indichi nuove strade per riportare alla luce la ricchezza assiologica di tale principio. In questo senso, del resto, si collocano alcune recenti proposte, avanzate da autorevoli studiosi, volte a riscoprire il senso della discrezionalità amministrativa e del principio di buon andamento⁸³.

⁸³ Il riferimento è a S. CASSESE, *Sulla buona amministrazione e sulle riforme*, in *www.diritto-amministrativo.org*, il quale sottolinea come, con l'art. 41 della Carta dei diritti dell'Unione europea, quello di buona amministrazione da principio sia diventato un diritto: "non è una norma programmatica, ma una disposizione che crea una situazione giuridica soggettiva a cui corrisponde un obbligo della pubblica amministrazione. Da norma di azione è diventata norma di relazione"; a F. MERUSI, *Introduzione ai possibili antidoti alla cattiva amministrazione. A che cosa possono servire le riforme amministrative*, cit., *ivi*, secondo cui la riscoperta del significato del principio di buon andamento passa dal ritorno alle regole di scienza dell'amministrazione le quali, a loro volta, dovrebbero essere sindacabili in sede di controllo giurisdizionale; a M. CAMMELLI, *Amministrazione e mondo nuovo: medici, cure, riforme*, cit., in particolare 24 ss., che auspica "la restituzione di autonomia e corrispondente responsabilità al sistema amministrativo" e rilancia il tema della riserva di amministrazione.

BIBLIOGRAFIA

- ABBATINO G., PARISI N., *L'ANAC nel contesto delle relazioni internazionali*, in CANTONE R. e MERLONI F. (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015, 141 ss.
- ALES E., *La contrattualizzazione del rapporto di lavoro dei dirigenti nel pubblico impiego al vaglio della Corte costituzionale*, in *Dir. lav.*, 1996, vol. II, 442 ss.
- ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965.
- ALLEGRETTI U., *Corte costituzionale e pubblica amministrazione*, in BARILE P., CHELI E., GRASSI S. (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 293 ss.
- ALLEGRETTI U., *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, vol. V, 205 ss.
- ALLEGRETTI U., *Legge generale sul procedimento e moralizzazione amministrativa*, in AA.VV., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, Milano, 1988, 1 ss.
- ALLEGRETTI U., voce *Imparzialità e buon andamento dell'amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. VII, Torino, 1993, 131 ss.
- ALLEGRETTI U., *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996.
- ALLENA M., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012.
- ALLENA M., *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1053 ss.
- AMATO G., *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. pubb.*, 1998, 645 ss.
- AMATO G., *Le istituzioni della democrazia*, Bologna, 2007.
- AMOROSINO S., *Il Piano Nazionale Anticorruzione come atto di indirizzo e coordinamento amministrativo*, in *Nuove autonomie*, 2014, 543 ss.
- APICELLA E.A., *Conferme e novità in tema di incarichi dirigenziali dopo la «riforma Brunetta»*, in *Foro amm. CdS*, 2010, 1327 ss.
- ARENA G., *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. giur.*, vol. XXXI, Roma, 1995, *ad vocem*.
- ARENA G., *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, in MERLONI F. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, 29 ss.
- ASIMOV M., *When the Curtain Falls: Separation of Functions in Federal Administrative Agencies*, 81 *Colum. L. Rev.*, 759, (1981).
- AUBIN E., *Les valeurs de la fonction publique en dehors de la loi du 13 juillet 1983*, in *AJDA*, n. 21/2013, 1212 ss.
- AUBIN E., *L'entrée de la déontologie dans le titre I^{er} du statut général*, in *AJDA*, 2016, 1433 ss.
- AZZARITI G., *Brevi note su tecnici, amministrazione e politica*, in *Giur. cost.*, 1990, 2713 ss.
- AZZARITI G., *Modelli di amministrazione e trasformazione dello Stato*, in *Pol. Dir.*, 1996, 526 ss.

- BACHELET G., *Responsabilità del ministro e competenza esterna degli uffici direttivi dei ministeri*, in *La riorganizzazione dei ministeri nel quadro della riforma dell'amministrazione*, Padova, 1975, 25 ss.
- BALBONI E., *Presidente della Repubblica, giudici e Consiglio superiore della magistratura: cronaca di un aspro conflitto costituzionale*, in HELMANN S. e PASQUINO G. (a cura di), *Politica in Italia. I fatti dell'anno e le interpretazioni. Edizione 1992*, Bologna, 1992, 61 ss.
- BALDOUS A., *La loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires*, in *RFDA*, 1984, 115 ss.
- BARILE P., *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Scritti in memoria di P. Calamandrei*, vol. IV, Padova, 1956 e successivamente in Id., *Scritti di diritto costituzionale*, Padova, 1967, 195 ss.
- BARILE P., CHELI E., GRASSI S. (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982.
- BARMANN B., *Dopo il caso Grande Stevens: la via italiana al giusto procedimento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 306 ss.
- BARNETT K., *Resolving the ALJ Quandry*, in 66 *Vand. L. Rev.* 797, (2013).
- BARRA CARACCIOLLO L., *Funzione amministrativa e funzione neutrale nell'ordinamento U.S.A. Profili comparativi con l'esperienza italiana*, Quaderni del Consiglio di Stato, Torino, 1997, 25 ss.
- BARSI G.M., *Il finanziamento delle autorità di regolazione tra contribuzione di scopo degli operatori e tagli alla spesa pubblica. Il caso AGCOM*, in *Riv. reg. merc.*, 2016, 91 ss.
- BATTINI S., *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, 2000.
- BATTINI S., *Il personale*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 2003, 373 ss.
- BATTINI S., *In morte del principio di distinzione fra politica e amministrazione: la Corte preferisce lo spoils system*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 911 ss.
- BATTINI S., voce *Rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione*, in CASSESE S. (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Milano, 2006, 4814 ss.
- BATTINI S., *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 39 ss.
- BATTINI S., *Le norme sul personale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 621 ss.
- BATTINI S., *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dei dipendenti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 53 ss.
- BATTINI S., *Al servizio della Nazione? Verso un nuovo modello di disciplina della dirigenza e del personale pubblico*, relazione al 62° Convegno di studi amministrativi su *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della Pubblica Amministrazione*, Varenna, 22, 23 e 24 settembre 2016, in www.astrid.it.
- BATTINI S., *Cambiamento amministrativo, cambiamento giurisprudenziale, cambiamento costituzionale. Brevi note alla sentenza n. 251 del 2016 della Corte costituzionale*, in *Diritti lavori mercati*, 2017, 124 ss.
- BATTINI S., *La dirigenza*, in MATTARELLA B.G. e D'ALTERIO E. (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione*, Milano, 2017, 245 ss.
- BATTINI S., *La disciplina del lavoro pubblico tra crisi del modello privatistico e prospettive di riforma*, in www.diritto-amministrativo.org, (2017).

- BATTINI S. e CIMINO B., *La dirigenza pubblica italiana fra privatizzazione e politicizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 1005 ss.
- BENVENUTI F., voce *Funzione. Teoria generale*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma, 1989.
- BENVENUTI F., *Scritti giuridici*, Milano, 2006.
- BERTI G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1967, 59 ss.
- BERTI G., *Stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 198 ss.
- BEVAN G. e HOOD C., *What's Measured is what Matters*, in *Publ adm.*, vol. 84, n. 3, 517 ss.
- BILANCIA P. (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, 2012.
- BIN R., *Stato delle autonomie vs. governo della burocrazia*, in *Ist. Fed.*, 2014, 47 ss.
- BINDI E., *L'incidenza delle pronunce della Corte edu sui procedimenti sanzionatori delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. cost.*, 2014, 3007 ss.
- BOLOGNINO D., *La revoca anticipata dell'incarico dirigenziale per « motivate esigenze organizzative » tra contratti collettivi, pronunce giurisprudenziali e neo art. 1, co. 18 l.n. 148/11*, in *Il lav. nelle pp. aa.*, 2011, 524 ss.
- BOMBARDELLI M., *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Ist. fed.*, 2013, 657 ss.
- BOSCO A. e McDONNELL D. (a cura di), *Politica in Italia. Edizione 2012*, Bologna, 2012.
- BOTTINO G., *Il nuovo art. 97 della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 691 ss.
- BOZZONI S., *Commento agli artt. 12-15 della legge n. 88/89*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1990, 675 ss.
- BREYER S., STEWART S.G., SUNSTEIN C.R., VERMUELE A., *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text and Cases*, VI ed., New York, 2006.
- BRUTI LIBERATI E. e DONATI F. (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010.
- BUZZACCHI C., *Il codice di comportamento come strumento preventivo della corruzione: l'orizzonte di un'etica pubblica*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, (2013).
- CACCIATORE F., DI MASCIÒ F., NATALINI A., *La trasparenza proattiva in Italia: meccanismi causali e dinamiche di contesto*, in *Riv. it. pol. pubbl.*, 2017, 49 ss.
- CAIANIELLO V., *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.*, 1997, 342 ss.
- CALISE M., *Dopo la partitocrazia. L'Italia tra modelli e realtà*, Torino, 1994.
- CALISE M., *La democrazia del leader*, Bari, 2016.
- CAMMELLI M., *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 107 ss.
- CAMMELLI M., *Amministrazione e mondo nuovo: medici, cure, riforme*, in *Dir. amm.*, 2016, 9 ss.
- CANDIDO A., *La governance dei trasporti in Italia: soggetti, livelli di governo, competenze*, in *Riv. reg. merc.*, 2015, 105 ss.
- CANE P., *Judicial review and merits review: comparing administrative adjudication by courts and tribunals*, in ROSE-ACKERMAN S. e LINDSETH P.L. (a cura di), *Comparative administrative law*, 2010, 426 ss.
- CANTONE R., *La prevenzione della corruzione e il ruolo dell'ANAC*, in D'ALBERTI M. (a cura di), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, 2016, 25 ss.

