

IPPOLITO PIAZZA

Ricercatore di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche  
dell'Università di Firenze

ippolito.piazza@gmail.com

**L'IMPARZIALITÀ AMMINISTRATIVA COME DIRITTO.  
OSSERVAZIONI SUL “RAPPORTO COMPLESSO” TRA  
CITTADINI E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**

**ADMINISTRATIVE IMPARTIALITY AS A RIGHT. SOME REMARKS  
ON THE “COMPLEX RELATIONSHIP” BETWEEN CITIZENS AND  
PUBLIC ADMINISTRATION**

SINTESI

Lo scritto ricostruisce l'oggetto e la natura di un “diritto” all'imparzialità amministrativa, sulla base dell'impostazione e degli argomenti analiticamente sviluppati nel volume *L'imparzialità amministrativa come diritto. Epifanie dell'interesse legittimo* (Maggioli, 2021). Una rilettura in chiave soggettiva dell'imparzialità, suggerita dagli sviluppi dell'ordinamento italiano e dal contesto europeo, può avere utili conseguenze sul piano applicativo, offrendo soluzione ad alcuni problemi che si pongono, per esempio, in materia di conflitto d'interessi o procedure concorsuali. Lo sforzo di individuare una pretesa individuale giuridicamente tutelata all'imparzialità consente altresì di riflettere sulla natura delle situazioni soggettive del privato nel rapporto con la pubblica amministrazione.

ABSTRACT

The paper examines the object and nature of an individual right to administrative impartiality, on the basis of the approach and arguments analytically outlined in *L'imparzialità amministrativa come diritto. Epifanie dell'interesse legittimo* (Maggioli, 2021). A subjective reinterpretation of impartiality, suggested by the developments in the Italian legal system and the European context, may have useful practical implications. The effort to identify an individual right to impar-

tiality also makes it possible to reflect on the nature of citizens' rights in their relationship with the public administration.

PAROLE CHIAVE: imparzialità, diritto soggettivo, interesse legittimo, procedimento, rapporto giuridico.

KEYWORDS: impartiality, individual right, legitimate interest, procedure, legal relationship.

INDICE: 1. L'imparzialità amministrativa come diritto: contesto europeo e peculiarità italiane. – 2. L'art. 97 Cost. e i percorsi del diritto all'imparzialità. – 3. Le conseguenze applicative della tesi proposta: dalla neutralità del decisore... – 4. (segue) alla imparzialità nell'acquisizione e ponderazione di interessi. La regola dell'anonimato nei concorsi... – 5. (segue) e la disparità di trattamento. – 6. Un contributo al dibattito sulle situazioni soggettive a partire dal diritto all'imparzialità. L'autonomia delle situazioni soggettive e la critica alla moltiplicazione dei diritti soggettivi. – 7. (segue) Il rapporto tra cittadino e amministrazione come rapporto giuridico complesso. – 8. Il "diritto" all'imparzialità e il ritorno all'interesse legittimo.

## **1. L'imparzialità amministrativa come diritto: contesto europeo e peculiarità italiane**

Una nuova ricerca<sup>1</sup> sull'imparzialità dell'amministrazione richiede una premessa sulle sue ragioni e sui suoi obiettivi. La ricca bibliografia sul tema dovrebbe infatti scongiurare chiunque si accinga alla prova, per il rischio di ripetere il già detto o di perdersi in uno dei tanti istituti che del principio costituiscono attuazione. Tuttavia, proprio nella letteratura sull'imparzialità amministrativa si può scorgere una linea di pensiero che è rimasta sotto traccia e che merita di essere approfondita: si tratta di guardare all'imparzialità dal punto di vista del cittadino e, dunque, di identificare una (o più d'una) pretesa giuridicamente tutelata ("diritto" in senso ampio) riconducibile al principio.

Nel nostro ordinamento l'imparzialità della pubblica amministrazione è naturalmente ricondotta all'art. 97 della Costituzione<sup>2</sup>: non a caso, l'idea di un "diritto all'imparzialità dell'amministrazione" si affaccia per la prima volta nel

---

1 Si fa riferimento a *L'imparzialità amministrativa come diritto. Epifanie dell'interesse legittimo*, pubblicato nel 2021 da Maggioli Editore, al quale si rinvia per gli approfondimenti, l'esposizione completa degli argomenti e per le indicazioni bibliografiche, che qui saranno limitate alle sole ritenute essenziali.

2 Si può immaginare che in un sistema democratico, pur in assenza di una previsione costituzionale espressa, l'imparzialità sarebbe comunque considerata un requisito necessario della pubblica amministrazione: in proposito v. F. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 1989, p. 1 e A. ROMANO, *Introduzione*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, I, Bologna, Monduzzi, 2001, p. 38.

commento di Carlo Esposito alle disposizioni costituzionali riguardanti la pubblica amministrazione. Benché la Costituzione non parlasse «di un diritto dei cittadini alla sovranità, alla legalità, alla imparzialità, agli interventi economici in generale», Esposito riteneva tuttavia che la stessa avesse «proclamata la necessità della imparzialità [...]» e avesse dunque dato «fondamento giuridico e riconoscimento legale a quelle pretese politiche» ed «elevato a diritti fondamentali ed inviolabili quelle pretese di fatto». Egli proseguiva quindi affermando che non fosse «né improprio né inesatto [...] parlare di diritti fondamentali dei cittadini alla democraticità, alla legalità, alla imparzialità o alla attività economica della P.A.»<sup>3</sup>. Le parole di Esposito erano rivolte in primo luogo al legislatore, che avrebbe dovuto realizzare le riforme necessarie a sostanziare quei diritti fondamentali: si trattava pertanto di affermazioni programmatiche ma connotate da un elemento decisivo. Per Esposito, infatti, «il riferimento implicito ma decisivo del principio [di imparzialità] sono gli individui, indipendentemente dalla qualificazione della loro “situazione giuridica”»<sup>4</sup>.

Tuttavia – nonostante la dimensione individuale non sia scomparsa<sup>5</sup> – il “riferimento implicito” degli studi successivi sull'imparzialità non è più stato l'individuo (e il suo diritto), bensì l'amministrazione (e il suo potere)<sup>6</sup>, alla quale si è imputato il dovere di agire in modo imparziale verso i cittadini. Oggi i tempi sono maturi per ribaltare la primazia logica del potere rispetto all'individuo e ai suoi diritti e, dunque, per mutare il punto di osservazione (anche) sull'imparzialità: assodato che esista un dovere in capo all'amministrazione, la domanda diventa se e in che termini esista un diritto dell'individuo all'imparzialità<sup>7</sup>.

3 C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, p. 249 s.

4 C. PINELLI, *Il “buon andamento” e l’“imparzialità” dell'amministrazione*, in *La pubblica amministrazione*, Commentario della Costituzione Branca-Pizzorusso, Bologna, Zanichelli, 1994, p. 179.

5 A titolo di esempio, v. S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 1973, spec. p. 58 s.; F. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, cit., p. 5.

6 Sul problema in generale, v. L. FERRARA, *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, in *Dir. pubbl.*, supplemento 2016, p. 11 ss.

7 In linea con un filone di pensiero che, muovendo all'idea di un rapporto paritario – di fronte alla legge – tra amministrazione e privati, ne ricostruisce le relazioni in termini di rispettivi obblighi e diritti: in tal senso, e con un riferimento specifico all'imparzialità, C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 334 ss.

Da una parte, infatti, la pretesa dell'individuo all'imparzialità non sconta più quella difficoltà di riconoscimento ed emancipazione dall'interesse pubblico che emergeva nelle ricostruzioni dottrinali dei decenni passati: ne è un sintomo la frequenza con cui l'espressione "diritto all'imparzialità" ricorre nella letteratura più recente<sup>8</sup>. D'altra parte, una prospettiva che metta al centro l'individuo e i suoi diritti è rafforzata dal confronto con il diritto europeo<sup>9</sup> e, in particolare, con l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, che stabilisce che «Ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione». Senza sopravvalutare il dato formale della qualificazione in termini di "diritto"<sup>10</sup>,

8 Si vedano, per esempio, C. NAPOLI, *Spoils system e Costituzione. Contributo allo studio dei rapporti tra politica ed amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 42, G. IUDICA, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 110, F. VETRÒ, *Il principio di imparzialità*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 94 ss.

9 Sottolineano l'inversione determinata dal diritto europeo nel diritto amministrativo, quale conseguenza del rafforzamento del ruolo della *iurisdictio*, A. BARTOLINI, S. FANTINI, *Le ragioni della specialità (principi e storia del diritto amministrativo)*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2017, p. 51 e p. 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». In tema, si veda anche A. BARTOLINI, *Le situazioni soggettive procedurali di derivazione europea: problematiche di ordine interno*, in AA.VV., *Procedura, procedimento, processo*, Atti del Convegno, Urbino 14 e 15 giugno 2007, Padova, Cedam, 2010, p. 401 ss.: «nel diritto comunitario risulta prevalente l'interesse a tutelare i diritti fondamentali dell'individuo nei confronti dell'amministrazione, anziché indicare i canoni regolatori della funzione amministrativa, come avviene, invece, nella legge generale sul procedimento [...] [n]el diritto comunitario viene, quindi, posto al centro l'individuo, mentre nella nostra tradizione è ancora centrale il potere».

10 È noto infatti che la stessa Carta opera una distinzione tra "principi" e "diritti" nel titolo dedicato alle cosiddette "clausole generali": in particolare, in base all'art. 51, i diritti «si rispettano» mentre i principi «si osservano». La distinzione è ulteriormente specificata nell'art. 52, che, da un lato, chiarisce i modi di esercizio dei diritti e, dall'altro, stabilisce invece che le disposizioni della Carta contenenti principi possono essere attuate da atti legislativi ed esecutivi e possono essere «invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti» (in proposito, si vedano i recenti scritti di E. CAVASINO, *Diritti e principi nello spazio giuridico europeo dei diritti fondamentali: un aspetto dell'esperienza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2020, p. 561 ss. e A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quad. cost.*, 2018, p. 149 ss.). Anche con riguardo alla "buona amministrazione" si è posto il dubbio sulla qualificazione in termini di diritto o principio. Se, infatti, l'art. 41 si esprime in termini di "diritto", altrettanto non fanno (almeno non chiaramente) le Spiegazioni elaborate per fornire orientamenti interpretativi della Carta (citate nel preambolo e nell'art. 52): in esse, a proposito dell'art. 41, si fa infatti riferimento a quella giurisprudenza che «ha consacrato segnatamente la buona amministrazione come principio generale del diritto». Tuttavia, a favore della natura di diritto della "buona amministrazione" si può rilevare che esso non sia solo enunciato dalla Carta ma altresì

ciò che interessa rilevare è anche qui l'affermazione «*inequivocabile [del]la centralità del primo (l'individuo) nei confronti della seconda (la pubblica amministrazione) nel senso che è il contenuto delle sue pretese a riverberarsi sulle modalità di svolgimento della funzione amministrativa e non il contrario*»<sup>11</sup>.

Se dunque la ricerca si lega a un contesto europeo<sup>12</sup> nel quale l'imparzialità è vista come contenuto di un diritto del cittadino, sono però da considerare le peculiarità dell'ordinamento italiano, nel quale non può semplicemente parlarsi di "diritto" nei confronti dell'amministrazione ma occorre tener conto della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo. In tal senso, la ricerca sull'imparzialità può dare un contributo a quel dibattito che, di là dai ravvicinamenti tra le due situazioni soggettive e tra le posizioni dottrinali, è ben lungi dall'essere sopito<sup>13</sup>.

Un simile punto di osservazione sull'imparzialità consente di raggiungere un altro obiettivo, di più immediata portata applicativa. Sono ancora numerosi i

---

sostanziato in una serie di micro-diritti (diritto al trattamento equo e imparziale, diritto di accesso, ...), che le stesse Spiegazioni descrivono come «*espressioni*» del diritto alla buona amministrazione, derivate dalla giurisprudenza.

11 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. 430 s., ove si legge ancora: «*Insomma la dimensione con la quale ancora nella nostra Carta costituzionale si è guardato all'amministrazione è quella dell'esercizio del potere piuttosto che quella dello svolgimento di un servizio o di una missione nei confronti del cittadino*».

12 Si veda in proposito anche la codificazione francese del procedimento amministrativo, costruita come *Code des relations entre le public et l'administration*, e dunque come disciplina delle relazioni fra cittadino e pubblica amministrazione più che degli aspetti strutturali del procedimento, come rileva D.U. GALETTA, *Attività e procedimento nel diritto amministrativo europeo, anche alla luce della risoluzione del Parlamento europeo sulla disciplina del procedimento per istituzioni, organi e organismi dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, p. 406.

13 Come dimostrano, oltre al fondamentale volume di F.G. COCA, *Interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017 (sul quale si vedano anche gli interventi raccolti in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con Franco Gaetano Coica*, Torino, Giappichelli, 2019), le recenti monografie di P. COTZA, *L'"interesse legittimo" alla luce di un discorso teoretico-giuridico sul rapporto amministrativo ed il suo processo*, Napoli, Esi, 2017, M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale. Neutralità metodologica e giustizia amministrativa "Per una piena realizzazione dello Stato di diritto"*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2017 e A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, Torino, Giappichelli, 2020 (a proposito di quest'ultimo lavoro si vedano gli interventi di F.G. COCA, V. CERULLI IRELLI, M. TRIMARCHI, E. ZAMPETTI nel numero 2/2021 di questa *Rivista*). Sul tema si rinvia inoltre a L. FERRARA, *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quelle del suo superamento*, in *Dir. pubbl.*, 2019, p. 723 ss.

casi nei quali l'azione di annullamento risulta piegata alla tutela dell'interesse pubblico alla imparzialità dell'amministrazione, più che alla tutela di una situazione giuridica soggettiva, secondo un modello che non sembra sostenibile alla luce dell'attuale disciplina del processo amministrativo. L'individuazione di una pretesa individuale all'imparzialità consente invece, da un lato, di escludere l'annullamento dell'atto quando questo non sia lesivo dell'interesse del ricorrente e, dall'altro, di arricchire il contenuto delle pronunce giurisdizionali quando l'amministrazione non abbia adempiuto a un obbligo riconducibile all'imparzialità.

Prima di soffermarsi sulle ricadute applicative (§§ 3-4-5) e su quelle (anche) teoriche (§§ 6-7-8) della tesi proposta, si darà brevemente conto (§ 2) del perché l'imparzialità costituisca un principio particolarmente adatto per tentarne una ricostruzione in termini di "diritto" (operazione che si ritiene ben possibile e, perché no, auspicabile rispetto ad altri principi) e di come ne siano strutturati i contenuti.

