

MASSIMO MONTEDURO  
Professore Associato di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche  
dell'Università del Salento  
*massimo.monteduro@unisalento.it*

## **L'ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA: RIFLESSIONI SUL PENSIERO DI DOMENICO SORACE\***

### **THINKING ABOUT ADMINISTRATIVE ORGANIZATION: SOME REFLECTIONS ON THE THOUGHT OF DOMENICO SORACE**

#### SINTESI

Lo scritto riflette sul contributo offerto da Domenico Sorace alla teoria dell'organizzazione amministrativa e propone ipotesi di lavoro per nuove ricostruzioni, stimulate dal confronto con il Suo pensiero.

#### ABSTRACT

The paper reflects upon the contribution made by Domenico Sorace to the administrative organization theory and proposes some working hypotheses for new conceptual reconstructions, stimulated by the comparison with his thought.

PAROLE CHIAVE: organizzazione amministrativa, gradualismo, doveri organizzativi, discrezionalità organizzativa, principi organizzativi.

KEYWORDS: administrative organization, gradualism, organizational duties, organizational discretion, organizational principles.

INDICE: 1. «Una introduzione». Propositi e limiti dell'analisi: teoria dell'organizzazione amministrativa e focalizzazione di alcuni nodi problematici. – 2. Identificazione e perimetro attuale dell'organizzazione amministrativa. – 3. Continuità e gradualismo organizzazione/attività e ambivalenza dei principi del diritto delle amministrazioni pubbliche. – 4. Strumentalità

\* La versione originaria del presente contributo (qui proposto con lievi variazioni anche nel titolo) è destinata alla pubblicazione in S. Torricelli (a cura di), *Ragionando di diritto delle pubbliche amministrazioni (in occasione dell'ottantesimo compleanno di Domenico Sorace)*, Napoli, Esi, 2020. Lo scritto rielabora la relazione svolta a Firenze il 6 dicembre 2019 nel Convegno 'Ragionando di diritto delle pubbliche amministrazioni' in occasione dell'ottantesimo compleanno di Domenico Sorace.

In ossequio alle regole della Rivista, che pubblica solamente contributi originali, è consentita la pubblicazione di lavori già pubblicati solo ove gli stessi siano di particolare importanza e con il consenso della rivista o opera collettanea alla quale il lavoro è destinato, nonché con espressa menzione della circostanza in questione.

Pur essendo questo lavoro parzialmente diverso da quello destinato agli Scritti per Domenico Sorace – maestro che anche attraverso la pubblicazione di questo lavoro la Rivista intende onorare – si è ritenuto di ricorrere espressamente a questa regola che la Rivista si è data ed intende osservare.

dell'organizzazione amministrativa. – 5. Doveri di organizzazione e pretese all'organizzazione. – 6. «Discrezionalità organizzativa». – 7. Proporzionalità organizzativa. Sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza nella dimensione dell'organizzazione. Tempo e legittimo affidamento nelle scelte organizzative.

### 1. «Una introduzione». Propositi e limiti dell'analisi: teoria dell'organizzazione amministrativa e focalizzazione di alcuni nodi problematici.

Il pensiero di Domenico Sorace proietta la lucidità del suo rigore negli angoli “ciechi” del diritto amministrativo, fornendo chiavi di decifrazione per problemi irrisolti nel presente e caratterizzandosi per la sua capacità di aprire orizzonti di ricerca per il futuro.

Questo scritto intende riflettere sul contributo offerto da Sorace, secondo direttrici non consuete, alla teoria dell'organizzazione amministrativa<sup>1</sup> e, al contempo, avanzare alcune proposte stimulate dal confronto con la ricchezza del pensiero del Maestro, nella consapevolezza della loro problematicità.

Il Suo *Diritto delle amministrazioni pubbliche* colpisce, sin dalla prima lettura, non solo per il titolo ‘al plurale’ – la cui importanza è stata da più parti colta ed evidenziata – ma anche per il sottotitolo: *Una introduzione*.

Nel motivare quest'ultimo, Sorace osserva:

«D'altro canto, si tratta solo di “una” delle possibili introduzioni. Infatti, avrebbero potuto essere trattati per primi argomenti diversi (per esempio, descrivendo l'organizzazione delle pubbliche amministrazioni, come avviene in libri di altri autori) e avrebbero potuto seguirsi itinerari diversi [...] si tratta di una scelta non irrilevante sotto il profilo dei risultati conoscitivi [...] occorrerà dunque confrontare questa “introduzione” con altre e comunque immaginare diversi percorsi conoscitivi»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Ai fini di questo scritto, i riferimenti testuali alle affermazioni di Sorace saranno principalmente tratti dal celebre *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, nella sua ultima edizione disponibile (2018): questa scelta è motivata dal fatto che si tratta dell'opera che, più di ogni altra, compendia e condensa decenni di riflessioni del Maestro, e dunque può essere considerata una finestra di osservazione privilegiata, nonché aggiornata all'attualità, del Suo pensiero. Questo non toglie che, su alcuni profili, si farà riferimento anche a contributi precedenti che verranno citati in nota. In ogni caso, deve segnalarsi che la bibliografia delle opere di Sorace mostra una costante attenzione, nel corso del tempo, alle problematiche dell'organizzazione. Basti menzionare, senza pretesa di completezza: *Gli uffici regionali, in Regioni e organizzazione amministrativa*, Firenze, 1971, pp. 133-185; *Le prime esperienze di organizzazione amministrativa nelle Regioni a statuto ordinario*, in *Problemi attuali dell'organizzazione amministrativa delle Regioni*, Milano, 1972, pp. 29-53; *Crisi degli organi collegiali e prospettive di riforma dell'organizzazione del servizio scolastico*, in *Foro amm.*, 1978, pp. 900-922; *Problemi di riorganizzazione dell'amministrazione locale nelle ‘aree metropolitane’*, in S. BELLIGNI (a cura di), *Governare la democrazia*, Milano, 1981, pp. 168-172; *Ipotesi sull'ordinamento dei ministeri*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, I, Milano, 1982, pp. 635-662; *I comitati interministeriali economici: da organi di indirizzo ad organi di amministrazione attiva* (cur.), Bologna, 1991; *Nuovi assetti e prospettive dei controlli esterni*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, pp. 2341-2368; *Organizzazione*, in M. BOSSI, N. MARASCHIO (a cura di), *Io parlo da cittadino. Viaggio tra le parole della Costituzione italiana. I principi fondamentali*, Firenze, 2008, pp. 157-160.

<sup>2</sup> D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, 9ª ed., Bologna, Il

È significativo che, sin da questo *incipit*, Egli si ponga il problema della collocazione sistematica dell'organizzazione amministrativa, dichiarando la propria scelta di *non* assumerne la *descrizione* come *prius* concettuale rispetto alle funzioni.

Nello spirito della «introduzione» – nel significato dato da Sorace – questo scritto intende focalizzarsi, selettivamente, su alcuni nodi critici della teoria dell'organizzazione amministrativa.

La scelta di questi specifici profili, in luogo di altri, è stata motivata da due ragioni:

- da un lato, la volontà di mettere a fuoco alcuni problemi di teoria dell'organizzazione che sembrano oggi giacere parzialmente in un cono d'ombra, perché non oggetto di sufficiente dibattito nell'attuale *mainstream* dottrinale (concentratosi piuttosto su altre questioni, pur importantissime, sulle quali la letteratura recente è copiosa: basti solo pensare ai contributi fioriti sulla dirigenza, sul principio di distinzione tra politica e amministrazione con i suoi diversi corollari, sulla trasparenza nella sua dimensione organizzativa, sulle autorità indipendenti, etc.);

- dall'altro, mettere in luce come l'analisi di questi nodi teorici possa essere rivitalizzata proprio attraverso un confronto con l'originalità e la ricchezza delle riflessioni di Sorace.

## **2. Identificazione e perimetro attuale dell'organizzazione amministrativa.**

Un primo interrogativo fondamentale, tuttora non risolto, è il seguente: quali strutture possono correttamente essere qualificate come *organizzazioni amministrative*, e sulla base di quale *criterio giuridico di identificazione*? In altri termini, quale è, oggi, il *perimetro* dell'organizzazione amministrativa?

La questione non è meramente classificatoria: è in discussione, infatti, la dilatazione o la restrizione della platea di strutture alle quali deve applicarsi, almeno nel *minimum*, il nucleo di quei principi (ad esempio, ex artt. 54, 97 e 98 Cost.: equilibrio dei bilanci e sostenibilità del debito; imparzialità; buon andamento; predeterminazione delle sfere di competenza, delle attribuzioni e delle responsabilità; regola generale del concorso; servizio esclusivo della nazione con disciplina ed onore) che conformano e caratterizzano l'organizzazione amministrativa.