- CANTONE R., *Il sistema della prevenzione della corruzione in Italia*, in *www.penalecontemporaneo.it*, (2017).
- CANTONE R. e MERLONI F., *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015.
- CANTONE R. e MERLONI F., *Presentazione*, in ID., *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015.
- CANTONE R. e BOVA C., *L'Anac alle prese con la vigilanza sui contratti pubblici: un ponte verso il nuovo codice degli appalti?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 166 ss.
- CANTONE R. e CORRADO A., *La difficile applicazione della disciplina in tema di inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi*, in NICOTRA I.A. (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2016, 123 ss.
- CARANTA R., *Commento sub art. 97 Cost.*, in CELOTTO A., OLIVETTI M., BIFULCO R. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. II, Torino, 2006, 1890 ss.
- CARIDÀ R., *Codice di comportamento dei dipendenti pubblici e principi costituzionali*, in *www.federalismi.it*, (2016).
- CARINCI F. e D'ANTONA M. (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, vol. I, Milano, 2000.
- CARINCI F., *La privatizzazione della dirigenza generale alla prova della Consulta*, in *Il lav. nelle pp.aa.*, 2000, 707 ss.
- CARINCI F., *Giurisprudenza costituzionale e c.d. privatizzazione del pubblico impiego*, in *Il lav. nelle pp.aa.*, 2006, 499 ss.
- CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, 2011, Milano.
- CARLASSARE L., *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974.
- CARLONI E., *Ruolo e natura dei c.d. codici etici delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 342 ss.
- CARLONI E., *La casa di vetro e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 779 ss.
- CARLONI E., *Il nuovo codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Ist. Fed.*, 2013, 32 ss.
- CARLONI E., *L'amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell'open government*, Rimini, 2014
- CARLONI E., *Se questo è un FOIA. Il diritto a conoscere tra modelli e tradimenti*, in *ASTRID Rassegna* n. 4/2016.
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017.
- CASINI L., *Le agenzie amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 393 ss.
- CASINI L. (a cura di), *Venti anni di politica e amministrazione in Italia*, Bologna, 2016.
- CASSESE S., *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971.
- CASSESE S., *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, 1973.
- CASSESE S., *Grandezze e miserie dell'alta burocrazia italiana*, in *Pol. dir.*, 1981, 219 ss.
- CASSESE S., *Il sistema amministrativo italiano*, 1983.
- CASSESE S., *Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, vol. I, 287 ss.
- CASSESE S., *Perché una nuova Costituzione deve contenere norme sulle pubbliche amministrazioni e quali debbano essere queste norme*, in CASSESE S. e ARABIA A.G. (a cura di), *L'amministrazione e la Costituzione. Proposte per la Costituente*, Bologna, 1993, 20 ss.

- CASSESE S., *Il difficile mestiere di ministro per la funzione pubblica*, in *Le Regioni*, 1995, 435 ss.
- CASSESE S., *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 915 ss.
- CASSESE S., *Stato nazione e funzione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 88 ss.
- CASSESE S., *L'alta dirigenza italiana: un mondo cristallizzato*, in *Pol. dir.*, 1998, 155 ss.
- CASSESE S., *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*. Quaderni del Consiglio di Stato, Torino, 1999, 37 ss.
- CASSESE S., *L'età delle riforme amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 79 ss.
- CASSESE S., *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 134 ss.
- CASSESE S., *Il rapporto fra politica e amministrazione e la disciplina della dirigenza*, in *Il lav. nelle pp. aa.*, 2003, 231 ss.
- CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 2003.
- CASSESE S., «*Amministrazione di risultati?*», in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 941 ss.
- CASSESE S. (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006.
- CASSESE S., *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 13 ss.
- CASSESE S. (a cura di), *Massimo Severo Giannini*, Roma-Bari, 2010.
- CASSESE S., *Lo Stato italiano a 150 anni dalla sua fondazione*, in GRANITO E. (a cura di), *Un popolo uno Stato*, Salerno, 2012, 225 ss.
- CASSESE S., *Sulla buona amministrazione e sulle riforme*, in *www.diritto-amministrativo.org*, (2016).
- CASSESE S., *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2017.
- CASSESE S. e ARABIA A.G. (a cura di), *L'amministrazione e la Costituzione. Proposte per la Costituente*, Bologna, 1993.
- CASSESE S. e FRANCHINI C. (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996.
- CASSESE S. e MARI A., *L'oscuro ruolo dell'alta dirigenza italiana*, in *Pol. dir.*, 2001, 3 ss.
- CASSESE S. e TORCHIA L., *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, 2014.
- CAVALLO PERIN R., GAGLIARDI B., *Status dell'impiegato pubblico, responsabilità disciplinare e interesse degli amministrati*, in *Dir. amm.*, 2009, 53 ss.
- CELONE C., *Le responsabilità e le sanzioni per la violazione degli obblighi di pubblicazione e delle situazioni di inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi nelle pubbliche amministrazioni*, in *Nuove autonomie*, 2014, 591 ss..
- CELOTTO A., OLIVETTI M., BIFULCO R. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. II, Torino, 2006.
- CERBO P., *Lo status del dirigente e l'imparzialità della pubblica amministrazione*, *Riv. it. dir. lav.*, 2002, vol. III, 483 ss.
- CERBO P., *Come fare di necessità virtù, ovvero lo spoils system in Italia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, vol. III, 8 ss.
- CERBO P., *Responsabilità politica e responsabilità dirigenziale dopo la legge n. 145 del 2002*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 639 ss.
- CERBO P., *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione*, Padova, 2007.
- CERRI A., *Imparzialità e indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1973.

- CERULLI IRELLI V., *Politica e amministrazione tra atti "politici" e atti di "alta amministrazione"*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 101 ss.
- CHITI E., *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 679 ss.
- CHITI E., *Tendenze e problemi del processo di agencification nell'ordinamento europeo*, in B. MARCHETTI (a cura di), *L'Amministrazione comunitaria. Caratteri, accountability e sindacato giurisdizionale*, Padova, 2009, 21 ss.
- CHITI E., *Le trasformazioni delle agenzie europee*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 57 ss.
- CHITI E., *L'accountability delle reti di autorità amministrativa nell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 29 ss.
- CHITI M.P., *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 436 ss.
- CIMINO B., *I profili funzionali: l'indirizzo e la gestione*, in CASINI L. (a cura di), *Venti anni di politica e amministrazione in Italia*, Bologna, 2016, 19 ss.
- CINGARI F. (a cura di), *Corruzione: strategie di contrasto*, Firenze, 2013.
- CINTIOLI F., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, in *www.italiappalti.it*, (2016).
- CINTIOLI F., *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *www.federalismi.it*, n. 12/2012.
- CLARICH M., *I procedimenti di regolazione*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*. Quaderni del Consiglio di Stato, Torino, 1999, 9 ss.
- CLARICH M., *Commento sub art. 3*, in CLARICH M. e IARIA D., *La riforma del pubblico impiego*, Rimini, 2000, 107 ss.
- CLARICH M., *Riflessioni sui rapporti tra politici e amministrazione (a proposito del T.A.R. Lazio come giudice della dirigenza statale)*, in *Dir. amm.*, 2000, 361 ss.
- CLARICH M., *Le autorità indipendenti nello spazio regolatorio: ascesa e declino di un modello*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1035 ss.
- CLARICH M., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005.
- CLARICH M., *I poteri dell'impugnativa ai sensi dell'art. 21bis della legge n. 287/1990*, in *Conc. merc.*, 2013, 865 ss.
- CLARICH M. e IARIA D., *La riforma del pubblico impiego*, Rimini, 2000.
- CLARICH M. e MATTARELLA B.G., *La prevenzione della corruzione*, in MATTARELLA B.G. e PELISSERO M. (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 59 ss.
- COCCONI M., *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, 2010.
- COLAPIETRO C., *La 'controriforma' del rapporto di lavoro della dirigenza pubblica (l. 15 luglio 2002, n. 145)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2002, 639 ss.
- COLAPIETRO C., *La terza generazione della trasparenza amministrativa: dall'accesso documentale all'accesso generalizzato passando per l'accesso civico*, Napoli, 2016.
- CONTIERI A., *Trasparenza e accesso civico*, in *Nuove autonomie*, 2014, 563 ss.
- CORPACI A., *La cultura giuridica e il problema del pubblico impiego dal 1909 al 1930: spunti dalle riviste*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, 1273 ss.
- CORPACI A., RUSCIANO M., ZOPPOLI A. (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1999, 1048 ss.

