

ENRICO CARLONI

Professore ordinario di diritto amministrativo
presso il Dipartimento di Scienze politiche dell'Università degli studi di Perugia
enrico.carloni@unipg.it

DIRITTI BY DESIGN. CONSIDERAZIONI SU ORGANIZZAZIONE, AUTONOMIA ORGANIZZATORIA E PROTEZIONE DEGLI INTERESSI

RIGHTS BY DESIGN. CONSIDERATIONS ON ORGANIZATION, ORGANIZATIONAL AUTONOMY AND THE PROTECTION OF INTERESTS

SINTESI

Lo scritto riflette sul ruolo dell'organizzazione per la garanzia dei diritti, sul rapporto di condizionamento reciproco tra diritti ed organizzazione, e sul ruolo che gioca l'autonomia organizzatoria nella ricerca di un equilibrio tra vincoli organizzativi, limiti di risorse ed esigenze di massimizzazione dei diritti. Ne emerge l'idea di diritti sempre più affidati all'organizzazione, in un contesto nel quale emergono nuove tensioni tra la scelta di massimizzare in sede organizzativa alcuni diritti (protetti "by design") e la capacità delle amministrazioni di assicurare, non ultimo attraverso scelte organizzative, adeguata soddisfazione ai diversi diritti che ha di fronte.

ABSTRACT

The paper reflects on the role of the organization in guaranteeing rights, on the relationship of reciprocal conditioning between rights and organization, and on the role that organizational autonomy plays in the search for a balance between organizational constraints, resource limits and the needs of maximizing rights. The idea of rights increasingly entrusted to the organization emerges, in a context in which new tensions emerge between the choice to maximize certain rights in the organization (protecting them "by design") and the ability of administrations to ensure, not least through organizational choices, adequate satisfaction to the various rights it faces.

PAROLE CHIAVE: Pubblica amministrazione, organizzazione amministrativa, autonomia organizzatoria, diritti "by design".

KEYWORD: Public administration, Administrative organization, Organizational autonomy, Rights "by design".

INDICE: 1. Premessa – 2. L'organizzazione produce e definisce i diritti – 3. Priorità dei diritti o priorità dell'organizzazione – 4. Le scelte organizzative e l'equilibrio tra diritti e risorse – 5. Strategie di regolazione e priorità organizzative

1. Premessa

Nell'introdurre queste brevi note, una considerazione (e una *excusatio*) preliminare: visti i temi trattati, le questioni meriterebbero ben altro approfondimento. Si può dire, in questi termini, che questo scritto è più una "premessa ad uno studio" che uno studio sul rapporto tra organizzazione e protezione degli interessi, condotto, senza pretesa di completezza, cercando di cogliere alcuni nodi ed alcune tendenze.

Il convegno di Urbino¹ che è stata l'occasione per mettere per la prima volta a fuoco queste note orienta, in ogni caso, la trattazione nel senso di dare prevalenza agli elementi di stimolo, sollecitazione al dibattito, apertura al confronto, rispetto a quelli certo non meno importanti di completezza di approfondimento e organicità di trattazione.

Il rapporto tra organizzazione e diritti è complesso: i diritti discendono dall'organizzazione (che li garantisce ed a ben vedere li definisce), ma l'organizzazione discende dai diritti (è costruita e si giustifica in vista della loro tutela), che ne sono il *prins* logico. Le vicende recenti ce ne danno plastica rappresentazione: è la effettiva disponibilità di postazioni di terapia intensiva a proporsi come metro per definire la reale consistenza del diritto alla salute (e alla vita) nella pandemia Covid-19; le strutture e le postazioni di terapia intensiva vengono però aumentate in ragione dell'esigenza di dare più ampia copertura del diritto alla salute.

Dall'esempio fatto si può cogliere come divenga però controverso lo stesso punto logico di partenza: che da un lato pare corretto doversi individuare, in ogni caso, nel diritto, ma che d'altra parte non può essere definito, già prima che garantito, in assenza dell'organizzazione. Quale che sia la risposta rispetto alla domanda che è sottesa a queste riflessioni, resta comunque innegabile la centralità dell'organizzazione. Questa centralità è però la risultanza di questioni diverse, non è un monolite: sono molte le sfaccettature, le problematiche, e non meno le tensioni, le trasformazioni che investono questo discorso. Una problematica che nel suo complesso può essere colta con alcune brevi riflessioni, poste in termini qui sin troppo assertivi e meritevoli di ben altro sviluppo.

