

IPPOLITO PIAZZA

Docente a contratto di Diritto amministrativo dell'Università di Firenze

ippolito.piazza@gmail.com

**LA PRETESA A UN'AMMINISTRAZIONE
IMPARZIALE.
NOTE SUL CONFLITTO D'INTERESSI NEL
DIRITTO AMMINISTRATIVO.**

**THE INDIVIDUAL RIGHT TO IMPARTIALITY.
SOME REMARKS ON THE CONFLICT OF INTEREST IN
ADMINISTRATIVE LAW.**

SINTESI

Il principio di imparzialità dell'amministrazione è stato tradizionalmente guardato dal punto di vista dell'amministrazione, mentre più rari sono stati i tentativi di studiare l'imparzialità dalla prospettiva del cittadino, facendone cioè l'oggetto di una pretesa individuale. Muovendo da questa constatazione, il lavoro tenta di ricostruire il contenuto di una pretesa all'amministrazione imparziale, con particolare riferimento alla neutralità del funzionario. Il tentativo rivela la sua utilità nel superamento di numerosi problemi applicativi che derivano proprio dalla difficile emersione di un interesse individuale all'imparzialità e dalla sua commistione con l'interesse pubblico. Nell'applicazione della disciplina delle incompatibilità e del conflitto d'interessi nel diritto amministrativo, la sovrapposizione tra l'interesse del privato a un trattamento imparziale e quello pubblico all'immagine di un'amministrazione *super partes* ha, infatti, spesso condotto a conseguenze radicali in termini di tutela, cioè all'annullamento di provvedimenti sostanzialmente corretti adottati da organi non-imparziali, o viceversa, sulla base di insoddisfacenti temperamenti, alla loro conservazione in nome del buon andamento. L'individuazione di una pretesa individuale alla neutralità del decisore, fondata sulla base dell'art. 6-bis della legge sul procedimento, sembra invece consentire al privato la garanzia di una tutela piena nei limiti della legge e conforme a una giurisdizione amministrativa caratterizzata in senso soggettivo.

ABSTRACT

The principle of impartiality has traditionally been studied from the point of view of the public administration, while attempts to look at impartiality from a citizen's perspective have been rarer in academic literature. The paper aims to identify the content of an individual right to impartial administration, with particular reference to the neutrality of the civil servant. The lack of such an individual right creates various problems in practice, which arise from the overlap between private and public interest. The rules on the conflict of interest in administrative law often lead to the annulment of substantially correct measures adopted by non-partisan bodies, or vice versa, to their preservation in the name of the efficiency of administration. The definition of an individual right

to the neutrality of the decision-maker, based on Art. 6-bis of the Administrative Procedure Act (Law n. 241/90), seems instead to allow the citizen the guarantee of full protection within the limits of the law and in accordance with the nature of administrative jurisdiction.

PAROLE CHIAVE: organizzazione, imparzialità, conflitto d'interessi, astensione, ricusazione.

KEYWORDS: organization, impartiality, conflict of interest, exclusion, objection.

INDICE: 1. L'imparzialità come oggetto di una pretesa individuale. – 2. L'incompatibilità del funzionario e la pluralità di beni protetti. – 3. Astensione e ricusazione nel procedimento amministrativo: la tutela dell'interesse pubblico e la difficile ricerca di un equilibrio. – 4. Il conflitto d'interessi nella legge sul procedimento: novità e continuità col passato. – 5. La pretesa individuale: logica causalistica e tutela giurisdizionale secondo legge.

1. L'imparzialità come oggetto di una pretesa individuale.

Tra i principi che più hanno dimostrato di possedere una «eccedenza di contenuto deontologico» e una «inesauribile virtualità»¹, tali da consentire una continua (ma sempre incompleta) attuazione nelle disposizioni di diritto positivo, vi è certamente quello di imparzialità dell'amministrazione². Dotato nel nostro ordinamento di espresso fondamento costituzionale³, al principio di imparzialità è ricondotta una pluralità di istituti e regole del diritto amministrativo, sia in riferimento all'attività delle pubbliche amministrazioni che alla loro organizzazione: dalla partecipazione procedimentale alla parità di trattamento, dal concorso per l'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni alla distinzione di competenze tra gli apparati politici e quelli amministrativi⁴.

La dottrina ha attribuito, nel tempo, numerosi significati all'imparzialità: dovere di trattare in modo uguale fattispecie uguali⁵; dovere di prendere in con-

¹ Secondo la nota definizione dei principi generali offerta da E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949, p. 312.

² È sufficiente rinviare alla ricchezza di manifestazioni del principio colta nella prima monografia dedicata al tema da U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1964, *passim*, o all'affermazione di M.S. GIANNINI, *L'ordinamento dei pubblici uffici*, in AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Roma-Bari, Laterza, 1979, p. 102, secondo cui nell'imparzialità rientrasse «tutto il mondo creato».

³ Sull'origine della formula del buon andamento e dell'imparzialità di cui all'art. 97 Cost., v. U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, Cedam, 1996, p. 55; E. BALBONI, *Le riforme della pubblica amministrazione nel periodo costituente e nella prima legislatura*, in U. De Siervo (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica. II: Protagonisti e momenti del dibattito costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1980, p. 265; C. PINELLI, *Il "buon andamento" e l'"imparzialità" dell'amministrazione*, in *Art. 97-98. La pubblica amministrazione*, Commentario della Costituzione fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, Zanichelli, 1994, p. 31 e ss.

⁴ Per una panoramica, v. L. ANTONINI, *Il principio di imparzialità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 59 e ss.

⁵ Si veda, in particolare, P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Scritti in memoria di P. Calamandrei*, vol. IV, Padova, Cedam 1958, p. 25 ss., che affermò il valore giuridico del canone dell'imparzialità, in reazione a coloro che, nei primi anni di vigenza della Costituzione, lo ritenevano privo di giuridicità (G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1953, p. 368).

siderazione gli interessi legislativamente protetti e limite all'esercizio della discrezionalità⁶, addirittura essenza o modo di essere dell'amministrazione⁷.

Tuttavia, la questione dell'imparzialità è stata generalmente affrontata dal punto di vista dell'amministrazione: raramente, invece, la prospettiva adottata nello studio del tema è stata quella del cittadino destinatario dell'azione amministrativa. Seppure, infatti, si riconosca che il «punto cruciale» dell'imparzialità consiste nella garanzia per il singolo destinatario dell'azione amministrativa che il suo interesse sia stato «oggetto di compiuta valutazione comparativa con gli altri interessi presenti e che nell'ambito di tale compiuta valutazione era giusto che ricevesse un dato trattamento»⁸, una lettura dell'imparzialità fondata sull'individuo e la sua pretesa⁹, anziché sull'amministrazione e il suo potere, è rimasta «allo stadio della dissenting opinion»¹⁰. Non ha, per esempio, avuto seguito – almeno per molto tempo – la tesi che vedeva nei principi costituzionali sulla pubblica amministrazione il riconoscimento di altrettanti diritti fondamentali dei cittadini, incluso un diritto alla imparzialità¹¹. Così pure non sembrano essere state tratte tutte le conseguenze dalla centralità dell'individuo, e dei suoi diritti, affermata nell'ordinamento europeo¹². Il riferimento è, ovviamente, all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che fa di alcune regole della funzione amministrativa anzitutto l'oggetto di un diritto (cui dovrebbe corrispondere l'adempimento di un obbligo da parte dell'amministrazione)¹³ e vi include espressamente il diritto a un trattamento imparziale¹⁴, invertendo così la pro-

⁶ A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1973, spec. p. 120 e 152.

⁷ Secondo la nota tesi di U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., passim.

⁸ F. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 1989, p. 5.

⁹ Per una analisi di simile prospettiva, sia consentito il rinvio a I. PIAZZA, *Il diritto a un'amministrazione imparziale*, Torino, Giappichelli, 2018. Più in generale, v. L. FERRARA, *Individuo e potere. In un gioco di specchi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 3 (supplemento), p. 11 ss.

¹⁰ Per utilizzare l'espressione di C. PINELLI, *Il "buon andamento" e l'"imparzialità" dell'amministrazione*, cit., p. 192.

¹¹ C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, p. 245 e ss., cui si riferisce anche la citazione di Pinelli riportata nella nota precedente. Per un recente inquadramento delle pretese procedimentali come diritti fondamentali, v. L.R. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 850 e ss.