- CORPACI A., *Riflessioni sulla dirigenza pubblica alla luce della legge n. 145 del 2002*, in *Il lav. nelle pp.aa.*, 2002, 865 ss.
- CORSO G., *Amministrazione di risultati*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 127 ss.
- CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2017.
- CORTESE F., *Spoils system e illegittima rimozione di dirigenti pubblici: la Corte costituzionale afferma l'inderogabilità della reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Le Regioni*, 2009, 114 ss.
- COSMAI P., *Incarico dirigenziale: quale tutela dopo il "decreto Brunetta" e la l. n. 122/2010*, in *Lav. giur.*, 2010, 1195 ss.
- CUNIBERTI M., *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007.
- D'ALBERTI M., *La dirigenza pubblica*, Bologna, 1990.
- D'ALBERTI M., *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992.
- D'ALBERTI M. (a cura di), *L'alta burocrazia*, Bologna, 1994.
- D'ALBERTI M., *L'alta burocrazia in Italia*, in ID. (a cura di), *L'alta burocrazia*, Bologna, 1994, 140 ss.
- D'ALBERTI M., voce *Autorità amministrative indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, vol. IV, Roma, 1995, *ad vocem*.
- D'ALBERTI M., *Il valore dell'indipendenza*, in D'ALBERTI M. e PAJNO A. (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna, 2010, 18 ss.
- D'ALBERTI M., *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, 2016.
- D'ALBERTI M., *I due nemici da combattere: i corrotti e il degrado istituzionale*, in ID. (a cura di), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, 2016, 11 ss.
- D'ALBERTI M. e PAJNO A. (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna, 2010.
- D'ALESSIO G., *Gli incarichi di funzioni dirigenziali*, in CARINCI F. e D'ANTONA M. (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, vol. I, Milano, 2000, 778 ss.
- D'ALESSIO G., *La legge di riordino della dirigenza: nostalgie, antilogie ed amnesie*, in *Il lav. nelle pp.aa.*, 2002, 225 ss.
- D'ALESSIO G., *La dirigenza: imparzialità amministrativa e rapporto di fiducia con il datore di lavoro*, in *Il lav. nelle pp.aa.*, 2007, 349 ss.
- D'ALESSIO G. (a cura di), *L'amministrazione come professione*, Bologna, 2008.
- D'ALESSIO G., *Introduzione*, in ID. (a cura di), *L'amministrazione come professione*, Bologna, 2008, 26 ss.
- D'ALTERIO E., *I codici di comportamento e la responsabilità disciplinare (art. 1, commi 44, 45 e 48)*, in MATTARELLA B.G. e PELISSERO M. (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 211 ss.
- D'ALTERIO E., *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: "post fata resurgam"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 757 ss.
- D'ALTERIO E., *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 499 ss.
- D'ALTERIO E., *Il lungo cammino della valutazione nelle pubbliche amministrazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 570 ss.
- D'ARIENZO M., *Prevenzione e repressione della corruzione con particolare riferimento alla disciplina del conflitto di interesse ed ai connessi profili della responsabilità*, in *Nuove autonomie*, 2014, 637 ss.

- D'AURIA G., *Ancora una riforma della dirigenza pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 11 ss.
- D'AURIA G., *La politica alla (ri)conquista dell'amministrazione*, in *Il lav. nelle pp. aa.*, 2002, 853 ss.
- D'AURIA G., *Dirigenti pubblici: garanzie nel conferimento degli incarichi e tutela reale contro i licenziamenti illegittimi (con brevi note sulla riforma della dirigenza nella «legge Brunetta»)*, in *Foro it.*, 2009, vol. I, 3074 ss.
- D'IGNAZIO G., *Politica e amministrazione negli Stati Uniti d'America. Lo stato amministrativo tra costituzione, leggi, giudici e prassi*, Milano, 2004.
- D'ORSOGNA M., *Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica Amministrazione*, Torino, 2001.
- D'ORTA C., *La sopraordinazione dei ministri secondo il D.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29. Poteri di avocazione, annullamento e decisione dei ricorsi gerarchici sugli atti dei dirigenti*, in *Foro amm.*, 1994, 1329 ss.
- D'ORTA C., *La riforma della dirigenza: dalla sovrapposizione alla distinzione fra politica e amministrazione?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, 151 ss.
- D'ORTA C., *La riforma della dirigenza pubblica tre anni dopo: alcuni nodi irrisolti*, in *Il lav. nelle pp.aa.*, 1996, 283 ss.
- D'ORTA C., *Distinzione tra politica e amministrazione*, in *Il lav. nelle pp.aa.*, 1999, 910 ss.
- D'ORTA C., *Gli incarichi dirigenziali nello Stato dopo la legge n. 145/2002*, in *Il lav. nelle pp.aa.*, 2002, 935 ss.
- DALFINO D., *Dirigenza regionale e locale di vertice: il metodo delle relazioni tra politica e amministrazione e il giusto procedimento*, in *Foro it.*, 2007, vol. I, 1633 ss.
- DE BENEDETTO M., *Indipendenza e risorse delle Autorità indipendenti*, in D'ALBERTI M. e PAJNO A. (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna, 2010, 173 ss.
- DE BENEDETTO M., *Le liberalizzazioni e i poteri dell'AGCM*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 236 ss.
- DE GÖTZEN S., *Il bilanciamento tra spoils system e principio di distinzione tra politica e amministrazione nella dirigenza regionale*, in *Le Regioni*, 2007, 848 ss.
- DE GÖTZEN S., *La distinzione tra politica e amministrazione: funzioni di indirizzo, funzioni di gestione e potere deliberativo dell'organo politico*, in *Le Regioni*, 2013, 863 ss..
- DE LORENZI V., *La rappresentanza Artt. 1387-1400*, in BUSNELLI F.D. (diretto da) *Il codice civile. Commentario fondato da P. Schlesinger*, Milano, 2012.
- DEL VECCHIO A. e SEVERINO P. (a cura di), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Padova, 2014.
- DELLA CANANEA G., *La finanza e i beni*, in TORCHIA L. (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009, 329 ss.
- DELSIGNORE M., *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Milano, 2007.
- DELSIGNORE M., *La disponibilità degli interessi legittimi: nuovi spazi per la risoluzione extragiudiziale del contenzioso?*, in *Riv. arb.*, 2017, 521 ss.
- DENTE B., *In un diverso Stato*, Bologna, 1999.
- DENTE B., *Verso una dirigenza pubblica responsabile: il nodo della riforma organizzativa*, in *Il lav. nelle pp.aa.*, 2001, 81.
- DEODATO C., *Le nuove linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, (2016).
- DHAL R.A., *A Preface to Democratic Theory*, Chicago, 1956.
- DI CRISTINA F., *Le sorti dell'arbitrato nei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 239 ss.

- DI LASCIO F. e NERI B., *I poteri di vigilanza dell'Autorità Nazionale anticorruzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 454 ss.
- DI MASCIÒ F. e NATALINI A., *La riduzione della spesa pubblica e la riforma amministrativa*, in NAPOLITANO G. (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, 2012, 345 ss.
- DI PORTO F., "Razionalizzazione delle autorità indipendenti". *Tagliare la spesa, ma non gli artigiani!*, in *Riv. reg. merc.*, 2014, 207 ss.
- DIMITRIO G. e FILICE M., *I poteri di competition advocacy dell'AGCM ex art. 21 bis, l. n. 287/1990*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 262 ss.
- ENRIQUES L., *Commento sub art. 2391*, in SANTOSUOSSO D.U. (a cura di), *Delle società – dell'azienda – della concorrenza*, Commentario del codice civile diretto da GABRIELLI E., vol. II, Torino, 2015, 333 ss.
- ETZIONI A., *The limits of Transparency*, in *74 Publ. Adm. Rev.*, 6, (2014), 687 ss.
- FALCONE A., *La "mezza" privatizzazione della dirigenza pubblica al vaglio della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1997, vol. I, 35.
- FARES G. e CORSO G., *Quale spoils system dopo la sentenza n. 103 della Corte costituzionale?*, in *www.Giustamm.it*, (2007).
- FERRARA L., *L'arbitrato nelle controversie amministrative. In particolare, la compromettibilità degli interessi legittimi*, in V. PUTORTI, *La giustizia arbitrale*, Napoli, 2015, 245 ss.
- FERRARESE M.R., *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, Bologna, 2017.
- FIORINO N. e GALLI E., *La corruzione in Italia. Un'analisi economica*, Bologna, 2013.
- FISH C.R., *The Civil Service and the Patronage*, New York, 1905.
- FOÀ S., *Le novità della legge anticorruzione*, in *Urb. App.*, 2013, 293 ss.
- FOÀ S., *La nuova trasparenza amministrativa*, in corso di pubblicazione in *Dir. amm.*
- FONDERICO G., *Le modifiche alla legge sul procedimento amministrativo (art. 1, commi 37-38, 41 e 47)*, in MATTARELLA B.G. e PELISSERO M. (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 153 ss.
- FORTE P., *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Torino, 2005.
- FORTIER C., *La fonction publique française naviga a vista?*, in *Ius-publicum*, n. 2/2014, 3 ss.
- FRACCHIA F., *L'impatto delle misure anticorruzione e della trasparenza sull'organizzazione amministrativa*, in *Dir. ec.*, 2015, 483 ss.
- FREGO LUPPI S.A., *L'obbligo di astensione nella disciplina del procedimento dopo la legge n. 190 del 2012*, in *Dir. amm.*, 2013, 671 ss.
- FUNK W.F., SHAPIRO S.A., WEAVER R.L., *Administrative Procedure and Practice. Problems and Cases*, Thomson West, St. Paul, MN, 2010, 192 ss.
- GAGLIARDI B., *L'etica pubblica in Francia*, in MERLONI F., CAVALLO PERIN R. (a cura di), *Al servizio della Nazione*, Milano, 2009, 341 ss.
- GALETTA D.U., *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 1019 ss.
- GALGANO F., *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2013.
- GARDINI G., *Spoils system all'italiana: mito o realtà*, in *Il lav. nelle pp.aa.*, 2002, 953 ss.