Prendo un riferimento dal c.d. "pregiudizio di sopravvivenza", che si lega alla storia² di un matematico, Abraham Wald ed alle sue osservazioni sugli aerei colpiti dalla contraerea nemica. Gli aerei venivano, in sostanza, riparati, rinforzando le parti colpite, finché Wald non si rese conto che gli aerei colpiti erano in ogni caso quelli tornati alla base, quindi colpiti in punti non vitali, da qui l'esigenza di rafforzare anzitutto (al contrario) le parti che non si presentavano come colpite: quelle il cui danneggiamento determinava a ben vedere l'abbattimento dei velivoli. Così nel costruire il discorso giuridico sui diritti solo

¹ X Convegno di studi giuridici, su *Diritti, funzione e organizzazione* (Urbino, 14-15 novembre 2019).

² Raccontata ad esempio da R. CASATI, *Rinforzate le parti bianche!*, in *Il Sole 24 ore*, 13 luglio 2014.

a partire dalla loro tutela nel processo, ma (a scalare) persino nell'attività: un diritto non riconosciuto dall'organizzazione (o, di converso, per il quale non esiste una costruzione organizzativa che lo riconosca e ne permetta l'emersione) semplicemente non arriva a trovare consistenza e quindi forma di protezione. Ciò che giunge alla nostra attenzione è spesso solo una parte delle questioni, dei diritti non assicurati, la cui tutela è possibile in quanto vi sia un servizio, una prestazione, ma prima ancora un'organizzazione. Non giungono a richiedere protezione attraverso forme di ricorso, in sintesi, non solo le storie "di successo" (o quelle rispetto alle quali il costo del ricorso, specie giurisdizionale, appare eccessivo rispetto al beneficio atteso), ma anche le storie di più grave insuccesso, in cui mancano le condizioni (organizzative) minime per attivare una strategia di tutela.

2. L'organizzazione produce e definisce i diritti

Senza giungere a ritenere assorbite le questioni dell'attività in quelle dell'organizzazione³, va in ogni caso riconosciuto che la effettività dei diritti risiede tanto nella "prefigurazione astratta" (l'organizzazione) quanto nella concreta vicenda che veda coinvolta l'amministrazione nel regolarli mediante i suoi atti (l'attività). Tacendo d'altro, è attraverso l'organizzazione che spesso si individua l'interesse da curare e soprattutto si determinano i modi per curarlo: l'interesse a protezione necessaria è individuato dalla legge, ma spesso non solo soddisfatto ma anche in concreto definito da scelte organizzative. È quindi a partire dall'organizzazione (sia pure non esaurendo qui il discorso) che è corretto muovere nel riflettere sulla effettiva soddisfazione degli interessi dei quali pure l'ordinamento richiede protezione.

Una prima notazione collegata a queste considerazioni è quella della continuità nella funzione amministrativa, delle questioni di organizzazione e di quelle di azione⁴: si può tracciare un confine nelle vicende concrete tra ciò che precede l'azione e ciò che si sviluppa nel suo farsi, e quindi tra organizzazione ed attività, ma in termini di garanzia effettiva dei diritti e degli interessi la scelta è rimessa al momento della conformazione delle regole che inquadrano la fattispecie, ed in questo senso il confine è frutto di una scelta di diritto positivo che mostra la volontà di collocare la protezione in un momento preliminare e slegato dalla specifica vicenda o nel corso del suo articolarsi. Vero è poi che, come già ravvisava Nigro, «organizzazione ed attività sono invece, come sappiamo, due facce della stessa moneta, due profili (due modi di essere) dello stesso sistema di istituzione e di

³ Cfr. G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968, p. 120, per il quale «l'organizzazione è il profondo contenuto dell'attività giuridica».

⁴ Cfr. già M. NIGRO, per il quale l'organizzazione costituisce il momento astratto della prefigurazione dell'attività: cfr. Id., *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 126; cfr. ora F. MERLONI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2018. Sulla nozione di funzione come nozione organizzativa: M.S. GIANNINI, *In principio sono le funzioni*, in *Amm. civ.*, 1959; F. MERLONI, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità*, cit.

*regolazione di strumenti e di rapporti idonei a consentire il raggiungimento di determinati fini. Questa situazione di contiguità – anzi, ci si passi l'assonanza, di vera e propria continuità – fra i due settori, rende grave il problema di porre concretamente il confine fra di essi».*⁵

In effetti, se colte dal lato dell'esigenza di protezione sostanziale degli interessi, non è semplice tracciare, al fondo, il discrimine tra regole di organizzazione e regole di azione ed è in ultima istanza il legislatore a scegliere a che livello collocare una specifica soluzione per la protezione di un certo interesse.