¹² Sottolineano l'inversione determinata dal diritto europeo nel diritto amministrativo, quale conseguenza del rafforzamento del ruolo della *iurisdictio*, anche A. BARTOLINI, S. FANTINI, *Le ragioni della specialità (principi e storia del diritto amministrativo)*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2017, p. 51 e 112 s.: «Si viene così, ad invertire, uno dei caratteri fondativi del diritto amministrativo: se, difatti, il diritto amministrativo nasce in Francia per abbattere i particolarismi feudali impiegando la forza dello Stato esercitata dalla moderna burocrazia, oggi, invece, il compito di opporsi ai particolarismi, incarnati dagli Stati e dalle autorità nazionali, è affidato agli individui ed alla *iurisdictio*. La giustiziabilità dei diritti è la chiave di volta per affermare la signoria del diritto europeo».

¹³ In questo senso, C. MARZUOLI, *Carta europea dei diritti fondamentali, "amministrazione" e soggetti di diritto: dai principi sul potere ai diritti dei soggetti*, in G. Vettori (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, Cedam, 2002, p. 262.

¹⁴ Art. 41, par. 1, CDFUE: «Ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano

spettiva (della lettera) dell'art. 97 Cost., in cui l'imparzialità è un criterio cui deve conformarsi l'organizzazione amministrativa e non invece «*l'esito di una pretesa che il cittadino vanta nei confronti della pubblica amministrazione*»¹⁵.

Il discorso sull'assenza di un compiuto sguardo all'imparzialità dalla parte del cittadino vale, soprattutto, per l'imparzialità nell'organizzazione. Il dato non può sorprendere: nonostante l'incidenza dell'organizzazione amministrativa sulla cura degli interessi finali, è più difficile che essa possa essere oggetto di una pretesa individuale giuridicamente tutelata del cittadino toccato dall'attività amministrativa¹⁶ (basti pensare, per esempio, alle regole che – in attuazione dell'art. 97 Cost. – definiscono le reciproche competenze degli organi di governo e della dirigenza nel modello ministeriale). Eppure, negli ultimi anni, la rinnovata attenzione per il tema del conflitto di interessi nel diritto amministrativo¹⁷ – motivata in gran parte dall'inserimento di un'apposita disposizione nella l. 7 agosto 1990, n. 241 (art. 6-bis) – ha mostrato chiaramente l'esistenza di un interesse del singolo alla dimensione organizzativa imparziale degli organi della pubblica amministrazione.

In questo lavoro si cercherà quindi di capire se, ed entro quali limiti, l'imparzialità “dell'organizzazione” possa essere oggetto di una pretesa giuridicamente tutelata. Lungi dall'aver un rilievo soltanto teorico, la prospettiva rivela la sua utilità nel superamento dei numerosi problemi applicativi derivanti dalla difficile emersione di un interesse individuale all'imparzialità e dalla sua commistione con l'interesse pubblico¹⁸. Si mostrerà infatti come, nell'applicazione della disciplina prima delle incompatibilità e ora del conflitto d'interessi, la sovrapposizione tra l'interesse del privato a un trattamento imparziale e quello pubblico all'immagine di un'amministrazione *super partes* abbia spesso condotto a conseguenze radicali in termini di tutela, cioè all'annulla-

trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione».

¹⁵ A. ZITO, *Il “diritto” ad una buona amministrazione nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 432.

¹⁶ Si vedano, però, riguardo alla diretta relazione tra assetti organizzativi dell'amministrazione e tutela dei diritti dei cittadini, gli studi di A. PIOGGIA, tra i quali *Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione: qualcosa sta cambiando?*, in *Dir. pubbl.*, 2012, p. 49 ss.

¹⁷ Basti menzionare le opere monografiche dedicate al tema negli ultimi anni: G. IUDICA, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2016, M. CALCAGNILE, *Inconferibilità amministrativa e conflitti di interesse. Nella disciplina dell'accesso alle cariche pubbliche*, Bologna, BUP, 2017, F. GAFFURI, *Il conflitto di interessi nell'esercizio del potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2018, E. LUBRANO, *Il conflitto di interessi nell'esercizio dell'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2018, F. SICILIANO, *Conflitto di interessi e arte di amministrare. Contributo allo studio dell'art. 6-bis, l. n. 241/90*, Milano, Giuffrè, 2018.

¹⁸ Si utilizza l'espressione “pretesa giuridicamente tutelata” per evitare, in questa sede, di entrare nella dialettica diritto soggettivo/interesse legittimo: qui preme, infatti, sottolineare l'importanza di una ricostruzione che muova dall'individuo e dal suo interesse. Nondimeno, è facile intuire che la commistione tra interesse pubblico e interesse privato di cui si parla (e da cui nascono i problemi applicativi) sia figlia della tradizionale visione dell'interesse legittimo quale situazione giuridica inestricabilmente legata all'interesse pubblico.

mento di provvedimenti sostanzialmente corretti adottati da organi non-imparziali, o viceversa, sulla base di insoddisfacenti temperamenti, alla loro conservazione in nome del buon andamento.

Poste alcune premesse di inquadramento del tema (§ 2), saranno mostrate le distorsioni generate dall'applicazione delle incompatibilità nel procedimento amministrativo (§ 3). Si valuteranno, quindi, le innovazioni apportate dall'art. 6-bis della legge sul procedimento (§ 4), prima di delineare una diversa ipotesi ricostruttiva fondata sulla pretesa individuale all'imparzialità (§ 5).

2. L'incompatibilità del funzionario e la pluralità di beni protetti.

Si è detto che non tutte le dimensioni dell'imparzialità riferibili all'assetto organizzativo dell'amministrazione possano essere oggetto di una pretesa giuridicamente tutelata. Del resto, l'imparzialità che interessa (e tocca) l'individuo è quella della singola decisione. L'imparzialità di una decisione richiede, prima di tutto, condizioni strutturali che garantiscano l'esclusione di interferenze indebite sul decisore: quest'ultimo non deve essere cioè portatore di interessi (propri o di altri) che possano minarne la neutralità rispetto alla questione da decidere. Se, dunque, il rilievo immediato dell'imparzialità è nel profilo funzionale (cioè quello della decisione), la garanzia del principio richiede anche una certa conformazione che attiene al versante strutturale dell'autorità decidente: in altre parole, l'imparzialità opera «non soltanto a livello provvedimentale, ma a monte, anche sotto il profilo dell'organizzazione»¹⁹. La distinzione tra versante strutturale e versante funzionale consente di distinguere tra neutralità e disparità di trattamento: la prima è una pre-condizione della seconda; ma l'assenza della prima non comporta necessariamente la seconda. Non è pertanto automatico che un decisore non-neutrale adotti una decisione non-imparziale: da questa constatazione nascono, come vedremo, alcuni problemi riguardo all'annullamento di atti amministrativi adottati in situazioni di conflitto di interessi.

Nel diritto amministrativo è mancata per lungo tempo una disciplina generale sull'incompatibilità o sul conflitto d'interessi del funzionario. L'obbligo di astensione dei funzionari amministrativi non era disciplinato in via generale, ma era previsto da specifiche disposizioni legislative²⁰. Per colmare la lacuna, si

¹⁹ R. MARRAMA, *I principi regolatori della funzione di organizzazione pubblica*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. I, Bologna, Monduzzi 2001, p. 425, che così prosegue: «Un'amministrazione che non presenti, già a livello organizzativo, reali requisiti di "parte imparziale" si troverà, poi, nella sostanziale impossibilità di praticare l'imparzialità». A livello teorico più generale, v. I. TRUJILLO, *Imparzialità*, Torino, Giappichelli, 2003, spec. p. 49: «Diciamo "imparziale" il giudizio in cui la persona che lo realizza si mostra obiettiva, spassionata, non favorisce per interesse o per simpatia più gli uni degli altri: per estensione, diciamo "imparziali" il soggetto imparziale e gli accorgimenti per garantire l'imparzialità».

²⁰ Per esempio, esiste un dovere di astensione per gli amministratori locali (art. 78, co. 2, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267); oppure la disciplina dell'art. 51 c.p.c. è richiamata per i commissari nei concorsi pubblici (art. 11, co. 1, d.p.r. 9 maggio 1994, n. 487), come lo era nel previgente codice dei contratti pubblici (art. 84, co. 7, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), mentre nel codice attuale (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) è presente un articolo specificamente dedicato al conflitto

è tradizionalmente fatto riferimento alle cause di incompatibilità previste dall'art. 51 c.p.c. per l'astensione del giudice nel processo civile²¹, ritenute «*estensibili, in rispetto al principio costituzionale di imparzialità, a tutti i campi dell'azione amministrativa*»²²: in tal modo, l'obbligo di astensione ha trovato applicazione in ambito amministrativo pur in assenza di espresse previsioni di legge, alla stregua di un principio generale²³.