- GARDINI G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano, 2003.
- GARDINI G., voce *Imparzialità amministrativa*, in CASSESE S. (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. IV, Milano, 2006, 2934 ss.
- GARDINI G., *Lo spoils system al primo vaglio di costituzionalità: le nomine fiduciarie delle Regioni sono legittime, ma la querelle resta aperta*, in *Il lav. nelle pp.aa.*, 2006, 679 ss.
- GARDINI G., *Le autonomie ai tempi della crisi*, in *Ist. Fed.*, 2011, 457 ss.
- GARDINI G., *La dirigenza pubblica in cerca di identità. Riflessioni alla luce di una riforma interrotta*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 155 ss.
- GARGIULO U., *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici: atto terzo*, in *Il lav. nelle pp.aa.*, 2012, 751 ss.
- GAROFALO M.G., *La dirigenza pubblica rivisitata*, in *Il lav. nelle pp.aa.*, 2002, 873 ss.
- GASPARINI CASARI V., *La dirigenza pubblica nel rapporto fra politica e amministrazione*, in *Dir. ec.*, 2009, 543 ss.
- GIANNINI M.S., *Parlamento e amministrazione*, in *Amm. civ.*, 1961, 145 ss.
- GIANNINI M.S., voce *Impiego pubblico (profili storici e teorici)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, 293 ss.
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1993.
- GIAVAZZI F. e BARBIERI G., *I signori del tempo perso. I burocrati che frenano l'Italia e come provare a sconfiggerli*, Milano, 2017.
- GIUFFRÈ F., *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello stato di diritto: il caso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in NICOTRA I.A. (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016, 9 ss.
- GOISIS F., *Il potere di iniziativa dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21 bis l. 287 del 1990: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 471 ss.
- GOISIS F., *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 337 ss.
- GOISIS F., *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2015.
- GRANELLI C. e STELLA G. (a cura di), *Il conflitto di interessi nei rapporti di gestione e rappresentanza*, Atti del convegno Pavia 13-14 ottobre 2006, Milano, 2007.
- GRANITO E. (a cura di), *Un popolo uno Stato*, Salerno, 2012.
- GRASSO G., *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006.
- GULLO N., *La politica di contrasto alla corruzione in Italia ed i soggetti responsabili della prevenzione della corruzione*, in *Nuove autonomie*, 2014, 521 ss.
- GUY PETERS B., *The politics of bureaucracy*, New York, 1978, trad. it. *La pubblica amministrazione. Un'analisi comparata*, Bologna, 1991.
- HINNA L. e MARCANTONI M., *Corruzione. La tassa più iniqua*, Roma, 2013.
- HOOD C., *A Public Management for all Seasons*, in *Publ. Adm.*, 1991, vol. 69, 3 ss.
- IANNOTTA L., *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, vol. II, 741 ss.
- IMMORDINO M., *Strumenti di contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione tra*

- ordinamento italiano ed ordinamento brasiliano: relazione introduttiva*, in *Nuove autonomie*, 2014, 395 ss.
- IMMORDINO M. e POLICE A. (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004.
- JUDICA G., *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, Torino, 2016.
- JEAN-PIERRE D., *Le prises illégales d'intérêts des fonctionnaires*, in FORTIER C. (dir.), *Le statut général des fonctionnaires: Trente ans, et après?*, Parigi, 2014, 291 ss.
- LA SPINA A. e MAJONE G., *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000.
- LALLI A., *Conflitti di interessi nel diritto privato e nel diritto pubblico. Una rassegna*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 155 ss.
- LALLI A., *I rimedi ai conflitti di interessi come strumento della prevenzione della corruzione*, in D'ALBERTI M. (a cura di), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, 2016, 157 ss.
- LAZZARO A., *Trasparenza e prevenzione della cattiva amministrazione*, Milano, 2017.
- LE PORS A., *Le statut general des fonctionnaires de l'État et des collectivités*, in *RFAP*, 1983, n. 25, 31 ss.
- LEVI F., *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967.
- LEVY R., *The New Public Management: End of an Era?*, in *25 Public. Pol. Adm.* 2 (2010), 234 ss.
- LIBERTINI M., *I nuovi poteri dell'Autorità antitrust (art. 35, d.l. 201/2011)*, in *www.federalismi.it*, n. 24/2011.
- LICCIARDELLO S., *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica*, Torino, 2000.
- LIGNANI P.G., *La responsabilità disciplinare dei dipendenti dell'amministrazione statale*, in SORACE D. (a cura di), *Le responsabilità pubbliche: civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, Padova, 1998.
- LIGUORI F. e TUCCILLO S. (a cura di), *I contratti pubblici in trasformazione. Discussione e problemi*, Napoli, 2018.
- LONGOBARDI N., «*Amministrazioni indipendenti*» e posizione istituzionale dell'amministrazione pubblica, in *Scritti in onore di Ottaviano*, vol. I, Milano, 1993, 525 ss.
- LONGOBARDI N., *Le amministrazioni indipendenti verso il giusto procedimento. La separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie*, in *www.amministrazioneincammino.it* (2005).
- LONGOBARDI N., *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009.
- LONGOBARDI N., *Le autorità amministrative indipendenti laboratori di un nuovo diritto amministrativo*, in ID., *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009, 73 ss.
- LONGOBARDI N., *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e autorità atipiche. L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *www.Giustamm.it*, n. 5/2016.
- LONGOBARDI N., *L'Autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *www.Giustamm.it*, n. 6/2016.
- LUBBERS J.S., *Federal Administrative Law Judges: A Focus on Our Invisible Judiciary*, 33 *admin. L. Rev.* 109, (1981).

- LUMINOSO A., *Il conflitto di interessi nel rapporto di gestione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 739 ss.
- LUPU N., *L'estensione della contrattualizzazione ai dirigenti generali supera il vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2002, 83 ss.
- MAGRI M., *L'incostituzionalità dello spoils system e la reintegrazione del dirigente*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 511 ss.
- MAGRI M., *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, in *Ist. Fed.*, 2013, 425 ss.
- MAGRI M., *Il lavoro pubblico tra sviluppo ed eclissi della "privatizzazione"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 581 ss.
- MAJONE G., *Independence vs. accountability? Non majoritarian institutions and democratic government in Europe*, EUI working paper, 1994, n. 3, 23 ss.
- MANETTI M., *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994.
- MANGANARO F., *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in SCOCA F.G. (a cura di), *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2012.
- MANGANARO F., *Trasparenza e obblighi di pubblicazione*, in *Nuove autonomie*, 2014, 553 ss.
- MARCHETTA C., *La legislazione italiana sul conflitto di interessi. La legge 20 luglio 2004 n. 215. Orientamenti applicativi, criticità e prospettive di riforma*, Milano, 2013.
- MARCHETTI B., *Pubblica amministrazione e corti negli Stati Uniti. Il judicial review sulle amministrative agencies*, Padova, 2005.
- MARCHETTI B. (a cura di), *L'Amministrazione comunitaria. Caratteri, accountability e sindacato giurisdizionale*, Padova, 2009.
- MARCHETTI D., *Le diverse declinazioni del principio di leale collaborazione nella delegazione legislativa elaborate dalla giurisprudenza costituzionale (alla luce della sentenza n. 251 del 2006)*, in *Rivista AIC*, 2017, 2, 28 ss.
- MARONE F., *L'atipicità dei poteri di regolazione dell'ANAC nelle linee guida sugli obblighi di trasparenza della p.a.*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 798 ss.
- MARONGIU G., *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'amministrazione*, Milano, 1969.
- MARONGIU G., *Direzione dei ministeri e unità di indirizzo politico e amministrativo del governo*, in *La riorganizzazione dei ministeri nel quadro della riforma dell'amministrazione*, Padova, 1975, 49 ss.
- MARONGIU G., *Spunti per la costruzione della funzione manageriale nella pubblica amministrazione*, in *Studi in onore di P. Saraceno*, Milano, 1975, 606 ss.
- MARONGIU G., voce *Funzione amministrativa*, *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma, 1989.
- MARRAMA R., *Principi regolatori della funzione di organizzazione pubblica*, in L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, G.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. I, Bologna, 1998, 397 ss.
- MARTINES F., *La legge 190/2012 sulla prevenzione e repressione dei comportamenti corruttivi nella Pubblica amministrazione*, in *www.federalismi.it*, (2015).
- MARTIRE D., *Brevi note alla sentenza n. 251 del 2016 della Corte costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 195 ss.
- MARZOCCO A.M., *Autorizzazione del "ricorso all'arbitrato" (art. 241, comma 1 d.lgs. 163/2006) e clausole compromissorie preesistenti: l'opinabile parallelo della Corte costituzionale e l'esegesi dell'art. 241, comma 1*, in *Riv. arb.*, 2016, 74 ss.
- MARZUOLI C., *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 393 ss.