Sono tanto i meccanismi di gara quanto le regole sul RUP (sulla sua integrità, sui suoi conflitti di interesse) a garantire l'imparzialità dell'azione. Il procedimento è tipicamente l'insieme delle regole di azione, ma riflette in modo importante una serie di regole organizzative (gli uffici coinvolti, i responsabili designati, i dirigenti delle unità organizzative); la disciplina della conferenza di servizi⁶ determina effetti che discendono direttamente da scelte organizzative (quale l'individuazione del rappresentante dello Stato in conferenza), anche al di là della rilevanza riconosciuta alla regola di competenza.⁷ Venendo a temi di cui mi sono maggiormente occupato, la regola più tipicamente di azione (la trasparenza dell'attività) era disciplinata per lungo tempo attraverso doveri del funzionario (il dovere al segreto), così come la protezione dell'imparzialità resta affidata tanto a regole organizzative (l'inconferibilità/incompatibilità, da ultimo) quanto a regole procedurali, quale l'obbligo di astensione (art. 6 bis, legge n. 241 del 1990)⁸: il quale ultimo, peraltro, è disciplinato nel suo nucleo fondamentale da regole organizzative, relative ai doveri del funzionario contenute nel codice di comportamento dei dipendenti pubblici.

In termini di tutela, questo pone la questione di come la prospettiva organizzativa riesca ad emergere, ad essere aggredita, in sede di ricorso giurisdizionale. Un discorso che tocca varie questioni, che come accennato vanno al di là delle questioni di competenza del decisore, ma riguardano a volte scelte operate in un ambiente che si vuole defunzionalizzato⁹ (come le scelte organizzative “private”, del dirigente¹⁰, o nel modello aziendale¹¹ che caratterizza in modo

⁵ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice*, cit., p. 123.

⁶ Il riferimento è in particolare al “rappresentante unico” delle articolazioni statali: cfr. M. Benedetti, *Il rappresentante unico delle amministrazioni statali. Chiarimenti interpretativi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2018, pp. 800 ss.

⁷ Su cui ampiamente v. A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2001.

⁸ F. MERLONI, *I piani anticorruzione e i codici di comportamento*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013; R. CANTONE, E. CARLONI, *La prevenzione della corruzione e la sua Autorità*, in *Diritto pubblico*, 2017; E. CARLONI, *Il nuovo Codice di comportamento e il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Istituzioni del federalismo*, 2013.

⁹ Per la costruzione teorica che ha portato ad ammettere uno spazio “privato” nella disciplina di elementi organizzativi, cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 1993; A. Pioggia, *La competenza amministrativa* cit.

¹⁰ Sulle caratteristiche del modello italiano di dirigenza pubblica, cfr. B. PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Rimini, Maggioli, 2012; F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa*, Bologna, Il Mulino, 1996; da ultimo cfr. E. FRAGALE, *Studio sul principio di distinzione tra politica e amministrazione. La riserva di indirizzo come*

specifico le aziende sanitarie¹²), a volte più a fondo scelte di predisposizione delle condizioni organizzative (quale l'organizzazione di specifici servizi) sulle quali la tutela fatica a retroagire. Questo a conferma del fatto che la tutela "ex post" non sempre riesce a ricostruire una protezione adeguata degli interessi, che risiede anzitutto "ex ante" nell'adeguatezza dell'organizzazione chiamata ad assicurarli. Eppure, il tema-organizzazione è spesso stato visto in termini "secondari" rispetto ad una lettura della vicenda giuridica centrata sull'attività nel rapporto con gli strumenti di tutela anzitutto giurisdizionale.

3. Priorità dei diritti o dell'organizzazione

Eppure, con le parole di Rossi, «la soluzione organizzativa è, insieme, la risposta agli interessi da soddisfare e la matrice delle situazioni soggettive».¹³ Vista da questa angolazione, la questione riguarda sia l'amministrazione come potere che l'amministrazione come servizio, per quanto il tema divenga più stringente (e di diretta ed immediata percepibilità) allorché l'organizzazione non si pone solo come condizione per il migliore esercizio dei diritti, ma per la loro stessa esistenza come nel caso dei diritti a prestazione.