## **2. L'imparzialità dalla Costituzione alla legislazione. Le figure del diritto all'imparzialità**

Il fondamento del discorso sull'imparzialità nell'ordinamento italiano è, come detto, l'art. 97 della Costituzione, che dà al principio un riconoscimento espresso, stabilendo che i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e la imparzialità dell'amministrazione. È stato detto che si tratta di una «*base normativa tanto autorevole quanto fragile*»<sup>14</sup>, dal momento che la Costituzione non dà sostanza al principio ma l'imparzialità è indicata, soltanto, come il fine cui deve tendere l'organizzazione delle pubbliche amministrazioni, insieme col buon andamento. Si tratta però di una fragilità voluta: non era intenzione dei costituenti andare oltre a «*brevi accenni*», perché «*un testo di costituzione non poteva dire di più*»<sup>15</sup>; il principale

14 F. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, cit., 1.

15 Le citazioni sono tratte dalla relazione di M. RUINI sul progetto di Costituzione presentata all'Assemblea costituente, reperibile sul sito della Camera ([legislature.camera.it/\\_dati/costituente/lavori/ddl/00Anc.pdf](http://legislature.camera.it/_dati/costituente/lavori/ddl/00Anc.pdf)); aggiungeva comunque Ruini che «*si avverte da tutti il bisogno che il*

obiettivo era del resto quello di arginare le possibili ingerenze politiche sulla pubblica amministrazione sperimentate negli anni precedenti<sup>16</sup>, pertanto non può sorprendere che il tema dell'imparzialità dell'amministrazione fosse riguardato essenzialmente nel suo risvolto politico. Non era immaginabile quindi che il testo costituzionale considerasse già l'imparzialità anche nella sua dimensione "positiva" (non solo cioè come assenza di ingerenze ma anche come necessaria considerazione degli interessi rilevanti nell'attività amministrativa).

Il giurista non può però fermarsi alla considerazione del dato storico ma deve riconoscere che, a livello di impatto ordinamentale, proprio la vaghezza del dettato costituzionale ha consentito l'espansione del principio di imparzialità, rimettendo al legislatore e all'interprete il compito di attribuirgli un significato<sup>17</sup>. È quindi possibile, anche alla luce di quanto osservato nelle pagine precedenti, dare una lettura in chiave "soggettiva" dell'art. 97 Cost. In primo luogo, evitare il rischio di ingerenze della politica sull'amministrazione ha, tra i suoi fini e tra le sue conseguenze, quello di far sì che da tali ingerenze non derivino abusi ai cittadini e alla loro sfera giuridica. Ciò risulta chiaramente già nella dottrina più risalente, laddove si osservava che, diversamente dal buon andamento, l'imparzialità «*attiene più propriamente all'elemento soggettivo dell'ufficio in relazione al retto esercizio delle funzioni amministrative al fine di evitare che dalla costituzione degli uffici sia aperta la possibilità di abusi da parte dell'autorità nei confronti dei cittadini*»<sup>18</sup>. In secondo luogo, l'idea di un diritto all'imparzialità si ricava dalla disposizione costituzionale dell'art. 97 presa nella sua interezza. Infatti, oltre all'interpretazione

---

*Paese sia bene amministrato, che lo Stato non sia solo un essere politico, ma anche un buon amministratore secondo convenienza e secondo giustizia. E si sente la tacita invocazione ad una riforma profonda e semplificatrice».*

16 Se ne ha conferma anche in M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1988, p. 90: «*storicamente [il principio di imparzialità] si afferma nell'ordinamento inglese come regola di eliminazione della politicità indotta nella funzione amministrativa dalla presenza del potere governativo presente ai suoi vertici, ed in questa accezione si può dire sia stato, più che regolato, sentito dall'Assemblea costituente*». In proposito, si veda anche S. LARICCIA, *Il principio di imparzialità delle pubbliche amministrazioni. Origini storiche e fondamento costituzionale*, in *Queste istituzioni*, n. 130-131, 2003, p. 145 ss.

17 In proposito, v. U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e costituzione*, Cedam, Padova, 1996, p. 61.

18 M. CANTUCCI, *La pubblica amministrazione*, in P. CALAMANDREI e A. LEVI (diretto da), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, vol. II, Firenze, Barbera, 1950, p. 159.

prevalente che vede nella riserva di legge dell'art. 97 un riparto del potere di organizzazione tra parlamento e governo<sup>19</sup>, è stata sostenuta anche una lettura diversa, che individua nella stessa riserva «una speciale garanzia per le posizioni soggettive dei cittadini»<sup>20</sup>, la cui posizione è tutelata proprio (a cominciare) dai profili organizzativi dell'amministrazione. Una garanzia certamente indiretta, in quanto non azionabile. E tuttavia una garanzia diretta ad assegnare non al Governo, bensì in via esclusiva al Parlamento le scelte più importanti in materia di organizzazione amministrativa: scelte da intendersi come funzionali a realizzare l'interesse dei cittadini a un'azione imparziale dell'amministrazione.

Infine, e soprattutto, è attraverso l'attuazione legislativa dell'art. 97 che il principio costituzionale di imparzialità ha acquisito una più spiccata dimensione soggettiva, intesa cioè come derivazione dal principio di una serie di pretese giuridicamente tutelate<sup>21</sup>. Il suo contenuto generico è stato specificato in una serie di norme capaci di fondare situazioni soggettive protette e azionabili in sede giurisdizionale<sup>22</sup>.

Ci si riferisce, in particolare, alla legge sul procedimento amministrativo, che definisce le pretese partecipative dei privati e, con esse, un modo nuovo di intendere i «*rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione*», per utilizzare una locuzione oggi accolta dalla stessa legge n. 241/1990<sup>23</sup>. L'imparzialità assume in essa un significato che trascende il versante organizzativo e arricchisce di implicazioni il generale divieto di discriminazioni, puntualizzandosi, per un verso,

---

19 Per tutti, D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, Il Mulino, p. 298.

20 V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, p. 912.

21 Si tratta di una manifestazione del più generale problema del rapporto tra principi e diritti, sul quale ci si limita qui a rinviare a G. SILVESTRI, *L'individuazione dei diritti della persona*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, spec. p. 5 e V. ONIDA, *Il problema della giurisdizione*, in E. PACIOTTI (a cura di), *La Costituzione europea: luci e ombre*, Roma, Meltemi, 2003, spec. p. 133.

22 Ricorrendo alla terminologia giusfilosofica, si può dire che l'art. 97 Cost. dia origine a quello che viene chiamato un "diritto-ragione", cioè non un diritto soggettivo azionabile ma piuttosto una giustificazione per l'attribuzione di diritti determinati da parte di altre norme: v. M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 41.

23 Ci si riferisce al comma 2-bis della l. n. 241/1990, aggiunto dalla legge 11 settembre 2020, n. 120.

nell'obbligo per l'amministrazione di svolgere una accurata attività istruttoria, che le consenta di "conoscere per decidere"; per altro verso, nell'adeguata ponderazione degli interessi coinvolti nella vicenda amministrativa.

Un decisivo impulso al rafforzamento del principio di imparzialità è derivato anche dal diritto dell'Unione europea, che, nella prospettiva della realizzazione del mercato unico, ha imposto il divieto di disparità di trattamento su base nazionale che è una specifica manifestazione del principio di imparzialità, con la conseguente necessità di garantire la *par condicio* tra le imprese, in funzione del corretto esplicarsi della concorrenza<sup>24</sup>.

Infine, uno sviluppo più recente è collegato alla legislazione anticorruzione<sup>25</sup>, che ha portato, tra l'altro, all'aggiunta dell'art. 6-*bis* alla l. n. 241/1990, che disciplina l'istituto del conflitto di interessi nel procedimento amministrativo. Come vedremo, il fine prioritario della lotta alla corruzione si traduce in una incisiva tendenza all'anticipazione della soglia di reazione dell'ordinamento rispetto a moduli di azione pubblica che appaiono sospetti a prescindere dalla concreta ed effettiva lesione dell'imparzialità.

L'imparzialità dell'amministrazione trova quindi, nell'ordinamento attuale, numerose traduzioni a livello legislativo. Ciò, peraltro, non ridimensiona il ruolo della giurisprudenza, che anzi trae dalla trama di norme positive il fondamento per applicazioni varie e frequenti del principio costituzionale. Legislazione e giurisprudenza offrono un ventaglio molto ampio di ipotesi e fattispecie (direttamente o indirettamente) collegate all'imparzialità, così che occorre guardare a questa casistica per saggiare la configurabilità e la consistenza di una pretesa individuale.

Muovendo da queste premesse, si possono mettere a fuoco tre figure distinte riguardo al diritto all'imparzialità, riferite, rispettivamente (i) all'esclusione

24 Secondo M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 87 s., il principio di concorrenza, «lungi dall'essere un principio guida dell'attività delle stazioni appaltanti», sarebbe proprio «la ricaduta pratica dell'applicazione dei principi di imparzialità e di parità di trattamento, di pubblicità e di trasparenza al singolo atto di scambio».

25 In particolare, legge 6 novembre 2012, n. 190 (*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*).

di interessi, (ii) all'acquisizione di interessi e (iii) alla ponderazione di interessi. Si tratta di una suddivisione che, in parte, incrocia altre già proposte: imparzialità negativa e positiva; accezione soggettiva e oggettiva<sup>26</sup>. Questa scelta di prospettiva ha però un carattere trasversale, che porta a superare la distinzione tra organizzazione e attività, sostituendola con il riferimento alla dimensione statica e alla dimensione dinamica dell'imparzialità.

Nella figura dell'esclusione di interessi o della prevenzione delle interferenze, prevale la componente statica. Affinché una decisione sia imparziale, occorre che lo sia il decisore: che egli cioè non abbia un interesse proprio nella decisione o che, comunque, non sia condizionato da un interesse estraneo: il diritto all'imparzialità, in questo senso, si configura come una garanzia "negativa" di neutralità. Ed è anche, come vedremo, una garanzia anticipata, attenta all'apparenza di imparzialità, prima ancora che all'effettiva disparità di trattamento.

Nelle altre due figure, l'imparzialità rileva ai fini della acquisizione degli interessi e della loro ponderazione e assume una più marcata connotazione dinamica. Qui emerge il contenuto positivo del diritto all'imparzialità, riconosciuto a livello nazionale ed europeo. Anzitutto, l'amministrazione "conosce" gli interessi attraverso una istruttoria completa e accurata, nella quale tutti gli interessi rilevanti devono essere acquisiti e trattati allo stesso modo. È ciò che sta alla base del principio della *par condicio* nelle procedure concorsuali. Il procedimento è, dunque, il luogo di elezione in cui – come la dottrina aveva colto da tempo<sup>27</sup> – questa imparzialità si realizza. Una volta acquisiti gli interessi, viene la fase della decisione: qui, il decisore pubblico si sottrae al rischio di parzialità nella misura in cui il peso assegnato a ciascun interesse si collega ai fatti acquisiti nell'istruttoria e il bilanciamento tra quegli interessi è guidato dai canoni generali di ragionevolezza e proporzionalità, oltre che dal rispetto dei limiti e delle

---

26 F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 66 ss.

27 Per tutti, U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1964, p. 386.

garanzie posti a tutela dei diritti individuali. Si tratta di capire allora in che cosa consista la pretesa legittima del titolare del diritto rispetto al ruolo «*ordinatore*» dell'imparzialità<sup>28</sup>.

Nelle pagine che seguono si offriranno alcuni esempi, in riferimento alla tripartizione proposta, di individuazione del contenuto di un diritto all'imparzialità, mostrando le conseguenze di una simile ricostruzione.

### **3. Le conseguenze della ricostruzione proposta: dalla neutralità del decisore...**

L'imparzialità costituisce la caratteristica di un giudizio e impone, come detto, che il decisore non abbia un interesse proprio nella questione. In altre parole, chi decide deve essere neutrale rispetto ai fatti sui quali è chiamato a pronunciarsi. La neutralità è una manifestazione dell'imparzialità che riguarda il decisore ma non ancora la decisione: non è detto, infatti, che un soggetto non neutrale si comporterà necessariamente in modo parziale. La neutralità è una pre-condizione della parità di trattamento: i due aspetti sono, però, distinti e la disparità di trattamento è solo una conseguenza eventuale dell'assenza di neutralità del decisore.

L'interferenza indebita di interessi, cioè l'assenza di neutralità, può manifestarsi anche in ambito amministrativo e riguarda, in particolare, la figura del funzionario: se, infatti, la pubblica amministrazione è istituzionalmente "parte" pur dovendo essere imparziale, al funzionario-persona fisica è invece richiesta la neutralità<sup>29</sup>. Per garantire l'imparzialità del funzionario nel diritto amministrativo si è tradizionalmente fatto ricorso alle cause di incompatibilità previste

---

28 S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa*, cit., p. 83: «Dal rilievo che imparzialità è obbligo di compiere un esame comparativo e di tener conto dei risultati di tale esame, si evince che qui non ha importanza tanto un risultato quanto il modo in cui al risultato si arriva: in questo senso il principio di imparzialità è principio strumentale. Esso è «interesse generico», ma non funziona come componente di quelli specifici, bensì come principio ordinatore – sia pure negativo – di questi, per cui questi concorrono tra loro e a nessuno di essi possono essere fatte condizioni di preferenza».

29 R. CAVALLO PERIN, *L'etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministrati alla correttezza dei funzionari*, in R. CAVALLO PERIN, F. MERLONI (a cura di), *Al servizio della Nazione: etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, Franco Angeli, 2009, p. 155: «L'imparzialità richiede la rinuncia del funzionario a ogni forma di partigianeria nell'assolvimento dei propri compiti, in particolare per gli addetti agli uffici che attendono alla fase conoscitiva o esecutiva delle scelte degli organi di governo degli enti pubblici».

dall'art. 51 c.p.c., dalle quali derivano l'obbligo di astensione e il diritto di riconsunzione; poi, in seguito all'intervento del legislatore sulla l. n. 241/1990, è oggi codificato il conflitto di interessi (art. 6-*bis*).

Si tratta di istituti comuni ad altri settori dell'ordinamento: nell'ambito del diritto delle pubbliche amministrazioni si manifesta, però, un tratto caratterizzante. Infatti, si è sostenuto – secondo un ordine di idee che risale agli scritti di Vittorio Emanuele Orlando ma che è giunto pressoché immutato fino alle trattazioni più recenti<sup>30</sup> – che l'astensione, la riconsunzione e il conflitto di interessi tutelino prima di tutto l'immagine, il prestigio<sup>31</sup>, la serenità<sup>32</sup>, la dignità stessa delle istituzioni pubbliche<sup>33</sup>, 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 degli 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 amministrativa<sup>34</sup>.

A ben vedere, non è tanto la pluralità di beni tutelati a caratterizzare gli istituti nel diritto amministrativo – anche nel diritto processuale astensione e riconsunzione 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. Simile subordinazione dell'interesse privato appare però inaccettabile poiché, di fronte alla legge (che nulla dice, in questo caso, riguardo a tale “gerarchia”), interesse pubblico e interesse privato dovrebbero stare sullo stesso

---

30 R. CANTONE, F. MERLONI, *Conflitti di interesse: una diversa prospettiva*, in *Dir. pubbl.*, 2019, p. 886, M. CALCAGNILE, *Inconferibilità amministrativa e conflitti di interesse. Nella disciplina dell'accesso alle cariche pubbliche*, Bologna, BUP, 2017, p. 30 s.

31 V. CAIANIELLO, *Astensione e riconsunzione nel procedimento e nel processo amministrativo*, in *Enc. giur.*, III, Roma, Treccani, 1988, p. 1.