- MARZUOLI C., *Fenomeni corruttivi e pubblica amministrazione: più discipline, un unico obiettivo*, in PALAZZO F. (a cura di), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2011, 1 ss.
- MARZUOLI C., *Introduzione*, in CINGARI F. (a cura di), *Corruzione: strategie di contrasto*, Firenze, 2013, 3 ss.
- MASHAW J.L., *I funzionari pubblici negli Stati Uniti*, in D'ALBERTI M. (a cura di), *L'alta burocrazia*, Bologna, 1994, 41 ss.
- MASHAW J.L., MERRILL R.A., SHANE P.M., *Administrative Law: The American Public Law System, Cases and Materials*, V ed., St. Paul, MN, 2003.
- MASSERA A., *Il difficile rapporto tra politica e amministrazione: la Corte costituzionale alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 1307 ss.
- MASTRAGOSTINO F., PIPERATA G., TUBERTINI C. (a cura di), *L'amministrazione che cambia. Fonti, regole e percorsi di una nuova stagione di riforme*, Bologna, 2016.
- MATTARELLA B.G., *I codici di comportamento*, in *Riv. giur. dir. lav.*, 1996, 275 ss.
- MATTARELLA B.G., *Le regole dell'onestà*, Bologna, 2007.
- MATTARELLA B.G., *La responsabilità disciplinare*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 34 ss.
- MATTARELLA B.G., *Il conflitto di interessi dei pubblici funzionari*, in PALAZZO F. (a cura di), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2011, 63 ss.
- MATTARELLA B.G., *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 123 ss.
- MATTARELLA B.G., *Il nuovo codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.* 2013, 927 ss.
- MATTARELLA B.G., *Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 621 ss.
- MATTARELLA B.G., *La riforma amministrativa: istruzioni per l'uso*, in www.diritto-amministrativo.org, (2016).
- MATTARELLA B.G., *Delega legislativa e principio di leale collaborazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 179 ss.
- MATTARELLA B.G., *Il principio del concorso e la sua parodia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 417 ss.
- MATTARELLA B.G., *La l. n. 124 del 2015 e i suoi decreti attuativi: un bilancio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 565 ss.
- MATTARELLA B.G. e PELISSERO M. (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013.
- MAZZONI M., STANZIANO A., RECCHI L., *Rappresentazione e percezione della corruzione in Italia. Verso una strumentalizzazione del fenomeno*, in *Com. Pol.*, 2017, 99 ss.
- MAZZUCATO M., *Lo Stato innovatore*, Roma-Bari, 2013.
- MEALE A., *Il principio di leale collaborazione tra competenze statali e regionali*, in *Giur. it.*, 2017, 733 ss.
- MELIS G., *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, 1996.
- MELIS G., *La dirigenza pubblica in Italia: anello (mancante) di congiunzione tra politica e amministrazione*, in *Scienza & Politica*, 2014, 95 ss.
- MELIS G., *La burocrazia*, Bologna, 2015.
- MELLERAY F., *Les piliers du temple sont toujours debout... pour l'instant!*, in FORTIER C. (dir.), *Le statut général des fonctionnaires: Trente ans, et après?*, Parigi, 2014, 345 ss.
- MELLERAY F., *Droit de la fonction publique*, Parigi, 2017.

- MENGHINI S., *Conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2010, vol. I, 629 ss.
- MERLONI F., *Amministrazione 'neutrale' e amministrazione imparziale. A proposito dei rapporti tra 'politica' e 'amministrazione'*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 319 ss.
- MERLONI F., *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, Bologna, 2006.
- MERLONI F., *Lo spoils system è inapplicabile alla dirigenza professionale: dalla Corte nuovi passi nella giusta direzione (commento alle sentt. n. 103 e 104 del 2007)*, in *Le Regioni*, 2007, 836 ss.
- MERLONI F., *Primi incerti tentativi di arginare lo spoils system nelle Regioni*, in *Le Regioni*, 2007, 137 ss.
- MERLONI F. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008.
- MERLONI F., *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in ID. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, 3 ss.
- MERLONI F., *Introduzione. L'etica dei funzionari pubblici*, in MERLONI F. e CAVALLO PERIN R. (a cura di), *Al servizio della Nazione*, Milano, 2009, 31 ss.
- MERLONI F., *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 57 ss.
- MERLONI F., *I funzionari professionali*, in F. MERLONI e L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa*, Firenze, 2010, 281 ss.
- MERLONI F., *Spoils system: il timore dell'overruling impedisce alla Corte di fare chiarezza*, in *Le regioni*, 2010, 1140 ss.
- MERLONI F., *Il ruolo della regione nella costruzione di una nuova amministrazione territoriale*, in MANGIAMELI S. (a cura di), *Il regionalismo italiano dall'Unità alla Costituzione e alla sua riforma*, Milano, 2012, 393 ss.
- MERLONI F., *Il regime delle inconfiribilità e incompatibilità nella prospettiva dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Gior. dir. amm.*, 2013, 806 ss.
- MERLONI F., *La legge anticorruzione e le garanzie dell'imparzialità soggettiva dei funzionari pubblici*, in CINGARI F. (a cura di), *Corruzione: strategie di contrasto*, Firenze, 2013, 7 ss.
- MERLONI F., *L'applicazione della legislazione anticorruzione nelle Regioni e negli enti locali tra discipline unitarie e autonomia organizzativa*, in *Ist. Fed.*, 2013, 349 ss.
- MERLONI F., *Nuovi strumenti di garanzia dell'imparzialità delle amministrazioni pubbliche: l'inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi (art. 1, commi 49 e 50)*, in MATTARELLA B.G. e PELISSERO M. (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 191 ss.
- MERLONI F., *Codici di comportamento*, in *www.treccani.it*, (2014).
- MERLONI F., *Inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi*, in *www.treccani.it*, (2014).
- MERLONI F., *Politiche di prevenzione della corruzione e autonomia degli enti territoriali*, in *Le Regioni*, 2014, 969 ss.
- MERLONI F., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2016.
- MERLONI F. e CAVALLO PERIN R. (a cura di), *Al servizio della Nazione*, Milano, 2009.
- MERUSI F., *Democrazia e autorità indipendenti: un romanzo quasi giallo*, Bologna, 2000.
- MERUSI F., *Introduzione ai possibili antidoti alla cattiva amministrazione. A che cosa posso-no servire le riforme amministrative*, in *www.diritto-amministrativo.org*, (2016).

- MERUSI F. e PASSARO M., voce *Autorità indipendenti*, in *Enc. Dir.*, Agg., vol. VI, Milano, 2002, 143 ss.
- MICALIZZI R., *Il ruolo dell'ANAC nell'accertamento delle fattispecie di inconferibilità di incarichi pubblici*, in *Giur. it.*, 2017, 744 ss.
- MINGHETTI M., *I partiti politici e la ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, Roma, 1945.
- MINTZ B.W., *Administrative Separation of Functions: OSHA and the NLRB*, 47 *Cath. U. L. Rev.*, 877, (1998).
- MONACO G., *La pronuncia della Corte costituzionale sulla "riforma Madia" incide sul sistema delle fonti del diritto*, in *Urb. app.*, 2017, 366 ss.
- MONACO M.P., *Gli incarichi di funzione dirigenziale: uno snodo cruciale nel rapporto fra politica e amministrazione*, Milano, 2016.
- MONDA P., *Contratto di lavoro pubblico, potere organizzativo e valutazione*, Torino, 2016.
- MONTALENTI P., *Abusi di mercato e procedimento Consob: il caso Grande Stevens e la sentenza CEDU*, in *Giur. comm.*, 2015, 478 ss.
- MORBIDELLI G., *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli*, in *Dir. amm.*, 2016, 273 ss.
- NAPOLITANO G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005.
- NAPOLITANO G., *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 229 ss.
- NAPOLITANO G., *Espansione o riduzione dello Stato? I poteri pubblici di fronte alla crisi*, in ID. (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, 2012, 471 ss.
- NAPOLITANO G., *Breve e lungo periodo nel diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 7 ss.
- NAPOLITANO G., *Le riforme amministrative in Europa all'inizio del ventunesimo secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 611 ss.
- NAPOLITANO G., *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2017.
- NATALINI A., *Il tempo delle riforme amministrative*, Bologna, 2005.
- NATALINI A. e VESPERINI G. (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, Napoli, 2015.
- NICOLETTI F., *Dirigenti e responsabili del procedimento nell'amministrazione statale c.d. "di risultato"*, in *Dir. Ec.*, 2003, 459 ss.
- NICOSIA G., *Le opinioni della Corte Costituzionale su spoils system, fiducia e imparzialità negli incarichi di funzione dirigenziale: il "caso speciale" è davvero speciale?*, in *Il lav. nelle pp.aa.*, 2007, 497 ss.
- NICOTRA I.A. (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016.
- NICOTRA I.A., *L'autorità nazionale anticorruzione e la soft regulation nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in NICOTRA I.A. (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016, 32 ss.
- NICOTRA I.A., *La trasparenza e la tensione verso i nuovi diritti di democrazia partecipativa*, in ID. (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016, 143 ss.
- NIGRO M., *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1965, 74.

- NIGRO M., *Riforma dell'amministrazione e organizzazione dei ministeri*, relazione di sintesi al convegno di studi svoltosi a Catania il 29-30 giugno 1974, in AA.VV., *La riorganizzazione dei Ministeri nel quadro della riforma dell'amministrazione*, Padova, 1975, 323 ss.
- NIGRO M., *Le riforme amministrative a quattro anni dal rapporto Giannini*, in *Le Regioni*, 1984, 642 ss.
- NIGRO M., *Amministrazione pubblica (organizzazione dell')*, in *Enc. Giur.*, vol. II, Roma, 1988, *ad vocem*.
- NIGRO M., *Scritti giuridici*, Milano, 1996, 1719 ss.
- NIGRO M., *La pubblica amministrazione fra Costituzione formale e costituzione materiale*, in Id., *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, 1844 ss.
- NIGRO M., *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo*, in Id., *Scritti giuridici*, Milano, 1996, vol. II. 764 ss.
- NIQUEGE S., *La loi sur la déontologie, ou la réforme à pas comptés*, in *AJFP*, 2016, 196 ss.
- ODORISIO E., *Arbitrato, decreto crescita e legge anticorruzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 937 ss.
- OROFINO A.G., *Profili giuridici della trasparenza amministrativa*, Bari, 2013.
- ORSI BATTAGLINI A., *Fonti normative e regime giuridico del rapporto di impiego con enti pubblici*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1993, 461 ss.
- OTTAVIANO V., *Poteri dell'amministrazione e vincoli costituzionali*, in *Riv. tri. dir. pubbl.*, 1964, 928 ss.
- PAJNO A., *Quali prospettive per le autorità indipendenti?*, in D'ALBERTI M. e PAJNO A. (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna, 2010, 428 ss.
- PAJNO A., *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in *Giust. civ.*, 2015, 2013 ss.
- PAJNO A., *Giustizia amministrativa ed economia*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 952 ss.
- PAJNO A., *La giustizia amministrativa nel 2016*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 139 ss.
- PAJNO A., *La giustizia amministrativa nel 2017*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 147 ss.
- PALAZZO F. (a cura di), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2011.
- PALIERO C.E., "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione "classica" a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894 ss.
- PALLA M., *Commento all'art. 53 d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165*, in DE LUCA TAMAJO R. e MAZZOTTA O., *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, 2017, 1773 ss.
- PALLADINO F., *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti tra matière pénale e divieto di bis in idem (note a margine della sentenza Corte EDU, Grande Stevens e altri c. Italia, 4 marzo 2014)*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2014, 247 ss.
- PAOLUCCI L., *Il regime delle incompatibilità (art. 58)*, in CARINCI F. e D'ANTONA M. (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, vol. II, Milano, 2000, 1561 ss.
- PASTORI G., *La burocrazia*, Padova, 1967.
- PASTORI G., *Amministrazione, imparzialità e composizione tecnica degli organi di amministrazione del personale*, in *Le Regioni*, 1991, 1504 ss.