Questi istituti hanno però manifestato una peculiarità, una volta trapiantati nel diritto amministrativo: si è infatti sostenuto – secondo un ordine di idee molto risalente ma giunto pressoché immutato fino alle trattazioni più recenti²⁴ – che l'astensione e la ricsuzione tutelino prima di tutto l'immagine, il prestigio²⁵, la serenità²⁶, la dignità stessa delle istituzioni pubbliche²⁷, e con esse l'interesse pubblico cui tende l'attività amministrativa, mentre solo in via subordinata essi garantiscano anche l'interesse privato dei cittadini destinatari de-

di interessi (art. 42). Per una recente panoramica sul conflitto di interessi in diversi settori dell'ordinamento, v. A. LALLI, *Conflitti di interessi nel diritto privato e nel diritto pubblico. Una rassegna*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, p. 155 ss.

²¹ Come noto, l'art. 51 c.p.c. dispone che «*il giudice ha l'obbligo di astenersi: 1) se ha interesse nella causa o in altra vertente su identica questione di diritto; 2) se egli stesso o la moglie è parente fino al quarto grado o legato da vincoli di affiliazione, o è convivente o commensale abituale di una delle parti o di alcuno dei difensori; 3) se egli stesso o la moglie ha causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito con una delle parti o alcuno dei suoi difensori; 4) se ha dato consiglio o prestato patrocinio nella causa, o ha deposto in essa come testimone, oppure ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo o come arbitro o vi ha prestato assistenza come consulente tecnico; 5) se è tutore, curatore, amministratore di sostegno, procuratore, agente o datore di lavoro di una delle parti; se, inoltre, è amministratore o gerente di un ente, di un'associazione anche non riconosciuta, di un comitato, di una società o stabilimento che ha interesse nella causa. In ogni altro caso in cui esistono gravi ragioni di convenienza, il giudice può richiedere al capo dell'ufficio l'autorizzazione ad astenersi; quando l'astensione riguarda il capo dell'ufficio, l'autorizzazione è chiesta al capo dell'ufficio superiore*». L'art. 52 dispone, al primo comma, che «*nei casi in cui è fatto obbligo al giudice di astenersi, ciascuna delle parti può proporre la ricsuzione mediante ricorso contenente i motivi specifici e i mezzi di prova*».

²² Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2119.

²³ Si veda già, in tal senso, Cons. Stato, Ad. plen., 30 giugno 1958, n. 6.

²⁴ R. CANTONE, F. MERLONI, *Conflitti di interesse: una diversa prospettiva*, in *Dir. pubbl.*, 2019, p. 886: «*La potenzialità del conflitto affermata in via generale dall'art. 6-bis e la considerazione anche delle "gravi ragioni di convenienza" (già considerate nell'art. 51 c.p.c.), dimostrano che la prevenzione del conflitto di interessi è volta non solo a garantire l'imparzialità della singola decisione pubblica, ma più in generale il profilo dell'immagine di imparzialità dell'amministrazione*».

²⁵ V. CALANIELLO, (voce) *Astensione e ricsuzione nel procedimento e nel processo amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. III, Roma, Treccani, 1988, p. 1: «*Anche nel diritto amministrativo gli istituti dell'astensione e della ricsuzione nascono non solo dall'esigenza di evitare la commistione degli interessi personali nell'esercizio delle pubbliche funzioni, ma anche da quella di porre al riparo tale esercizio da ogni sospetto di parzialità che altrimenti snuerebbe il prestigio e quindi l'autorevolezza della funzione*».

²⁶ L. GALATERIA, (voce) *Astensione (dir. cost. e amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1958, p. 940: «*L'ordinamento positivo o l'autorità nel procedere alla istituzione di organi collegiali o anche alla nomina di cariche, uffici, ecc., vuole che la loro funzione si svolga con la massima obiettività e serenità per quei fini superiori di pubblico interesse che sono propri dell'attività amministrativa*».

²⁷ In questi termini, V.E. ORLANDO, (voce) *Consiglio comunale*, in *Dig. it.*, vol. VIII, Torino, Utet, 1896, p. 134: «*l'obbligo dell'astensione, come è imposto dal testo e più dallo spirito della legge, è obbligo assoluto; riguarda non solo la persona, ma la dignità stessa dell'ente le cui deliberazioni si vogliono rendere superiori al sospetto che fossero dettate da motivi estranei al pubblico interesse*».

gli atti amministrativi. L'incompatibilità del funzionario amministrativo verrebbe addirittura a essere più grave di quella del giudice, pregiudicando, quest'ultima, soltanto un interesse privato e, la prima, anche l'interesse pubblico al corretto svolgimento dell'attività amministrativa²⁸. Non è tanto la pluralità di beni tutelati a caratterizzare gli istituti nel diritto amministrativo – anche nel diritto processuale astensione e riconsuazione sono volti a tutelare la serenità e la dignità della magistratura, oltre all'interesse delle parti a veder decisa la controversia da un giudice che ne sia estraneo – quanto la centralità assegnata all'interesse pubblico rispetto a quello dei privati. La subordinazione dell'interesse privato appare, però, inaccettabile nella misura in cui, almeno nei limiti della legge (che in questo caso nulla dice riguardo a una simile 'gerarchia'), interesse pubblico e interesse privato dovrebbero trovarsi sullo stesso piano²⁹; ed essa pure contraddice l'idea, che dovrebbe darsi per acquisita nell'attuale contesto costituzionale, della primazia dei diritti degli individui rispetto ai poteri dell'amministrazione, che proprio nei primi trovano il loro fondamento e in loro funzione devono essere esercitati³⁰. Si tratta, a ben vedere, di una delle manifestazioni di quella prospettiva dell'imparzialità 'dal punto di vista dell'amministrazione' di cui s'è detto nel primo paragrafo, a sua volta figlia di una costruzione del diritto pubblico che stenta ad affrancarsi dal punto logico di partenza del potere per abbracciare quello dell'individuo³¹. Di là dagli aspetti ideali, la questione rivela i suoi (negativi) risvolti applicativi nel momento in cui l'atto amministrativo adottato da un organo non imparziale sia impugnato dal privato di fronte al giudice amministrativo per chiederne l'annullamento. Finisce, infatti, per essere oscuro se la violazione delle norme sull'astensione o la riconsuazione, fatta valere dal ricorrente, abbia leso una situazione giuridica soggettiva o (solo) un interesse dell'amministrazione. L'assenza di un confine netto tra interessi pubblici e interessi privati (che arrivano a sovrapporsi, in questo come in altri ambiti del diritto amministrativo), rende complicata l'emersione di una pretesa individuale e realizza il noto fenomeno

²⁸ E. GUICCIARDI, *Esercizio di pubbliche funzioni e interesse personale nei colleghi amministrativi*, in *Riv. amm.*, 1948, p. 132: «Questa gravità di conseguenze si spiega col considerare che mentre la partecipazione del giudice riconsuabile alla decisione può, se mai, portare un pregiudizio all'interesse di una delle parti, cioè ad un interesse privato, la partecipazione dell'amministratore incompatibile alla deliberazione può comportare, oltre a questo e più che a questo, un malo esercizio della attività amministrativa».

²⁹ Sulla parioridazione dell'interesse pubblico agli altri interessi pubblici e privati di fronte alla legge, si veda A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, 1988, ora in Id., *Scritti giuridici*, Firenze, Giuffrè, 2007, p. 1252: «l'interesse pubblico, come interesse che identifica il soggetto e il potere ad esso attribuito si presenta, nella sua contrapposizione all'interesse generale, come interesse particolare, come termine del contemperamento che deve essere compiuto con altri interessi, pubblici o privati; per cui, in linea tendenziale e di principio, di fronte alla norma regolatrice, esso appare se mai parioridato a questi ultimi».

³⁰ Così, per esempio, L.R. PERFETTI, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 53 ss., ove si legge «Se diritti fondamentali e libertà (quanto al loro contenuto essenziale) si trattengono nell'ambito della sovranità nel momento stesso in cui essa si esercita ponendo la Costituzione, non potrà che derivarne non solo che l'esercizio dei poteri non potrà contrastarli ma, più profondamente, che l'autorità è ad essi funzionale».