Solo a titolo di esempio: l'art. 97 Cost. implica, a fronte di previsioni legislative che concernano l'organizzazione e la correlino alla garanzia di interessi protetti, l'esistenza di doveri di “macro-organizzazione” che predeterminino le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità ed assicurino imparzialità e buon andamento, conseguendo da ciò la rilevanza esterna (ossia anche nei confronti dei terzi titolari dei medesimi interessi protetti) della competenza, intesa nella sua dimensione qualitativa e non meramente quantitativa, e dunque la

giustiziabilità del vizio di incompetenza<sup>3</sup>. Se ciò è vero, attrarre una fattispecie all'interno dell'organizzazione amministrativa non è opzione interpretativa neutra, in quanto comporta l'emersione della rilevanza giuridica dell'organizzazione (e della competenza) sia in termini di parziale limitazione/conformazione della libertà di auto-organizzazione dal lato dell'amministrazione, sia sul piano della tutela in sede giurisdizionale dal lato del cittadino.

Ed allora, accedendo a questo vasto orizzonte di interrogativi aperti, occorre chiedersi se siano da considerarsi estranee, o invece intranee – e, in quest'ultimo caso, se in tutto o solo in parte – al perimetro giuridico dell'organizzazione amministrativa figure eterogenee quali, solo a titolo indicativo e senza alcuna pretesa di completezza, i concessionari di servizi pubblici, le società *in house*, le SOA, gli enti privati accreditati nell'ambito del SSN; o le libere università non statali, le organizzazioni di volontariato stabilmente convenzionate con enti pubblici territoriali per lo svolgimento di attività o servizi di interesse generale; o le reti di organizzazioni statali e sub-statali coordinate dalle agenzie europee decentrate, le istituzioni dell'unione bancaria europea, le macro-regioni europee (quali ad es. la macroregione adriatico-ionica e la macroregione alpina), i gruppi europei di cooperazione territoriale, etc.

La questione del criterio di identificazione/perimetrazione di ciò che è, o invece non è, qualificabile come “organizzazione amministrativa”<sup>4</sup> dipende dalla lettura che si prescelga dell'aggettivo “amministrativa”, rispetto al sostantivo “organizzazione”.

La tradizionale impostazione (accolta ancora, in parte, dalla manualistica) intende “organizzazione amministrativa” come “organizzazione *soggettivamente* amministrativa”.

In questo schema, la teoria dell'organizzazione amministrativa viene ad essere ricostruita *in chiave soggettiva* percorrendo la sequenza lineare verticale:



<sup>3</sup> Per una discussione di questi profili, v. A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2001, *passim*; F. MERLONI, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 57, spec. pp. 61 ss. e 67 ss.

<sup>4</sup> Per una sintesi, e per gli opportuni riferimenti bibliografici, v. A. PIOGGIA, *Organizzazione amministrativa*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 4019.

Secondo tale prospettiva:

- il *prius* è rappresentato dalla perimetrazione del novero delle “amministrazioni pubbliche” come gruppo di figure soggettive isolabili all’interno dei soggetti attori dell’ordinamento giuridico nazionale; gli sforzi si concentrano sul tentativo di distinguerle dai soggetti privati o da altri soggetti pubblici costituenti il potere legislativo o giurisdizionale, a tal fine facendo leva o su elencazioni di figure soggettive fornite dal diritto positivo (es. l’art. 1, c. 2, d. lgs. 165/2001, o più recentemente gli Elenchi Istat<sup>5</sup>) o sui criteri di identificazione degli enti pubblici elaborati in sede giurisprudenziale o dottrinale;

- compiuta tale operazione definitoria a monte, l’organizzazione amministrativa viene ad essere identificata con gli apparati burocratici strutturalmente preposti dall’ordinamento al servizio delle pp.aa. in senso soggettivo<sup>6</sup>;

- da parte di alcuni autori, portando il ragionamento alle estreme conseguenze, si giunge infine a dedurre che debbano considerarsi funzioni ed attività (autenticamente) amministrative solo quelle direttamente svolte dall’apparato organizzativo delle pubbliche amministrazioni in senso soggettivo<sup>7</sup>.

Simili prospettive, per quanto autorevoli, non appaiono forse in grado di cogliere pienamente, nel contesto attuale, la complessa realtà delle trasformazioni del fenomeno amministrativo.

Si potrebbe esplorare un’ipotesi di lavoro diversa, intendendo il lemma “organizzazione amministrativa” nel significato di “organizzazione *oggettivamente* amministrativa”.

Si noti come proprio Sorace sia annoverabile tra gli studiosi i quali, in luogo di un’identificazione in chiave prevalentemente soggettiva

<sup>5</sup> Gli Elenchi Istat rispondono tuttavia a una cd. “nozione finanziaria” di pubblica amministrazione, per la quale v. M. TRIMARCHI, W. GIULIETTI, *Nozione di amministrazione pubblica e coordinamento statale nella prospettiva dell’interesse finanziario*, in *Dir. e proc. amm.*, 2016, p. 925; P. GOTTI, *La problematica “nozione finanziaria” di pubblica amministrazione, l’elenco Istat e la regola della spending review*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 177.

<sup>6</sup> Cfr. F.G. SCOCA, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, 2<sup>a</sup> ed., Bologna, 1998, p. 441 (corsivi aggiunti): «l’organizzazione amministrativa, come complesso degli uffici (elementari strutture organizzative) che svolgono la funzione di amministrazione, è ciò che si denomina Amministrazione in senso soggettivo»; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 13<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 2011, p. 3 (corsivi aggiunti): «amministrazione in senso soggettivo, dunque, equivale a dire organizzazione amministrativa».

<sup>7</sup> Cfr. ad es. S. VALENTINI, *Figure, rapporti, modelli organizzatori. Lineamenti di teoria dell’organizzazione*, in G. SANTANIELLO [dir.], *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1996, pp. 6-9 (corsivi aggiunti). L’Autore afferma che «residua l’identificabilità della funzione amministrativa solo sotto il profilo soggettivo, come il complesso delle attribuzioni svolte dall’amministrazione, e non sotto il profilo oggettivo [...] così l’organizzazione intesa come apparato, l’elemento statico previo dell’attività amministrativa, anche se per questa predisposto, torna ad essere il nucleo individuatore delle funzioni – e perciò delle attività - amministrative, secondo una regola che in modo banale potrebbe essere così enunciata: sono amministrative le funzioni e le attività svolte dall’apparato amministrativo». In questa prospettiva, «l’attribuzione di frammenti di funzione amministrativa non trasforma il tributario di essi in parte dell’apparato amministrativo», mentre «è invece logico che avvenga il contrario, e cioè che chi è parte dell’apparato sia necessariamente tributario di funzioni».

dell'organizzazione, privilegiano un approccio oggettivo-funzionale.

Infatti, come si è detto, la stessa architettura del *Diritto delle amministrazioni pubbliche* rifiuta di premettere la descrizione dell'organizzazione all'analisi delle funzioni. Al contrario, secondo Sorace, l'attenzione deve essere puntata su «le specificità proprie delle diverse funzioni e delle relative organizzazioni amministrative»<sup>8</sup>; occorre muovere oggettivamente dalle funzioni (cui Egli dedica la Parte II del *Diritto*) ed in corrispondenza di ciascun gruppo di queste ultime (di regolazione, di prestazione, strumentali e ausiliarie) individuare gli apparati organizzativi deputati a – e modellati su – quella specifica categoria di funzioni<sup>9</sup>.

Con grande efficacia, Sorace sottolinea come alle «funzioni delle amministrazioni» corrispondano speculari «amministrazioni delle funzioni»<sup>10</sup>.

Proprio questa impostazione oggettiva conduce Sorace, nella Parte III del *Diritto delle amministrazioni pubbliche*:

- a definire, in maniera illuminante, l'organizzazione amministrativa come «il complesso dei numerosi apparati (ossia delle diverse specifiche organizzazioni) che svolgono funzioni (cioè insieme di compiti) definibili “amministrative”, nel significato che risulta da tutto quanto si è detto nei precedenti capitoli»<sup>11</sup>;

- a sottolineare che «nella normativa europea si rinvengono disposizioni che impongono agli Stati membri su cui ricadono compiti di rilievo comunitario non solo l'istituzione di appositi apparati ma anche particolari modalità organizzative per tali apparati»<sup>12</sup>;

- ad aggiungere che «un apparato amministrativo [dunque, per Sorace, esso è e resta un «apparato amministrativo», come tale interno e non esterno al perimetro dell'organizzazione oggettivamente amministrativa, n.d.r.] può dunque essere parte di un'organizzazione alla quale è riconosciuta la personalità giuridica di diritto privato, cioè di un ente privato, oppure di un'organizzazione alla quale è riconosciuta la personalità giuridica di diritto pubblico, cioè può essere (parte di) un ente pubblico»<sup>13</sup>, sottolineando l'«uso di forme organizzative privatistiche» in relazione a fattispecie quali privatizzazioni, società pubbliche, fondazioni, associazioni, organismi di diritto pubblico, imprese pubbliche<sup>14</sup>.

Il concetto di organizzazione (non soggettivamente, bensì) oggettivamente amministrativa implica, ad avviso di chi scrive, un cambio di paradigma.

La sequenza ricostruttiva che ne consegue logicamente, infatti, non è più verticale, ma circolare, e potrebbe essere rappresentata come segue:

<sup>8</sup> D. SORACE, *Diritto*, cit., p. 59 (corsivi aggiunti).