D'altra parte in scelte "puramente" organizzative che risiede un momento di protezione e costruzione del diritto non altrimenti recuperabile: ad esempio è diverso, profondamente diverso, come evidenzia Pioggia recuperando tensione e stimoli dal quarantennale della riforma psichiatrica di Basaglia, se l'organizzazione del servizio psichiatrico è fatta costruendo i ruoli e quindi assumendo infermieri o secondini, assistenti sociali o psicologi.¹⁴

È certo un rapporto complesso, quello tra interessi ed organizzazioni: da un lato, le organizzazioni producono e determinano la protezione degli interessi, quantomeno ma non soltanto nel campo dei diritti "a prestazione"; dall'altro i diritti e gli interessi premono sull'organizzazione, e la conformano. Le regole la orientano e ne definiscono la rilevanza come funzione. In questi termini l'organizzazione è, per più ragioni, ben altro che una questione "interna", propria del soggetto che detiene il potere. Questo sia perché, come detto, dalle scelte organizzative discendono dirette conseguenze sulla protezione dei diritti, sia perché l'organizzazione è obiettivata, in quanto va colta «primariamente nel suo profilo di attività per la cura di finalità e scopi obiettivati nella stessa Costituzione e poi nelle

nuovo punto logico di partenza, Rimini, Maggioli, 2020.

¹¹ In termini teorici generali cfr. A. ROMEO, *Il modello dell'azienda per le amministrazioni pubbliche*, in R. CAVALLO PERIN, A. POLICE, F. SAITTA (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, Firenze, FUP, 2016, pp. 407 ss.

¹² V. sul punto A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, Giappichelli, 2017; F. GIGLIONI, *Manuale di diritto sanitario*, Roma, Neldiritto, 2018.

¹³ G. ROSSI, *Introduzione al diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 61; Id., *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 111.

¹⁴ A. PIOGGIA, *Dopo quaranta anni la riforma dei servizi psichiatrici contiene ancora una importante lezione sul servizio pubblico e sul suo ruolo*, in *Istituzioni del federalismo*, 2018, pp. 817 ss.

leggì». ¹⁵ Valgono, qui, ed a ben vedere in termini ancor più generali che con riferimento ai soli diritti a prestazioni, le parole della Corte costituzionale: «organizzazione e diritti sono aspetti speculari della stessa materia, l'una e gli altri implicandosi e condizionandosi reciprocamente. Non c'è organizzazione che, direttamente o almeno indirettamente, non sia finalizzata a diritti, così come non c'è diritto a prestazione che non sia condizionato dall'organizzazione». ¹⁶

Si coglie bene, già nelle riflessioni più risalenti, il valore di un'organizzazione che è funzione, "dell'ordinamento" e non del "Principe": non è mero strumento del potere. È, in altri termini, «definita dai suoi compiti e non dalla natura servente del potere dell'autorità» ¹⁷: una subordinazione dell'organizzazione ai diritti che è tanto più importante quanto più si coglie la sua centralità. In un disegno quindi sempre meno caratterizzato da un impianto autoritario, sia perché il potere è funzione, sia perché il fenomeno amministrativo nel contesto contemporaneo va colto sempre più in termini di prestazioni servizio e sempre meno in termini di provvedimenti ed autorità.

In termini sostanziali, è in ogni caso che la conformazione della protezione dei diritti, e quindi dei diritti stessi, dipende dall'amministrazione che a questi dà garanzia ¹⁸: questo vale non solo per i diritti sociali, laddove la cosa è più evidente, ma anche per molti diritti di libertà (che vanno in ogni caso protetti, garantiti, non solo rispetto a eccessi dell'autorità ma anche nei rapporti con gli altri consociati).

Così, se è vero che «l'esercizio del diritto all'educazione non può essere impedito da difficoltà di apprendimento [ecc.] connesse all'handicap», ed è ineludibile il «pieno inserimento» del disabile nella scuola, ne consegue che l'organizzazione scolastica deve riconoscere la presenza di questa esigenza «adeguando a tale finalità la propria struttura, reclutamento e finanziamento» ed il legislatore deve consentire che le strutture amministrative preposte possano assicurare l'effettiva tutela di questo diritto. In questi termini, formulati a partire dalla sentenza della Corte Costituzionale, n. 80 del 2010 (con riferimento al limite all'organico dei docenti, anche di sostegno, ed al divieto di assunzione in deroga, sancito dalla legge 244 del 2007, finanziaria per il 2008) ¹⁹, si conferma però un'ambivalenza: si può ben dire che sono i diritti a conformare l'organizzazione, ma proprio il caso che muove dall'inadeguatezza della costruzione organizzativa dei diritti ci mostra bene come i diritti finiscano fondati (in concreto) dall'organizzazione.

¹⁵ G. PASTORI, *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo*, in *Jus*, 2008, p. 323; F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione*, 1978, pp. 6 ss.