³¹ L. FERRARA, *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, cit., spec. p. 20 e ss.

della iper-garanzia e ipo-garanzia dell'interesse legittimo³². Quest'ultimo, così, si trova talvolta a ottenere una protezione dimidiata perché calibrata su valori oggettivi, che tendono a spersonalizzarne il contenuto; talaltra, però, viene protetto più di quanto le norme prevedono, cosa che accade tutte le volte in cui l'interesse legittimo viene attratto nella sfera dell'interesse pubblico, assumendo dimensioni che oltrepassano la sfera individuale.

Il tentativo, che verrà svolto nelle prossime pagine, di isolare, con riferimento all'ambito delle indebite interferenze di interessi, l'area di una pretesa individuale all'imparzialità consente di comprendere quando (e come) sanzionare la parzialità in sede giudiziale e quando invece la violazione non inverte la lesione di una posizione individuale, ma soltanto, al limite, di un valore interno alla pubblica amministrazione, situazione che richiederebbe l'individuazione di diversi strumenti di controllo e reazione (per esempio sul piano disciplinare).

3. Astensione e ricusazione nel procedimento amministrativo: la tutela dell'interesse pubblico e la difficile ricerca di un equilibrio.

Per dimostrare quanto detto, è utile portare alcuni esempi tratti dalla prassi formatasi nel tempo. Come accennato, la sovrapposizione della tutela dell'interesse pubblico (in particolare all'immagine, al prestigio e all'integrità dell'amministrazione) con quella dell'interesse privato a una decisione imparziale ha generato un problema di fondo³³, così riassumibile: la violazione dell'imparzialità consegue alla semplice presenza di una situazione di incompatibilità o alla effettiva disparità di trattamento? E, quindi, l'annullabilità dell'atto amministrativo dipende dalla mera assenza di neutralità del soggetto decidente o dal prodotto della sua attività?

L'alternativa è tradizionalmente fonte di incertezza³⁴: su di essa fu chiamata a pronunciarsi, già alla fine degli anni Cinquanta, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. La Plenaria si trovava di fronte due tesi: in base alla prima, il ricorrente avrebbe dovuto dimostrare in giudizio l'influenza dell'incompatibilità sul contenuto dell'atto, quindi anche la divergenza di quest'ultimo dall'interesse pubblico³⁵. In base alla seconda, l'incompatibilità avrebbe viziato la composi-

³² Su ipo-garanzia e iper-garanzia dell'interesse legittimo, v. A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.) (voce)*, in *Enc. dir.*, agg. II, Milano, Giuffrè, 1988, p. 966 ss., C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 415.

³³ Sul quale si veda ampiamente anche G. IUDICA, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, cit., 2016, p. 51 e ss.

³⁴ S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 108, osservava che «il giudice amministrativo in taluni casi annulla solo perché il titolare dell'organo era parziale, indipendentemente dalla circostanza che tale mancanza di imparzialità si sia consumata oppure no, creando disuguaglianze; talune altre volte annulla perché il titolare dell'organo – fosse oppur no “interessato” – ha posto in essere un atto che dà luogo ad ingiustizia o a disuguaglianza (e quindi apprezza solo tale ingiustizia o disuguaglianza); talune altre volte annulla per l'uno e per l'altro motivo (sia per quello che attiene alla non imparzialità sia per quello che attiene agli effetti diseguali del provvedimento)».

³⁵ Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 1951, n. 531.

zione dell'organo collegiale rendendone, di per sé, illegittima l'attività³⁶ e avrebbe determinato la lesione di valori (l'immagine, il decoro, ecc.) "interni" alla pubblica amministrazione.

La Plenaria aderì alla seconda tesi, sul presupposto che, «nei rapporti di diritto amministrativo», l'imparzialità è un'esigenza volta al raggiungimento di fini di pubblico interesse che riguardano la regolarità della condotta dell'amministrazione, pertanto tale esigenza non può essere «affidata al solo titolare dell'interesse indirettamente protetto con l'esercizio esclusivo della potestà di ricusazione»³⁷. Il Consiglio di Stato, in questo modo, fece emergere il *proprium* del regime e della funzione della incompatibilità nel diritto amministrativo, rispetto alla incompatibilità del giudice nel diritto processuale³⁸: se nel processo civile essa è posta a tutela delle parti, nel procedimento amministrativo serve anzitutto alla tutela del pubblico interesse.

La soluzione individuata dalla Plenaria lasciò aperte alcune questioni, ancora attuali. In primo luogo, se il bene tutelato è la semplice "apparenza" di imparzialità, indipendente dal contenuto della decisione, in che misura tale apparenza può essere ripristinata attraverso l'annullamento dell'atto? Inoltre, se si ritiene che il privato non abbia una pretesa alla semplice neutralità del decisore che si collega alle norme sulla astensione, può ritenersi quel ricorso fondato?³⁹ Riconoscendo al privato il diritto di azione, in assenza di una posizione soggettiva, non si fa altro che delegargli la cura di un frammento dell'interesse pubblico, secondo le più antiche concezioni dell'interesse occasionalmente protetto⁴⁰. In questo modo però, in contrasto con la natura del processo amministrativo, la giurisdizione finisce per caratterizzarsi in senso oggettivo e il ricorso del privato diventa solo l'occasione per la verifica della rispondenza dell'atto impugnato all'interesse pubblico.

Si deve inoltre considerare una circostanza ulteriore: la tesi dell'annullamento per la semplice presenza dell'incompatibilità, tutelando massimamente la apparenza di neutralità dell'amministrazione, rischia di compromettere un altro interesse pubblico, quello alla continuità dell'azione amministrativa. Questa è la ragione per cui il giudice amministrativo ha tentato di mi-

³⁶ Cons. Stato, sez. IV, 27 febbraio 1953, n. 238.

³⁷ Cons. Stato, Ad. plen., 30 giugno 1958, n. 6.

³⁸ La ricusazione nel diritto amministrativo sarebbe caratterizzata da un rigore maggiore rispetto alla ricusazione del giudice «sia perché da essi deriva, direttamente dalla legge, una vera e propria incapacità del funzionario (*iudex inhabilis*) mentre nei collegi giurisdizionali la sostituzione del *iudex suspectus* dipende dall'iniziativa degli interessati» e «sia perché la partecipazione del *iudex suspectus*, che non si sia astenuto o sia ricusato dalla deliberazione del collegio giurisdizionale non comporta alcuna conseguenza giuridica, mentre la partecipazione del *iudex inhabilis* alla deliberazione del collegio amministrativo rende la deliberazione illegittima e quindi impugnabile dall'interessato ed annullabile»: E. GUICCIARDI, *Esercizio di pubbliche funzioni e interesse personale nei collegi amministrativi*, cit., p. 129.

³⁹ Per quest'ordine di idee, L. FERRARA, *Un errore di fondo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 919 e ss.

⁴⁰ O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo, I. Introduzione e nozioni fondamentali*, Napoli, Piero, 1912, p. 430 e ss.

tigare simile tesi, andando alla ricerca di soluzioni di compromesso, che possono essere brevemente illustrate.

Il primo criterio introdotto in sede giurisprudenziale per arginare l'annullamento dell'atto in assenza di effettiva disparità è quello dell'interesse di carattere economico: si tratta di un rimedio utilizzato principalmente nell'ambito dei concorsi universitari. La giurisprudenza ha preso atto della specificità del settore, caratterizzato cioè dalla costanza di rapporti tra allievo e maestro e dalla possibile presenza del secondo in commissioni di concorso cui partecipa il primo. La logica della salvaguardia della semplice apparenza di neutralità condurrebbe alla individuazione di una generalizzata incompatibilità e al conseguente annullamento degli atti concorsuali. Per evitare simile conseguenza, si è introdotto un parametro ulteriore al fine di ritenere sussistente l'incompatibilità: la presenza di un interesse di carattere economico («autentico sodalizio professionale», caratterizzato dalla stabilità del rapporto e dalla reciprocità di interessi economici)⁴¹. Questo temperamento, certamente utile al fine di contenere le ipotesi di annullamento, non offre però un parametro sufficientemente determinato per stabilire quando il rapporto tra concorrente e commissario resti nei limiti della fisiologia o sfoci nella patologia; ma soprattutto, il criterio dell'interesse economico non risolve il problema della parzialità, che ben potrebbe dipendere da considerazioni di carattere non economico⁴². Infine, l'utilizzo del criterio non aiuta a superare la contraddizione di fondo propria dell'apparenza di neutralità: se, cioè, l'illegittimità dell'atto consegua al sospetto di imparzialità o se occorra, invece, la prova di una disparità di trattamento. La dimostrazione di un interesse di carattere specifico (quello economico) non esclude la rilevanza, ai fini della invalidazione della procedura, del semplice sospetto.