<sup>9</sup> D. SORACE, *Diritto*, cit., p. 112 (modelli organizzativi corrispondenti alle funzioni di regolazione); pp. 166-172 (modelli organizzativi corrispondenti alle funzioni di prestazione); pp. 192, 206-207 e 223-224 (modelli organizzativi corrispondenti alle funzioni strumentali); pp. 228-232 (modelli organizzativi corrispondenti alle funzioni ausiliarie).

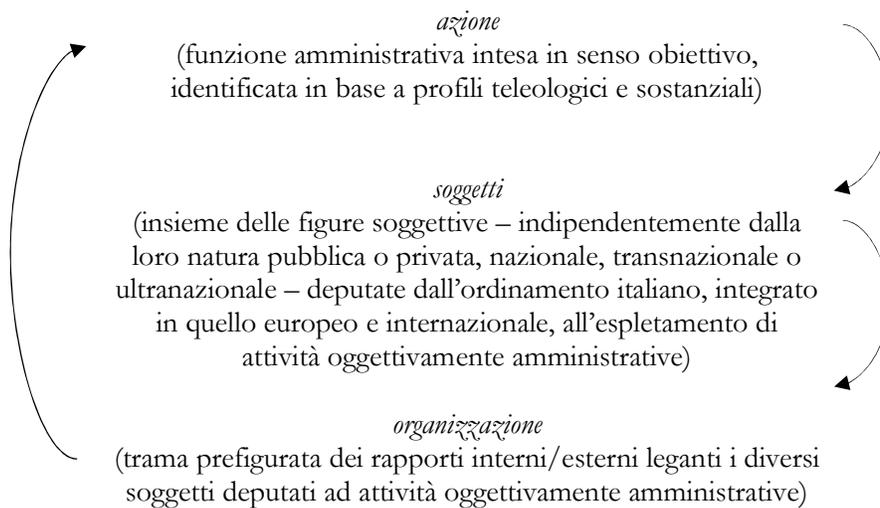
<sup>10</sup> D. SORACE, *Diritto*, cit., p. 57.

<sup>11</sup> D. SORACE, *Diritto*, cit., p. 257 (corsivi aggiunti).

<sup>12</sup> D. SORACE, *Diritto*, cit., p. 270 (corsivi aggiunti).

<sup>13</sup> D. SORACE, *Diritto*, cit., p. 288 (corsivi aggiunti).

<sup>14</sup> D. SORACE, *Diritto*, cit., pp. 292-303.



Ne emerge un circolo giuridico destinato ad esaltare, più di quanto tradizionalmente si ritenga, il ruolo ordinativo e proattivo della dimensione organizzativa.

Aderendo a questa ipotesi di lavoro, il perimetro dell'organizzazione amministrativa si amplierebbe notevolmente, in termini relazionali: verrebbero infatti attratte all'interno di tale perimetro anche le *relazioni organizzative che intercorrono tra enti pubblici ed enti privati preposti allo svolgimento di attività oggettivamente amministrative*<sup>15</sup>.

Prospettare l'intraneità delle suddette relazioni rispetto all'organizzazione amministrativa non significa negare che, a fronte della maggiore o minore do-

<sup>15</sup> La proposta ricostruttiva qui avanzata non coincide, benché sia ad essa vicina, con quella dell'autorevole dottrina che da un lato riconosce la sussumibilità all'interno del concetto di «organizzazione amministrativa» di forme organizzative privatistiche, ma dall'altro esclude dal perimetro dell'organizzazione amministrativa i soggetti privati che, pur svolgendo attività oggettivamente amministrativa, si trovano con i soggetti pubblici in relazioni di autonomia tali per cui i secondi non esercitano un controllo dominante sui primi: in tal senso V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato (azione e organizzazione)* in ID., *L'amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 108 ss., spec. nella Parte II intitolata *Le organizzazioni pubbliche in forma privatistica*, p. 147 ss.; G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa: principi*, in F.G. COCCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 20 e 170 ss. Si veda in argomento anche G. BOTTINO, *Amministrazione e funzione organizzatrice*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 53, che parla di «organizzazioni amministrative "sostanzialmente" pubbliche» seppur soggettivamente privatistiche. In relazione a casi-limite come quello delle società *in house*, parte della dottrina non esita ad affermare «da sostanziale "sussunzione" dell'ente in house nell'ambito del più generale apparato amministrativo controllante, nella cui estensione esso è compreso, in quanto plesso organizzativo dell'ente proprietario [...] la sostanziale totale coincidenza dell'ente in house con l'organizzazione amministrativa dell'amministrazione controllante di cui è prosecuzione» (così M. PASSALACQUA, *Le aporie delle forme di gestione dei servizi pubblici locali nel TU partecipate: organizzazione amministrativa e tutela della concorrenza*, in L. AMMANNATI, R. CAFATI PANICO (a cura di), *I servizi pubblici: vecchi problemi, nuove regole*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 25-26).

minanza del soggetto pubblico sul soggetto privato e, reciprocamente, della minore o maggiore autonomia del soggetto privato rispetto al soggetto pubblico, si imponga una differenziazione di regime giuridico tra poliformi relazioni organizzative.

In altri termini:

- nell'*an*, l'intraneità al perimetro dell'organizzazione oggettivamente amministrativa determina una (parziale, ma ineludibile) conformazione/limitazione dell'autonomia organizzativa dei citati enti privati per effetto dell'applicazione di principi, come quello dell'imparzialità, propri dell'organizzazione amministrativa<sup>16</sup>;

- nel *quomodo* e nel *quantum*, il grado di conformazione/limitazione dell'autonomia organizzativa degli enti privati attratti all'interno del perimetro dell'organizzazione amministrativa, lungi dal porsi in misura uniforme e rigida, varia in base ai diversi possibili modelli di relazioni organizzative tra soggetto pubblico e soggetto privato.

L'inclusione all'interno del perimetro dell'organizzazione "oggettivamente" amministrativa di entità privatistiche presenta, dunque, un variegato spettro di tonalità: ad esempio, può caratterizzarsi in termini di stabilità (si pensi alle società pubbliche istituite *ex lege*) o, invece, di temporaneità (si pensi ai concessionari per affidamento contrattuale di pubblici servizi).

Sempre accedendo allo schema circolare proposto, rientrerebbero all'interno del perimetro dell'organizzazione amministrativa anche *le relazioni tra strutture organizzative sub-statali e statali e strutture organizzative europee o sovranazionali*<sup>17</sup>: ciò implica conseguenze importanti nel modo di intendere (trasformandole) categorie concettuali quali, ad esempio, la *competenza*, l'*avvalimento*, la *sostituzione amministrativa*<sup>18</sup>.

In un simile scenario, inoltre:

- potrebbero essere rilette in una luce nuova alcune relazioni organizzative tradizionali come la *direzione*<sup>19</sup>, la *vigilanza*<sup>20</sup> o il *coordinamento*<sup>21</sup>; si pensi anche

<sup>16</sup> Sul tema, cfr. I. PIAZZA, *La disciplina dell'attività amministrativa di soggetti privati tra autonomia organizzativa e garanzie degli amministrati*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 541.

<sup>17</sup> Con esplicito richiamo al pensiero di Sorace, v. F. MERLONI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2018, 3<sup>a</sup> ed., pp. 11-12: «sono amministrazioni anche altri soggetti pubblici, quali gli enti costituiti ai diversi livelli di governo (gli enti statali, regionali, provinciali, comunali) o soggetti privati cui sono affidate funzioni amministrative. Così come amministrazioni sono quelle, diverse da quelle nazionali, che attuano disposizioni di ordinamenti sovranazionali, a cominciare dall'ordinamento europeo. La pluralità dei diritti che regolano l'amministrazione e la pluralità di soggetti con funzioni amministrative impongono, quindi, di parlare, al plurale, del complesso delle norme che le regolano come di diritto delle amministrazioni pubbliche (Sorace)». In una letteratura ormai molto vasta, di recente v. F. D'ANGELO, *I modelli organizzativi e la coamministrazione*, in R. CAVALLO PERIN, A. POLICE, F. SAITTA (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, Firenze, Firenze University Press, 2016, p. 535; M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino, Giappichelli, 2018.

<sup>18</sup> Sulla competenza, A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa*, cit.; sulla sostituzione, M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, Padova, Cedam, 2004.

<sup>19</sup> V. ANGIOLINI, *Direzione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1990, p. 109; G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Padova, Cedam, 1989 (rist.

a una relazione organizzativa ritenuta in fase involutiva quale la *gerarchia*<sup>22</sup>, che riacquisirebbe linfa se l'organizzazione amministrativa attraesse nel suo perimetro anche le relazioni tra enti pubblici e organismi imprenditoriali di natura privatistica preposti allo svolgimento di attività oggettivamente amministrative, sia in termini intersoggettivi con riferimento specifico all'*in house providing*<sup>23</sup>, sia in termini interorganici, dato il persistente rilievo della gerarchia all'interno delle imprese alla luce dell'art. 2086 cod. civ.<sup>24</sup>, il che potrebbe riverberarsi sulle imprese pubbliche e sulle imprese collegate<sup>25</sup>;

- potrebbero aggiungersi a quelle tradizionali anche ulteriori e nuove relazioni organizzative, quali, a mero titolo di esempio, l'inserzione con carattere di stabilità in sistemi integrati pubblico-privato mediante accreditamento<sup>26</sup> e

1969).