32 L. GALATERIA, *Astensione (dir. cost. e amm.)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958, p. 940.

33 V.E. ORLANDO, *Consiglio comunale*, in *Dig. it.*, VIII, Torino, Utet, 1896, p. 134.

34 E. GUICCIARDI, *Esercizio di pubbliche funzioni e interesse personale nei collegi amministrativi*, in *Riv. amm.*, 1948, p. 132.

piano<sup>35</sup>. Si tratta di una delle manifestazioni di quella prospettiva dell'imparzialità "dal punto di vista dell'amministrazione" di cui s'è detto in precedenza, 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'individuo<sup>36</sup>.

La sovrapposizione e ibridazione tra interessi pubblici e interessi privati produce qui conseguenze rilevanti. È evidente, infatti, che se il bene tutelato dalle norme sulla astensione e sulla ricusazione non è soltanto l'interesse privato, che può essere pregiudicato dall'atto o dalla valutazione parziale, ma anche l'interesse pubblico, e se, come accade frequentemente, la linea di confine tra i due interessi è difficilmente tracciabile, mancano i presupposti per la configurazione di una pretesa individuale. Si realizza, così, il noto fenomeno della iper-garanzia e ipo-garanzia dell'interesse legittimo, che si trova a essere protetto più di quanto le norme prevedono tutte le volte in cui esso viene attratto nella sfera dell'interesse pubblico, inglobando al proprio interno dimensioni che evidentemente trascendono la sfera individuale; e, per contro, talora ottiene una protezione dimidiata proprio perché calibrata su valori oggettivi, che tendono a spersonalizzarne il contenuto<sup>37</sup>.

Il tentativo di isolare, con riferimento all'ambito delle indebite interferenze di interessi, l'area di un diritto all'imparzialità non è quindi mosso soltanto da ragioni teoriche, ma riveste prima di tutto una funzione pratica. Si tratta di un passaggio necessario per comprendere quando sanzionare la parzialità in sede giudiziale (mediante l'annullamento dell'atto), perché vi è lesione di una posizione individuale. Diversamente, quanto la parzialità lede unicamente un valore interno alla pubblica amministrazione ma non anche una posizione giuridica individuale, andrebbero individuati strumenti diversi di controllo e rea-

---

35 Sulla pariordinazione 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.

36 L. FERRARA, *Individuo e potere*, cit., spec. p. 20 ss.

37 Su ipo-garanzia e iper-garanzia dell'interesse legittimo, v. A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, 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.

zione (per esempio, sul piano della responsabilità disciplinare del funzionario che non ha rispettato l'obbligo di astensione)<sup>38</sup>, per non rendere il processo amministrativo la sede di un controllo sul rispetto (soltanto) della legalità oggettiva.

Occorre, dunque, stabilire se l'annullamento dell'atto debba conseguire al mero rilievo dell'incompatibilità (che potrebbe inficiare il solo interesse pubblico all'integrità dell'amministrazione) oppure alla effettiva disparità di trattamento (che, oltre all'interesse pubblico, inficerebbe quello del privato a ottenere un trattamento imparziale). La questione è antica e venne sottoposta già all'Adunanza plenaria nel 1958 (n. 6 del 30 giugno). La Plenaria aderì alla tesi più rigorosa, 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 e pertanto la presenza di un membro incompatibile in un organo collegiale avrebbe comportato di per sé l'illegittimità del provvedimento.

Guardata con gli occhi di oggi, e alla luce di una disciplina processuale che ha sposato anche per la giurisdizione amministrativa l'idea di un processo di parti, viene da domandarsi quale sia la posizione giuridica soggettiva del ricorrente che trova tutela in giudizio e, anche, come possa rimediare una tutela successiva come quella demolitoria al *vulnus* arrecato all'immagine dell'amministrazione. Tuttavia, l'impostazione della Plenaria ha continuato a produrre incoerenze applicative anche nella giurisprudenza più recente. Nel tentativo di salvaguardare, oltre all'apparenza di imparzialità, anche la continuità dell'azione amministrativa, i giudici sono andati alla ricerca di soluzioni di compromesso (l'interesse di carattere economico, la prova di resistenza nei collegi, la vincola-

---

38 Secondo un ordine di idee che sembra già rinvenirsi in S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009, p. 777 s.

tezza della fattispecie, la tassatività delle incompatibilità), nessuno dei quali capace però di garantire una qualche certezza e coerenza applicativa<sup>39</sup>.

Una possibile soluzione alle aporie applicative risiede nella prospettiva soggettiva dell'imparzialità, che consente di ricostruire, a partire dal dato normativo, una pretesa individuale tutelabile e di tracciare così una linea di rilevanza giuridica che segna i limiti di azionabilità della pretesa stessa<sup>40</sup>. Una spinta in tal senso è venuta proprio dall'introduzione di una disposizione sul conflitto di interessi nella legge sul procedimento amministrativo. L'art. 6-*bis*, l. n. 241/1990 prevede infatti 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*». Tra gli aspetti della disposizione, ci si concentra qui unicamente su quelli rilevanti per l'economia del discorso.

L'art. 6-*bis* introduce due obblighi in capo al funzionario: il primo è l'obbligo di astensione, il secondo quello di segnalazione del conflitto. Il legislatore non ha, però, provveduto a definire il "conflitto di interessi": ha soltanto specificato (riguardo all'obbligo di segnalazione, ma non c'è motivo di escluderlo per l'obbligo di astensione) che rileva anche il conflitto soltanto "potenziale". Poiché la norma nulla dice riguardo alle conseguenze della violazione dell'obbligo di astensione, occorre comprendere se l'atto adottato in conflitto di interessi sia sempre annullabile o solo nel caso in cui sia dimostrata una effettiva lesione dell'imparzialità. Si tratta di una questione decisiva, anche in considerazione del difetto di tipizzazione delle fattispecie di conflitto di interessi.

Intanto, nel prevedere sia un obbligo di astensione che uno di segnalazione (alla quale può o meno seguire l'astensione), la norma consente di distinguere due piani di rilevanza. L'obbligo di astensione tutela senza dubbio l'interesse del privato coinvolto a un trattamento imparziale e, nella specie, alla neutralità,

---

<sup>39</sup> Per la critica a ciascuno di tali criteri si rinvia al volume *L'imparzialità amministrativa come diritto*, cit., p. 113 ss.

<sup>40</sup> Sul punto si rinvia anche a I. PIAZZA, *La pretesa a un'amministrazione imparziale. Note sul conflitto d'interessi nel diritto amministrativo*, in questa *Rivista*, 1/2020, p. 63 ss.

anche apparente, dell'amministrazione decidente. 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. Pertanto, mentre la violazione del dovere di fedeltà verso l'amministrazione può produrre conseguenze sul piano della responsabilità amministrativa e di quella disciplinare (oltre che penale), l'assenza di neutralità può invece invalidare l'atto e pertanto renderlo attaccabile dall'interessato mediante il ricorso giurisdizionale. In altre parole, all'obbligo di astensione corrisponde un diritto alla neutralità, tutelabile tramite la riconsiderazione o l'impugnazione del provvedimento.

In più, in linea con la tendenza generale della legislazione sull'anti-corruzione e sulla trasparenza, l'art. 6-*bis* include il conflitto potenziale di interesse tra le fattispecie rilevanti, facendo così della semplice neutralità (indipendentemente dai suoi effetti) l'oggetto di una pretesa. Una pretesa, dunque, che ha a che fare con il piano statico, organizzativo dell'attività dell'amministrazione: la neutralità è, infatti, una premessa per l'azione imparziale. Del resto, questo oggetto è intrinsecamente legato all'idea stessa di "conflitto di interessi". In questo modo è possibile impostare un rapporto tra diritto all'imparzialità e corrispettivo obbligo dell'amministrazione, che includa anche l'apparenza (intesa, si badi bene, come potenzialità del conflitto) nell'oggetto della pretesa tutelata e che non neghi la rilevanza su altri piani del conflitto d'interessi ma che sia capace di tenerli distinti. Non scompare, cioè, il rilievo della fedeltà e dell'immagine dell'amministrazione: l'apparenza di imparzialità è un valore (giuridicamente rilevante) anche per l'amministrazione, senza contare che ne rafforza la legittimazione, nei confronti di tutti i cittadini, non soltanto di quelli coinvolti nella specifica vicenda. Ma l'apparenza/neutralità diviene anche parte di una pretesa individuale, giuridicamente tutelata, all'imparzialità.

Un simile ampliamento dell'oggetto della tutela (dalla disparità di trattamento alla neutralità) può portare con sé l'espansione delle fattispecie illegitti-

me. Occorre allora individuare i limiti della pretesa, considerando 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<sup>41</sup>).

Pertanto, anzitutto, 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.

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. 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

---

41 Un'apertura in tal senso sembra cogliersi anche in Cons. St., VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, sulla quale v. F. ORSO, *Ancora sugli effetti del giudicato a 'spettanza stabilizzata': un passo avanti e due indietro*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, spec. p. 1248 ss.

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.

In questo modo, 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 inoltre ogni rilievo (a livello giurisdizionale, ché invece rilievo può esserci sul piano della responsabilità del funzionario) del danno all'immagine dell'amministrazione. Ancora, si evita che, attraverso il processo, si producano fenomeni di iper-garanzia delle posizioni individuali, quando – come nel caso di attività vincolata (sia in astratto che in concreto) – 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<sup>42</sup>.

---

42 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 [...]»*). Utile è anche, a questo riguardo, un confronto con alcune fattispecie di diritto privato, in particolare il conflitto di interessi nella rappresentanza e nel diritto societario, nelle quali ciò che rileva, ai fini dell'annullamento del contratto stipulato dal rappresentante o dell'impugnazione di una decisione gestoria, è la potenzialità del danno: si rinvia nuovamente a *L'imparzialità amministrativa come diritto*, cit., p. 146 ss.

Ci si può a questo punto domandare se la pretesa all'imparzialità ricavabile dall'art. 6-*bis* possa costituire una pretesa autonoma, vale a dire se essa tuteli un bene giuridico diverso da quello "finale" e se essa possa essere azionata autonomamente, prima cioè dell'impugnazione del provvedimento che chiude il procedimento.

Si tratta, a ben vedere, della declinazione specifica (riferita cioè all'art. 6-*bis*) di un problema più ampio, relativo alla autonomia delle pretese procedurali. Per rispondere alla domanda, è necessario capire se tale situazione possa godere di tutela giurisdizionale dedicata, senza doversi attendere l'emanazione del provvedimento finale e la sua impugnazione. In tal senso, si possono trarre indicazioni decisive da recenti novità legislative e giurisprudenziali, che hanno rafforzato la tesi della autonomia di pretese in senso lato "procedimentali". Si fa riferimento soprattutto all'art. 120, c. 2-*bis* del codice del processo amministrativo, col quale era stato introdotto il c.d. rito super-speciale in materia di appalti, avente per oggetto l'impugnazione del provvedimento «*che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali*». Le ragioni di questa innovazione erano da rinvenirsi nella necessità di una semplificazione processuale che evitasse la messa in discussione, al termine della procedura, dei requisiti di ammissione delle imprese partecipanti e i problemi connessi ai ricorsi incidentali c.d. escludenti. Ma non è ciò che qui rileva, anche perché la disposizione, e il rito da essa introdotto, sono stati abrogati dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32 (c.d. sblocca-cantieri). Ciò che invece interessa è che dalla natura provvedimentoale riconosciuta agli atti di ammissione ed esclusione (che sembra restare invariata anche a seguito del d.l. n. 32/2019)<sup>43</sup> o, comunque, dall'onere della loro immediata impugnazione, si ricava un argomento a conferma

---

43 L. BERTONAZZI, *Abrogazione del rito c.d. super-speciale di cui all'art. 120, commi 2-bis e 6-bis, c.p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 1041 ss. Parla in proposito di «*provvedimenti endoprocedimentali (o, se si preferisce, conclusivi di subprocedimenti)*» F.G. SCOCA, *Rito superaccelerato e discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 6/2019, p. 3262.

dell'autonomia della pretesa sottostante<sup>44</sup>, cioè la pretesa alla partecipazione alla gara o alla esclusione di candidati concorrenti privi di requisiti<sup>45</sup>. Anche il Consiglio di Stato, in Adunanza plenaria (n. 4/2018), ha sostenuto che il legislatore, con l'art. 120, c. 2-*bis*, abbia espressamente attribuito «*autonoma rilevanza ad un interesse procedimentale (quello legato alla corretta formazione della platea dei concorrenti) riconoscendo ad esso una rapida protezione giurisdizionale*». La stessa impostazione è stata condivisa anche dalla Corte costituzionale (sentenza 5 novembre 2019, n. 271), secondo cui il legislatore ha dato autonomo rilievo a un interesse strumentale o procedimentale del concorrente e che ciò presuppone «*il riconoscimento della chance di aggiudicazione come utilità intermedia autonomamente tutelata*».

Di là dai discutibili effetti pratici della disposizione e anche dal fatto che dietro il riconoscimento dell'interesse procedimentale del privato possa esservi in realtà un concreto vantaggio solo per la stazione appaltante<sup>46</sup>, che vedrebbe definita la platea delle imprese legittimamente partecipanti alla procedura, le affermazioni della Plenaria e della Corte costituzionale sono condivisibili. Il legislatore può infatti qualificare un interesse procedimentale come giuridicamente rilevante e autonomo rispetto al bene finale (in questo caso, all'aggiudicazione del contratto)<sup>47</sup>: che poi il legislatore abbia anche stabilito l'onere di immediata

---

44 Invero, l'autonomia di una posizione soggettiva dovrebbe ricavarsi unicamente da dati sostanziali e la tutela processuale dovrebbe esserne conseguenza, secondo quanto stabilito dall'art. 24 Cost.: tuttavia, si sconta ancora l'influenza della struttura impugnatoria del processo amministrativo e la centralità dell'azione di annullamento nella ricostruzione delle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini nei rapporti con l'amministrazione.

45 In tal senso v. Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4, che parla in proposito di un «[...] distinto interesse di natura strumentale (sia pure di nuovo conio, come definito in dottrina) che, comunque, rimane proprio e personale del concorrente, e quindi distinto dall'interesse generale alla correttezza e trasparenza delle procedure di gara». Critico, invece, F.G. SCOCA, *Rito superaccelerato e discrezionalità del legislatore*, cit., spec. p. 3259, secondo cui, se lo scopo della norma è avere «*tempestiva conoscenza della legittimità dei provvedimenti di ammissione ed esclusione (adottati dalla stazione appaltante)*», non si capisce come questo possa tradursi in una esigenza o un interesse delle imprese partecipanti (potendo essere, al più, interesse della stazione appaltante).

46 Su questi profili, v. F.G. SCOCA, *Rito superaccelerato e discrezionalità del legislatore*, cit., p. 3258 ss.

47 Il riconoscimento dell'autonoma rilevanza di una pretesa individuale effettuato dalla Corte è stato criticato da L. BERTONAZZI, *La Corte costituzionale si pronuncia sull'art. 120, comma 2-bis, c.p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 185 ss. e spec. p. 196 ss., dal momento che, così facendo, il giudice delle leggi avrebbe confuso l'oggetto dell'interesse sostanziale con una tecnica di protezione. Ad avviso dell'A., infatti, l'interesse sostanziale protetto sarebbe uno solo (l'aggiudicazione del contratto), cui corrisponde un'unica situazione soggettiva di interesse legittimo: in questa

attivazione del rimedio giurisdizionale, e addirittura un rito speciale, è un dato successivo. La disciplina processuale segue infatti il dato sostanziale, come insegna l'art. 24 Cost.