Altri correttivi individuati dalla giurisprudenza amministrativa riguardano le incompatibilità nei collegi. Anche qui, infatti, è stata spesso sancita l'invalidità della delibera per la sola presenza di un membro incompatibile⁴³: l'incompatibilità mina la corretta costituzione dell'organo collegiale e lo priva della legittimazione ad adottare il provvedimento⁴⁴. Per ovviare al rigore di que-

⁴¹ Per tutte, Cons. Stato, sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4858, Cons. Stato, sez. VI, 30 luglio 2013, n. 4015, Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2119: «Chiarito ciò, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha poi, avuto riguardo a quanto stabilito dall'art. 51, identificato alcuni parametri da osservare in specifici settori e, in particolare, in quello dei concorsi pubblici. In particolare, si è affermato che: [...] essendo rilevante e decisiva la circostanza che il rapporto tra commissario e candidato, trascendendo la dinamica istituzionale delle relazioni docente/allievo, si sia concretato in un autentico sodalizio professionale connotato dai caratteri della stabilità e della reciprocità di interessi di carattere economico». Per un'applicazione del criterio al di fuori del contesto universitario, Cons. Stato, sez. III, 31 gennaio 2020, n. 796.

⁴² Ne è consapevole la stessa giurisprudenza che, cercando di limitare la rigidità del criterio economico, lo affianca ad altro ancor più generico, ossia la sussistenza di «un rapporto personale di tale intensità da fare sorgere il sospetto che il giudizio non sia stato improntato al rispetto del principio di imparzialità»: Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2119.

⁴³ Cons. Stato, sez. V, 13 giugno 2008, n. 2970.

⁴⁴ A. PUBUSA, *Ricusa e astensione nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, Torino, Utet, 1997, p. 434.

sta posizione, altre pronunce hanno stabilito, al contrario, che la situazione di incompatibilità di un componente del collegio non determina di per sé l'invalidità dell'atto ma occorre invece la specifica dimostrazione del danno: l'incompatibilità del presidente o di un membro deve essere risultata determinante ai fini della decisione (c.d. prova di resistenza)⁴⁵. Nella prima prospettiva, l'incompatibilità determina una disfunzione organizzativa, che si traduce in una presunzione assoluta di parzialità dell'organo illegittimamente costituito: anche in questo caso, la rilevanza esterna della norma organizzativa, la cui violazione si riverbera sulla illegittimità del provvedimento, non è calibrata sulla lesione di una posizione individuale⁴⁶. Del resto, la illegittima costituzione di un collegio, nella prospettiva degli interessati, dovrebbe comportare l'invalidità dell'atto soltanto nei casi in cui il collegio eserciti un potere che incide in modo arbitrario sulla sfera giuridica. L'esito cui si perviene è l'annullamento di atti sostanzialmente corretti, la riedizione dei quali non porterebbe a un esito diverso.

Un'altra via d'uscita è stata cercata nella vincolatezza della fattispecie: la giurisprudenza tende a negare, cioè, la rilevanza dell'incompatibilità nei casi di attività vincolata. I giudici amministrativi percepiscono, infatti, che far valere il conflitto di interessi in casi di vincolatezza rischia di causare un eccesso di effetti invalidanti sulla base di un dato organizzativo-formale, senza incidenza sul contenuto dell'atto⁴⁷. Il ragionamento è senz'altro condivisibile ma si pone in aperta contraddizione con le soluzioni giurisprudenziali sopra richiamate. Delle due l'una, infatti: o si ritiene che il conflitto di interessi rilevi soltanto quando produce una decisione parziale (secondo la logica causalistica dell'art. 21-octies), oppure si ritiene (a fini preventivi o di tutela dell'immagine dell'amministrazione) che il conflitto di interessi rilevi sempre, ma allora la vincolatezza o meno dell'atto non dovrebbe esser tenuta in considerazione, perché anche in quel caso l'apparenza è compromessa⁴⁸.

⁴⁵ L'argomento poggia naturalmente sul presupposto che possa escludersi una rilevanza causale della presenza del membro incompatibile sulla decisione del collegio: si dovrebbe, cioè, poter escludere che il membro incompatibile abbia influenzato la posizione degli altri componenti.

⁴⁶ Si veda, per esempio, Cons. Stato, sez. 23 maggio 1994, n. 437. Il presupposto di tale posizione continua a essere quello per cui «l'obbligo dell'astensione, riguarda non solo la persona, ma la dignità stessa dell'ente le cui deliberazioni si vogliono rendere superiori al sospetto che fossero dettate da motivi estranei al pubblico interesse»: V.E. ORLANDO, *Consiglio comunale*, cit., 134. Sul punto v. anche A. PUBUSA, *Ricusazione ed astensione nel diritto amministrativo*, cit., 434 s.

⁴⁷ Si veda, per esempio, Cons. Stato, sez. V, 16 maggio 2016, n. 1961.

⁴⁸ Emblematico è il caso dell'annullamento d'ufficio dell'atto di costituzione di un rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione, da parte di una giunta comunale i cui componenti erano sottoposti a procedimento di responsabilità contabile proprio a causa dell'atto annullato. Ad avviso del Consiglio di Stato non vi è conflitto d'interessi perché, nel caso, di specie non vi è divergenza tra l'interesse personale dei membri del collegio e quello pubblico perseguito con l'atto di ritiro, anzi il primo coincide col secondo («ovvero evitare non dovuti esborsi di denaro pubblico per effetto di provvedimenti di stabilizzazione ritenuti illegittimi»). Da un lato, quindi, i giudici negano il conflitto di interessi quando interesse personale e interesse pubblico coincidano, ma, così facendo, negano anche la rilevanza della semplice potenzialità del conflitto e dell'immagine *super partes* della pubblica amministrazione; dall'altro, forse per uscire da questa contraddizione, riconducono a vincolatezza (poiché in questo caso l'interesse pubblico all'annullamento sareb-

Altro correttivo individuato dalla giurisprudenza per bilanciare l'esigenza di neutralità dell'amministrazione con quella di certezza ed effettività dell'azione amministrativa, contenendo gli effetti invalidanti, risiede nella tassatività delle cause di incompatibilità previste dal codice di procedura civile⁴⁹. Di là dal problema dell'ampiezza di alcune delle fattispecie contemplate dal codice (si pensi alla grave inimicizia o alla qualità di commensale abituale), si tratta comunque di ipotesi tipizzate e tassative⁵⁰. Emerge, tuttavia, la difficoltà di contenere la tassatività a fini di certezza e garanzia di chi agisce in nome dell'amministrazione con la finalità preventiva propria dell'istituto dell'incompatibilità. Così, da un lato, si sostiene che *«la sussistenza di una situazione di incompatibilità tale da imporre l'obbligo di astensione deve essere valutata ex ante, in relazione agli effetti potenzialmente distorsivi che il sospetto difetto di imparzialità è idoneo a determinare in relazione alla situazione specifica»*. Dall'altro, si tenta di correggere il tiro e si osserva che la concreta applicazione di un siffatto orientamento, *«idoneo a sortire sull'ordinario agere amministrativo»* effetti rilevanti, *«deve essere modulata con estrema cautela in relazione alla sua portata soggettiva, 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»*⁵¹. Dovrebbe trattarsi, invero, non di modulare gli effetti, bensì di dispiegarli pienamente ma soltanto nelle fattispecie in cui possa davvero parlarsi di violazione del principio di imparzialità.

In definitiva, la giurisprudenza amministrativa in questo campo è segnata da incertezze che impediscono una ricostruzione chiara dell'istituto in questione. La sovrapposizione tra interessi pubblici e interessi privati e il tentativo di

be *in re ipsa*) l'esercizio di un potere tipicamente discrezionale quale quello di autotutela ex art. 21-nonies, l. n. 241/1990 (Cons. Stato, sez. V, 16 maggio 2016, n. 1961: *«se è vero che, di regola, il potere di autotutela ha natura discrezionale, [...] fanno eccezione alla regola le ipotesi in cui, essendo l'interesse pubblico in re ipsa, l'amministrazione non è chiamata a compiere alcuna valutazione [...]. In tali casi, la natura vincolata del potere, esclude che vi siano spazi per poter apprezzare profili di imparzialità. Orbene, per un'ormai consolidata giurisprudenza che il Collegio condivide, l'annullamento d'ufficio degli atti da cui discendono continuativi e non dovuti esborsi di denaro pubblico, quali quelli di illegittima costituzione di rapporti di lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni, è doveroso, dovendo ritenersi l'interesse pubblico al ritiro in re ipsa»*).