- PASTORI G. e SGROI M., voce *Dirigenti pubblici*, in *Enc. dir.*, App., vol. V, Milano, 2001, 356 ss.
- PATERNITI F., *La tutela preventiva dell'imparzialità della pubblica amministrazione nella nuova normativa anticorruzione*, in NICOTRA I.A. (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016, 91 ss.
- PATRONI GRIFFI A., *Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale: profili problematici di ieri e di oggi*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2015, 1 ss.
- PATRONI GRIFFI A., *Il fondamento costituzionale della legislazione in tema di trasparenza e di lotta alla corruzione: alcune riflessioni*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2016.
- PEDERSON W.F., *Decline of Separation of Functions in Regulatory Agencies*, 64 *Va. L. Rev.* 991, 1038, (1978).
- PELLEW J., *The spoils system and the Concept of Merit in the American Civil Service*, in CASSESE S. e PELLEW J. (a cura di), *Le système du mérit*, Bruxelles 1987, 69 ss.
- PEREZ R., *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. pubbl.*, 1996, 133 ss.
- PERFETTI L.R., *Sulla distinzione tra procedimento e processo: diritto brasiliano e tradizione giuridica italiana alla luce della riforma del procedimento amministrativo introdotta dalla legislazione anti-corruzione*, in *Nuove autonomie*, 2015, 501 ss.
- PINELLI C., *Politica e amministrazione: una distinzione per l'ordine convenzionale*, in *Giur. cost.*, 1990, 2720 ss.
- PINELLI C., *Imparzialità e indirizzo politico*, in CASSESE S. e ARABIA A.G. (a cura di), *L'amministrazione e la Costituzione. Proposte per la Costituente*, Bologna, 1993, 69 ss.
- PINELLI C., *L'avallo del sistema delle spoglie, ovvero la vanificazione dell'art. 97 Cost.*, in *Giur. cost.*, 2006, 2357 ss.
- POCHARD M., *Quel avenir pour la fonction publique?*, in *AJDA*, 2000, 3 ss.
- POMBENI P., (a cura di), *Storia dei partiti italiani*, Bologna, 2016.
- PONTI B., *L'indipendenza nel diritto pubblico come condizione del pubblico funzionario*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 185 ss.
- PONTI B., *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Santarcangelo di Romagna, 2012.
- PONTI B., *La regolazione dell'accesso agli incarichi esterni da parte dei dipendenti dopo la legge 190/2012: evoluzione del sistema e problemi di applicazione agli enti territoriali*, in *Ist. Fed.*, 2013, 409 ss.
- PONTI B., *La vigilanza e le sanzioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 806 ss.
- PONTI B., *Le modifiche all'art. 53 del testo unico sul lavoro alle dipendenze della p.a. (art. 1, commi 39-40 e 42-43)*, in MATTARELLA B.G. e PELISSERO M. (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 167 ss.
- POSNER R.A., *A failure of Capitalism, The crisis of '08 and the Descent into Depression*, Cambridge, 2009.
- POTIER V., *Les conflits de valeurs dans la fonction publique territoriale*, in *AJDA*, n. 21/2013, 1221 ss.
- PREDIERI A., *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997.
- PREDIERI A. (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997.
- PRESUTTI E., *Lo stato parlamentare e i suoi impiegati amministrativi*, Napoli, 1899.
- PUBUSA A., *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1994, *ad vocem*.

- RADÈ C., *Trentième anniversaire de la loi Le Pors: regard d'un privatiste*, in *AJDA*, n. 21/2013, 1217 ss.
- RAGANELLI B., *Sanzioni Consob e tutela del contraddittorio procedimentale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 511 ss.
- RAMAJOLI M., *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 347 ss.
- RAMAJOLI M., *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in BRUTI LIBERATI E. e DONATI F. (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, 189 ss.
- RAMAJOLI M., *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, 735 ss.
- RAMAJOLI M., *Inconferibilità e incompatibilità di incarichi nelle pubbliche amministrazioni*, in *Nuove autonomie*, 2014, 575 ss.
- RAMAJOLI M., *Riforme (passate, presenti e future) delle autorità indipendenti*, in MASTRAGOSTINO F., PIPERATA G., TUBERTINI C. (a cura di), *L'amministrazione che cambia. Fonti, regole e percorsi di una nuova stagione di riforme*, Bologna, 2016, 65 ss.
- RAMAJOLI M., *Quale cultura per l'amministrazione pubblica?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 187 ss.
- RAMAJOLI M., *Pretesa precettiva e flessibilità delle linee guida ANAC*, in F. LIGUORI e S. TUCCILLO (a cura di), *I contratti pubblici in trasformazione. Discussione e problemi*, Napoli, 2018.
- RENNA M., *Il responsabile del procedimento nell'organizzazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1994, 13 ss.
- RENNA M., *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241*, in *Dir. amm.*, 2000, 505 ss.
- RENNA M. e SGROI M., *Il responsabile del procedimento*, in PASTORI G. (a cura di), *Legge 7 agosto 1990 e ordinamenti regionali*, Padova, 1995, cap. IV.
- RICCI M., *La dirigenza pubblica rivisitata: luci e ombre, Il lav. nelle pp.aa.*, 2016, 3 ss.
- RIDOLFI M., *Storia dei partiti politici. L'Italia dal Risorgimento alla Repubblica*, Milano, 2008.
- RIVERO J., *Vers la fin du droit de la fonction public?*, in *Dalloz*, 1947, 38 ss.
- ROMANO S., *Doveri, Obblighi*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 91 ss.
- ROMANO TASSONE A., *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, vol. II, 813 ss.
- ROSE-ACKERMAN S. e LINDSETH P.L. (a cura di), *Comparative administrative law*, 2010.
- ROSENBLUM D.H., *Federal service and the Constitution*, II ed., Washington, 2014.
- ROSSI G., *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2017.
- ROSSI M., *Le norme generali in materia di incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi*, in TENORE V., ROSSI M., TILIA M.A. (a cura di), *Le incompatibilità per i pubblici dipendenti, le consulenze e gli incarichi dirigenziali esterni*, Milano, 2014, 121 ss.
- ROUX E., *Loi «déontologie» du 20 avril 2016: les nouveaux impératifs déontologiques des fonctionnaires*, in *AJ Collectives Territoriales*, 2016, 292.
- RUSCIANO M., *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, 1978.
- RUSCIANO M., *Spunti su rapporto di lavoro e «responsabilità da risultato» del dirigente pubblico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 387 ss.

- SAILLANT E., *Les valeurs de la fonction publique dans la loi du 13 Juillet 1983*, in *AJDA*, n. 21/2013, 1207 ss.
- SAITTA F., *Burocrazia e indirizzo politico: il modello della Corte costituzionale*, in *AIPDA*, Annuario 2007, *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Napoli, 2008, 125.
- SALTARI L., *I profili strutturali: la nomina dei dirigenti*, in CASINI L. (a cura di), *Venti anni di politica e amministrazione in Italia*, Bologna, 2016, 57 ss.
- SANDULLI A., *L'arbitrato nel codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 205 ss.
- SANDULLI A.M., *Government and administration*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 737 ss.
- SANDULLI M.A., *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricordo dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287/1990*, in *www.federalismi.it* n. 12/2012.
- SANTUCCI R., *La valutazione dei dirigenti*, in *Il lav. nelle pp.aa.*, 2016, 63 ss.
- SALVADORI M.L., *Democrazia. Storia di un'idea tra mito e realtà*, Roma, 2015.
- SAVINO M., *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 795 ss.
- SAVINO M., *Le riforme amministrative: la parabola della modernizzazione dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 641 ss.
- SAVINO M., *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 593 ss.
- SCIULLO G., *Modelli di disciplina della dirigenza in Italia e profili della fiduciarità della nomina*, in *Ist. Fed.*, 1998, 783 ss.
- SCOCA F.G., *Politica e amministrazione nelle sentenze sullo spoils system*, in *Giur. cost.*, 2007, 1015.
- SCOPPOLA P., *La repubblica dei partiti*, Bologna, 1996.
- SERRA M.T., *Contributo ad uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, Milano, 1991.
- SESSA V., *Funzioni e poteri in materia di accertamento di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e gli enti privati in controllo pubblico*, in *www.Giustamm.it* (2017).
- SHAPIRO M., *Agenzie indipendenti: Stati Uniti ed Unione Europea*, in *Dir. pubbl.*, 1996, 667 ss.
- SCHOLTEN M. e VAN RUSBERGEN M., *The limits of Agencification in the European Union*, in *German law Journal*, 15, 2014, 1248.
- SHULMAN H.J., *Separation of Functions in Formal Licensing Adjudications*, 56 *Notre Dame Law*. 351, (1981).
- SIRIANNI G., *La necessaria distanza tra cariche politiche e cariche amministrative*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 806 ss.
- SORACE D., *Il problema degli interessi non-diritti da tutelare nell'administrative law americano (linee di un dibattito in corso)*, in *Scritti per Mario Nigro*, vol. III, Milano, 1991, 581.
- SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2016.
- SORDI P., *La responsabilità dirigenziale*, in BARTOLINI A., FANTINI S., FERRARI G. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, 2010, 63 ss.
- SORDI P., *I poteri e il sindacato del giudice ordinario in alcune controversie di lavoro pubblico*, relazione all'incontro di studio di Trapani sul tema "Il precariato nel pubblico