Proprio alla luce del dato costituzionale, è oltremodo condivisibile uno degli argomenti sui quali si fonda il ragionamento della Corte costituzionale – che si è tentato di applicare al conflitto d'interessi nel procedimento amministrativo – cioè che la giurisdizione amministrativa è «*primariamente rivolta alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive e solo mediamente al ripristino della legalità dell'azione amministrativa, legalità che pertanto può e deve essere processualmente perseguita entro e non oltre il perimetro dato alle esigenze di tutela giurisdizionale dei cittadini*»<sup>48</sup>. Ebbene, un analogo riconoscimento di autonomia può essere proposto per il caso che qui interessa, nel quale si rinviene, all'art. 6-*bis*, l. n. 241/1990, il necessario fondamento di diritto positivo. Si può, infatti, fare leva sul diritto di ricusazione in sede procedimentale, cui far seguire l'impugnazione dell'atto che dovesse respingere la ricusazione.

---

prospettiva, il legislatore, avendo introdotto l'onere di impugnazione immediata e un'autonoma tutela processuale, avrebbe «*affievolito l'interesse a ricorrere, ancorandolo alla prospettazione di una lesione solamente futura e incerta*». Ancora, secondo Bertonazzi, «*l'interesse alla giusta composizione della platea dei partecipanti non è il bene della vita correlato ad un interesse legittimo di nuovo conio, bensì uno dei numerosi sotto-interessi di carattere procedimentale, tanti quanti sono le regole della procedura, che indentificano i veicoli per la tutela dell'interesse legittimo al conseguimento dell'aggiudicazione*», *ivi*, p. 200.

In realtà, sembra potersi confermare che il legislatore abbia dato autonomia rilevanza giuridica a un interesse del privato (di là dal problema – che per il momento non interessa – di quale tipo di situazione giuridica si tratti): l'interesse sostanziale dell'aggiudicazione è, infatti, diverso da quello alla corretta formazione della platea dei partecipanti; senza considerare, ma qui si entra nella questione di ciò che si ritenga essere l'interesse legittimo, che l'interesse sostanziale all'aggiudicazione non può essere garantito dalla legge se vi siano margini di discrezionalità in capo all'amministrazione.

48 Meno condivisibile è il percorso argomentativo della Corte laddove continua a indentificare il bene della vita unicamente con l'aggiudicazione, così da dover distinguere tra tutela dell'interesse finale e di interessi non finali o strumentali («*In effetti, se è vero che gli artt. 24, 103 e 113 Cost., in linea con le acquisizioni della giurisprudenza del Consiglio di Stato, hanno posto al centro della giurisdizione amministrativa l'interesse sostanziale al bene della vita, deve anche riconoscersi che attribuire rilevanza, in casi particolari, ad interessi strumentali può comportare un ampliamento della tutela attraverso una sua anticipazione e non è distonico rispetto ai ricordati precetti costituzionali, sempre che sussista un solido collegamento con l'interesse finale e non si tratti di un espediente per garantire la legalità in sé dell'azione amministrativa, anche al costo di alterare l'equilibrio del rapporto tra le parti proprio dei processi a carattere dispositivo*»: 11.2 del considerato in diritto); ogni interesse che riceva protezione giuridica può essere considerato “finale” (l'esclusione da una gara di imprese concorrenti prive dei requisiti o la neutralità di un commissario).

Il ricorrente farebbe valere in giudizio la autonoma situazione giuridica soggettiva collegata alla neutralità del decisore, che tutela un bene diverso da quello finale (alla vittoria della gara o del concorso). La tesi trova conforto in una giurisprudenza che, seppur risalente e isolata per le peculiarità del caso concreto, è utile perché anticipa alcuni dei problemi affrontati in queste pagine e perché offre una soluzione che appare rafforzata dall'entrata in vigore dell'art. 6-*bis*.

Si trattava della vicenda di un concorso universitario nel corso del quale era stata rigettata l'istanza di ricusazione formulata da uno dei candidati nei confronti di un commissario. I giudici amministrativi affrontano, in primo luogo, la questione della ammissibilità del ricorso per inattualità della lesione della sfera giuridica del ricorrente. È noto, infatti, che in genere gli atti di nomina delle commissioni non siano autonomamente impugnabili: tuttavia, nella sentenza in esame il giudice amministrativo ha ritenuto di poter distinguere la ipotesi in cui l'amministrazione abbia rigettato l'istanza di ricusazione di un singolo componente della commissione proprio perché vi corrisponde, oltre a un sub procedimento riguardante la regolare costituzione di un organo collegiale, un interesse sostanziale alla immediata definizione della sorte dell'istanza di ricusazione «*giacché, anche sotto il profilo morale, il ricorrente è interessato a non sottostare al giudizio di un soggetto che nutre nei suoi confronti una evidente e grave avversione ideologica*»<sup>49</sup>; di conseguenza, a questo interesse corrisponde anche un'azione volta (quantomeno) ad annullare l'atto di rigetto.

Occorre, però, dissipare l'interrogativo circa la possibile decadenza del diritto di far valere l'incompatibilità del funzionario se questi non venga subito ricusato o se non si impugni subito il rigetto della ricusazione. Altri, sostenendo che dall'art. 6-*bis* discendano un obbligo di astensione per il funzionario e un corrispettivo potere per il privato di chiederne la ricusazione, hanno infatti concluso che il privato cui sia nota la causa di astensione «*ha non solo la facoltà,*

---

49 T.A.R. Umbria, 15 giugno 2006, n. 320.

*ma anche il dovere*», in un'ottica di leale collaborazione, si segnalare il fatto all'amministrazione; ove manchi questa «*doverosa forma di collaborazione – imposta dal principio di buona fede – la parte rimasta inerte non potrà far valere il vizio di legittimità [...] in sede di impugnazione del provvedimento*»<sup>50</sup>. Si intende qui sostenere una tesi diversa, coerente dal punto di vista teorico con quanto detto e con quanto si dirà in seguito e non eccessivamente penalizzante per i privati dal punto di vista pratico<sup>51</sup>. Con l'impugnazione del provvedimento finale, non si fa infatti valere l'interesse alla neutralità del decisore ma (a quel punto) l'interesse “finale” connesso al provvedimento (per esempio, l'aggiudicazione della gara o la vittoria di un concorso): in tal caso, il privato potrà sempre far valere la incompatibilità del decisore, tuttavia essa non sarà sufficiente a determinare l'annullamento dell'atto. Si ricade, infatti, nella logica causalistica dell'art. 21-*octies*, l. n. 241/1990, come sopra interpretato: si avrà, cioè, annullamento solo nei casi in cui l'assenza di neutralità abbia avuto una rilevanza causale nel determinare il contenuto del provvedimento e la lesione della situazione giuridica fatta valere in giudizio. La pretesa alla neutralità non è, quindi, fatta valere in via autonoma ma assume, rispetto alla posizione collegata al provvedimento finale, una valenza meramente strumentale.

#### **4. (segue) alla imparzialità nell'acquisizione e ponderazione di interessi. La regola dell'anonimato nei concorsi...**

Se quanto osservato nel paragrafo precedente ha a che fare con la dimensione statica dell'imparzialità, essa ha pure una dimensione dinamica, assumendo rilievo nel farsi della decisione amministrativa: nel momento della decisione emerge un profilo positivo, poiché i diversi interessi rilevanti devono essere correttamente acquisiti e valutati. L'imparzialità assume quindi una valenza positiva, nel senso che impone all'amministrazione di fare qualcosa, di agire nel ri-

---

50 F. GAFFURI, *Il conflitto di interessi nell'esercizio del potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 106 s.

51 Spesso può essere difficile avere piena contezza di una causa di astensione e può apparire a priori controproducente un'istanza di ricasazione.

spetto di certe regole. E che il suo contenuto è essenzialmente riconducibile all'idea di parità di trattamento.

Anzitutto, all'amministrazione è richiesto il rispetto di quelle regole del procedimento che attengono all'acquisizione degli interessi rilevanti per la fattispecie. In quest'ottica, rileva il trattamento riservato agli interessi privati concorrenti, siano essi compresenti nell'ambito di uno stesso procedimento o di più procedimenti assimilabili.

Di seguito, si tratteranno due ipotesi, relative, l'una, alla fase istruttoria, l'altra, a quella decisoria. Si cercherà di mostrare quali siano le regole di condotta che realizzano il diritto all'imparzialità e come la loro violazione sia azionabile da parte degli interessati: come nel paragrafo precedente, la prospettiva di una pretesa individuale aiuta a chiarire le questioni applicative, con ricadute sul piano probatorio e su quello dei rimedi.

Affinché l'amministrazione possa adottare una decisione, è necessario anzitutto che essa acquisisca gli interessi rilevanti in modo "accurato e imparziale", per usare la terminologia della Corte di giustizia. Ai fini dell'imparzialità ciò rileva soprattutto nei casi in cui il procedimento veda una pluralità di partecipanti interessati allo stesso bene finale: benché problemi di imparzialità possano sorgere anche dal raffronto tra procedimenti diversi, è in quelli concorrentiali che il profilo della corretta acquisizione degli interessi si presenta con maggiore evidenza.

Si consideri, dunque, il caso dell'anonimato nei concorsi.

L'eguale trattamento degli interessi privati coinvolti in un procedimento esige anzitutto che, nei casi di valutazioni da compiere secondo criteri obiettivi, l'amministrazione (in specie, la commissione di concorso) non sia messa nella condizione di conoscere l'identità del soggetto valutato: per questo esiste, in materia di concorsi pubblici, la regola dell'anonimato. Si tratta di una regola il cui scopo è quello di evitare la possibile commissione di favoritismi e abusi: la regola anticipa, dunque, la soglia di tutela dell'imparzialità. Non contano le ra-

gioni per le quali l'amministrazione potrebbe compiere una disparità di trattamento: conta, invece, la disparità stessa e, prima ancora, la *possibilità* che questa sia commessa.

La regola dell'anonimato pone alcune questioni non dissimili da quelle osservate in tema di conflitto di interessi e che riguardano il rilievo dell'apparenza, il rapporto con la disparità effettiva e con il corrispondente onere della prova, il rilievo della vincolatezza della fattispecie.

Al fondo il problema è sempre il bene tutelato e, di conseguenza, quali siano le forme più adatte per assicurarne la tutela. Si avverte, infatti, nelle decisioni dei giudici amministrativi una tensione tra il buon andamento (inteso come conservazione di un atto sostanzialmente corretto, dal contenuto conforme all'interesse pubblico) e il rispetto delle regole formali. Tale tensione si scarica, anche in questo caso, sulla sorte dell'atto: ci si domanda dunque se la violazione della regola procedimentale dell'anonimato – una regola che si fonda su una presunzione di parzialità dell'azione amministrativa conseguente alla conoscenza dell'identità del candidato – comporti (sempre) l'illegittimità della procedura e dell'atto, anche a prescindere dall'accertamento dell'effettiva lesione dell'interesse del concorrente alla parità di trattamento.

Il tema è stato oggetto di un contrasto giurisprudenziale. Alcuni giudici, facendo leva sulla logica causalistica dell'art. 21-*octies* e sul principio di conservazione degli atti sostanzialmente corretti, ritenevano che la violazione della regola procedimentale dell'anonimato fosse irrilevante fintantoché non venisse fornita la prova dell'effettiva alterazione della *par condicio* tra i concorrenti<sup>52</sup>. Secondo altri, invece, la violazione dell'anonimato era di per sé rilevante, trattandosi di una presunzione assoluta assimilabile a una fattispecie penale “da pericolo astratto”, dal cui accertamento consegue necessariamente l'invalidità dell'atto conclusivo della procedura viziata<sup>53</sup>.

---

52 T.A.R. Catania, I, 23 giugno 2011; n. 2103, C.G.A., 24 febbraio 2010, n.168.

53 Cons. St., VI, 4 giugno 2013, n. 3747, Cons. St., VI, 2 febbraio 2010, n. 1928.

Per illustrare i termini del problema, occorre pensare alle modalità di svolgimento del concorso e di esame dei concorrenti. La giurisprudenza si è formata su fattispecie di concorsi pubblici nelle quali era assente ogni margine di valutazione in sede di correzione delle prove: si tratta, tipicamente, del caso di prove d'esame con risposte multiple e correzione automatizzata. Qui, inevitabilmente, torna in gioco il problema della vincolatezza della fattispecie, che in astratto comporterebbe l'impossibilità, pur nella violazione di regole procedurali, di alterazione del risultato. Diversamente dall'ipotesi di conflitto di interessi, esaminata nel paragrafo precedente, il problema non è l'interferenza nella procedura di un interesse esterno, bensì la possibile disparità di trattamento prodottasi in sede di svolgimento delle prove o di elaborazione dei giudizi sulle stesse.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato<sup>54</sup> ha risolto il contrasto aderendo alla tesi più rigorosa: il comportamento dell'amministrazione nei concorsi è rigidamente tipizzato in modo da tutelare l'anonimato perché quest'ultimo è «elemento costitutivo dell'interesse pubblico primario al cui perseguimento tali procedure selettive risultano finalizzate». La violazione dell'anonimato comporta una «illegittimità da pericolo c.d. astratto», cioè «un vizio derivante da una violazione della presupposta norma d'azione irrimediabilmente sanzionato dall'ordinamento in via presuntiva, senza necessità di accertare l'effettiva lesione dell'imparzialità in sede di correzione»<sup>55</sup>.

Ad avviso del massimo giudice amministrativo, dunque, quel che conta è che si sia realizzata la condotta in violazione della regola dell'anonimato. Il fatto che la correzione sia vincolata (perché automatizzata) non rende influente la violazione dell'anonimato e a nulla vale la certezza che il possibile riconsoci-

---

54 Cons. St., Ad. plen., 20 novembre 2013, nn. 26, 27, 28, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, p. 134 ss., con nota di S. BOLOGNA, *Concorsi pubblici e violazione non irrilevante dell'anonimato nelle tre sentenze "gemelle" del Consiglio di Stato*.

55 Nello stesso senso, più di recente, Cons. St., IV, 28 settembre 2018, n. 5571 e T.A.R. Abruzzo, I, 15 maggio 2017, n. 214, secondo cui la violazione dell'anonimato «comporta una illegittimità da pericolo c.d. astratto [...] e cioè un vizio derivante da una violazione della presupposta norma d'azione irrimediabilmente sanzionato dall'ordinamento in via presuntiva, senza necessità di accertare l'effettiva lesione dell'imparzialità in sede di correzione».

mento del candidato non abbia influito<sup>56</sup>. Dirimente è, in realtà, la considerazione che, nel caso si specie, vi sia stata la possibilità materiale che la violazione dell'anonimato abbia potuto produrre un trattamento di favore per qualcuno degli interessati: per esempio, quando possano esservi stati scambi di elaborati tra candidati o possibili alterazioni delle prove d'esame (modifica o completamento di risposte in un test)<sup>57</sup>. L'esistenza di questa possibilità materiale induce a ritenere che la violazione dell'anonimato comporti l'illegittimità della procedura anche quando non vi siano margini di apprezzamento da parte dell'amministrazione (per esempio, nel caso di correzioni automatizzate di prove d'esame a risposta chiusa). Del resto, la stessa giurisprudenza fa leva sulla difficoltà, per il ricorrente, di provare che alla violazione dell'anonimato sia effettivamente conseguita una disparità di trattamento.

