

## **Le regole generali sull'imparzialità soggettiva del funzionario pubblico. L'accesso alla funzione\***

*Francesco Merloni*

### *1. Per un approccio generale alla disciplina dello status dei funzionari pubblici.*

Le garanzie di imparzialità dei funzionari pubblici, intesi nel senso più ampio, sono oggetto di una disciplina discontinua e squilibrata, che è il frutto del depositarsi di normative aventi finalità diverse.

Si consideri, ad esempio, che la disciplina relativa ai titolari di organi politici è quasi del tutto coincidente con le regole sull'accesso alla funzione (ineleggibilità e incompatibilità), mentre sul versante degli organi amministrativi la disciplina della posizione del dirigente è quasi interamente ricavata, per estensione, dalla disciplina generale dei pubblici dipendenti ed è poco attenta al profilo dell'accesso alla funzione.

In questa sede si suggerisce un approccio unitario, volto a considerare lo status del funzionario pubblico in rapporto alle diverse fasi di esercizio della funzione affidata: accesso, svolgimento, incarichi successivi.

La tematica dello status dei funzionari pubblici sarà qui trattata dapprima in modo generale, per considerare tutti gli strumenti utilizzati e utilizzabili. Seguirà un'analisi articolata dello status delle diverse categorie di funzionari, con proposte di riforma, che dovrebbero essere inserite in una visione integrata delle esigenze di imparzialità di ciascuna categoria.

Nell'approccio generale si considereranno tre momenti del rapporto tra il funzionario pubblico e la funzione che gli è affidata: il primo è quello dell'accesso alla funzione. Si tratta qui di garantire non solo la qualità, la competenza, della persona in rapporto alle attività che sarà chiamato a svolgere, ma anche la non titolarità di interessi particolari che già di per sé, per la dimensione degli interessi o per la loro evidente conflittualità con l'interesse generale, possano portare alla esclusione del soggetto dall'accesso alla carica (alla funzione). Gli strumenti in uso sono, per le cariche elettive, la ineleggibilità e l'incandidabilità, per gli incarichi a contenuto professionale la non conferibilità (non nominabilità, per tutti vi sono poi le cause di incompatibilità (il funzionario regolarmente eletto o nominato non può accedere alla carica per il permanere di situazioni di conflitto di interesse.. Il secondo momento è quello dello svolgimento della funzione, per il quale vengono in rilievo diversi profili: la durata e la rinnovabilità degli incarichi, il regime delle incompatibilità (per i conflitti che sopravvengono nel corso dell'esercizio della funzione impedendo il permanere in carica) e degli strumenti di gestione delle situazioni di conflitto puntuale, non permanente (doveri di dichiarazione

---

\* Il saggio è in corso di pubblicazione nel Volume ASTRID, *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, a cura di F. Merloni e L. Vandelli, Passigli, 2010

e di astensione). Sempre per la fase dello svolgimento della funzione vengono poi in rilievo i doveri di comportamento che l'ordinamento fa discendere sul funzionario, in servizio e fuori servizio, in stretto collegamento con i caratteri della funzione svolta; ad essi connessa la responsabilità disciplinare (che si dovrebbe muovere su un piano diverso e complementare rispetto a quella penale. Il terzo momento, infine, riguarda la fase successiva allo svolgimento della funzione e tocca gli incarichi che il funzionario possa assumere dopo aver svolto la funzione.

## 2. *L'accesso alle funzioni pubbliche*

Il regime di status è mirato a prevenire l'accesso alla funzione pubblica da svolgere a persone non in grado di svolgerla in modo imparziale perché titolari di interessi particolari (politici, economici, di gruppi) che si debbano considerare come suscettibili di condizionare in modo improprio le attività di cura degli interessi pubblici connessi alla funzione.

Anche in questo campo si registra la netta distinzione di disciplina tra organi politici (e figure connesse) e funzionari professionali.

Per questi ultimi la discriminante di fondo sta nel reclutamento per concorso e nella costituzione di un rapporto di lavoro che, pubblicistico o privatistico che sia, è sempre di tipo esclusivo. Poiché il funzionario professionale è legato da un rapporto esclusivo con l'amministrazione poco importa sapere se egli non sia comunque, ancora prima della costituzione del rapporto, titolare di interessi particolari in potenziale conflitto con l'imparzialità. Ciò conduce la disciplina vigente a non preoccuparsi di fissare cause di non accesso alla carriera (al concorso) o di non attribuibilità degli incarichi dirigenziali (per i funzionari di carriera). Questo limite, già grave in via generale, appare inaccettabile nel caso di conferimento di incarichi dirigenziali a persone non legate da un rapporto di lavoro esclusivo: si pensi ai c.d. "dirigenti esterni", che non a caso hanno dato luogo a derive e forzature di tipo fiduciario. In rapporto alla concreta funzione affidata con l'incarico si dovranno individuare le cause che impediscono il conferimento dell'incarico dirigenziale.

Ma la dirigenza c.d. "esterna" non costituisce il solo strumento di aggiramento dell'obbligo costituzionale di reclutamento per concorso dei funzionari professionali. Si pensi alla adozione di soluzioni organizzative solo formalmente privatistiche (la costituzione di fondazioni o le società di capitali in controllo pubblico) nelle quali il reclutamento può avvenire secondo criteri di carattere privatistico fiduciario o personale.

In questi casi la soluzione ipotizzabile potrebbe consistere nella estensione dell'istituto dell'organismo di diritto pubblico: non solo l'obbligo di procedure di evidenza pubblica per la selezione del contraente, ma anche l'obbligo di reclutamento con procedure concorsuali aperte e di accertamento competitivo delle necessarie competenze professionali, accompagnato da una più attenta disciplina del conferimento degli incarichi dirigenziali, che escluda da tale conferimento persone che siano (o siano state in tempi recenti) titolari di interessi particolari in conflitto con la funzione da svolgere.

Per gli organi politici l'approccio della disciplina vigente è opposto e speculare: l'attenzione è tutta sui regimi di ineleggibilità e incompatibilità: il primo in realtà calibrato soprattutto sulla tutela della libera scelta dell'elettore e il secondo sulla necessità di assicurare la piena dedizione dell'eletto o del nominato alla carica. Con il risultato, in entrambe i casi, di trascurare le situazioni di grave e conclamato conflitto di interessi con l'esercizio imparziale della carica, che sembrano invece imporre una preventiva e rigorosa esclusione (in termini di incandidabilità) in casi di grave conflitto di interessi.

Approccio analogo va seguito con riferimento ai soggetti con incarico fiduciario, soprattutto quando tale incarico comporta lo svolgimento di compiti di gestione a amministrazione attiva che richiedono la stessa imparzialità che il rapporto di lavoro professionale dei dirigenti dovrebbe garantire. Proprio perché al confine con le due categorie di riferimento, lo status di questi soggetti, quanto alle limitazioni al conferimento dell'incarico, resta altamente indefinito: in quanto funzionari onorari sono assimilati agli organi politici ma subiscono limitazioni molto minori sia in termini di ineleggibilità/incandidabilità che di incompatibilità e non nominabilità; in quanto vicini alla posizione dei funzionari professionali (per l'esercizio di funzioni gestionali) viene ad essi impropriamente esteso un regime fondato sul rapporto esclusivo di lavoro con l'amministrazioni per loro inesistente.