⁴⁹ Tra tante, Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2119: *«La giurisprudenza del Consiglio di Stato è costante nel ritenere che le cause d'incompatibilità sancite dall'art. 51 Cod. proc. civ., estensibili, in rispetto al principio costituzionale di imparzialità, a tutti i campi dell'azione amministrativa, in quanto presunzioni di doverosa declinatoria ecepibile dalla parte interessata hanno carattere tassativo (salvo comunque l'ulteriore rilievo disciplinare, per i giudici, di direttamente rispettare analogo dovere in ipotesi di c.d. incompatibilità soggettiva): come tali, sfuggono all'estensione analogica, stante l'esigenza di assicurare la certezza dell'azione amministrativa (es. Cons. St., n. 4015/2013, e la giurisprudenza ivi citata) e di evitare un pretestuoso ricorso ad elementi invalidanti che non sia basato su un effettivo conflitto di interessi»*.

⁵⁰ Di conseguenza, si ritiene che il diritto di ricusazione (art. 52 c.p.c.) sussista soltanto per i casi di astensione obbligatoria (art. 51, c. 1) e non invece per le ipotesi di astensione facoltativa per gravi ragioni di convenienza (art. 51, c. 2): A. CARRATTA, C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 335.

⁵¹ Cons. Stato, sez. VI, 19 marzo 2015, n. 1411.

conciliare un modello di tutela soggettiva con esigenze proprie della garanzia dell'interesse pubblico determinano oscillamenti e la ricerca di soluzioni che, nella pratica, si rivelano insoddisfacenti.

4. Il conflitto d'interessi nella legge sul procedimento: novità e continuità col passato.

Una possibile via d'uscita dai problemi mostrati nel paragrafo precedente sta nella ricostruzione di una pretesa individuale alla imparzialità, depurata dalle connotazioni pubblicistiche che l'hanno finora caratterizzata, in modo da individuarne con precisione la rilevanza giuridica e i limiti di azionabilità.

Il punto di partenza di una simile ricostruzione è necessariamente il dato positivo, oggi costituito dall'art. 6-bis, l. n. 241/1990, che prevede, come noto, che *«il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale»*. Si tratta di una disposizione dal carattere minimale: non contiene, infatti, una definizione del conflitto d'interessi, né un elenco delle fattispecie di incompatibilità (sul modello dell'art. 51 c.p.c.), e neppure disciplina le conseguenze del conflitto d'interessi sulla sorte dell'atto eventualmente adottato. La lacunosità dell'art. 6-bis ha dato luogo a giudizi opposti. Da un lato, vi è chi arriva a sostenere la sostanziale inutilità dell'art. 6-bis, in virtù della sua indeterminatezza, dal momento che la disposizione si limita *«a mantenere sulla disciplina del tema un assetto meramente programmatico, generico e gravemente indeterminato; e che, per ciò stesso, finisce solo per complicare le cose»*⁵². All'opposto vi è chi ritiene, invece, che la mancata individuazione *«precisa e specifica della portata del conflitto d'interessi»* costituisca una scelta positiva del legislatore, poiché, in questo modo, *«la nozione si presta ad essere un concetto giuridico indeterminato (un contenitore), suscettibile di essere di volta in volta definito e precisato (nei suoi contenuti), a seconda dello sviluppo dell'Ordinamento e delle esigenze riscontrate con il passare del tempo»*⁵³. La genericità della disposizione è incontestabile, tuttavia dal suo contenuto possono trarsi indicazioni utili per la soluzione dei problemi finora esposti. Ci si può, quindi, collocare in una via mediana rispetto alle due tesi appena richiamate, escludendo l'inutilità della disciplina ma, al contempo, non accontentandosi della sua indeterminatezza.

L'art. 6-bis, come detto, non contiene una definizione di conflitto d'interessi. La lacuna non deve stupire particolarmente, né allarmare l'interprete. È sufficiente pensare all'art. 1394 c.c. che disciplina il conflitto

⁵² F. SICILIANO, *Conflitto di interessi e arte di amministrare*, cit., p. 16.

⁵³ E. LUBRANO, *Il conflitto di interessi nell'esercizio dell'attività amministrativa*, cit., p. 142. Lo stesso A. descrive l'art. 6-bis come *«norma generale e di chiusura sul conflitto di interessi, in quanto determina l'applicazione dell'istituto in ogni procedimento amministrativo (salvo previsioni speciali contrarie o diverse), disponendo che elemento necessario – ma anche sufficiente – ad integrare la condizione giuridicamente rilevante è la sussistenza di un interesse alieno (cioè, non qualificato dalla normativa), che abbia la possibilità (o capacità) di influenzare il processo decisionale pubblico, in esito al quale potrebbe non raggiungersi la massimizzazione dell'interesse pubblico primario, ma, al contrario, potrebbe conseguirsi un interesse privato (alieno rispetto alla decisione pubblica)»* (p. 146 s.).

d'interessi nell'ambito del contratto di rappresentanza e che nulla dice circa la natura o le caratteristiche di tale conflitto, ma si limita a stabilire le conseguenze del conflitto sulla validità del contratto concluso dal rappresentante. Del resto, come per la disciplina delle incompatibilità, ciò che si vuole evitare è una interferenza indebita di interessi del decisore⁵⁴. Il legislatore ha soltanto specificato che rileva anche il conflitto soltanto "potenziale". Tutto ciò prefigura un campo applicativo molto ampio e un ruolo rilevante dell'interprete. Per restringere questo campo, occorre anzitutto considerare che il conflitto d'interessi di cui all'art. 6-bis è quello che si riferisce al funzionario pubblico (persona fisica) nell'esercizio delle sue funzioni, o, come è stato detto, il conflitto d'interessi «*monosoggettivo*»⁵⁵: si tratta di ciò che finora abbiamo chiamato neutralità del decisore. Riguardo al difetto di tipizzazione – addirittura aggravatosi rispetto alla situazione preesistente, nella quale si faceva ricorso all'applicazione analogica delle regole processualciviltistiche – è necessario ricercare un'interpretazione coerente con i principi di prevedibilità e tassatività, al fine di evitare un approccio esclusivamente casistico, che rimetta sull'interprete l'intero peso della valutazione circa la rilevanza degli interessi estranei e che possa minare la certezza dell'azione amministrativa. In tal senso, l'art. 6-bis deve essere letto e interpretato insieme alle disposizioni del Codice di comportamento dei dipendenti pubblici, che individuano le ipotesi nelle quali è fatto obbligo di astenersi al

⁵⁴ A definizioni non dissimili giungono le autorità nazionali o internazionali che si sono espresse sul tema. Così, l'Anac considera conflitto d'interessi «*ogni situazione nella quale un interesse del soggetto [...] interferisce o potrebbe interferire con lo svolgimento imparziale dei suoi doveri*» o il gruppo costituito nell'ambito del Consiglio d'Europa per il contrasto alla corruzione (c.d. GRECO) parla di «*esclusione di interessi alieni a quello pubblico*». Si vedano Linee guida Anac per l'adozione dei codici di comportamento negli enti del servizio sanitario nazionale (delib. 29 marzo 2017, n. 358) e Recommendation on Codes of Conduct for Public Officials – Recommendation n. R(2000)10, sulle quali si rimanda a E. LUBRANO, *Il conflitto di interessi nell'esercizio dell'attività amministrativa*, cit., rispettivamente p. 145 e p. 100 e ss. Una maggiore attenzione definitoria è prestata dalla legge 20 luglio 2004, n. 215, che disciplina il conflitto di interessi dei titolari di cariche di governo. L'art. 3 della legge, nell'individuare i casi di sussistenza del conflitto, prevede due distinte situazioni: da un lato, si rinvia a una serie di incompatibilità elencate dall'art. 2 della stessa legge (incompatibilità della carica di governo con altre cariche, uffici o attività pubbliche e private); dall'altro, la disposizione stabilisce che vi sia conflitto quando l'atto o l'omissione del titolare di carica di governo abbia «*un'incidenza specifica e preferenziale sul patrimonio del titolare, del coniuge o dei parenti entro il secondo grado, ovvero delle imprese o società da essi controllate (...) con danno per l'interesse pubblico*»: una specificazione, dunque, sia dell'interesse rilevante (di carattere patrimoniale) che della necessità dell'effettivo contrasto con l'interesse pubblico («*danno*»). Sul nesso tra disciplina delle cariche politiche e art. 6-bis, v. R. CANTONE, F. MERLONI, *Conflitti di interesse: una diversa prospettiva*, cit., p. 890: «*L'introduzione della norma generale dell'art. 6-bis nella legge n. 241 del 1990, fa ritenere applicabile in via generale il dovere di astensione anche alle cariche politiche. In molti casi, però, può apparire non stretto il nesso tra la partecipazione ad una decisione legislativa (o di grande indirizzo politico nazionale) e specifici interessi particolari che possano indurre ad un vero e proprio dovere di astensione*».