¹⁶ Corte costituzionale, n. 383 del 1998.

¹⁷ L.R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, in *PA Persona e Amministrazione*, n. 1, 2019, p. 17.

¹⁸ Cfr. es. F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE (a cura di) *Persona ed amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, Torino, Giappichelli, 2004; F. GIGLIONI, *Le garanzie degli utenti dei servizi pubblici locali*, in *Diritto amministrativo*, 2005, pp. 335 ss.

¹⁹ Sul punto cfr. E. CARLONI, *Il diritto all'istruzione come diritto di cittadinanza*, in A. BARTOLINI, A. PIOGGIA (a cura di), *Cittadinanze amministrative. A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, vol. VIII, Firenze, FUP, 2016, pp. 81 ss.

La stessa Costituzione conferma e fonda in ogni caso questa ambivalenza.

Da un lato, è chiara la priorità dei diritti nel determinare la costruzione complessiva dell'ordinamento e non ultimo delle strutture chiamate ad assicurarli: in questo senso, in particolare, può leggersi l'art. 3, secondo comma, quale "motore di trasformazione" dell'impianto (anche organizzativo) repubblicano, specie se letto in combinazione con l'art. 2 ed il connesso principio personalistico.²⁰ L'individuo al centro del discorso giuridico e, quindi, elemento intorno al quale plasmare l'organizzazione amministrativa per assicurare il pieno godimento dei suoi diritti.

Dall'altro, mostra piena consapevolezza alla centralità della questione organizzativa, se è vero che nel parlare di amministrazione la Costituzione si rivolge essenzialmente all'organizzazione, con l'articolo 97: la pubblica amministrazione è "organizzata" per assicurare il buon andamento e l'imparzialità, sono determinate le sfere di competenza dei funzionari. Né il riconoscimento di questa rilevanza della dimensione organizzativa è una questione nuova nel dibattito scientifico, come è ben dimostrato dall'attenzione che alla questione organizzativa, in termini decisivi, è dedicata in studi di oltre cinquant'anni addietro.

4. Le scelte organizzative e l'equilibrio tra diritti e risorse

Viene però da chiedersi se siano cambiate le coordinate fondamentali per riflettere intorno alla centralità della questione-organizzativa. In effetti la stessa costruzione costituzionale risente di alcune trasformazioni, esterne al testo costituzionale (e legate al processo di integrazione europeo) ma anche interne a questo, in virtù di due importanti modifiche che hanno inciso in modo non secondario sulla forma di Stato, intendendo con questa espressione tanto il rapporto con i poteri pubblici territoriali quanto il rapporto con i cittadini.

Nel testo della Costituzione del 1948 pare chiara, come accennato, la costruzione del sistema a partire dalla priorità del diritto, in termini che sono quindi ad un tempo di logica e di cultura giuridica: è l'esistenza di un diritto a imporre la sua (eguale) tutela e quindi, in termini di strumentalità, la costruzione delle condizioni organizzative necessarie, in termini non discriminatori.

Da questo impianto derivano varie conseguenze.

Anzitutto, i diritti sono determinante dell'organizzazione in termini giuridici prima che fattuali (dove il discorso finisce spesso inevitabilmente per ribaltarsi). Lo schema logico parte dal diritto, costruisce su questo l'organizzazione, determina a valle le risorse necessarie come risultante (quale sommatoria, si può dire, del costo dei diritti) Un'idea che è ancora presente, ed anzi esplicitata, nella prima parte della Costituzione, ma ancora nella costruzione dell'impianto del governo territoriale della Repubblica, quando si chiarisce il

²⁰ Cfr. es. U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, Cedam, 1996, p. 11.

finanziamento integrale delle funzioni esercitate, le quali ultime sono riconosciute ai diversi livelli istituzionali in coerenza con la disciplina dei diritti e del riconoscimento di interessi a protezione necessaria. In questo discorso, un elemento implicito nell'idea di organizzazione, e non ultimo in quella stessa di diritto, è quella di costo, o in altri termini di copertura finanziaria delle spese necessarie alla costruzione organizzativa dei diritti.