<sup>20</sup> M. ANTONIOLI, *Vigilanza e vigilanze tra funzione e organizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, p. 673.

<sup>21</sup> F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, Giuffrè, 2012.

<sup>22</sup> Sulla quale v. di recente le considerazioni di A. PIOGGIA, *Gerarchia (dir. amm.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario, cit.*, p. 2661, la quale mette peraltro in evidenza come la gerarchia permanga tuttora in ambiti di non poco momento, ad es. nei rapporti tra uffici dirigenziali generali e uffici dirigenziali non generali, nell'organizzazione delle aziende sanitarie, etc.

<sup>23</sup> Di recente, v. Cass. civ., Sez. Unite, Ord. 11 settembre 2019, n. 22713 circa l'assoggettamento della società *in house* «a vincoli gerarchici facenti capo alla P.A. [...] sicché il rapporto di servizio con l'ente pubblico è immanente a siffatta formula organizzativa». Anche secondo Cons. Stato, I, Parere 8 novembre 2018 n. 2583 (Adunanza del 10 ottobre 2018), il controllo analogo nei confronti dell'organismo *in house* corrisponde a «un rapporto di subordinazione gerarchica tra esso e l'ente pubblico socio (Corte di Giustizia CE, 13 ottobre 2005, C- 458/03, punto 67-68)». In dottrina, si vedano gli approfondimenti monografici di E. CODAZZI, *La società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018; C. IAIONE, *Le società in house: contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, Jovene, 2012; S. DETTORI, *La società in house tra interesse pubblico e mercato. Spunti ricostruttivi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008.

<sup>24</sup> L'art. 2086 cod. civ., anche a seguito della novella introdotta dall'art. 375, comma 2, del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (che ne ha mutato la rubrica da «Direzione e gerarchia nell'impresa» a «Gestione dell'impresa»), al c. 1 continua a stabilire che «l'imprenditore è il capo dell'impresa e da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori». Il comma 2, introdotto dalla novella del 2019, aggiunge peraltro che «l'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa [...]». Sul tema, anteriormente alla novella del 2019, cfr. V. FERRANTE, *Direzione e gerarchia nell'impresa (e nel lavoro pubblico privatizzato). Art. 2086*, in F.D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2012.

<sup>25</sup> Cfr. art. 3, c. 1, lett. t) e z), del d.lgs. 50/2016.

<sup>26</sup> A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, Giappichelli, 2017, spec. pp. 120 e 168. In relazione al sistema assistenziale sanitario, la giurisprudenza (Cons. Stato, III, 22 gennaio 2016, n. 207) ha incisivamente affermato che «da natura del rapporto di accreditamento, a metà strada tra concessione di servizio pubblico e abilitazione tecnica idoneativa, nell'ambito di un servizio pubblico essenziale obbediente non già a criteri di mercato, ma a criteri di servizio pubblico di erogazione di prestazioni assistenziali remunerate a tariffa a carico dell'erario, impone al privato accreditato precisi doveri di leale collaborazione con l'amministrazione ed amplifica l'ordinario dovere di diligenza e correttezza esigibile nei comuni rapporti obbligatori. In altri termini, gli operatori privati accreditati non sono semplici fornitori di servizi, in un ambito puramente contrattualistico,

convenzionamento<sup>27</sup>, o i nuovi «modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici»<sup>28</sup> (si pensi all'avvalimento organizzativo di centrali di committenza anche ubicate in altro Stato UE<sup>29</sup>, o agli accordi organizzativi di aggregazione<sup>30</sup>, etc.).

Lo stesso processo evolutivo, ove si aderisca all'ipotesi di lavoro prospettata, investirebbe la varietà tipologica dei modelli organizzativi<sup>31</sup>: si pensi al modello dell'*ausiliarità* e a come quest'ultimo potrebbe declinarsi rispetto alle posizioni organizzative di relazione tra enti pubblici ed enti privati del terzo settore, nella prospettiva della sussidiarietà orizzontale<sup>32</sup>; o al modello della

---

sorretto da principi di massimo profitto e di totale deresponsabilizzazione circa il governo del settore, *ma sono soggetti di un complesso sistema pubblico-privato qualificato dal raggiungimento di fini di pubblico interesse di particolare rilevanza costituzionale*, quale il diritto alla salute, su cui gravano obblighi di partecipazione e cooperazione nella definizione della stessa pianificazione e programmazione della spesa sanitaria (Cons. St., sez. III, 29 luglio 2011 n. 4529, 14 giugno 2011 n. 3611 e 13 aprile 2011 n. 2290; Corte Costituzionale 28 luglio 1995 n. 416)».

<sup>27</sup> V. *infra*, nota 32.

<sup>28</sup> S. PONZIO, M.G. RACCA, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 33, che evidenziano il collegamento tra tali modelli organizzativi e il principio costituzionale di adeguatezza.

<sup>29</sup> D.lgs. 50/2016, art. 37, cc. 12 e 13.

<sup>30</sup> D.lgs. 50/2016 art. 3, c. 1, lett. fffff).

<sup>31</sup> Intendendo il concetto di «modello organizzativo» come ipostasi teorica di specifiche «posizioni relazionali» tra strutture amministrative: v. in questo senso F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, *cit.*, p. 601; in analoghi termini, ID., *Relazioni organizzative e formule organizzative*, in F.G. SCOCA, D. D'ORSOGNA, *Le relazioni organizzative*, cap. 4 di F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 61-63. Per un'impostazione gradualistica della teoria dei modelli organizzativi sia consentito, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, il rinvio a M. MONTEDURO, *Modelli organizzativi e funzione. Il caso dell'Agenzia italiana del farmaco*, Torino, Giappichelli, 2018, in particolare da p. 117. Fondamentale, per la prospettiva generale del gradualismo nel diritto amministrativo, l'insegnamento di G. ROSSI, da ultimo compendiato in ID., *Guida alla lettura: linee di un nuovo diritto amministrativo*, in D. PAPPANO [coord.], *Il diritto amministrativo nell'evoluzione della scienza giuridica. Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, Vol. I, Torino, Giappichelli, 2019, in particolare p. XXXVI e ss.

<sup>32</sup> Si noti che l'ordinamento impone penetranti limiti all'autonomia organizzativa degli enti del terzo settore (ETS) qualora questi ultimi, anziché operare isolatamente, intendano convenzionarsi stabilmente con pubbliche amministrazioni. Basti esaminare il Titolo VII del Codice del Terzo Settore (d.lgs. 117/2017), intitolato «Dei rapporti con gli enti pubblici», ed ivi l'art. 56 sulle «Convenzioni», ove si subordina il convenzionamento con la P.A. all'imposizione all'ETS di inderogabili doveri di organizzazione: «le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale *devono [...] dimostrare adeguata attitudine, da valutarsi in riferimento alla struttura, all'attività concretamente svolta, alle finalità perseguite, al numero degli aderenti, alle risorse a disposizione e alla capacità tecnica e professionale, intesa come concreta capacità di operare e realizzare l'attività oggetto di convenzione, da valutarsi anche con riferimento all'esperienza maturata, all'organizzazione, alla formazione e all'aggiornamento dei volontari [...] le convenzioni devono contenere disposizioni dirette a garantire l'esistenza delle condizioni necessarie a svolgere con continuità le attività oggetto della convenzione, nonché il rispetto dei diritti e della dignità degli utenti, e, ove previsti dalla normativa nazionale o regionale, degli standard organizzativi e strutturali di legge. Devono inoltre prevedere la durata del rapporto convenzionale, il contenuto e le modalità dell'intervento volontario, il numero e l'eventuale qualifica professionale delle persone impegnate nelle atti-*

*strumentalità* rispetto al rapporto organizzativo tra gli enti pubblici controllanti e le società pubbliche (in particolare, ma non solo, quelle *in house*)<sup>33</sup>, le imprese pubbliche e le imprese collegate<sup>34</sup>, etc.

### 3. Continuità e gradualismo organizzazione/attività e ambivalenza dei principi del diritto delle amministrazioni pubbliche.

Una fondamentale tesi di Sorace, espressa con sintesi folgorante, è quella secondo cui l'attività amministrativa (il procedimento) deve essere intesa come «la prospettiva dinamica dell'organizzazione»<sup>35</sup> e la «unificazione dinamica dell'organizzazione»<sup>36</sup>: ancor più chiaramente, il procedimento amministrativo altro non è se non «un'organizzazione in azione»<sup>37</sup>.

Il postulato teorico che, sul piano logico, sembra sotteso all'affermazione di Sorace è quello della “convertibilità” dell'organizzazione in attività attraverso la “messa in movimento” della prima: ciò presuppone che tra organizzazione e attività non vi sia iato o separazione netta, bensì continuità “qualitativa”<sup>38</sup>.