⁵⁵ F. SICILIANO, *Conflitto di interessi e arte di amministrare*, cit., p. 15 ss.: l'aggettivo è utilizzato per distinguere questo conflitto da quello "intersoggettivo" che è invece la «*ragion d'essere di ogni pubblica amministrazione e quella che dovrebbe essere la quotidiana missione della medesima*», cioè l'attività di comparazione e ponderazione tra interessi normalmente compiuta dalla pubblica amministrazione.

pubblico dipendente⁵⁶.

La norma neppure disciplina le conseguenze della violazione dell'obbligo di astensione sul provvedimento. La violazione non sembra riconducibile a una delle cause di nullità dell'atto amministrativo previste dall'art. 21-septies⁵⁷ e, dunque, il provvedimento adottato in conflitto di interessi dovrebbe essere più semplicemente annullabile. Meno scontato è capire quale sia il vizio di legittimità in questione: in dottrina sono state avanzate tutte le possibilità, l'incompetenza relativa, l'eccesso di potere e la violazione di legge⁵⁸. Poiché la situazione di incompatibilità o di conflitto di interessi non priva l'organo del potere di adottare un qualunque atto legittimo, la violazione dell'art. 6-bis non costituisce un caso di incompetenza⁵⁹ ma più semplicemente un'ipotesi di violazione di legge. A ben vedere, però, l'individuazione del vizio non è rilevante, se non a un unico fine: quello cioè di comprendere se l'atto adottato in conflitto di interessi sia sempre annullabile o solo nel caso in cui sia dimostrata una effettiva lesione dell'imparzialità⁶⁰. Si tratta di una questione decisiva sul piano pratico, anche in considerazione del difetto di tipizzazione delle fattispecie di conflitto di interessi sopra evidenziato⁶¹.

In proposito, e per quanto si intende sostenere, sono di sicuro interesse due novità apportate dall'art. 6-bis. La prima consiste nell'introduzione, in capo

⁵⁶ Si tratta, in particolare, dell'art. 7, d.p.r. 16 aprile 2013, n. 62, che stabilisce 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 [...]». Per ulteriori considerazioni circa il difetto di tipizzazione dell'art. 6-bis e i possibili rimedi sia consentito rinviare a I. PIAZZA, *Il diritto a un'amministrazione imparziale*, cit., 80 ss.

⁵⁷ In tal senso, S.A. FREGO LUPPI, *L'obbligo di astensione nella disciplina del procedimento dopo la legge n. 190 del 2012*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 694 ss., G. IUDICA, *Il conflitto d'interessi*, cit., p. 48 ss., F. GAFFURI, *Il conflitto di interessi nell'esercizio del potere amministrativo*, cit., pp. 136 e ss.

⁵⁸ Per le diverse tesi sull'invalidità dell'atto adottato in violazione delle regole sul conflitto d'interessi, v. E. LUBRANO, *Il conflitto di interessi nell'esercizio dell'attività amministrativa*, cit., p. 154 e ss., che ricostruisce il vizio come eccesso di potere sotto forma di sviamento di potere.

⁵⁹ In senso contrario, Cons. Stato, sez. V, 28 ottobre 2019, n. 7389, che, nel caso di incompatibilità ex art. 6-bis non sanata, parla di difetto di legittimazione «tendenzialmente riconducibile nell'ambito del vizio di incompetenza».

⁶⁰ In tal senso, v. anche F. GAFFURI, *Il conflitto di interessi nell'esercizio del potere amministrativo*, cit., p. 141 e ss.

⁶¹ Insiste particolarmente sul punto F. SICILIANO, *Conflitto di interessi e arte di amministrare*, cit., *passim*, il quale colloca il conflitto di interessi in una dimensione esclusivamente organizzativa e, in particolare, nell'ambito del rapporto di servizio che lega il dipendente pubblico all'amministrazione, mentre nega – apparentemente in termini assoluti, o comunque non sulla base delle scarse indicazioni dell'art. 6-bis – riverberi del conflitto sull'attività dell'amministrazione e sulla validità dell'atto (spec. p. 227). Negano, invece, che la norma dell'art. 6-bis abbia una valenza esclusivamente sul piano organizzativo S.A. FREGO LUPPI, *L'obbligo di astensione nella disciplina del procedimento dopo la legge n. 190 del 2012*, cit., p. 694 e F. GAFFURI, *Il conflitto di interessi nell'esercizio del potere amministrativo*, cit., p. 72 e ss.

al funzionario, di due obblighi: un obbligo di astensione e uno di segnalazione del conflitto di interessi. L'obbligo di astensione tutela senza dubbio l'interesse del privato, coinvolto nell'azione amministrativa, a un trattamento imparziale⁶². La segnalazione del conflitto mostra invece i riflessi interni all'amministrazione del conflitto di interessi: la segnalazione è un obbligo che prescinde da un'istanza del privato e il cui oggetto è valutato da un organo dell'amministrazione stessa. È vero dunque che quella dell'art. 6-bis «*si presenta come norma che protegge l'imparzialità soggettiva – la fedeltà – e poi l'imparzialità oggettiva, cioè il buon andamento del procedimento e della decisione amministrativa*»⁶³ (se però si considera primaria la relazione tra amministrazione e cittadino o, meglio, si considera che è in funzione di quest'ultimo che il potere è esercitato, la norma protegge anzitutto il diritto del cittadino alla imparzialità dell'amministrazione). I due beni oggetto di tutela da parte della norma consentono di distinguere le conseguenze della sua violazione: la violazione del dovere di fedeltà può produrre effetti sul piano della responsabilità amministrativa e di quella disciplinare (oltre che penale)⁶⁴; l'assenza di neutralità può, invece, anche invalidare l'atto e pertanto renderlo attaccabile dall'interessato mediante il ricorso giurisdizionale.

E qui veniamo alla seconda rilevante novità dell'art. 6-bis: in linea con le tendenze della recente legislazione anticorruzione, la disposizione include espressamente nelle fattispecie rilevanti di conflitto di interessi anche quello potenziale. La pretesa individuale, che può essere fondata sulla base dell'art. 6-bis, include, quindi, non soltanto la imparzialità effettiva della decisione ma anche la neutralità del decisore, che, come detto, è una pre-condizione dell'azione imparziale, afferente al piano statico⁶⁵. Questa anticipazione della soglia di tute-

⁶² L'art. 6-bis non menziona, invece, il diritto di ricusazione e non disciplina il relativo procedimento. Secondo N. PAOLANTONIO, *Ricusaione del responsabile del procedimento per conflitto di interessi tra dimensione organizzativa e pretese dei privati*, in questa *Rivista*, 1/2019, p. 53 ss. si tratta di una lacuna particolarmente grave: l'A. arriva a immaginare l'inesistenza del diritto di ricusazione e l'unica possibilità per il cittadino sarebbe quella di proporre «*un'istanza di ritiro in autotutela dell'atto di nomina del responsabile, sul quale indubbiamente il dirigente avrà l'obbligo di pronunciarsi e che, ove di contenuto negativo, sarà indubbiamente impugnabile*». Invero, questa non sembra essere una conclusione necessaria: all'obbligo di astensione deve corrispondere, infatti, un diritto di ricusazione in capo all'interessato (esercitabile con istanza), cosa di cui, peraltro, non si dubitava neppure prima dell'introduzione dell'art. 6-bis, quando, come detto, trovavano applicazione in via analogica le norme sull'incompatibilità dei giudici. Sulla ricusazione dopo l'introduzione dell'art. 6-bis, v. G. IUDICA, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, cit., p. 51 e ss.

⁶³ A. CIOFFI, *Il conflitto d'interessi nella legge sull'azione amministrativa*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 279.

⁶⁴ Per la rilevanza disciplinare della mancata segnalazione del conflitto, v. Cass. civ., sez. lav., 25 settembre 2018, n. 22683. Condivide la necessità di ricorrere a rimedi diversi dall'annullamento dell'atto per la tutela dell'imparzialità soggettiva e dell'immagine dell'amministrazione, F. GAFFURI, *Il conflitto di interessi nell'esercizio del potere amministrativo*, cit., p. 144 e ss.