La riforma costituzionale del 2012 comporta una frattura in questo modello, sia guardando al nuovo art. 81 Cost.²¹ che, soprattutto, al nuovo art. 97, primo comma²²: se le risorse sono la preconditione, limitatamente flessibile a livello statale e rigida a livello di singola amministrazione, per la costruzione organizzativa dei diritti e quindi per il loro godimento, e se c'è un legame strettissimo tra risorse ed organizzazione, questa rigidità si scarica sull'organizzazione, che deve riuscire a modularsi per consentire una tutela comunque adeguata dei diritti. In questo senso, la rigidità sul fronte delle risorse, che non può consentire una tutela piena dei diritti come loro somma, sembra piuttosto prefigurare una loro garanzia che è frutto della ripartizione/divisione in parti di ciò che è disponibile in quanto finanziariamente sostenibile (in quote se necessario via via più piccole, potenzialmente inadeguate). Questo si scarica sull'organizzazione, che diviene snodo di protezione, in concreto ma in termini anche teorici, di tenuta di un disegno altrimenti problematico nel quadro costituzionale.

È da tempo avvertito il ruolo dell'auto-organizzazione amministrativa per la garanzia del buon andamento, quale condizione di flessibilità ed adeguamento²³, in una prospettiva nella quale è all'organizzazione che è affidato il compito di combinare indicazioni in astratto potenzialmente contrastanti, così come desumibile dall'art. 97 della Costituzione: come «risultati garantibili e assicurabili da un tipo di organizzazione, da certe regole d'organizzazione».²⁴

Più recente l'emergere di una stagione nella quale l'autonomia organizzativa è sempre più esaltata, sempre però perché momento di equilibrio (quantomeno teorico) di combinazione nel caso concreto di esigenze altrimenti incompatibili se proiettate su un disegno organizzativo uniforme. L'autonomia degli enti territoriali, ma in quest'ottica in modo ancora più chiaro l'autonomia delle aziende sanitarie, l'autonomia delle istituzioni scolastiche, l'autonomia universitaria, la stessa autonomia della dirigenza. Un'autonomia che però, pro-

²¹ Sulla riforma ed il suo impatto cfr. es. W. GIULIETTI, M. TRIMARCHI, *Nozione di amministrazione pubblica e coordinamento statale nella prospettiva dell'interesse finanziario*, in R. CAVALLO PERIN, A. POLICE, F. SAITTA (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, cit., pp. 189 ss.

²² Sulla nuova previsione costituzionale cfr. G. BOTTINO, *Il nuovo art. 97 della Costituzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2014, pp. 691 ss.

²³ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., p. 90; su come questo determini anche un limite alla disciplina legislativa dell'organizzazione, con spazio da riconoscere ai regolamenti di organizzazione cfr. es. D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 288.

²⁴ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., p. 78, con riferimento ai requisiti del buon andamento e dell'imparzialità.

prio mentre assume un rilievo così fondativo, si presenta a volte in termini defunzionalizzati in quanto operata con poteri “datoriali”²⁵ od in uno spazio di asserita “autonomia aziendale”.²⁶

Un'autonomia organizzatoria che si somma, nei contesti territoriali, allo spazio di differenziazione organizzativa che discende dalla costruzione in senso maggiormente autonomistico frutto della riforma costituzionale del 2001²⁷, che muove da presupposti e paradigmi diversi ma pare convergere ora nella direzione di una differenziazione/flessibilità che è condizione di temperamento delle contrapposte esigenze di pienezza di soddisfazione dei diritti e equilibrio-contenimento di spesa. In questi termini, la differenziazione organizzativa prefigurata dalla riforma del Titolo V si colloca in un contesto mutato (nello scenario dei vincoli di matrice eurounitaria, della “crisi economico-finanziaria”²⁸, verosimilmente della crisi post-pandemica). Una differenziazione pensata per fornire risposte organizzative coerenti con un'articolazione normativa di nuovi e più ampi diritti (a partire da un nucleo comune incompressibile, definito in particolare tramite livelli essenziali), che diviene in realtà meccanismo per ricercare, ad un livello non solo sempre più vicino ai cittadini ma ancor più al caso concreto, un equilibrio tra diritti e risorse complesso e altrimenti irraggiungibile (vista la tendenza espansiva dei primi e la rigidità-riduzione delle seconde) in termini più generali.

Un percorso, nel suo insieme, nel quale si avvertono elementi in tensione²⁹: proprio nel momento in cui le scelte organizzative divengono sempre più matrice di diritti, si percepisce il rischio di logiche di abbandono dei diritti all'autonomia organizzatoria, quale soluzione di comodo che permette di non mettere in contraddizione ai livelli più alti la costruzione europea (ma anzitutto la perdita della leva monetaria che potrebbe altrimenti ri-alimentare, ribaltandolo, il circuito tra risorse-organizzazione-diritti), scaricandone le contraddizioni a livello più basso, sovraccaricando il ruolo delle scelte organizzative “in concre-

²⁵ Cfr. P. CERBO, *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 2007; A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2004.