Nella prospettiva di questa indagine, tuttavia, la soluzione prospettata dall'Adunanza plenaria non può ritenersi soddisfacente. Accogliere la tesi della tutela della semplice apparenza di imparzialità – e dunque la tesi più rigorosa – significherebbe prescindere dalla distinzione tra fattispecie discrezionali e vincolate, in astratto come in concreto: così facendo, si finirebbe ancora una volta per concedere al privato l'annullamento dell'atto in assenza di lesione di una situazione giuridica soggettiva, ma soltanto nella prospettiva di garantire l'interesse pubblico all'immagine dell'amministrazione (che, lo si ripete, non è certo un interesse irrilevante ma è – o dovrebbe essere – estraneo all'oggetto del processo).

In altre parole, l'interesse legittimo che il ricorrente pretende leso si sovrappone (e si confonde) con l'interesse pubblico o corrisponde, al più, al rispetto della legalità (in questo caso, il rispetto delle regole concorsuali a garanzia dell'anonimato dei concorrenti). Se si ritiene che l'interesse legittimo del ricorrente abbia per oggetto il bene finale o il provvedimento favorevole, o la

---

<sup>56</sup> Si sostiene anche che la violazione dell'anonimato non comporti l'illegittimità quando non sia "sensibile" o quando si tratti di «*irregolarità così modeste o veniali da risultare giustificabili alla stregua del principio di ragionevolezza e proporzionalità*»: Cons. St., Ad. plen., n. 28/2013.

<sup>57</sup> T.A.R. Abruzzo, n. 214/2017.

possibilità legale di ottenerlo, non può esservi lesione riparabile con l'annullamento dell'atto se la violazione dell'anonimato non ha inciso sulla graduatoria concorsuale, nella quale il ricorrente non è collocato in posizione utile.

Se non bastasse questa considerazione – che di per sé dovrebbe già esser sufficiente – possono aggiungersene altre di carattere fattuale. In primo luogo, la soluzione che conduce in ogni caso all'annullamento dell'atto azzera il rilievo dell'aspetto probatorio: qualunque prova l'amministrazione fornisca, essa non basterebbe a superare la presunzione sopra richiamata. Ferma restando la difficoltà di fornire la prova dell'assenza di conseguenze dovute alla violazione dell'anonimato, ove l'amministrazione riesca a farlo, sarebbe garantita al concorrente-ricorrente una tutela che va oltre ogni utilità riconosciuta dalla legge. In secondo luogo, in tale eventualità, per quanto remota, non accordare rilievo alla prova contraria sarebbe evidentemente in contrasto con il principio di buon andamento dell'azione amministrativa, senza che tale sacrificio possa giustificarsi con un effettivo beneficio per l'interesse privato di cui viene lamentata la lesione.

L'Adunanza plenaria, nell'enunciare il principio di diritto, stabilisce che la violazione «*non irrilevante*» dell'anonimato «*determina de jure la radicale invalidità della graduatoria finale, senza necessità di accertare in concreto l'effettiva lesione dell'imparzialità in sede di correzione*».

Se, però, si accettano le premesse sopra indicate, dovrebbe piuttosto ritenersi che la violazione “non irrilevante” vada intesa come quella “idonea in astratto ad alterare la parità di trattamento”, così semplificando l'onere probatorio in capo al ricorrente ma ammettendo, al contempo, la possibilità per l'amministrazione resistente di fornire la prova contraria.

Ulteriore ragione di perplessità suscitata dal richiamato orientamento sta in ciò: che esso tratta la regola in questione come norma di azione, ignorandone il carattere relazionale. Nella misura in cui una norma, nell'imporre un obbligo di condotta all'amministrazione, lo faccia nell'interesse del partecipante a

vedersi trattato – anche solo potenzialmente – come gli altri concorrenti, quella stessa norma (di relazione) costituisce altresì il fondamento di una posizione che per l'ordinamento è giuridicamente rilevante e meritevole di protezione. Collegando la norma alla tutela di una posizione individuale, si coglie infatti quale sia il bene tutelabile tramite l'annullamento dell'atto in sede giurisdizionale: bene che, nel caso di specie, è un interesse individuale alla parità di trattamento. Se si accede a questa prospettiva, si deve riconoscere la dubbia coerenza di un approccio che preveda l'annullamento di un atto non lesivo di quell'interesse individuale. Se l'interesse non è leso, il rimedio diventa non solo superfluo, ma addirittura disfunzionale, giacché compromette altri valori, a partire, come detto, dal buon andamento.

Ne discende allora che non dovrebbe ammettersi l'annullamento di una graduatoria concorsuale fondata su una valutazione sostanzialmente corretta delle prove e su una loro corretta attribuzione ai candidati, giacché una nuova valutazione delle stesse da parte di un'altra commissione porterebbe allo stesso esito. Non si vede, in tal caso, come possa ritenersi tutelato quell'interesse individuale e soddisfatta la finalità garantista della norma.

## **5. (segue) e la disparità di trattamento**

Una volta che gli interessi rilevanti siano correttamente acquisiti, occorre che, laddove vi sia margine di scelta in capo all'amministrazione, essi siano correttamente ponderati.

Ecco allora che l'imparzialità è uno dei principi che guidano l'esercizio della discrezionalità, che ne è stata definita la «*naturale cornice*»<sup>58</sup>. Del resto, è solo nel momento in cui l'amministrazione ha un potere di scegliere, oltre la semplice applicazione di regole, che può aversi violazione dell'imparzialità<sup>59</sup>: in tal caso, infatti, può verificarsi la disparità di trattamento tra situazioni comparabi-

---

58 S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa*, cit., p. 70.

59 Oppure, come visto nel precedente paragrafo, quando vi sia comunque la possibilità materiale di operare una disparità di trattamento.

li, che è generalmente considerata una delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere.

Una volta che l'imparzialità si sia realizzata nelle condizioni soggettive del decisore (la neutralità, anche apparente, per assenza di interessi in conflitto) e in quelle oggettive del procedimento (il pieno "accesso" degli interessi concorrenti e rilevanti alla valutazione dell'amministrazione), occorre capire se esista, ed eventualmente entro quali limiti, una pretesa all'imparzialità nella fase vera e propria della decisione: se esista, cioè, un "diritto" all'imparzialità nel momento della ponderazione o composizione degli interessi.

Come anticipato, il tema si lega a doppio filo a quello della discrezionalità e a quello contiguo del merito<sup>60</sup>: è, infatti, evidente che possa parlarsi di un diritto (o, meglio, di una qualsiasi posizione soggettiva tutelata dall'ordinamento) in questa fase soltanto se esistono delle regole che l'amministrazione è tenuta a seguire nel momento della composizione degli interessi.

Così presentato, il tema s'intreccia con la natura dell'attività discrezionale e del relativo sindacato, nonché con la consistenza delle situazioni soggettive dei privati a fronte del potere dell'amministrazione, sul quale si tornerà nelle prossime pagine. Per il momento, l'obiettivo è accertare se la configurazione di una pretesa individuale all'imparzialità (cui corrisponda una regola di comportamento in capo all'amministrazione) possa contribuire a orientare la decisione discrezionale dell'amministrazione e arricchire il controllo giurisdizionale di tale decisione<sup>61</sup>. A tal fine, è necessario analizzare il diritto vivente, specie nella sua dimensione giurisprudenziale.

Nell'esaminare la giurisprudenza amministrativa sul problema della disparità di trattamento, il primo dato che emerge è costituito dal rapporto tra legge e imparzialità: agire in modo imparziale significa, anzitutto, agire secondo diritto. Tuttavia, secondo la comune opinione, l'imparzialità non si risolve uni-

---

<sup>60</sup> Proprio in riferimento alla disparità di trattamento, v. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 544.

<sup>61</sup> Del resto, esistono altri principi e criteri (come ragionevolezza e proporzionalità) che l'amministrazione è tenuta a rispettare nell'esercizio dell'attività discrezionale.

camente nel rispetto delle singole disposizioni di legge ma, anzi, l'imparzialità inizia dove finisce la legge: proprio laddove la fattispecie non è interamente disciplinata da disposizioni legislative, l'imparzialità trova il proprio campo di applicazione<sup>62</sup>. Ecco perché la discrezionalità è definita come la naturale cornice dell'imparzialità. Allo stesso tempo, l'imparzialità trova nella disciplina legislativa un limite: vale a dire che l'imparzialità, intesa come parità di trattamento, non può garantire ciò che la legge non consente.

Una prima serie di pronunce in tema di disparità di trattamento si collega a questa premessa: il giudice ritiene che «*non è configurabile il vizio di eccesso di potere per disparità di trattamento nel caso in cui l'invocato trattamento favorevole sia stato concesso per un errato comportamento dell'amministrazione; e ciò in quanto l'eventuale illegittimità di detto comportamento non può mai costituire ragione sufficiente a fondare una pretesa ad ottenere le medesime condizioni e a far sorgere il diritto ad ottenere lo stesso trattamento*»<sup>63</sup>.

L'argomento nasconde un problema di "giustizia": una situazione simile, nella quale a un soggetto è concesso un trattamento favorevole che è negato ad altro nella stessa situazione in quanto illegittimo, comporta un «*effetto di oggettiva disuguaglianza*»<sup>64</sup>.

---

62 Il punto investe la più generale questione del ruolo dei principi nel diritto amministrativo, che si può semplificare all'estremo nei termini seguenti. Secondo le tesi più comuni, i principi possono essere considerati, in contrapposizione alle regole, come una "guida" nell'esercizio del potere: ciò significa che i principi si situano oltre la sfera della legittimità e "coprono", in tutto o in parte, l'area del merito amministrativo; in questo modo, il merito diventa sindacabile da parte del giudice (pur trattandosi di un sindacato a maglie larghe e che comunque non consente al giudice di annullare una valutazione legittima o di sostituirsi all'amministrazione). All'opposto, vi sono tesi che riconducono invece i principi interamente all'area della legittimità: in base a esse, infatti, i principi costituiscono, al pari delle regole, dei "limiti" che l'amministrazione è tenuta a rispettare ma, oltre i quali, il potere (merito) si esercita liberamente. La individuazione del contenuto di un "diritto" all'imparzialità – come posizione individuale corrispettiva al rispetto di alcuni di quei "limiti" imposti all'amministrazione – si iscrive in questo secondo ordine di idee. Sulla questione dei principi come "guida" e come "limite", si veda per tutti i riferimenti L. FERRARA, *Individuo e potere*, cit., p. 70 ss.

63 Cons. St., VI, 3 settembre 2003, n. 4885.

64 A. ROMANO, *Commento all'art. 26 del Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, r.d. 26 giugno 1924 n. 1054*, Sez. I, in ID. (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 2001, p. 283.

Si tratta, però, di una disuguaglianza priva di rilievo giuridico. Piuttosto, si può immaginare che simile rilievo giuridico vi sia laddove il comportamento colpevole dell'amministrazione, che concede solo ad alcuni un trattamento favorevole illegittimo, possa causare un danno ingiusto a chi ne resta escluso. Per esempio, il trattamento illegittimo riservato a un imprenditore potrebbe alterare il mercato a danno degli imprenditori concorrenti. In tal senso, occorrerebbe considerare, però, non il singolo rapporto amministrativo ma l'attività nel suo complesso<sup>65</sup>. Nell'ottica, invece, di quest'indagine, ove a rilevare è proprio la singola vicenda amministrativa nella quale si realizza il diritto all'imparzialità, l'argomento giurisprudenziale non è teoricamente contestabile, né giuridicamente scorretto.

Un'altra serie di sentenze esclude invece la configurabilità della disparità di trattamento quando la fattispecie sia vincolata. Anche in questo caso, più che sulla dimostrazione del vincolo, la giurisprudenza insiste sull'incompatibilità tra vincolatezza e disparità di trattamento: se un caso è genericamente ricondotto a una ipotesi di «*potere vincolato*», tanto basta a escludere la disparità, anche quando si ammette l'esistenza di valutazioni tecniche<sup>66</sup>. Affinché l'argomento sia valido, dovrebbe potersi escludere la discrezionalità in ogni aspetto della fattispecie<sup>67</sup>. Invece, l'affermazione della vincolatezza sembra soprattutto una strategia argomentativa utile a evitare di accedere al fatto e di ingerirsi nell'esercizio del potere amministrativo: l'argomento della vincolatezza consente infatti, di per sé, di superare il problema della disparità di trattamento e della sua prova.

Oltre alla discrezionalità, affinché possa esservi disparità di trattamento, la giurisprudenza richiede un secondo requisito: la assoluta identità di situazioni soggettive e oggettive<sup>68</sup>. Come per la (assenza di) discrezionalità, il giudice amministrativo sembra utilizzare l'argomento della (assenza di) assoluta identità di

---

65 Per un'apertura di questo genere v. L. COEN, *Disparità di trattamento e giustizia amministrativa. Principio di eguaglianza e tecniche di motivazione della sentenza*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 212.

66 Per esempio, Cons. St., VI, 30 novembre 2017, n. 5798.

67 L. COEN, *Disparità di trattamento*, cit., p. 102.

68 R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 542.

situazioni per poter escludere in radice la disparità di trattamento. Del resto, se il requisito è inteso in senso stretto, è difficile immaginare due situazioni completamente sovrapponibili: si pensi, per esempio, in materia urbanistica, all'impossibilità di ipotizzare una disparità di trattamento tra le destinazioni urbanistiche di fondi anche adiacenti dal momento che ciascun fondo è «*necessariamente differenziato dagli altri e quindi è soggetto ad autonoma valutazione*»<sup>69</sup>.

Neppure sembra che la giurisprudenza si spinga a indicare quali elementi siano rilevanti per il confronto tra le situazioni. È evidente, infatti, che nella comparazione tra due situazioni le diversità fattuali sono sempre innumerevoli, ma le uniche che contano (o dovrebbero contare) sono esclusivamente le diversità suscettibili di giustificare un trattamento differenziale.

L'argomento dell'assoluta identità delle situazioni si configura allora in modo tale da costituire un limite alla tutela dell'imparzialità: la giurisprudenza finisce, infatti, per richiedere una *probatio diabolica* o per argomentare per assurdo che, anche ove la prova fosse fornita, non ne discenderebbe automaticamente l'illegittimità dell'atto<sup>70</sup>. La disparità di trattamento appare allora molto depotenziata nella prassi, così da rendere irrilevante l'imparzialità nelle fattispecie discrezionali: se viene richiesto che la disparità sia manifesta o abnorme per essere sanzionata, il sindacato del giudice è più facilmente riconducibile alla ragionevolezza o alla proporzionalità<sup>71</sup>. La ragione di un simile atteggiamento si può rinvenire nella naturale ritrosia del giudice amministrativo a ingerirsi nelle

---

69 Per esempio, T.A.R. Toscana, I, 17 gennaio 2018, n. 112.

70 Cons. St., VI, 6 giugno 2008, n. 2720: «*Orbene: non compete a questo Giudice stabilire per quale ragione l'amministrazione non ebbe a promuovere procedimento disciplinare nei confronti dei colleghi dell'appellante, come asserito dalla stessa. [...] Per essere più chiari: se Tizio e Caio, versanti nella identica situazione, a fronte di una unica condotta del superiore, avessero profferito nei confronti di quest'ultimo la medesima espressione/critica/doglianza, e l'amministrazione avesse intrapreso iniziative soltanto nei confronti di alcuno di essi, allora si sarebbe ben potuta prendere in considerazione, probabilmente, la astratta possibilità del ricorrere della figura sintomatica di eccesso di potere per disparità di trattamento prospettata nel ricorso in appello. [...] E, sotto altro profilo, se anche l'appellante ciò avesse provato, ugualmente la propria doglianza sarebbe stata inaccoglibile laddove l'amministrazione avesse errato nell'omettere di promuovere la (fondata) azione disciplinare nei confronti dei sodali dell'appellante versanti in identica situazione.*

71 R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 544.

scelte dell'amministrazione e anche nell'accesso al fatto<sup>72</sup>: l'assenza di identità assoluta tra situazioni è un dato più presupposto che dimostrato<sup>73</sup>.