⁶⁵ Sull'influenza del conflitto d'interessi sul risultato, v. già Cons. Stato, sez. VI, 13 febbraio 2004, n. 563: «*ogni Pubblica Amministrazione deve conformare la propria immagine, prima ancora che la propria azione, al principio generale di imparzialità e di trasparenza ex art. 97 Cost. (...), tanto che le regole sull'incompatibilità, oltre ad assicurare l'imparzialità dell'azione amministrativa, sono rivolte ad assicurare il prestigio della Pubblica Amministrazione ponendola al di sopra di ogni sospetto, indipendentemente dal*

la – unita al carattere soggettivo della giurisdizione – fa sì che il versante organizzativo dell'amministrazione (oltre a produrre conseguenze interne), ne produca anche per il cittadino. Se la neutralità del decisore non fosse parte della pretesa del singolo all'imparzialità, ma ne fosse comunque consentita, in caso di violazione, la sanzione in sede giurisdizionale, ci troveremmo di fronte a un'ipotesi di giurisdizione oggettiva e di controllo diffuso sul rispetto delle regole dell'azione amministrativa.

5. La pretesa individuale e la tutela giurisdizionale secondo legge.

È evidente come un simile ampliamento dell'oggetto della tutela (dalla disparità di trattamento alla neutralità) possa portare con sé l'espansione delle fattispecie illegittime. In proposito, sono condivisibili le osservazioni di chi mette in guardia dal far conseguire l'illegittimità e, soprattutto, l'annullabilità dell'atto da un conflitto d'interessi che non incide sul contenuto dello stesso⁶⁶. Tuttavia, se si considera che con l'azione di annullamento il privato richieda la tutela di un proprio interesse legittimo, inteso quale posizione che gli garantisca la *chance* legale di ottenere il bene cui aspira, simili preoccupazioni si alleviano: occorre riflettere, da un lato, sulla natura delle fattispecie e, dall'altro, sulla specificazione del conflitto di interessi rilevante.

In primo luogo, non dovrebbe aversi annullamento dell'atto per violazione dell'art. 6-bis nel caso di attività vincolata: in questa ipotesi, se si ammettesse l'annullamento dell'atto vincolato sfavorevole, pur se il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso, si finirebbe per concedere tutela a una posizione giuridicamente irrilevante. La legge non garantisce alcunché al privato, di fronte a un provvedimento vincolato in senso negativo: si pensi all'assenza di un requisito per la partecipazione a un concorso o per il rilascio di un'autorizzazione; se l'esclusione dal concorso o il diniego dell'autorizzazione sono stabiliti con la partecipazione di un funzionario incompatibile, resta comunque fermo che il conflitto d'interessi non avrebbe potuto alterare l'esito del procedimento.

*fatto che la situazione incompatibile abbia in concreto creato o non un risultato illegittimo». La potenzialità è del resto una caratteristica tipica della nozione di conflitto di interessi, come rileva B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2007 p. 90: «Nelle diverse lingue che conoscono l'espressione, l'accezione corretta è ovviamente la prima, quella – per così dire – statica: il conflitto di interessi è una situazione di contrasto o divergenza tra interessi, che impedisce la soddisfazione di entrambi gli interessi e fa temere che uno di essi pregiudichi illegalmente l'altro, indipendentemente dal fatto che questo pregiudizio concretamente si verifichi». Sul tema, si veda anche, in generale, A. PERTICI, *Il conflitto di interessi*, Torino, Giappichelli, 2002, *passim*.*

⁶⁶ C. CONTESSA, *Circa la nozione in senso funzionale di "conflitto di interesse" nel nuovo "Codice dei contratti"*, in *Urb. app.*, 2017, p. 829: «Il che, se per un verso risulta conforme alla ratio di una disciplina dall'evidente funzione preventiva e anticipatoria di fenomeni caratterizzati da notevole disvalore sociale (anche nella determinazione della soglia di rilevanza per l'Ordinamento), per altro verso amplia a dismisura il relativo ambito di applicazione, fino ad introdurre fattispecie di contenuto pan-sanzionatorio e dal carattere sostanzialmente atipico»; v. anche G. IUDICA, *Il conflitto d'interessi nel diritto amministrativo*, cit., spec. p. 153 e ss.

In secondo luogo, con riferimento all'attività discrezionale, viene in rilievo il conflitto di interessi come prefigurato dall'art. 6-bis, che, come detto, tutela l'individuo anche rispetto alla semplice neutralità del decisore. Qui sta la novità legislativa: la norma anticipa la soglia di tutela rispetto alla disparità di trattamento, includendo anche il conflitto potenziale di interessi. Ai fini dell'annullamento dell'atto, non importa dunque che vi sia stata una effettiva lesione dell'imparzialità. Tuttavia, non è neppure sufficiente la mera esistenza del conflitto d'interessi: altrimenti, dovremmo avere sempre l'annullamento dell'atto, indipendentemente dalla natura vincolata o discrezionale dell'attività amministrativa. In consonanza con la logica causalistica che guida (o dovrebbe guidare) l'applicazione della clausola di non annullabilità dell'art. 21-octies, co. 2, l. n. 241/90, si deve invece ritenere che la norma dell'art. 6-bis tuteli l'individuo dalla astratta idoneità del conflitto di interessi a incidere sul contenuto della decisione. Ai fini dell'annullamento, occorre quindi che il conflitto di interessi possa incidere sul provvedimento: l'oggetto della pretesa all'imparzialità si concreta, cioè, nella tutela di una *chance* negativa, ossia nella protezione dal rischio che un conflitto di interessi del decisore pubblico possa tradursi in una disparità di trattamento. Al ricorrente si domanda la dimostrazione della astratta idoneità causale del conflitto di interessi, non dell'avvenuta disparità: laddove vi siano profili di discrezionalità che dipendano dalla volontà o dalle valutazioni del funzionario in conflitto di interessi, lì si ha illegittimità dell'atto.

Si superano in questo modo alcuni problemi applicativi, legati in particolare alla sovrapposizione tra interesse pubblico e interessi privati quali oggetti di tutela: anzitutto, si evita che il processo amministrativo si pieghi alla logica di ripristino della legalità oggettiva, con la conseguenza che ogni ipotesi di conflitto, indipendentemente dai suoi effetti, produca l'annullamento dell'atto. Si esclude anche ogni rilievo (a livello giurisdizionale, ché invece rilievo può esserci sul piano della responsabilità del funzionario) del danno all'immagine dell'amministrazione.

Inoltre si evita che, attraverso il processo, si producano fenomeni di ipergaranzia delle posizioni individuali, quando – come nel caso di attività vincolata – potrebbe aversi annullamento dell'atto anche in assenza di *chance* legale in capo al ricorrente.

Infine, una rilettura in senso soggettivo della disciplina sul conflitto d'interessi consente comunque di garantire una tutela ampia (secondo legge) del privato, che abbracci tutte le ipotesi di astratta idoneità del conflitto a incidere sul risultato dell'attività amministrativa. Il dato statico (il conflitto d'interesse del funzionario) si riverbera nel rapporto tra amministrazione e cittadino e può comportare l'invalidità del provvedimento adottato. La connessione tra organizzazione imparziale e provvedimento sussiste, ma l'esigenza di tutelare il privato solo in presenza di una posizione soggettiva garantitagli dalla legge (secondo la logica che si ritiene insita nell'art. 21-octies), nonché la natura soggettiva della giurisdizione amministrativa, portano a ritenere che l'atto debba essere annullato quando vi sia una lesione della (anche sola) *chance* di ottene-

re un trattamento imparziale⁶⁷. La norma d'organizzazione fonda così una pretesa individuale riconosciuta e, come tale, azionabile di fronte a un giudice: il rilievo dell'imparzialità sull'organizzazione non è un mero "riflesso"⁶⁸ ma l'organizzazione diventa oggetto diretto della pretesa individuale.

⁶⁷ Una conferma in tal senso si ricava dalla disciplina speciale dei contratti pubblici, ove in effetti, ai sensi dell'art. 42, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il conflitto rilevante è quello astrattamente idoneo a compromettere la parità tra i concorrenti («si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni e può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità [...]»).

⁶⁸ A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, cit., p. 99: «Si può affermare che l'ambito in cui il principio suddetto direttamente e immediatamente si esplica è propriamente lo svolgimento della funzione di cui costituisce regola intrinseca e fondamentale, ove sia inapplicabile il principio di legalità. Di riflesso esso investe anche l'organizzazione, in quanto questa influisce e si ripercuote sull'attività e sulla idoneità a conformarsi alle esigenze che da esso derivano (alle esigenze, cioè, di fedeltà ai compiti predeterminati dall'ordinamento)».