*attività convenzionate, le modalità di coordinamento dei volontari e dei lavoratori con gli operatori dei servizi pubblici, le coperture assicurative di cui all'articolo 18, i rapporti finanziari riguardanti le spese da ammettere a rimborso fra le quali devono figurare necessariamente gli oneri relativi alla copertura assicurativa, le modalità di risoluzione del rapporto, forme di verifica delle prestazioni e di controllo della loro qualità, la verifica dei reciproci adempimenti nonché le modalità di rimborso delle spese, nel rispetto del principio dell'effettività delle stesse».*

<sup>33</sup> Cfr. Part. 4, c. 1, del d.lgs. 175/2016 (TUSP): «Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non *strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali*, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società». La strumentalità è ovviamente più intensa rispetto alle società *in house*: cfr. Cons. Stato, III, 18 ottobre 2018, n. 5970, secondo cui «si tratta di un *modello organizzativo riconducibile alle così dette 'quasi amministrazioni'*, in virtù di quegli indici individuati dalla legge medesima in termini di istituzione, partecipazione e controllo, interpretabili nel senso della '*strumentalità*' e '*funzionalizzazione*', quindi '*pubblicità*' (v. ex multis: Cons. St., IV, 24 maggio 2013, n. 2829), ed alle quali sono affidati compiti pubblici se non funzioni pubbliche in senso proprio». Osserva condivisibilmente A. BARTOLINI, *Organo e ufficio*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *I fondamenti dell'organizzazione amministrativa*, Roma, Dike Giuridica, 2010, pp. 70-71, a proposito delle società *in house*, che «in base alle coordinate classiche di teoria dell'organizzazione, la fattispecie in esame sembra da ricondursi alla figura degli 'enti strumentali'» giacché il controllo analogo «fa dell'organismo *in house* per l'appunto un ente strumentale».

<sup>34</sup> In relazione al requisito della «*influenza dominante*» di cui all'art. 3, c. 1, lett. t) e z), del d.lgs. 50/2016.

<sup>35</sup> D. SORACE, *Diritto, cit.*, p. 357.

<sup>36</sup> D. SORACE, *Diritto, cit.*, p. 361.

<sup>37</sup> *Ibidem.*

<sup>38</sup> Il nucleo fondamentale di tali tesi era già emerso, negli anni sessanta dello scorso secolo, nell'opera spartiacque di G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968, *passim*. Come ha ricordato di recente G. SALA, *A cinquant'anni dalla pubblicazione della Pubblica amministrazione come organizzazione: dal mutamento di paradigma nello studio dei fenomeni amministrativi*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2018, p. 507, Berti «in tale opera [...] effettua la *deconstruction* del sistema amministrativo tradizionale, il quale era strutturato attorno alla rigida distinzione fra organizzazione ed attività amministrativa [...] nel cogliere le implicazioni della

Questa posizione è estremamente interessante, per vari aspetti.

Innanzitutto essa, sempre sul piano logico, implica che la convertibilità tra organizzazione e attività valga anche *a contrario*: nel senso, cioè, che anche l'attività sia convertibile in organizzazione, ossia che l'organizzazione rappresenti la prospettiva statica dell'attività, la "condensazione" in struttura *ex ante* di un'attività anticipata e prefigurata allo stato potenziale e pronta a "liberarsi" *ex post* nel momento dinamico<sup>39</sup>.

In secondo luogo, l'approccio di Sorace appare in grado di leggere il rapporto tra organizzazione e attività evitando posizioni estreme che dequotino l'organizzazione a «retrobottega» dell'attività<sup>40</sup> o, all'opposto, assorbano interamente l'attività nell'organizzazione<sup>41</sup>.

In terzo luogo, si tratta di una lettura che appare sorprendentemente

---

teoria della funzione di Feliciano Benvenuti, il nostro ebbe a rileggere *l'organizzazione e l'attività in continuità ed in senso oggettivo*; Sala aggiunge (*op. cit.*, 513) che «le difficoltà di sistemazione della figura del *procedimento* potevano essere, secondo Berti, superate proprio scoprendone il valore di disciplina dell'*organizzazione nel suo movimento*» (corsivi aggiunti).

<sup>39</sup> In sintonia con la nota impostazione di M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 119, secondo cui «l'organizzazione si pone non come mera preparazione ... o possibilizzazione ... dell'attività sostanziale ... e nemmeno come creazione delle condizioni ... di essa, ma come una 'presa di coscienza' dei fini, una *prefigurazione dell'attività ispirata a quei fini* o, meglio ancora, come *un modo di essere, un inizio della stessa attività* ... la decisione organizzativa si rivela, quindi, necessariamente, come decisione di indirizzo dell'attività ... l'organizzazione accompagna ... l'attività in tutto il suo corso. Ma non l'accompagna passivamente: in quanto fornisce la misura della realtà sostanziale che attraverso essa si è inteso assicurare e far vivere, l'organizzazione incanala l'attività, la costringe a quella misura, ne costituisce la guida immanente. Appunto perché modellata sugli interessi che deve curare, l'organizzazione reagisce su tali interessi e ne influenza la realizzazione, assumendo una funzione attrattiva e direttiva nell'intero processo di soddisfazione di essi ... l'influenza dell'organizzazione sull'attività, la sua funzione di guida tanto più si coglie nella sua pienezza se si considera che l'organizzazione introduce nel gioco un elemento di autonoma razionalità ... appunto per questo, essa è coordinamento, disciplina, razionalizzazione dell'attività, forzante adeguamento di questa ad essenziali canoni organizzativi (in primo luogo, dell'efficienza e dell'economia), in fin dei conti quindi, anche sotto questo profilo, orientamento e direzione dell'attività» (pp. 118-120: corsivi aggiunti).

<sup>40</sup> L'espressione icastica, usata in chiave critica contro chi propugna simili tesi, è di F. MERLONI, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità*, *cit.*, pp. 61 e 70, secondo cui l'organizzazione amministrativa non è «il 'retrobottega' dell'azione amministrativa [...] l'organizzazione non è più strumentale all'attività, ma è la predefinizione delle condizioni stesse di futuro svolgimento delle attività [...] la rilevanza dell'organizzazione non è un più un fenomeno strumentale (alla valutazione della legittimità dell'atto), ma autonomo, in quanto processo di progressiva definizione della funzione (cioè dell'interesse pubblico da curare)».

<sup>41</sup> A giudizio di M. NIGRO, *op. cit.*, p. 125, nota 54 (che contesta «il termine finale logico del ragionamento», additandolo nella tesi di un «assorbimento dell'attività nell'organizzazione» e di un «sostanziale annullamento della distinzione tra i due termini»), questo sarebbe l'esito radicale dell'indagine di G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, *cit.*, p. 250, secondo cui «l'organizzazione è il profondo contenuto giuridico dell'attività». Tuttavia l'opera di Berti appare articolata, complessa e non riducibile ad estremizzazioni: cfr. ancora le annotazioni di G. SALA, *A cinquant'anni dalla pubblicazione della Pubblica amministrazione come organizzazione*, *cit.*, p. 507 ss.

molto vicina a risultati da tempo acquisiti da scienze non giuridiche quali la fisica – relativistica e quantistica – secondo cui la *massa* (alla quale potrebbe, metaforicamente, farsi corrispondere l'*organizzazione* amministrativa) è convertibile in *energia* (alla quale potrebbe, giuridicamente, farsi corrispondere l'*attività* amministrativa) in funzione della velocità con cui la massa sia posta in movimento<sup>42</sup>.

La tesi di Sorace, infine, potrebbe integrarsi perfettamente con il metodo gradualista propugnato da una nota dottrina<sup>43</sup>, dischiudendo la possibilità di una proposta ricostruttiva nei seguenti termini:

- la *funzione*<sup>44</sup> si distribuisce lungo uno *spettro unitario con diversi gradi* (toni di intensità, livelli di densità) *di combinazione tra organizzazione e attività*;

- percorrendo lo spettro della funzione, sono rinvenibili progressivamente fattispecie combinatorie con alto grado di attività e basso grado di organizzazione (es., le conferenze di servizi), poi combinazioni con gradi medi di attività e di organizzazione (es., gli accordi organizzativi tra pp.aa. ex art. 15 l. 241/1990) e infine combinazioni con alto grado di organizzazione e basso grado di attività (es., gli organi collegiali permanenti);

- accedendo a questa ricostruzione, *tutte le fattispecie di diritto amministrativo positivo potrebbero prestarsi ad essere considerate una "miscela" di gradi di organizzazione e di gradi di attività variamente dosati*, sempre con la presenza di un grado almeno minimo di organizzazione (ad es., anche rispetto al procedimento amministrativo, che sembrerebbe essere pura attività, è stabilita la presenza necessaria di una «unità organizzativa responsabile del procedimento» ex art. 6 l. 241/1990) e di un grado almeno minimo di attività (si pensi alle relazioni organizzative – interorganiche o intersoggettive – che sembrerebbero pertenerne esclusivamente al dominio dell'organizzazione ma che implicano, comunque, l'adozione di atti, quali l'ordine, la direttiva, etc.).

La proposta ricostruttiva di una continuità gradualistica tra attività e organizzazione, se accolta, conduce a una conclusione di carattere sostanziale: *se la distinzione tra attività e organizzazione non è qualitativa* (appartenenza a domini separati) *ma quantitativa* (in quanto gradazioni combinatorie di un medesimo dominio, quello della funzione), allora può ammettersi teoricamente che *tutti i principi della funzione amministrativa si applichino trasversalmente sia all'attività che*

<sup>42</sup> La celeberrima formula einsteiniana  $[E= mc^2]$  implica infatti che la massa sia una forma altamente concentrata di energia e che l'energia in quiete si converta almeno parzialmente in massa, così come la massa in movimento si trasformi almeno parzialmente in energia. In base alla fisica quantistica, per altro verso, la materia è composta da gradi discreti (quanti) di energia, dalla doppia natura (contemporaneamente ondulatoria e corpuscolare).