- impiego tra legislazione nazionale e regionale”, reperibile in www.giustizia.palermo.it/formazione_magistrati.aspx?altri_file=755.
- SPAVENTA S., *La giustizia nell'amministrazione*, Torino, 1949.
- STEWART R.B., *The Reformation of American Administrative Law*, 88 *Harv. L. Rev.* 1667, 1813, (1975).
- TENORE V., *Profili ricostruttivi della responsabilità dirigenziale nel pubblico impiego*, in *Giust. civ.*, 2013, 325 ss.
- TENORE V., *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, Milano, 2017.
- TOLCHIN M. e TOLCHIN S., *To the Victor: Political Patronage from the Clubhouse to the White House*, New York, 1971.
- TONETTI A., *L'Autorità di regolazione dei trasporti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 589 ss.
- TONOLETTI B., *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, in *Quaderni del Seminario Tosi*, n. 20, Torino, 2010, 121 ss.
- TONOLETTI B., *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 389 ss.
- TORCHIA L., *La responsabilità dirigenziale*, Padova, 2000.
- TORCHIA L. (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009.
- TORCHIA L., *La lentissima modernizzazione*, in ID. (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009, 14 ss.
- TORCHIA L., *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, Relazione svolta al convegno “Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati” – Roma, Palazzo Spada, 28 febbraio 2013, in www.irpa.eu.
- TORCHIA L., (a cura di), *L'Autorità dei trasporti nel sistema delle autorità indipendenti*, paper di Astrid, in www.astridonline.it (2013).
- TORCHIA L., *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 605 ss.
- TORCHIA L., *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Riv. Reg. Merc.*, n. 1/2016, 72 ss.
- TORSELLO L., *Cumulo di incarichi non autorizzati a pubblici dipendenti e regime delle sanzioni*, in *Rivista del diritto e della sicurezza sociale*, 2015, 815 ss.
- TRIMARCHI BANFI F., *L'istruttoria procedimentale dopo l'art. 10-bis della legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2011, 353 ss.
- TROPICIA M., *La figura del responsabile della prevenzione della corruzione negli enti locali*, in *Nuove autonomie*, 2014, 687 ss.
- URSI R., *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Santarcangelo di Romagna, 2016.
- VAIANO D., *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996.
- VALAGUZZA S., *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale anticorruzione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 1/2016, 9 ss.
- VANDELLI L., GARDINI G., TUBERTINI C. (a cura di), *Le autonomie territoriali. Trasformazioni e innovazioni dopo la crisi economica*, Rimini, 2017.

- VESPERINI G., *Le agenzie*, in A. PAJNO e L. TORCHIA (a cura di), *La riforma del Governo*, Bologna, 2000, 145 ss.
- VIGOUROUX C., *Trente ans après la loi du 13 juillet 1983*, in *AJDA*, n. 21/2013, 1221 ss.
- VILLA E., *Il fondamento del potere disciplinare nel lavoro pubblico privatizzato alla luce delle più recenti riforme*, in *Il lav. nelle pp. aa.*, 2013, 967 ss.
- VILLATA R. e RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017.
- WRIGHT V., *Reshaping the State: the Implications for Public Administration*, in *West European Politics*, 1994, vol. 17, 3, 102 ss.
- ZITO A., *Art. 6 lett. e)*, in PAOLANTONIO N., POLICE A., ZITO A. (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, 189 ss.
- ZOPPOLI A., *Commento all'art. 19*, in CORPACI A., RUSCIANO M., ZOPPOLI A. (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1999, 1160 ss.
- ZOPPOLI A., *La valutazione delle prestazioni della dirigenza pubblica: nuovi scenari, vecchi problemi, percorsi di "apprendimento istituzionale"*, working paper del Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona" – 63/2007, 13, in *www.csdle.lex.unict.it*.

Finito di stampare nel mese di febbraio 2018
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Milano-Bicocca

Per i tipi Giuffrè

1. Luigi Fumagalli, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, 2000.
2. Paolo Bonetti, *Ordinamento della difesa nazionale e costituzione italiana*, 2000.
3. Marco Antonioli, *Comunicazioni della Commissione europea e atti amministrativi nazionali*, 2000.
4. Bruno Bosco, *Pianificazione e mercato nell'economia cubana contemporanea. Analisi delle innovazioni in un sistema socialista*, 2000.
5. Aldo Chiancone, *Scritti di economia, istituzioni e finanza pubblica*, 2000.
6. Chiara Valsecchi, *Oldrado da Ponte e i suoi consilia. Un'auctoritas del primo Trecento*, 2000.
7. Nicola Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, 2001.
8. Giulio Enea Vigevani, *Stato democratico ed eleggibilità*, 2001.
9. Marco Antonioli, *Mercato e regolazione*, 2001.
10. *The protection of the environment in a context of regional economic integration. The case of the European Community, the Mercosur and the Nafta*, edited by Tullio Scovazzi, 2001.
11. Claudio Martinelli, *L'insindacabilità parlamentare. Teoria e prassi di una prerogativa costituzionale*, 2002.
12. Barbara Biscotti, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'Editto giuliano*, 2002.
13. *The protection of the underwater cultural heritage. Legal aspects*, edited by Guido Camarda and Tullio Scovazzi, 2002.
14. Chiara Buzzacchi, *L'abuso del processo nel diritto romano*, 2002.
15. Margherita Ramajoli, *La connessione nel processo amministrativo*, 2002.
16. Nicola Rondinone, *Storia inedita della codificazione civile*, 2003.
17. Ettore Scimemi, *La vendita del voto. Nelle società per azioni*, 2003.
18. *La protezione del patrimonio culturale sottomarino nel Mare Mediterraneo*, a cura di Tullio Scovazzi, 2004.
19. Roberta Garabello, *La convenzione Unesco sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo*, 2004.
20. Ubaldo G. Nannini, *Valori fondamentali e conflitto di doveri*, 2004.
21. Gabriella Citroni, *L'orrore rivelato. L'esperienza della Commissione della Verità e Riconciliazione in Perù: 1980-2000*, 2004.
22. *Dal Tribunale per la ex-Iugoslavia alla Corte penale internazionale*, a cura di Gianmaria Calveti e Tullio Scovazzi, 2004.

23. Nicola Bassi, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, 2004.
24. Matteo Gatti, *OPA e struttura del mercato del controllo societario*, 2004.
25. *La sicurezza negli aeroporti. Problematiche giuridiche ed interdisciplinari*. Atti del Convegno – Milano, 22 aprile 2004, a cura di Guido Camarda, Marco Cottone, Monica Migliarotti, 2005.
26. Irini Papanicolopulu, *Il confine marino: unità o pluralità?*, 2005.
27. *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland*. Atti del Convegno in onore di David Garland – Università di Milano-Bicocca, 1° marzo 2004, a cura di Adolfo Ceretti, 2005.
28. Barbara Moretti, *La violenza sessuale tra conoscenti. Analisi giuridica e criminologica di un fenomeno poco indagato*, 2005.
29. *Quale diritto nei conflitti armati?* Relazioni e documenti del ciclo di conferenze tenute nell'Università di Milano-Bicocca (marzo-maggio 2005), a cura di Irini Papanicolopulu e Tullio Scovazzi, 2006.
30. Giovanni Iorio, *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, 2006.
31. Natascia Marchei, *“Sentimento religioso” e bene giuridico. Tra giurisprudenza costituzionale e novella legislativa*, 2006.
32. *Il dominio di Venezia sul mare Adriatico nelle opere di Paolo Sarpi e Giulio Pace*, a cura di Guido Acquaviva e Tullio Scovazzi, 2007.
33. *Laicità e stato di diritto*. Atti del IV Convegno di Facoltà – Università di Milano-Bicocca, 9-10 febbraio 2006, a cura di Adolfo Ceretti e Loredana Garlati, 2007.
34. Carmela Leone, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa. Tra operatività dell'organo, inesauribilità del potere e stabilità degli effetti*, 2007.
35. *Ordinamento penale e fonti non statali. L'impatto dei vincoli internazionali, degli obblighi comunitari e delle leggi regionali sul legislatore e sul giudice penale*. Atti delle sessioni di studio tenutesi a Milano il 21 novembre 2005, il 10 marzo e il 24 marzo 2006, a cura di Carlo Ruga Riva, 2007.
36. *Conflitti armati e situazioni di emergenza: la risposta del diritto internazionale*. Relazioni al ciclo di conferenze tenuto nell'Università di Milano-Bicocca (marzo-aprile 2006), a cura di Irini Papanicolopulu e Tullio Scovazzi, 2007.
37. *Il tribunale per la ex-Iugoslavia: l'attività svolta e il suo prossimo scioglimento*, a cura di Gianmaria Calvetti e Tullio Scovazzi, 2007.
38. Giovanni Iorio, *Le clausole attributive dello ius variandi*, 2008.
39. Claudio Martinelli, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato. Recenti sviluppi e nuove prospettive*, 2008.
40. Loredana Garlati, *Il volto umano della giustizia. Omicidio e uccisione nella giurisprudenza del tribunale di Brescia (1831-1851)*, 2008.
41. *Immunità costituzionali e crimini internazionali*. Atti del Convegno – Milano, 8 e 9 febbraio 2007, a cura di Aldo Bardusco, Marta Cartabia, Micaela Frulli e Giulio Enea Vigevani, 2008.
42. Marco Antonioli, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, 2008.