²⁶ Sull'autonomia delle aziende sanitarie ed in particolare sul c.d. “atto aziendale” del direttore generale, cfr. B. PONTI, *L'atto aziendale ed i vincoli regionali all'autonomia imprenditoriale delle ASL/AO: la differenziazione organizzativa come test del processo di aziendalizzazione*, in *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, (a cura di) A. PIOGGIA, M. DUGATO, G. RACCA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, Milano, Franco Angeli, 2008, pp. 49 ss.

²⁷ Sul punto ci sia consentito rinviare diffusamente a E. CARLONI, *Lo Stato differenziato. Contributo allo studio dei principi di uniformità e differenziazione*, Torino, Giappichelli, 2004.

²⁸ Diffusamente, sul punto, F. Merloni, A. Pioggia (a cura di), *European Democratic Institutions and Administrations. Cohesion and Innovation in Times of Economic Crisis*, Wiesbaden, Springer, 2018.

²⁹ Cfr. es. C. TUBERTINI, *Diritto alla salute, organizzazione e risorse finanziarie. Lo stato attuale della questione*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile*, Volume I - Studi introduttivi, Bologna, Bup, 2018, p. 546 ss.; M. D'ARIENZO, *La salute ai tempi della “spending review”: come conciliare il controllo della spesa sanitaria con l'effettività del diritto alla salute e della relativa tutela giurisdizionale*, in *Il Diritto dell'economia*, 2018, fasc. 3, pp. 42

to”; confermando, ed anzi rafforzando nel mutare del quadro, l’idea di Nigro di un’amministrazione chiamata, dalla Costituzione, a porsi “drammaticamente” all’incrocio di sollecitazioni diverse e contrastanti.³⁰

5. Strategie di regolazione e priorità organizzative

Proprio la centralità dello snodo organizzativo nell’equilibrio tra diritti e risorse giustifica strategie di regolazione che in qualche modo orientino le scelte organizzative.

Questo avviene in forme diverse, in parte oramai consolidate ma forse nuove per intensità, in parte sicuramente nuove.

È oramai da tempo consolidata una regolazione delle amministrazioni volta a enfatizzarne i “risultati”³¹: risultati da cogliere in termini di corrispondenza agli obiettivi, secondo un modello che si concentra in particolare sul ruolo della dirigenza³² cui vengono affidate (nel disegno teorico) risorse umane e strumentali e risorse finanziarie coerenti rispetto ad obiettivi definiti attraverso atti di indirizzo. Risultati da cogliere però anche come capacità delle organizzazioni di assicurare una performance in linea con specifici “standard” definiti secondo procedure complesse fatte di indicatori e della loro valutazione, di risultati prestazionali.

In quest’ultimo approccio risiedono certo potenzialità (quale soluzione di garanzia di diritti e interessi in termini non formali ma concreti e misurabili), ma non meno risiedono alcuni rischi. Un rischio è quello di cogliere in questo un rilievo “secondario” dell’organizzazione, partendo dall’idea di mera strumentalità dell’organizzazione rispetto al “risultato” in termini di prestazione (misurabile e quindi attraverso la misurazione in grado di emergere nella sua autonomia, da un lato, e di retroagire sull’organizzazione, ri-conformandola per renderla meglio performante, dall’altro). Come nota Alessandra Pioggia, mentre l’attenzione si sposta verso un risultato prestazionale sempre più asfittico e centrato unicamente sul prodotto misurabile³³, «*si corre il rischio che gli altri diritti, quelli alla dignità, alla privacy, alla libera manifestazione del pensiero, al pieno sviluppo*

³⁰ M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra costituzione e formale e costituzione materiale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1985, p. 162, la Costituzione «*recependo in sé istanze dissimili o addirittura divergenti [...] ha, realisticamente, accolto una concezione dialettica, anzi drammatica dell’amministrazione*».

³¹ Sulla nozione di “amministrazione di risultato”, cfr. già M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato* e G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, entrambi in AIPDA, *Innovazione del diritto amministrativo e riforma dell’amministrazione. Annuario 2002*, Milano, Giuffrè, 2003.

³² F. MERLONI, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell’imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 2009 (XV), pp. 57 ss.; C. PINELLI, *La pubblica amministrazione*, in C. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit.; U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e Costituzione*, cit.; F. MERLONI, *Amministrazione “neutrale” e amministrazione imparziale (a proposito dei rapporti tra “politica” e “amministrazione”)*, in *Dir. pubbl.*, 1997; G. GARDINI, *L’imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell’amministrazione contemporanea*, Milano, Giuffrè, 2003.