<sup>43</sup> Il riferimento è all'insegnamento di G. ROSSI e alle sue opere scientifiche, da ultimo selezionate nei tre volumi (con il coordinamento di D. PAPPANO) *Il diritto amministrativo nell'evoluzione della scienza giuridica. Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi, cit.*

<sup>44</sup> Mutuando la distinzione tra «funzione-scopo», «funzione-compito» e «funzione-ufficio» dal noto contributo di F. MODUGNO, voce *Funzione*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, p. 301 e ss., con le specificazioni di F. MERLONI, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità, cit.*, p. 57 e ss., in particolare pp. 60-65, circa il rapporto tra piano della funzione e piano dell'organizzazione.

*all'organizzazione, in quanto entrambe, qualitativamente, funzione.*

In altri termini, accedendo a questa proposta, non avrebbe senso distinguere principi propri dell'organizzazione e principi propri dell'attività, frapponendo ostacoli al "travaso" reciproco da una sfera all'altra, proprio perché la sfera sarebbe unica, quella della funzione, con la conseguente "condivisione" dei medesimi principi tra attività e organizzazione.

Quest'ultima conclusione è solo apparentemente scontata. Ed infatti, se è vero che ormai non vi sono dubbi circa la predicabilità sia nell'ambito dell'organizzazione che in quello dell'attività di alcuni principi quali l'imparzialità, il buon andamento o la responsabilità, non altrettanto può dirsi di altri principi quali, ad esempio, la proporzionalità, la tutela del legittimo affidamento, la sussidiarietà o la precauzione, che la maggioranza della dottrina continua a ritenere propri dell'attività, ma non dell'organizzazione. Aderendo alla proposta ricostruttiva di cui sopra, invece, non vi sarebbero remore di sorta alla loro estensione anche all'organizzazione: ciò darebbe luogo a non irrilevanti possibilità di avanzamento in termini di tutela delle persone, essendo noto che alla violazione dei principi corrisponde, in chiave patologica, l'eccesso di potere come vizio giustiziabile della funzione (sul punto si tornerà *infra*, § 7).

#### **4. Strumentalità dell'organizzazione amministrativa.**

Un altro nodo, anch'esso cruciale, riguarda il seguente quesito: a chi o a che cosa è strumentale l'organizzazione amministrativa?

Le risposte tradizionali a questa domanda sono nel senso di una strumentalità dell'organizzazione:

- all'indirizzo politico (pur nell'ambito del principio di distinzione tra indirizzo e gestione);
- all'esercizio del potere amministrativo;
- più ampiamente, alle persone giuridiche pubbliche, *in primis* agli enti pubblici territoriali con in testa lo Stato<sup>45</sup>.

Si tratta, al fondo, della metafora dell'organizzazione amministrativa come «macchina» che, messa in moto dall'impulso dell'indirizzo politico promanante dal soggetto pubblico, trasmette lungo gli anelli di una catena di comando l'energia del potere incanalandola verso gli amministrati.

Vi è, tuttavia, un'altra risposta possibile, che modifica, o addirittura capovolge, la direzione e il verso della strumentalità dell'organizzazione.

Sorace esprime questo alternativo paradigma con parole cristalline:

gli «apparati amministrativi» non hanno solo «il compito di attuare gli indirizzi politici e dunque di curare gli interessi qualificati come pubblici [...] operando per l'effettiva soddisfazione degli interessi prescelti dagli apparati politici», ma hanno anche una diversa e

<sup>45</sup> Si veda la rassegna e la critica di tali opinioni in L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Dir. econ.*, 2019, p. 43 ss.; cfr. altresì G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa: principi, cit.*, pp. 21-22.

fondamentale «missione», che consiste nel «*dovere di agire in modo che la soddisfazione degli interessi preferiti dalle scelte politiche si realizzi nel rispetto delle garanzie riconosciute dal diritto ad altri interessi*»; in sintesi, l'organizzazione amministrativa è strumentale nel senso che serve «per curare gli interessi (qualificati come) pubblici e al contempo per assicurare il rispetto del diritto a garanzia degli altri interessi»<sup>46</sup>.

Dunque, secondo il chiaro Autore, l'organizzazione amministrativa è servente non solo alla cura dell'interesse pubblico per come selezionato/preferito dagli apparati politici in maniera transeunte, ma anche alla garanzia degli interessi privati stabilmente “frontisti” di quell'interesse pubblico, che l'ordinamento repubblicano riconosca e garantisca in quanto meritevoli di tutela. Tra questi ultimi, evidentemente campeggiano i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, consacrati dall'art. 2 Cost., inclusi i diritti sociali quali «diritti a prestazioni» (cui Sorace riferisce una vera e propria «finalizzazione delle scelte» amministrative, nel novero dei «limiti dell'ambito delle decisioni discrezionali») <sup>47</sup>.

A questa tesi se ne lega a doppio filo un'altra, che riguarda la tagliente demistificazione, a monte, del concetto stesso di «interesse pubblico»: quest'ultimo, nel pensiero di Sorace, non è affatto una sorta di entità suprema che si presuma aliena al mondo degli interessi privati ed irriducibile alle pretese della persona, singola o associata.

Egli scrive, con nettezza:

«spesso non appare possibile distinguere, dal punto di vista sociale ed economico, l'“interesse pubblico” dagli “interessi privati” [...] possono essere qualificati come interessi pubblici interessi di privati (nell'ipotesi migliore, della maggioranza dei cittadini) che contrastano con gli interessi di altri privati [...] normalmente, dunque, un “interesse pubblico” altro non è che un insieme di interessi privati. Per quanto si debba auspicare che vengano considerati pubblici interessi almeno tendenzialmente generali, ciò che conta dal punto di vista giuridico è che sono da considerare “interessi pubblici” quelli qualificati tali dagli apparati politici (nel nostro ordinamento, organizzati secondo il principio democratico) e, talvolta, dalle stesse amministrazioni autonomamente. In altre parole, all'“interesse pubblico” non si può attribuire un significato sostanziale ma soltanto giuridico-formale. Non è solo per un'esigenza di realismo che è opportuno adottare una simile nozione di interesse pubblico. Una volta escluso che si possa presupporre una coincidenza necessaria tra interesse pubblico e bene comune, infatti, non solo si dovranno evitare pregiudizi negativi nei confronti degli interessi privati soltanto perché tali, ma non si potrà neppure

<sup>46</sup> D. SORACE, *Diritto*, cit., p. 23 (corsivi aggiunti).

<sup>47</sup> D. SORACE, *Diritto*, cit., p. 338-339. V comunque *infra*, § 6.

## PA PERSONA E AMMINISTRAZIONE

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

*ammettere che le pubbliche amministrazioni possano usare qualsiasi mezzo per far prevalere l'interesse pubblico nei confronti degli interessi privati»<sup>48</sup>.*

Ne emerge uno schema di questo tipo:



In questa prospettiva, il “baricentro” della strumentalità dell’organizzazione si rivela diverso da quanto ritiene la dottrina tradizionale. L’organizzazione amministrativa si mostra come strumentale:

- non a ideali persone giuridiche pubbliche,
- ma a reali persone umane.

Sono le persone in carne ed ossa, infatti, ad essere titolari, in forma singola o associata, di quegli *interessi privati sostanziali* che, *qualificati o meno come interesse pubblico formale*, si fronteggiano sul piano “atomistico” dell’esistenza, e che l’organizzazione amministrativa è deputata a curare e garantire sul piano “molecolare” della co-esistenza, massimizzandone per quanto possibile il godimento concomitante in condizioni di eguaglianza sostanziale.

Si tratta di una prospettiva già presente nel pensiero secondo cui all’organizzazione amministrativa dovrebbe guardarsi come «organizzazione dell’attuazione o attuazione organizzata dei fini della società (o dell’ordinamento)»<sup>49</sup>, di recente sviluppata sino ad affermare che l’organizzazione amministrativa è «funzione» o «diretta» o almeno «indiretta» dell’«ordine giuridico della società», costituito dai «diritti della persona»<sup>50</sup>.

### 5. Doveri di organizzazione e pretese all’organizzazione.

Le conseguenze di questo paradigma alternativo, fondato sul primato della persona umana e sulla strumentalità ad esso dell’organizzazione amministrativa, sono profonde.

<sup>48</sup> D. SORACE, *Diritto, cit.*, pp. 26-27 (corsivi aggiunti).

<sup>49</sup> Il riferimento è a G. PASTORI, *Pluralità e unità nell’amministrazione*, in G. MARONGIU, G.C. DE MARTIN (a cura di), *Democrazia e amministrazione: in ricordo di V. Bachelet*, Milano, Giuffrè, 1992, ora in G. PASTORI, *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2010, Vol. II, p. 490.

<sup>50</sup> L.R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L’organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, ed ivi i parr. 6.2. («L’organizzazione amministrativa come diretta funzione della società e del suo ordine giuridico costituito dai diritti della persona») e 6.3. («L’organizzazione amministrativa come funzione indiretta della società e del suo ordine giuridico costituito dai diritti della persona attraverso il circuito della rappresentanza democratica»).