Si consideri anche che gli argomenti passati in rassegna (vincolatezza della fattispecie, illegittimità del trattamento favorevole, assoluta identità delle situazioni) sarebbero, ciascuno di per sé, astrattamente idonei a escludere la disparità di trattamento: la giurisprudenza tende invece a usarli cumulativamente e anche a sovrapporli<sup>74</sup>.

A conferma di quanto sostenuto, si osserva che il giudice amministrativo è invece propenso a dar peso all'imparzialità (e alla disparità di trattamento) nei casi in cui il punto non verta sulla scelta dell'amministrazione. Per esempio, si sostiene che l'imparzialità possa fondare un obbligo di provvedere anche quando la fattispecie legale non lo preveda. Ciò accade quando «*si chieda il riesame di un atto inoppugnabile (situazione che ordinariamente non determina l'esistenza di un obbligo di provvedere), nel caso in cui, in ragione di un mutato orientamento dell'amministrazione, sia stata modificata in melius la posizione di altri soggetti che si trovino in situazioni analoghe*»<sup>75</sup>. Oppure, quando la disparità riguardi le caratteristiche dei soggetti che possono aspirare a una concessione, per cui è ritenuto illegittimo chiedere una documentazione suppletiva a uno soltanto in virtù della sua natura giuridica (associazione non riconosciuta anziché soggetto imprenditoriale)<sup>76</sup>. In questi casi, la disparità di trattamento non tocca l'oggetto della decisione ma soltanto, nel primo caso, l'*an*; nel secondo, le uguali "condizioni di partenza" dei soggetti coinvolti in una procedura competitiva.

---

72 M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 2021, p. 226 ss.

73 Per esempio, T.A.R. Lazio, I, 8 novembre 2017, n. 11460: «*Neppure rileva la asserita disparità di trattamento che la ricorrente lamenta nei confronti di altro giudice di pace che avrebbe posto in essere una condotta simile senza essere sottoposto a procedimento disciplinare, non essendo comunque possibile presupporre una assoluta identità tra le situazioni messe a confronto né considerare le determinazioni assunte in un diverso contesto come parametro di legittimità rispetto alla decisione impugnata*».

74 Tra altre, v. Cons. St., VI, 30 novembre 2017, n. 5798, Cons. St., II, 15 settembre 2020, n. 5451.

75 T.A.R. Salerno, II, 10 aprile 2008, n. 547.

76 Cons. St., VI, 4 giugno 2002, n. 3159.

Come può innovare in questo panorama il “diritto” all'imparzialità? La sussistenza di una pretesa giuridicamente tutelata a un trattamento imparziale comporta, in capo all'amministrazione, un onere motivazionale che non può limitarsi alla negazione della disparità. E, in giudizio, dovrebbe comportare la prova, in positivo, del trattamento imparziale, con la dimostrazione della effettiva differenza tra le situazioni comparate. Ne consegue, peraltro, l'adesione a quella corrente di pensiero che vede nella disparità di trattamento non una fattispecie sintomatica dell'eccesso di potere, bensì un caso di violazione di legge: cosa che porta con sé la necessità, per saggiare la legittimità dell'atto, di un raffronto tra la fattispecie astratta e quella concreta, quindi un sindacato diretto e non indiretto<sup>77</sup>. Il potenziamento dei mezzi istruttori nel processo amministrativo, nonché la sua mutata natura alla luce del codice, costituiscono un passo in tale direzione<sup>78</sup>.

#### **6. Un contributo al dibattito sulle situazioni soggettive a partire dal diritto all'imparzialità. L'autonomia delle situazioni soggettive e la critica alla moltiplicazione dei diritti soggettivi**

Mostrate alcune delle possibili applicazioni della tesi proposta, occorre guardare ai riflessi che la stessa può avere sulla teoria delle situazioni giuridiche soggettive, sciogliendo la questione circa la natura di quello che finora si è chiamato, in via generale, “diritto” all'imparzialità dell'amministrazione.

In sintesi si sono enucleati tre contenuti del diritto:

i) sul versante statico, la pretesa a veder esclusi interessi e interferenze indebiti del (e sul) decisore: la pretesa, cioè, alla neutralità dell'amministrazione. Simile pretesa può essere, in certi casi, autonoma e di per sé azionabile. Altrimenti, quando essa sia ricompresa nella pretesa “finale” del privato, che la fa valere attraverso l'impugnazione del provvedimento (a sua volta finale), la neutralità non rileva di per sé ma conta l'astratta idoneità causale della parzialità dell'amministrazione a incidere sul contenuto dell'atto. Infatti, solo se vi è que-

<sup>77</sup> R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 546 s.

<sup>78</sup> Per tutti, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 41 ss. e p. 261 ss.

sta astratta idoneità causale (dunque nelle ipotesi di discrezionalità – anche in concreto), l'atto adottato dall'amministrazione “parziale” è da ritenersi annullabile;

ii) sul versante dinamico, nella fase istruttoria, la pretesa a un uguale trattamento degli interessi, che implica l'obbligo in capo all'amministrazione procedente di realizzare una istruttoria accurata, da intendersi qui come una acquisizione completa e scevra da discriminazioni dei fatti rilevanti e degli interessi concorrenti;

iii) sempre sul versante dinamico, nella fase decisoria, la pretesa a una composizione/ponderazione tra gli interessi che poggia su criteri definiti e sia resa trasparente per il tramite della motivazione dell'atto: si è visto, infatti, come gli argomenti utilizzati dal giudice amministrativo per negare la disparità di trattamento siano soprattutto uno schermo per evitare l'accesso al fatto e per espandere surrettiziamente l'area riservata alla scelta dell'amministrazione.

Bisogna a questo punto procedere oltre e comprendere cosa sia il diritto all'imparzialità di cui si è detto finora: se un (o più d'uno) diritto soggettivo autonomo, sulla scorta di alcune ricostruzioni delle pretese procedimentali, oppure se una o più di quelle «*facoltà [...] inscritte nella situazione [generalmente detta] di interesse legittimo*»<sup>79</sup>, cui corrispondono altrettanti obblighi di condotta da parte della pubblica amministrazione.

Nel primo caso, saremmo in quell'ordine di idee, particolarmente rafforzato a seguito dell'entrata in vigore della legge sul procedimento amministrativo, per cui esistono pretese procedimentali del privato, dotate di autonoma consistenza giuridica<sup>80</sup> e aventi, secondo molti, la natura di diritti (soggettivi<sup>81</sup> o

---

79 L. FERRARA, *Statica e dinamica nell'interesse legittimo: appunti*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 475.

80 Si vedano A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1996, e, per una trattazione recente del tema, E. FRAGALE, *Il diritto (europeo) alla buona amministrazione ed il problema dell'autonomia delle pretese partecipative*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, p. 825 ss.

81 M. RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 557 ss.

anche fondamentali<sup>82</sup>). Mancherebbe infatti nel rapporto procedimentale, da parte dell'amministrazione, l'esercizio di potere amministrativo, cosa che caratterizza soltanto l'adozione del provvedimento. L'assenza del binomio potere-provvedimento è basata sull'idea che i precetti procedimentali impongano atti e comportamenti che «non sono espressione di una posizione di superiorità o supremazia dell'apparato pubblico», ma regolino «semplici comportamenti» che le parti, anche quella pubblica, devono tenere nel corso del procedimento<sup>83</sup>.

A fronte di questa, apparentemente piana, affermazione, si presenta però un ostacolo messo a fuoco già da Giannini: l'assenza di una tutela giurisdizionale propria per gli interessi procedimentali<sup>84</sup>. Infatti, se si trattasse di autentici diritti soggettivi, dovrebbe essere possibile azionarli in sede giurisdizionale immediatamente e indipendentemente dalla posizione finale (di interesse legittimo o diritto soggettivo) collegata al bene della vita a cui aspira il privato. E ancora: se si trattasse di diritti soggettivi, al di fuori delle ipotesi di giurisdizione esclusiva, il giudice dotato di giurisdizione sarebbe quello ordinario.

In proposito, i sostenitori della tesi dell'autonomia delle situazioni procedimentali hanno individuato, in effetti, possibili rimedi giurisdizionali: alcuni valorizzando la possibile tutela risarcitoria (successiva) dei diritti procedimentali<sup>85</sup>; altri, invece, teorizzando la possibilità di reazione immediata all'atto (o al comportamento) che determini la lesione – in particolare – del diritto a parteci-

---

82 L.R. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 850 ss.

83 Si veda F. GAFFURI, *Il rapporto procedimentale*, Milano, Giuffrè, 2013, 118, secondo cui «le norme sul procedimento non attengono [...] al potere pubblico, in senso formale e statico, in quanto non disciplinano manifestazioni, specifiche o particolari, di siffatta capacità speciale; in realtà le norme in questione prevedono e regolano semplici comportamenti, più esattamente i comportamenti che le parti, pubbliche o private, coinvolte nell'esercizio della funzione possono o devono tenere nel corso del procedimento». Altri, tra coloro che per primi hanno sostenuto l'autonomia rilevante delle pretese partecipative, ha evidenziato il carattere formale delle pretese partecipative, contrapposto a quello sostanziale (dunque incidente sul contenuto del provvedimento) dell'interesse legittimo: v. A. ZITO, *Le pretese partecipative*, cit., *passim*.

84 M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 634.

85 In particolare, le tesi più coerenti individuano il giudice ordinario quale giudice al quale rivolgere le domande risarcitorie per lesioni di diritti soggettivi procedimentali: M. RENNA, *Obblighi procedimentali*, cit., *passim*; F. GAFFURI, *Il rapporto procedimentale*, cit., p. 149.

pare al procedimento, facendo leva sulla tutela (anticipata) cautelare<sup>86</sup>. Dovendo però essere conseguenti rispetto alla qualificazione delle posizioni in esame nei termini di diritti soggettivi, queste tesi ammettono che, fatta eccezione per le ipotesi di giurisdizione esclusiva, sia il giudice ordinario a dover conoscere della lesione delle pretese partecipative.

A queste ricostruzioni sono stati opposti una serie di rilievi critici. Anzitutto, il difetto di autonomia si ricava dalla strumentalità delle pretese partecipative rispetto al provvedimento finale: il privato, infatti, partecipa al procedimento – ed esercita le relative facoltà – in vista dell'ottenimento del bene della vita collegato al provvedimento<sup>87</sup>. L'inconsistenza dell'autonomia risulterebbe anche dalla assenza di «*possibilità di reazione immediata*»<sup>88</sup>. Inoltre, rispetto alla tutela risarcitoria delle pretese partecipative, è facile obiettare, in punto di fatto prima ancora che di diritto, che è arduo quantificare un danno per la loro lesione, qualora alla violazione della regola sul procedimento non si accompagni anche una lesione del bene finale<sup>89</sup>; e ancora, si porrebbe il problema di azionare la tutela risarcitoria di fronte al giudice ordinario (trattandosi di lesione di diritto soggettivo)<sup>90</sup>, magari in parallelo con l'azione di annullamento presentata al giudice amministrativo.

Ci troviamo, dunque, di fronte a pretese che hanno la natura di diritti ma il cui rafforzamento sembra non garantire al privato una particolare utilità: la tutela giurisdizionale è difficilmente praticabile (ad esempio per la difficoltà di

---

86 A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, cit., p. 254 ss.: resta tuttavia il problema della qualificazione di tali posizioni autonome come diritti (che sembra accolta dall'A.) e della relativa giurisdizione.

87 F.G. COCA, *Interesse legittimo*, cit., 245 s.

88 F.G. COCA, *Interesse legittimo*, cit., 249, nt. 67: «Di già indicativo è la mancanza della possibilità di reazione immediata: si conferma che le "facoltà" sono attribuite in funzione della decisione, e, pertanto, la loro violazione ha ragion d'essere soltanto in sede di impugnazione del provvedimento, con il quale la decisione viene formalizzata»; e ancora: «è incontestabile che la violazione di tali "facoltà" da parte dell'amministrazione precedente è, allo stato attuale della disciplina positiva, scarsamente assistita da conseguenze di ordine sanzionatorio (e, quindi, giurisdizionale)» (ivi, p. 248).

89 F.G. COCA, *Interesse legittimo*, cit., p. 247.

90 F.G. COCA, *Interesse legittimo*, cit., p. 250.

individuare un danno risarcibile)<sup>91</sup>, e complicata ulteriormente dal riparto di giurisdizione. Inoltre, la soddisfazione delle pretese partecipative non garantisce necessariamente al cittadino il conseguimento del bene finale, che è ciò che, di fatto, realmente gli preme.

Sembra quindi che questa scomposizione in un «*catalogo di 'microdiritti'*»<sup>92</sup> non sia necessaria. Essa, infatti, rischia di rivelarsi artificiosa sul piano giuridico, nella misura in cui si ravvedono situazioni soggettive autonome (diritti) a tutela di utilità strumentali rispetto al bene finale; e poco utile sul piano pratico, perché a simili situazioni – come dimostra anche la prassi successiva alla legge sul procedimento – non è possibile garantire tutela effettiva.

Soprattutto, questa moltiplicazione dei diritti lascia in vita l'interesse legittimo, che finisce per garantire – secondo una nota ricostruzione<sup>93</sup> – tutti gli interessi privati che non assurgono al livello di diritti. Questo conduce a due ulteriori problemi. Il primo riguarda la necessità di individuare una differenza tra norme che tutelano interessi privati, dando origine a diritti soggettivi, e norme che tutelano (almeno primariamente) interessi pubblici, dando origine a interessi legittimi. Se, infatti, ogni situazione giuridica soggettiva deve trovare fondamento in una previsione normativa, occorre che vi sia un criterio atto a distinguere tra norme del primo e del secondo tipo. Il criterio più tradizionale è quello che distingue tra norme di azione e norme di relazione, che abbiamo visto essere utilizzato, anche di recente, in tema di imparzialità. Si tratta, tuttavia, di un criterio da tempo criticato e ritenuto inservibile, dal momento che, da un lato, ogni norma – incluse quelle di “relazione” – è posta (anche) nell'interesse

---

91 Sul problema si vedano le considerazioni di M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 430 ss. e quelle, più recenti, di A. IULIANI, *Obblighi strumentali e azione di adempimento*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 171 ss. In generale, sulla difficoltà di garantire la tutela risarcitoria nel processo amministrativo, v. F. FRANCIOSI, *Quel pasticciaccio della questione di giurisdizione. Parte seconda: conclusioni di un convegno di studi*, in *Federalismi.it*, 34/2020, p. 102, secondo cui tale processo si è «*dimostrato nella concreta applicazione, fisiologicamente inidoneo ad erogare la tutela risarcitoria*», principalmente a causa della «*perdurante assenza di una vera e propria istruttoria nella fisiologia del processo amministrativo*».