³³ Cfr. A. PIOGGIA, *Diritti umani e organizzazione sanitaria*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2011, pp. 21 ss.

di sé, ecc., siano trascurati o addirittura sacrificati da organizzazioni che in modo miope e parziale si occupano solo di ottimizzare le prestazioni che sono tenute a fornire».³⁴ Il che però si lega alle questioni di cui prima si parlava: il fatto di trovarci in un'ambiente nel quale è rimessa all'organizzazione (ed alle scelte di autonomia organizzativa) la messa in equilibrio di esigenze non sempre compatibili, di protezione e di risparmio, fa sì che l'idea di ricostruire i diritti in termini di prestazione da un lato ne favorisca una tutela "minima" che è comunque assicurata quantomeno in termini formali, dall'altro induca a porre in secondo piano tutti quegli elementi che pur qualificando il godimento dei diritti non emergono direttamente dalla prestazione così come rilevata.

Più recente l'idea di definire una serie di priorità, e quindi un diverso equilibrio tra diritti, direttamente nell'organizzazione, che non è quindi vista più come subordinata meramente strumentale (come è spesso nell'approccio centrato su "risultati"), ma quale momento centrale di immediata soddisfazione di interessi dei quali diviene strumento. Si tratta di un approccio che emerge da alcune regolazioni che costruiscono la tutela di determinati diritti "nell'organizzazione" prevedendo che queste siano rivolte "by design" a garantirne la protezione.

Qui il crinale organizzazione/attività si sviluppa secondo coordinate nuove, spesso digitali, nella quale la garanzia dei diritti passa in modo sempre maggiore attraverso la predefinitone "by design" delle modalità di successivo funzionamento. Paradigmatico in questo senso è la previsione contenuta nell'art. 25 del Regolamento europeo sui dati personali (Gdpr)³⁵, che pone la «protezione dei dati fin dalla progettazione» e la connessa «protezione per impostazione predefinita»: «il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate, quali la pseudonimizzazione, volte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati, quali la minimizzazione, e a integrare nel trattamento le necessarie garanzie al fine di soddisfare i requisiti del presente regolamento e tutelare i diritti degli interessati». Con questa normativa, per la prima volta, la protezione di uno specifico diritto diviene priorità cui sono rivolte tutte le scelte organizzative: si tratta di un diritto, dunque, che esercita una "presa diretta" sull'organizzazione ed in questo senso assume una valenza preliminare e prioritaria rispetto agli altri diritti, da assicurare questi nell'esercizio di un'autonomia organizzativa di massima non in grado di garantirli appieno, considerate le risorse disponibili, e comunque a sua volta spesso concentrata sui soli diritti (così come) emergenti dalle regolazioni "per standard". Esiste, in sintesi, una gerarchia organizzativa dei diritti, che determina la riduzione dei margini per l'apprezzamento dei diritti "residui" rispetto alle regole di design e di standard.

Il modello della regolazione "by design" sta conoscendo una certa diffu-

³⁴ A. PIOGGIA, *Dopo quaranta anni la riforma dei servizi psichiatrici*, cit., p. 819.

³⁵ Cfr. es. M.S. ESPOSITO, *Trattamento dei dati personali e rischi correlati, nel prisma dei diritti e delle libertà fondamentali*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2019, fasc. 4-5, pp. 1071; 018 E. Faccioli, M. Cassaro, *Il "GDPR" e la normativa di armonizzazione nazionale alla luce dei principi: "accountability" e "privacy by design"*, *Commento a Reg. UE 2016/679*, in *Il Diritto industriale*, 2018, fasc. 6, pp. 561 ss.

PA PERSONA E AMMINISTRAZIONE

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

sione, per quanto sin qui (fatta l'eccezione della protezione dei dati) concentrato su esigenze di tipo prettamente organizzativo e trasversale, quale la digitalizzazione o, in forme diverse, l'anticorruzione. Proprio il caso della protezione dei dati mostra però la possibilità di calare la logica della garanzia dei diritti *by design* dentro le organizzazioni pubbliche. In questo approccio, è in sostanza nella "compliance" rispetto a questi modelli, prima ancora che nella decisione, ed ancora nell'esercizio di autonomia organizzativa in coerenza con le complessive finalità affidate all'ente, che si concretizza la protezione di alcuni interessi, e però anche la pre-definizione dell'equilibrio (a tutto vantaggio dei diritti *by design*) rispetto ad una serie di diritti-interessi nel loro complesso affidati alle pubbliche amministrazioni.