Un conto è che la strumentalità dell'organizzazione venga riferita esclusivamente all'esecuzione dell'indirizzo politico, ossia alla massimizzazione attuativa dell'interesse pubblico per come selezionato/preferito dalla maggioranza politica democraticamente rappresentativa, posta ai vertici delle persone giuridiche pubbliche.

A questo concetto di strumentalità, infatti, si attaglia la centralità del *potere* di organizzare.

Il discorso muta se, invece, la strumentalità dell'organizzazione amministrativa viene considerata servente innanzitutto al primato del «pieno sviluppo della persona umana», singola e associata, nelle relazioni in cui «si svolge la sua personalità» (cfr. artt. 2 e 3 Cost.), in termini di «servizio esclusivo della Nazione» (art. 98 Cost.) ossia del «popolo» cui appartiene la sovranità (art. 1 Cost.), intendendosi per popolo la «molteplicità» di cittadini «viventi»<sup>51</sup> e per nazione la medesima «collettività, in tutta la sua pienezza»<sup>52</sup>, dunque tutte le persone in carne ed ossa che, nel loro insieme, al di là della «distinzione di opinioni politiche» (art. 3 Cost.) costituiscono il popolo; la strumentalità dell'organizzazione, in tale prospettiva, non è riducibile a servizio di una sola «parte» del popolo, ossia a quella che rappresenta temporaneamente e variabilmente la maggioranza politica del momento<sup>53</sup>.

In questo ben diverso scenario, allora, a campeggiare, più che il potere, è il *dovere* di organizzare, a garanzia dell'effettività degli interessi delle persone coinvolte nel bilanciamento amministrativo.

Il tema dei *doveri organizzativi* e del loro adempimento è tanto cruciale quanto ancora scarsamente esplorato, essendo finora prevalente l'interesse per i poteri organizzativi, siano questi ultimi di diritto pubblico (macro-organizzazione autoritativa) o di diritto privato (micro-organizzazione manageriale).

Come è stato efficacemente detto (in un ambito settoriale specifico, ma con considerazioni che appaiono espressione di principio), «se i diritti sono correttamente ambientati nella realtà anche organizzativa nell'ambito della quale si esprimono, si constata come essi siano da realizzarsi “a carico” dell'intero sistema sul quale complessivamente pesa la doverosità organizzativa di fornire ad essi una risposta attivando professionisti e strutture idonei»<sup>54</sup>, in quanto «se nel rapporto interindividuale l'assenza di un obbligo formale a carico di singoli soggetti impedisce di imporre ad un privato un determinato comportamento,

<sup>51</sup> V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia*, in *Jus*, 1958, ora in ID., *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 153; V. CRISAFULLI, D. NOCILLA, voce *Nazione*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 813; D. NOCILLA, voce *Popolo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 342 ss.

<sup>52</sup> V. CERULLI IRELLI, *Per una politica dell'etica pubblica: controlli e disciplina delle funzioni amministrative*, in L. VANDELLI (a cura di), *Etica pubblica e buona amministrazione: quale ruolo per i controlli?*, Milano, Giuffrè, 2009, 28.

<sup>53</sup> L. CARLASSARE, *Sovranità popolare e stato di diritto*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Valori e Principi del regime repubblicano*, 1.I, *Sovranità e democrazia*, Roma – Bari, Laterza, 2006, p. 163 ss.

<sup>54</sup> A. PIOGGIA, *Diritti umani e organizzazione sanitaria*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, p. 33.

quando si fa riferimento ad una struttura pubblica è sufficiente il riconoscimento da parte del giudice di un diritto perché si attivi il dovere dell'amministrazione di rispondere ad esso con la propria organizzazione»<sup>55</sup>.

Illuminare lo spazio in penombra dei doveri organizzativi significa perciò, reciprocamente, porre il problema delle *pretese all'organizzazione amministrativa* da parte delle persone, titolari di interessi protetti dall'ordinamento in astratto, ma che dell'organizzazione abbisognano in concreto per essere garantiti.

Le pretese organizzative, che possono di volta in volta assumere le sembianze di diritti soggettivi o di interessi legittimi, sono suscettibili di dare luogo a diverse figure: in alcuni casi si tratterà nell'*an* di un «diritto all'esistenza dell'organizzazione»<sup>56</sup>; in altri, nel *quid* e nel *quomodo*, a una «pretesa al mantenimento di un assetto potenziale di interessi predefinito attraverso una serie di scelte di organizzazione»<sup>57</sup>.

Il problema si sposta, a questo punto, non tanto sull'*esistenza* (in termini teorici) quanto sulla *consistenza* (in termini di tutela) delle pretese all'organizzazione: in particolare, il punto è quello di comprendere se esse siano giustiziabili, e in quale misura, in sede giurisdizionale per poter divenire effettive, in quanto reclamatione e non solo declamate.

Proprio su questo nodo, ancora irrisolto, giunge un altro originale – e decisivo – contributo di Sorace al dibattito dottrinale: si tratta del concetto di «discrezionalità organizzativa» (v. subito *infra*).

### 6. «Discrezionalità organizzativa».

Il Sorace, dopo aver definito la discrezionalità come «potere di fare scelte rilevanti per gli interessi altrui»<sup>58</sup>, nel categorizzare i «diversi tipi di discrezionalità delle amministrazioni pubbliche»<sup>59</sup>, distingue qualitativamente dalla «discrezionalità amministrativa» (e «politico-amministrativa») e dalla «discrezionalità tecnica» un «terzo tipo» di discrezionalità, da Egli denominata «discrezionalità organizzativa»<sup>60</sup>.

Come è stato notato, il concetto di discrezionalità organizzativa proposto da Sorace continua ad essere «un argomento ancora poco approfondito»<sup>61</sup> dal resto della dottrina<sup>62</sup>.

<sup>55</sup> A. PIOGGIA, cit., p. 34.

<sup>56</sup> G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, 3ª ed., Torino, Giappichelli, 2017, p. 114.

<sup>57</sup> A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa*, cit., p. 189.

<sup>58</sup> D. SORACE, *Diritto*, cit., p. 317.

<sup>59</sup> D. SORACE, *Diritto*, cit., p. 324.

<sup>60</sup> D. SORACE, *Diritto*, cit., p. 328: ma v. già, per il concetto, ID., *Promemoria per una nuova voce "Atto amministrativo"*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, Guffrè, 1988, pp. 745, spec. 762.

<sup>61</sup> R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2017, p. 94.

<sup>62</sup> V. però i rilievi recenti di C. CUDIA, *Pubblica amministrazione e valutazioni tecniche: profili organizzativi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, p. 20 ss., che sviluppa il pensiero di Sorace in relazione alla discrezionalità organizzativa avente ad oggetto l'esercizio di un potere tecnico-valutativo.

Per Sorace, la discrezionalità organizzativa riguarda il potere di assumere un «insieme di scelte» tra le quali, ad esempio, «quale e quanto personale impiegare, insieme a quali e quanti mezzi materiali; come approvvigionarsene, se necessario; secondo quale disegno aggregarli in diversi apparati»<sup>63</sup>.

Sorace, con il consueto realismo, è ben consapevole del fatto che «il legislatore sia particolarmente preoccupato di una possibile ingerenza del giudice nell'organizzazione interna delle amministrazioni»<sup>64</sup>.

Ciò nonostante, Egli sottopone a profonda revisione<sup>65</sup> l'affermazione tradizionale secondo cui «in linea di principio, la dimensione organizzativa sfugge all'area di ciò che è giustiziabile a iniziativa dei privati»<sup>66</sup>.

Ed infatti, nell'esaminare i «limiti dell'ambito delle decisioni discrezionali»<sup>67</sup>, la cui violazione implica l'impugnabilità in sede giurisdizionale della scelta amministrativa che travalichi tali limiti<sup>68</sup>, Sorace individua un parametro stringente in grado di fondare la sindacabilità della «discrezionalità organizzativa». Egli infatti afferma, proprio a proposito di quest'ultima, che «l'ambito delle possibili scelte discrezionali è delimitato non solo da divieti ma anche da doveri positivi» che consistono nella «finalizzazione delle scelte» organizzative alla piena «realizzazione dei diritti a prestazioni»<sup>69</sup>.

Scriva precisamente su questo punto l'Autore:

«nei casi in cui dall'ordinamento (*anche eventualmente in conseguenza di precedenti decisioni operate nell'esercizio di poteri discrezionali amministrativi*) risultino dei *diritti sociali* consistenti in veri e propri *diritti a prestazioni* da parte di amministrazioni, *l'ambito delle scelte discrezionali* di queste ultime è *limitato a quelle funzionali alla loro realizzazione*. In tali casi, cioè, non soltanto *non sarebbero ammissibili* decisioni dirette a contraddire tali diritti ma neppure *scelte che si ponessero un obiettivo diverso, per quanto di per sé non censurabile, da quello della loro realizzazione*»<sup>70</sup>.

Ed aggiunge:

«Questo tipo di limitazione riguarda in particolare la *discrezionalità organizzativa*, visto che quest'ultima consiste in scelte di mezzi per rag-

<sup>63</sup> D. SORACE, *Diritto, cit.*, p. 328.