43. Mariangela Ferrari, *La compensatio lucri cum damno come utile strumento di equa riparazione del danno*, 2008.
44. Nicola Bassi, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale. La circolazione degli effetti del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi del terzo*, 2008.
45. Delfina Boni, *Accordi OMC norme comunitarie e tutela giurisdizionale*, 2008.
46. Roberto Cornelli, *Paura e ordine nella modernità*, 2008.
47. Edoardo Dieni, *Diritto & religione vs. «nuovi» paradigmi. Sondaggi per una teoria postclassica del diritto ecclesiastico civile*, a cura di Alessandro Albisetti, Giuseppe Casuscelli, Natascia Marchei, 2008.
48. Maria Cristina Vanz, *La circolazione della prova nei processi civili*, 2008.
49. *Atti del V incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche*, a cura di Irini Papanicolopulu, 2008.
50. *La sécurité collective entre légalité et défis à la légalité*, sous la direction de Maurizio Arcari et Louis Balmond, 2008.
51. *Saggi in ricordo di Aristide Tanzi*, 2009.
52. Elena Marinucci, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, 2009.
53. Sabrina Urbinati, *Les mécanismes de contrôle et de suivi des conventions internationales de protection de l'environnement*, 2009.
54. Alessandro Albisetti, *Tra diritto ecclesiastico e canonico*, 2009.
55. *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto. A 70 anni dalle leggi razziali*, a cura di Loredana Garlati e Tiziana Vettor, 2009.
56. *La giustizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra Otto e Novecento*, a cura di Giovanni Chiodi, 2009.
57. Tomaso Greco, *Le violenze psicologiche nel mondo del lavoro. Un'analisi sociologico-giuridica del fenomeno mobbing*, 2009.
58. *Le ragioni dell'uguaglianza. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Milano-Bicocca, 15-16 maggio 2008*, a cura di Marta Cartabia e Tiziana Vettor, 2009.
59. *I diritti umani di fronte al giudice internazionale. Atti della giornata di studio in memoria di Carlo Russo*, a cura di Tullio Scovazzi, Irini Papanicolopulu e Sabrina Urbinati, 2009.
60. Giovanni Iorio, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, 2010.
61. Lorena Forni, *La laicità nel pensiero dei giuristi italiani: tra tradizione e innovazione*, 2010.
62. *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processual-penalistica italiana*, a cura di Loredana Garlati, 2010.
63. Guido Camarda, Salvatore Corrieri, Tullio Scovazzi, *La formazione del diritto marittimo nella prospettiva storica*, 2010.
64. Matteo Fornari, *Il regime giuridico degli stretti utilizzati per la navigazione internazionale*, 2010.
65. Oliviero Mazza, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, 2011.

66. *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia*, 2 Tomi. Atti del Convegno internazionale – Università degli Studi di Milano-Bicocca, 16-18 giugno 2010, a cura di Paolo Bonetti, Alessandro Simoni e Tommaso Vitale, 2011.
67. Aldo Cenderelli, *Scritti romanistici*, a cura di Chiara Buzzacchi, 2011.
68. *Questions de droit international autour de l'Avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur le Kosovo*. International Law Issues Arising from the International Court of Justice Advisory Opinion on Kosovo, sous la direction de/edited by Maurizio Arcari et Louis Balmond, 2011.
69. Andrea Massironi, *Nell'officina dell'interprete. La qualificazione del contratto nel diritto comune (secoli XIV-XVI)*, 2012.
70. *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente. Il caso dell'India*, a cura di Mariarosa Cutillo, Rebecca Faugno e Tullio Scovazzi, 2012.
71. *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, a cura di Tullio Scovazzi, Benedetta Ubertazzi e Lauso Zagato, 2012.
72. Alfredo Marra, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, 2012.
73. *Diritto internazionale e bombardamenti aerei*, a cura di Massimo Annati e Tullio Scovazzi, 2012.
74. *La fabbrica delle interpretazioni*, a cura di Barbara Biscotti, Patrizia Borsellino, Valerio Pocar e Domenico Pulitanò, 2012.
75. Carmela Leone, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, 2012.
76. Valentina Piccinini, *I debiti di valore*, 2012.
77. Carlo Ruga Riva, *Diritto penale, regioni e territorio. Tecniche, funzione e limiti*, 2012.
78. Paolo Rondini, *Ex sententia animi tui. La prova legale negativa nell'età della codificazione*, 2012.
79. Giovanni Iorio, *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, 2012.
80. Mariagrazia Rizzi, *Imperator cognoscens decrevit. Profili e contenuti dell'attività giudiziaria imperiale in età classica*, 2012.
81. Giandomenico Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, 2012.
82. *Friedrich Carl von Savigny. Le questioni di principio concernenti un nuovo regolamento del processo penale*, edizione e traduzione italiana a cura di Paolo Rondini, 2012.
83. *Processo e informazione*, a cura di Loredana Garlati e Giulio Enea Vigevani, 2012.
84. Diletta Tega, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, 2012.
85. Alessandra Donati, *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, 2012.
86. Diana Cerini, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, 2012.
87. Federico Furlan, *Presidente della Repubblica e politiche di sicurezza internazionale tra diarchia e garanzia*, edizione emendata, 2013.
88. Alessandra Daccò, *«Diritti particolari» e recesso dalla s.r.l.*, 2013.

89. *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di Giovanni Chiodi e Domenico Pulitanò, 2013.
90. Alessandro Squazzoni, *Declinatoria di giurisdizione ed effetto conservativo del termine*, 2013.
91. Guido Acquaviva, *La repressione dei crimini di guerra nel diritto internazionale e nel diritto italiano*, 2014.
92. Michele Saporiti, *La coscienza disubbidiente. Ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, 2014.
93. Ilario Alvino, *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, 2014.
94. *Il lavoro nei trasporti. Profili giuridici*, a cura di Marco Cottone, 2014.
95. *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente: il caso del Perù*, a cura di Mariarosa Cutillo, Fabián Novak e Tullio Scovazzi, 2014.
96. *La restituzione dei beni culturali rimossi con particolare riguardo alla pratica italiana*, a cura di Tullio Scovazzi, 2014.

Per i tipi Giappichelli

- 96.^{bis} *L'eredità di Uberto Scarpelli*, a cura di Patrizia Borsellino, Silvia Salardi, Michele Saporiti, 2014.
97. Silvia Salardi, *Discriminazioni, linguaggio e diritto. Profili teorico-giuridici. Dall'immigrazione agli sviluppi della tecno-scienza: uno sguardo al diritto e al suo ruolo nella società moderna*, 2015.
98. Simone Varva, *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, 2015.
99. Lorenzo Natali, *Green criminology. Prospettive emergenti sui crimini ambientali*, 2015.
100. *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, a cura di Filippo Danovi, 2015.
101. *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Elisabetta Lamarque, 2015.
102. Nicola Ferri, *Conflicts over the conservation of marine living resources: third states, governance, fragmentation and other recurring issues in international law*, 2015.
103. Elena Depetris, *La responsabilità civile delle agenzie di rating del credito nella disciplina italiana ed europea*, 2015.
104. *Cibo e acqua. Sfide per il diritto contemporaneo. Verso e oltre Expo 2015*, a cura di Barbara Biscotti e Elisabetta Lamarque, 2015.
105. *Dialogando con Beccaria. Le stagioni del processo penale italiano*, a cura di Giovanni Chiodi e Loredana Garlati, 2015.
106. Federico Ferraris, «Rationing Justice». *La selezione dei ricorsi nelle Corti supreme di Stati Uniti e Italia*, 2015.

107. *L'avvocato nella società contemporanea*, a cura di Diana Cerini e Franco Scarpelli, 2015.
108. *Norberto Bobbio: rigore intellettuale e impegno civile*, a cura di Michele Saporiti, 2016.
109. *Princeps legibus solutus*, a cura di Alberto Maffi, 2016.
110. Lorena Forni, *La sfida della giustizia in sanità. Salute, equità, risorse*, 2016.
111. *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, a cura di Amedeo Antonucci, Irini Papanicolopulu, Tullio Scovazzi, 2016.
112. Serena Crespi, *La mobilità delle società nell'Unione europea*, 2016.
113. *La Scozia nella costituzione britannica. Storia, idee, devolution in una prospettiva comparata*, a cura di Claudio Martinelli, 2016.
114. Stefano Pellegatta, *Unità e pluralità nella obbligazione solidale passiva*, 2016.
115. *L'uso della lingua negli atti e nella comunicazione dei poteri pubblici italiani*, a cura di Paolo Bonetti, 2016.
116. Nicola Canzian, *La reviviscenza delle norme nella crisi della certezza del diritto*, 2017.
117. Massimiliano Dova, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, 2017.
118. Paolo Zicchittu, *Le "zone franche" del potere legislativo*, 2017.
119. *La legge sugli ecoreati due anni dopo. Un dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, a cura di Carlo Ruga Riva, 2017.
120. Alfredo Marra, *L'amministrazione imparziale*, 2018.