92 Per usare l'espressione di A. TRAVI, *Rileggendo Orsi Battaglini. Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"* (*Sonntagsgedanken*), in *Dir. pubbl.*, 2006, p. 103.

93 M. RENNA, *Obblighi procedurali*, cit., par. 2.

pubblico e, dall'altro, ogni norma che ponga un vincolo all'azione della pubblica amministrazione produce un corrispondente vantaggio per il privato interessato<sup>94</sup>. Detto altrimenti, se si prende in considerazione il rapporto tra amministrazione e cittadino coinvolto nel procedimento, le norme d'azione sono anch'esse norme di relazione: è, del resto, quanto si è provato a mostrare in riferimento alla pretesa individuale a un'amministrazione imparziale, che si realizza proprio nel rispetto da parte della p.a. di una serie di vincoli posti dalla legge alla sua azione.

Un criterio analogo a quello norme di azione/norme di relazione è stato proposto anche nel dibattito sui diritti procedurali: si è, infatti, detto che vi sono «*disposizioni normative procedurali che non costituiscono pretese immediate in capo ai soggetti privati, poiché non proteggono un valore autonomo e distinto da quello dell'efficacia e dell'imparzialità del procedimento amministrativo*». In questi casi, i privati sarebbero titolari di un interesse legittimo, posizione che «*rimane a presidiare tutte quelle situazioni procedurali e sostanziali in cui l'ordinamento, al cospetto del potere amministrativo, ritiene di dovere accordare protezione a determinati interessi privati, senza tuttavia riconoscere o attribuire diritti soggettivi in relazione agli stessi*»<sup>95</sup>. La tesi si regge sulla "immediatezza" di alcune pretese (diritti soggettivi) e sulla protezione invece mediata di altri interessi (interessi legittimi). Essa però non sfugge alle critiche portate alla distinzione tra norme d'azione e norme di relazione. Si può sostenere, infatti, che ogni norma procedurale che imponga un obbligo per l'amministrazione garantisca altresì al privato un vantaggio, protetto dall'ordinamento e dunque esigibile. Non sembra, quindi, esservi una differenza nella struttura delle diverse pretese corrispondenti agli obblighi procedurali dell'amministrazione. Altrettanto scivoloso è il terreno se si voglia fondare una differenza tra norme in base alla loro finalità (se esse siano, cioè, poste a tutela dell'interesse

---

94 Per questi rilievi, L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 134 ss.

95 M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, cit., p. 561.

pubblico o di quello privato): è stato dimostrato che, una volta posta, la norma è idonea a soddisfare tanto l'interesse pubblico quanto quello privato<sup>96</sup>.

Vi è, poi, un secondo problema legato alla moltiplicazione dei diritti procedurali e alla loro coesistenza con l'interesse legittimo come posizione finale, problema che costituisce il risvolto processuale della ricostruzione in esame.

Il progressivo ampliamento dell'area dei diritti ha portato con sé, come detto, un'espansione delle ipotesi di giurisdizione esclusiva. Una simile espansione è, infatti, necessaria al fine di conservare le controversie comunque implicanti l'esercizio del potere pubblico al giudice amministrativo. Si tratta però, di una strada non priva di inconvenienti<sup>97</sup>: la giurisdizione esclusiva non copre comunque ogni ambito di attività delle pubbliche amministrazioni, ragione per cui possono individuarsi materie nelle quali la lesione di diritti soggettivi debba essere fatta valere davanti al giudice ordinario. Inoltre, sul piano dell'effettività della tutela, si è già ricordato come alla moltiplicazione dei "diritti" procedurali non sia seguito un aumento delle utilità garantite dal processo ai ricorrenti<sup>98</sup>.

Occorre, allora, trovare una risposta diversa all'evoluzione del diritto positivo: le pretese del privato, specie se tutelate da una norma puntuale (motivazione, preavviso di rigetto, astensione per conflitto d'interessi, eccetera), impongono infatti obblighi in capo alle amministrazioni, il cui adempimento non si presenta diverso dal rispetto di regole di comportamento proprie dei rappor-

---

96 A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., p. 1252; L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., p. 134 ss.

97 F. FRANCIOSI, *Quel pasticciaccio della questione di giurisdizione*, cit., p. 100, ha parlato di «alzata di ingegno tipicamente italiana» nel riferirsi al tentativo di «aggirare» il problema del riparto di giurisdizione attraverso la moltiplicazione delle ipotesi di giurisdizione esclusiva. In questo modo, il problema non si è risolto ma, secondo l'A., si è spostato «in pratica quanto più possibile la tutela dei diritti soggettivi dal giudice ordinario al giudice amministrativo quando parte in causa è una pubblica amministrazione. Spostamento che si perfeziona con l'attribuzione al giudice amministrativo del potere di condannare anche al risarcimento del danno».

98 O, meglio, sono aumentate le occasioni di sindacato del giudice amministrativo sulla legittimità dell'azione della p.a., ma non hanno trovato specifico ristoro le lesioni delle situazioni procedurali.

ti privatistici. La soluzione al problema sembra, allora, da ricercarsi in una visione complessiva e unitaria delle situazioni giuridiche soggettive del privato che abbia di fronte la pubblica amministrazione.

### **7. (segue) Il rapporto tra cittadino e amministrazione come rapporto giuridico complesso**

Vediamo allora cosa può dirci in proposito l'analisi condotta sull'imparzialità.

Un primo dato – già evidenziato – consiste nella necessaria “depurazione” delle pretese individuali dalle caratterizzazioni pubblicistiche: la confusione dei piani tra interessi privati e interessi pubblici è contraria alla natura di processo di parti del giudizio amministrativo e ingenera fenomeni di iper-protezione o ipo-protezione del privato.

Si è visto, infatti, che se l'oggetto del processo non è soltanto la posizione giuridica soggettiva del privato che si pretende lesa, il processo diventa la sede per il controllo del rispetto della legalità amministrativa a tutela di interessi pubblici, con la conseguenza che – come nei casi esaminati a proposito del conflitto di interessi – non si comprende se e quando il giudice debba annullare l'atto impugnato. Vi possono essere, del resto, fattispecie (come quelle vincolate) nelle quali il mancato rispetto delle norme sul conflitto di interessi può non incidere sul (legittimo) contenuto del provvedimento e, cionondimeno, produrre l'annullamento dello stesso in nome della tutela dell'immagine dell'amministrazione.

Occorre, dunque, riconoscere sul piano sostanziale quale sia l'interesse del cittadino tutelato dal diritto positivo e, di conseguenza, quale sia la pretesa azionata sul piano processuale. Per farlo, è necessario adottare il punto di vista del destinatario-cittadino nell'inquadramento delle norme sull'azione della pubblica amministrazione: non certo per negare che tali norme (si pensi, ancora, a quelle sul conflitto d'interessi o sulla *par condicio* nei concorsi) tutelino anche interessi pubblici, ma per chiarire che, nella misura in cui pongono un obbligo di

tenere un certo comportamento in capo all'amministrazione, esse fondano altresì una pretesa giuridicamente tutelata in capo al privato e che di quest'ultima egli chiede tutela in sede giurisdizionale.

Veniamo al secondo dato, riguardante la natura di queste pretese. L'amministrazione, nel corso del procedimento e anche nella determinazione della propria decisione, è tenuta al rispetto di regole di condotta, è tenuta cioè a comportarsi in modo doveroso nei confronti del privato. È difficile negare che l'astensione in caso di conflitto d'interessi, il rispetto della regola dell'anonimato nei concorsi o il divieto di disparità di trattamento costituiscano un obbligo (o il contenuto di un'obbligazione) per l'amministrazione cui corrisponda un diritto del cittadino. Non vi sono, infatti, margini di discrezionalità che possano rendere non esigibile l'adempimento da parte della pubblica amministrazione di tali obblighi.

Si è tentato di dimostrare che almeno una delle pretese connesse all'imparzialità, cioè quella alla neutralità del decisore, abbia carattere autonomo.

Tale autonomia è predicabile perché la pretesa alla neutralità si fonda su una specifica disposizione di legge (art. 6-*bis*, l. n. 241/1990) e tutela un bene (neutralità del decisore) diverso da quello finale: come ha riconosciuto la giurisprudenza, può esservi un interesse, di carattere anche morale, a essere giudicati da persone prive di pregiudizi, indipendentemente dall'esito delle loro valutazioni. Inoltre, la pretesa alla neutralità del decisore riceve tutela in sede procedimentale tramite la rikusazione, per esempio, del membro di una commissione che versi in una situazione di conflitto di interessi; e può riceverla in sede giurisdizionale, attraverso l'impugnazione del provvedimento di nomina o di rigetto della rikusazione.

Ma vi è di più: pur trattandosi di una pretesa autonoma, si è detto che essa può esser fatta valere anche con l'impugnazione del provvedimento conclusivo del procedimento. La pretesa fondata sull'art. 6-*bis*, fatta valere in sede

di impugnazione del provvedimento, perde il suo carattere autonomo per assumere uno strumentale rispetto alla pretesa al bene finale. In questo caso, infatti, la situazione giuridica soggettiva ritenuta lesa dal privato (e il corrispondente oggetto del processo) è quella collegata al bene cui egli in fondo aspira. Ne consegue che, in sede giurisdizionale, il ricorrente dovrà dimostrare (e il giudice accertare) di avere quantomeno la possibilità giuridica di conseguire tale bene; in altre parole, occorre applicare la logica sottesa all'art. 21-*octies*, per la quale soltanto laddove il ricorrente abbia la *chance*, riconosciuta e garantita dalla legge, di ottenere il bene (provvedimento favorevole o diverso da quello impugnato) potrà veder annullato l'atto. L'assenza di neutralità del decisore sarà pertanto rilevante nella misura in cui possa aver avuto rilevanza causale rispetto alla decisione della pubblica amministrazione.

Si pensi, per esempio, alla situazione in cui un candidato sia valutato da una commissione nella quale un membro è in posizione di conflitto di interessi ma, allo stesso tempo, il candidato difetti di uno dei titoli richiesti per la partecipazione al concorso: ebbene, in un caso simile, l'annullamento dell'atto per violazione delle regole sull'imparzialità garantirebbe al ricorrente un risultato che, in base alla *lex specialis*, egli non avrebbe comunque potuto ottenere.

Il carattere autonomo non è invece riscontrabile nelle pretese analizzate nei §§ 4-5, perché esse manifestano (unicamente) un carattere strumentale rispetto alla pretesa finale: non vi è un bene diverso da quello finale che trova protezione in una specifica disposizione di legge. La sussistenza di una pretesa autonoma che è, al contempo, legata ad altra situazione giuridica soggettiva richiama alla mente l'idea di rapporto giuridico complesso: quel rapporto, cioè, che «*non si esaurisce nella semplice correlazione di un diritto dell'una [persona] con un corrispondente dovere dell'altra*», ma che si presenta invece come «*un insieme di posizioni soggettive fra loro collegate*»<sup>99</sup>. È il caso del contratto di compravendita, nel quale ai

99 P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 52, da cui è tratto anche l'esempio; analogamente V. ROPPO, *Diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 58.

Del resto, anche nell'analisi giusfilosofica i diritti soggettivi sono distinti tra quelli corrispondenti a situazioni semplici (o micro-diritti) e quelli corrispondenti a situazioni complesse (o ma-

diritti (e obblighi) principali di ottenere il prezzo e di ottenere la cosa, si aggiungono una serie di diritti (e obblighi) accessori, quale la garanzia per i difetti della cosa.

Ebbene, se si immagina il rapporto amministrativo<sup>100</sup> come rapporto giuridico complesso, fatto di una pluralità di situazioni reciproche collegate in capo alla pubblica amministrazione e ai privati, il riconoscimento della autonomia di ciascuna situazione è essenzialmente un problema di autonoma azionabilità in giudizio. L'autonoma azionabilità di una pretesa – di là dai problemi recati dalla struttura impugnatoria del processo amministrativo – non è questione che riguardi solo il piano sostanziale ma anche quello processuale: essa si intreccia, infatti, con le questioni relative all'oggetto del processo e del giudicato. Non si può certo ripercorrere l'evoluzione che il tema della deduzione in giudizio dei rapporti complessi ha avuto nel diritto e nel processo civile<sup>101</sup>, né tantomeno avere la pretesa di prendere posizione in merito. Si può, però, cogliere spunto dai più recenti sviluppi di quel dibattito per fondare ulteriormente la tesi dell'esistenza di pretese autonomamente tutelabili nel rapporto con l'amministrazione, afferenti a un'unica e generale «*vicenda esistenziale*»<sup>102</sup>.

Come noto, le sezioni unite della Corte di Cassazione si sono espresse in anni recenti sul frazionamento del credito, dando risposta, in particolare, a questo interrogativo: è necessario agire nel medesimo processo per la tutela di «*diritti di credito diversi, distinti ed autonomi, anche se riferibili ad un medesimo rapporto complesso tra le stesse parti*»<sup>103</sup>? Le stesse sezioni unite avevano, infatti, precedente-

---

cro-diritti, “grappoli” o “pacchetti”), costituiti cioè dall'insieme di più posizioni semplici di vantaggio (si pensi al diritto di proprietà e alle facoltà che vi sono incluse): v. M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*, cit., p. 41; G. PINO, *Diritti soggettivi*, in G. PINO, A. SCHIAVELLO, V. VILLA (a cura di) *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 235 ss. F. FERRARO, *Diritti*, in M. RICCIARDI, A. ROSSETTI, V. VELLUZZI (a cura di), *Filosofia del diritto. Norme, concetti, argomenti*, Roma, 2015, p. 134 s.

100 Sul quale, ampiamente, M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2008.

101 Per tutti, v. A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 2006, p. 68 ss.

102 Utilizzando l'espressione di Cass., SS.UU., n. 4090/2017.

103 Cass., SS.UU., n. 4090/2017.

mente escluso la frazionabilità del credito in plurime richieste giudiziali, quando le somme fossero dovute in forza di un unico rapporto obbligatorio<sup>104</sup>: ad avviso della suprema corte un simile comportamento creditorio, generando una forma di abuso del processo, sarebbe risultato contrario ai principi di correttezza, buona fede e del giusto processo. Nella più recente pronuncia, le sezioni unite hanno stabilito che *«l'infrazionabilità del singolo diritto di credito (decisamente indivisibile, nella considerazione che la parte può disporre della situazione sostanziale ma non dell'oggetto del processo, da relazionarsi al diritto soggettivo del quale si lamenta la lesione, in tutta l'estensione considerata dall'ordinamento) non comporta inevitabilmente (tanto meno implicitamente) la necessità di agire nel medesimo, unico processo per diritti di credito diversi, distinti ed autonomi, anche se riferibili ad un medesimo rapporto complesso tra le stesse parti»*. La Cassazione ammette, quindi, la possibilità di azionare separatamente la tutela di diritti di credito quando essi, pur originando da un'unica vicenda (come quella, oggetto della pronuncia, relativa a un rapporto di lavoro), siano *diversi e autonomi*.

Analogica conclusione può essere allora sostenuta con riguardo al rapporto complesso che, con l'avvio del procedimento, si instaura tra amministrazione e cittadino. La legge garantisce a quest'ultimo una serie di pretese procedimentali, che possono avere (almeno in certi casi) carattere autonomo rispetto alla pretesa al provvedimento e, come tali, dovrebbero poter ricevere tutela giurisdizionale. Se, poi, il cittadino non fa valere immediatamente la lesione della singola pretesa procedimentale (nel nostro caso, la neutralità del decisore tutelata dall'art. 6-*bis*), egli potrà chiedere tutela, con l'impugnazione del provvedimento, della situazione giuridica "finale", rispetto alla quale la pretesa procedimentale assumerà carattere strumentale (con quel che ne consegue, come detto, in termini di rilevanza causale e annullamento dell'atto).

Il mancato riconoscimento del carattere autonomo per tutte le pretese legate all'imparzialità può apparire contraddittorio con quanto affermato in pre-

---

104 Cass. SS.UU., n. 23726/2007.

cedenza, vale a dire che laddove vi sia un obbligo in capo all'amministrazione vi è un corrispondente diritto in capo al cittadino, diritto che dovrebbe poter essere tutelato in sede giurisdizionale in base all'art. 24 Cost<sup>105</sup>.

Questa apparente contraddizione si spiega con la struttura del processo amministrativo, che continua a influenzare l'inquadramento delle situazioni giuridiche soggettive. Nonostante l'evoluzione che l'ha portato a essere, come si ripete spesso, un processo sul rapporto e non più un processo all'atto<sup>106</sup>, il processo amministrativo è ancora incentrato sull'impugnazione del provvedimento e l'azione di annullamento<sup>107</sup>. Ne sono dimostrazione sia l'incerta affermazione della atipicità delle azioni, che sono infatti elencate negli artt. 29-31 del codice del processo amministrativo; sia la difficoltà pratica, stante la lettera dell'art. 34, c. 1, lett. c, di proporre l'azione di condanna al rilascio del provvedimento richiesto se non contestualmente all'azione di annullamento. Ed è difficile non veder emergere la centralità dell'azione di annullamento anche nel dibattito sull'autonomia delle pretese procedurali: dove, infatti, manca un provvedimento, correlato a una posizione giuridica soggettiva del privato, manca anche la possibilità di tutela giurisdizionale autonoma e immediata di fronte al giudice amministrativo (si pensi – in proposito – alla questione degli arresti procedurali)<sup>108</sup>.

Ancora: la centralità dell'azione di annullamento impedisce o rende difficile la trasposizione nel diritto e nel processo amministrativo della distinzio-

---

105 Per quanto, come appena mostrato, anche il processo civile conosca limiti alla autonoma azionabilità di pretese giuridicamente tutelate.

106 In tal senso già M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 254 ss. Mette in discussione la generalità di una simile affermazione G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in *Dir. soc.*, 2016, p. 203 ss., distinguendo tra fattispecie nelle quali il giudizio amministrativo «è idoneo a dirimere il conflitto sostanziale fra le parti» e fattispecie nella quali ciò non si verifica. Sul tema, v. anche L. FERRARA, G. MANNUCCI, *Giudicato (dir. amm.)*, in *Diritto on line*, Treccani, 2015.

107 Sull'attualità del "primato" dell'azione di annullamento, A. POLICE, *Art. 29: sezione I*, in G. FALCON, F. CORTESE, B. MARCHETTI (a cura di), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, Milano, Cedam, 2021, p. 257 ss.;

108 A meno di considerare le situazioni procedurali come diritti, con le conseguenze in termini di giurisdizione e di effettività della tutela che si sono sopra analizzate.

ne tra regole di comportamento e regole di validità. Nel diritto civile, infatti, la distinzione funziona perché consente, al contempo, di salvaguardare l'assetto di interessi stabilito dalle parti nel contratto e di sanzionare la violazione di regole di condotta che le parti sono tenute a rispettare, ma che non incidono sulla validità del negozio, aprendosi così la strada alla tutela risarcitoria. Tale funzionamento si basa, però, sui principi della tipicità delle cause di invalidità e della atipicità delle azioni. Nel diritto e nel processo amministrativo questi due capisaldi mancano: l'imperatività delle norme di diritto pubblico, unita al sistema dei vizi di legittimità (violazione di legge e, soprattutto, eccesso di potere, vizio nel quale finiscono per rientrare le violazioni dei principi non positivizzati o non sostanziati in specifiche regole dal legislatore), porta a ritenere che ogni violazione di regola o principio abbia conseguenze sulla validità dell'atto – da cui, di nuovo, la centralità dell'azione di annullamento. Così, la dottrina che, più recentemente, ha tentato la suddetta trasposizione si è divisa tra chi ritiene che le regole di comportamento di origine privatistica (derivanti dai principi di correttezza e buon andamento) diventino nel diritto amministrativo regole di validità<sup>109</sup>; e chi invoca invece un necessario intervento del legislatore per identificare quali “illegalità” producano anche l'illegittimità dell'atto<sup>110</sup>.

Sembra, tuttavia, esserci una strada, suggerita dalla ricerca sull'imparzialità, che consente sia di superare, a diritto vigente, le strettoie del processo incentrato sull'annullamento, sia di indicare una possibile meta per la tutela delle situazioni giuridiche soggettive nelle relazioni con la pubblica amministrazione.

Il punto di partenza deve essere l'oggetto del processo amministrativo: se davvero questo oggetto è costituito dal rapporto tra cittadino e amministrazione (o, meglio, dalla situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio<sup>111</sup>), non

109 L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'azione amministrativa tra regole di validità e regole di comportamento*, in F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Dialoghi di diritto amministrativo: lavori del laboratorio di diritto amministrativo 2019*, Roma, Roma Tre e-press, 2020, p. 96 ss.

110 G. POLI, *Il principio di proporzionalità tra regole di validità e regole di comportamento. Il test della pianificazione urbanistica (parte seconda)*, in *Dir. pubbl.*, 2020, spec. p. 785 ss.

111 In tal senso, v. A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., p. 521 e M. CARRÀ, *Satisfattività della sentenza amministrativa e pienezza della tutela tra innovazione e tradizione*

ogni violazione di un principio o regola di condotta produrrà l'annullamento dell'atto. La violazione di principio o regola potrà riverberarsi sulla sorte dell'atto soltanto laddove tale violazione sia lesiva di una posizione giuridica del ricorrente: così come abbiamo visto con riguardo al principio di imparzialità e alle sue manifestazioni, deve esservi annullamento laddove vi sia lesione della (anche sola) *possibilità* giuridica (cioè riconosciuta da una norma dell'ordinamento) di ottenere l'utilità voluta dal privato.

Che ne è allora della distinzione tra regole di validità e regole di comportamento? La distinzione tra regole di validità e regole di comportamento è tutt'altro che inutile nel diritto amministrativo, se si riflette sulle possibilità che oggi offre la disciplina processuale: il ricorrente può, infatti, domandare al giudice non solo l'annullamento dell'atto ma anche la condanna dell'amministrazione «*all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio*»<sup>112</sup>. L'amministrazione potrà, quindi, essere condannata all'adempimento degli obblighi su essa gravanti in fase procedimentale<sup>113</sup>: nei casi che abbiamo esaminato, l'amministrazione potrà essere tenuta, per esempio, alla nomina di una commissione priva di conflitti di interessi, al rispetto dell'anonimato nelle procedure concorsuali, all'uguale trattamento di uguali situazioni, ecc.

Ma, guardando ancora oltre, una volta che si affermi l'atipicità delle azioni nel processo amministrativo, come alcune letture del codice del processo suggeriscono e come, del resto, imporrebbero i principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, l'azione di annullamento potrebbe davvero perdere la sua centralità. In questo caso, la tutela delle situazioni giuridiche "intermedie" potrebbe realizzarsi definitivamente: esse sarebbero, infatti, direttamente azionabili e tutelabili in via preventiva (e senza snaturare la tutela cautelare). Po-

---

(*cenni all'esperienza tedesca*), in C. CUDIA (a cura di), *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 186, e ivi anche gli altri contributi per una rivisitazione recente del tema.

112 Seppure, come ricordato poco sopra, l'azione di condanna non è esperibile autonomamente ma solo contestualmente a quella di annullamento, in forza dell'art. 34, c. 1, lett. c).

113 Su azione di adempimento e obblighi gravanti sull'amministrazione nel rapporto col privato, v. anche A. IULIANI, *Obblighi strumentali e azione di adempimento*, cit., spec. p. 353 ss.

trebbe, infatti, aversi uno sviluppo analogo a quello avutosi nel diritto e nel processo civile quando la moltiplicazione dei diritti ha reso insufficiente la classica tutela di tipo risarcitorio o restitutorio, ma ha richiesto l'affermazione di una tutela (di merito) preventiva, attraverso l'azione inibitoria<sup>114</sup>. Così, nel rapporto con l'amministrazione, il privato potrebbe domandare la tutela immediata di posizioni autonome procedimentali, a fronte, per esempio, di una prolungata inerzia dell'amministrazione rispetto all'adempimento di obblighi di comportamento stabiliti dalla legge.

## 8. Il "diritto" all'imparzialità e il ritorno all'interesse legittimo

Detto tutto questo sulla possibile autonomia delle pretese del cittadino nel rapporto con l'amministrazione, occorre da ultimo rivelarne la natura, se si tratti cioè di diritti soggettivi o di interessi legittimi. La distinzione tra diritti procedimentali e interessi legittimi era stata avanzata per concedere tutela risarcitoria a interessi dei privati protetti dalla legge ma non necessariamente lesi dal provvedimento finale. Si è detto, tuttavia, di come simile obiettivo non sia stato raggiunto a causa di problemi di effettività della tutela: da un lato, si è registrata la difficoltà di individuare un danno conseguente alla violazione delle norme procedimentali; dall'altro, la riconosciuta natura di diritti delle posizioni procedimentali avrebbe aperto la strada alla giurisdizione del giudice ordinario, costringendo il cittadino a coltivare un difficoltoso giudizio risarcitorio.

---

114 Sul punto, v. ampiamente G.N. NARDO, *Profili sistematici dell'azione civile inibitoria*, Napoli, ESI, 2017, p. 16 ss., oltre che per la ricostruzione dell'inibitoria come azione autonoma a carattere preventivo. In tema, v. anche A. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi*, Napoli, Jovene, 2003, p. 107 ss., in particolare sulla funzione repressiva e preventiva della tutela di condanna; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Bari, Cacucci, 2009, p. 36 ss.; M. BOVE, *Lineamenti di diritto processuale civile*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 86 ss. Di ammissibilità di una tutela a carattere preventivo di tipo inibitorio, a partire dalla norma dell'art. 34, c. 1, lett. c), ragiona M. TIBERII, *La tutela dell'interesse legittimo nella pluralità delle azioni*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013, p. 186 ss., il quale tuttavia esclude la possibilità di utilizzare gli strumenti di tutela previsti per la reazione all'inerzia dell'amministrazione nei confronti degli atti endoprocedimentali; se la tutela ammissibile è solo quella successiva al termine di conclusione del procedimento, è allora giocoforza concludere, come l'A., che «il tema della tutela c.d. preventiva sembra, dunque, destinato a restare sullo sfondo, per cedere il passo al ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione» (p. 189).

Ma, soprattutto, la tesi non convince perché si fonda sulla ricerca di differenze strutturali tra diritti soggettivi e interessi legittimi, cioè tra situazioni procedurali intermedie e situazioni finali. Uno dei dati ricavabili dall'indagine svolta sull'imparzialità riguarda, invece, proprio la identità di struttura tra la pretesa intermedia autonoma alla neutralità del decisore e la pretesa finale legata al provvedimento conclusivo del procedimento. Se, infatti, le norme sull'attività dell'amministrazione sono lette dal punto di vista del cittadino e della sua situazione soggettiva, si nota come esse gli garantiscano un'utilità nella misura in cui pongono uno o più obblighi in capo all'amministrazione (dalla nomina di una commissione imparziale al pari trattamento rispetto agli altri concorrenti). Da questo punto di vista, situazioni procedimentali e situazioni finali non differiscono. Entrambe le pretese sono pur sempre legate a «*provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente*» all'esercizio del potere amministrativo (art. 7, c.p.a.): esse rientrano cioè in una vicenda nella quale l'amministrazione è dotata di potere. E tanto la posizione autonoma intermedia, quanto quelle finali hanno di fronte – come si è cercato di mostrare – obblighi dell'amministrazione. Né l'una né le altre fronteggiano, invece, un "potere", inteso come libero esercizio di una scelta politica o politico-amministrativa<sup>115</sup>.

Non avrebbe dunque senso parlare di diritto soggettivo riguardo alla prima pretesa e di interesse legittimo riguardo alla seconda: si tratta sempre di posizioni tutelate dalla legge cui corrispondono obblighi di comportamento in capo all'amministrazione. Eccoci allora al nocciolo della questione: non si tratta tanto di distinguere tra interessi legittimi e diritti soggettivi e collocare, di conseguenza, le pretese nell'uno o nell'altro insieme (e ragionare di conseguenza sulla giurisdizione e le forme di tutela), sulla scorta di quanto suggerisce la teoria dei diritti procedimentali autonomi. Si tratta piuttosto di prendere atto che anche ciò che tradizionalmente è l'oggetto dell'interesse legittimo è scomponibile in una serie di obbligazioni. Si deve, quindi, continuare a chiamarli interessi

---

115 L'unica differenza sembra invero essere la presenza del provvedimento: il che reintroduce i problemi analizzati in precedenza.

legittimi, come richiede la Costituzione e come impone il sistema della doppia giurisdizione: ma se ne può accettare l'equiparazione al diritto soggettivo. Le pretese collegate all'imparzialità amministrativa possono avere, quindi, natura autonoma oppure strumentale rispetto ad altra situazione "finale": in entrambi i casi, però, la situazione di cui il ricorrente è titolare e di cui richiede tutela è da considerare di interesse legittimo<sup>116</sup>.

---

116 Secondo la definizione qui accolta, per interesse legittimo si intende una situazione soggettiva assimilabile, quanto a struttura, al diritto soggettivo (di credito), ma che sorge nei «*rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione*» (per utilizzare l'espressione oggi presente nella legge sul procedimento), che involgono «*l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo*» (secondo la formula dell'art. 7 del codice del processo amministrativo, che delinea i confini della giurisdizione amministrativa).

La tesi comporta la riconduzione all'interesse legittimo di alcune posizioni che sono più comunemente qualificate come diritti soggettivi: essa potrebbe, quindi, portare a un allargamento della giurisdizione del giudice amministrativo e a mettere in discussione la sussistenza della giurisdizione esclusiva (data la necessaria compresenza di interessi legittimi e diritti soggettivi nelle controversie concernenti l'esercizio del potere). Sulle conseguenze della tesi proposta sul piano giurisdizionale e sulla compatibilità della stessa con le previsioni in materia di giurisdizione esclusiva, ci si limita a rinviare a *L'imparzialità amministrativa come diritto*, cit., p. 252 ss.