<sup>64</sup> D. SORACE, *Diritto, cit.*, p. 334.

<sup>65</sup> D. SORACE, *Gli «interessi di servizio pubblico» tra obblighi e poteri dell'amministrazione*, in *Foro it.*, IV, 1988, pp. 205, spec. 214, pur riconoscendo i «problemi della tutela» nei confronti della discrezionalità organizzativa, afferma che l'interesse legittimo costituisce una qualificazione che obbedisce allo scopo di consentire il sindacato sui diversi aspetti del potere e, quindi, deve consentirlo anche sugli aspetti legati all'organizzazione amministrativa.

<sup>66</sup> Così E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo, cit.*, p. 128.

<sup>67</sup> D. SORACE, *Diritto, cit.*, p. 338.

<sup>68</sup> D. SORACE, *Diritto, cit.*, p. 337.

<sup>69</sup> D. SORACE, *Diritto, cit.*, p. 339.

<sup>70</sup> *Ibidem* (corsivi aggiunti).

giungere obiettivi dati. Nel caso, cioè, *l'ambito della discrezionalità sarà limitato alla scelta delle diverse possibili modalità organizzative con le quali si possono realizzare i diritti in questione, restando escluse scelte contrastanti con il perseguimento di tale obiettivo*. L'attività amministrativa che eventualmente violi un obbligo del genere *può essere considerata lesiva di un diritto*<sup>71</sup>.

In un altro scritto, nell'esaminare il rapporto tra il concetto di «discrezionalità organizzativa» e la casistica giurisprudenziale sulla necessità di organizzare il servizio di istruzione in favore dei soggetti disabili mediante un numero adeguato di ore e di insegnanti di sostegno, Sorace afferma:

*«vi è il principio – secondo me fondamentale – che sul piano dei diritti sociali non è possibile tornare indietro. L'amministrazione, diminuendo quanto aveva già concesso [...] è tornata indietro rispetto alla prestazione già erogata. Dunque, in questo caso il giudice ha negato la discrezionalità di compiere tale scelta»*<sup>72</sup>.

Sorace indica così una strada da percorrere per penetrare all'interno dell'apparente corazza di insindacabilità che connoterebbe le scelte organizzative discrezionali.

Ancora una volta, la chiave della serratura è da Egli trovata nel *primato costituzionale dei diritti inviolabili della persona umana*: questi ultimi, in quanto diritti positivi a ricevere prestazioni<sup>73</sup>, fondano corrispondenti *doveri inderogabili di organizzazione amministrativa* («doveri positivi» secondo Sorace<sup>74</sup>) che rendono le

<sup>71</sup> *Ibidem* e p. 340 (corsivi aggiunti).

<sup>72</sup> D. SORACE, *Libertà delle persone con disabilità e discrezionalità delle amministrazioni pubbliche*, in R. BELLÌ (a cura di), *Libertà inviolabili e persone con disabilità*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 47 (corsivi aggiunti).

<sup>73</sup> Sorace si riferisce specificamente ai diritti sociali, ma la dottrina è oggi incline a rivedere la tradizionale distinzione tra diritti negativi e diritti positivi riconoscendo che «tutti i diritti sono diritti positivi»: cfr. di recente F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2018, spec. pp. 141-143 (che, a sua volta, richiama la nota opera di S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Costs of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York 1999, trad. it. *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, 2000).

<sup>74</sup> Per una proposta teorica volta a ricostruire esplicitamente il dovere amministrativo come *species* del *genus* dei «doveri inderogabili» di cui all'art. 2 Cost., e sul conseguente nesso di corrispondenza di «doveri amministrativi inderogabili» a «diritti personali inviolabili», sia consentito il rinvio a M. MONTEDURO, *Il provvedimento amministrativo: natura e caratteri*, in G. CARLOTTI, A. CLINI (a cura di), *Diritto amministrativo*, Vol. I, *Parte sostanziale*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, spec. pp. 107-112. Ma v. già chiaramente in questo senso D. SORACE, *Libertà delle persone con disabilità e discrezionalità delle amministrazioni pubbliche*, cit., pp. 41-43: dopo aver ricordato che «dall'altro lato, il protagonista è la Repubblica, quindi l'insieme di tutti i soggetti pubblici ed istituzionali», e aver segnalato «un aspetto interessante proprio per il giurista: la Repubblica, è, a questo punto, soltanto la parte pubblica, oppure la dobbiamo considerare comprensiva anche di [...] realtà private [...] ? [...] il fatto che si costituisca un sistema integrato di soggetti pubblici e di soggetti privati crea infatti una serie di interessanti problemi», Sorace rileva che «i doveri in questione sono prospettati come derivanti da diritti che si possono considerare come preesistenti rispetto ai doveri che

scelte organizzative «funzionali» ai diritti, obbligando l'amministrazione a «modalità organizzative con le quali si possono realizzare i diritti» e, reciprocamente, facendo sì che siano «escluse» e «non ammissibili» (dunque sindacabili e annullabili in sede giurisdizionale) «scelte contrastanti con il perseguimento di tale obiettivo» anche solo nel senso – si badi – di «scelte che si ponessero un obiettivo diverso da quello della loro [dei diritti] realizzazione». Di più: Sorace mostra lucidamente come *violare i suddetti doveri inderogabili di organizzazione*, da parte della p.a., *equivale a violare i diritti inviolabili* che la conformano (in quanto, nelle sue parole, la discrezionalità organizzativa «che eventualmente violi un obbligo del genere può essere considerata lesiva di un diritto»).

Infine – con riferimento al diritto all'istruzione dei disabili attraverso il supporto degli insegnanti di sostegno, ma con considerazioni che possono considerarsi di principio e dunque estensibili in via generale – Egli si pronuncia in termini adesivi rispetto a quegli orientamenti giurisprudenziali secondo cui, in alcuni casi, la discrezionalità organizzativa potrebbe ridursi se non addirittura giungere a un grado zero. Ciò accadrebbe, ad esempio, in presenza di un precedente *autolimita amministrativo*, a fronte del quale la p.a. abbia conformato la propria organizzazione realizzando un determinato livello di tutela del diritto a prestazione nei confronti di una persona: livello che successivamente l'organizzazione amministrativa potrebbe elevare o mantenere immutato, ma non diminuire. In simili casi, spingendo in avanti la frontiera della sindacabilità in sede giurisdizionale, Sorace osserva che «se il problema che si pone è quello di *ottenere la soddisfazione degli interessi specifici* di un determinato soggetto, forse non siamo nell'ambito di competenza del giudice amministrativo» e che «ragionare in termini di tutela» potrebbe portare anche ad «*intervenire in parallelo*, prevedendo che *il giudice ordinario possa dare tutela piena* agli interessi di un certo tipo [...] *in più, attribuendo anche al giudice ordinario la possibilità di commissariamento dell'amministrazione*»<sup>75</sup>.

Sebbene permanga molto forte la ritrosia, segnalata da Sorace, del giudice (in particolare del G.A.) ad entrare nel recinto della discrezionalità organizzativa della p.a., i preziosi semi gettati nel terreno del diritto vivente dal Suo pensiero non sono rimasti senza frutto. Alcune breccie man mano si vanno aprendo. Basti pensare alla recente pronuncia del TAR Lazio, III, 2 ottobre 2019, n. 11474, significativa anche perché riguarda un'organizzazione oggettivamente (ma non soggettivamente) amministrativa, trattandosi nella fattispecie di

---

*specificamente vengono posti alla Repubblica»;* ciò reciprocamente, consente di affermare che «sono affermati il pieno rispetto della dignità umana ed i diritti di libertà e di autonomia [...] al fine di dire che la dignità umana ed i diritti di libertà e di autonomia *debbono essere garantiti*, e che i diritti civili, politici e patrimoniali *debbono essere realizzati*», onde (ed è questo il punto) «il discorso si sposta [...] *dalla proclamazione dei diritti alla garanzia della loro effettività e della loro realizzazione*. Pertanto, l'effettività finisce per essere non soltanto collegata discorsivamente, ma *correlata causalmente alla (finisce cioè per discendere dalla) effettività dell'adempimento dei doveri della Repubblica*» (corsivi aggiunti).

<sup>75</sup> D. SORACE, *Libertà delle persone con disabilità e discrezionalità delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 50.

un'università non statale (Università degli Studi Niccolò Cusano-Telematica Roma): pur muovendo dal presupposto che «l'Ateneo è titolare di ampia discrezionalità amministrativa nella organizzazione e gestione del *quando* e del *quomodo* dei servizi» di didattica, il TAR ha però aggiunto che l'esercizio di tale discrezionalità organizzativa deve «soddisfare, in modo primario, i diritti degli utenti, essendo in definitiva la piena soddisfazione del diritto allo studio la finalità ultima di ogni istituzione universitaria *la quale deve rapportare a quel "diritto" la propria organizzazione*».

**7. Proporzionalità organizzativa. Sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza nella dimensione dell'organizzazione. Tempo e legittimo affidamento nelle scelte organizzative.**

Il concetto di «discrezionalità organizzativa» teorizzato da Sorace e le sue riflessioni circa il sindacato esercitabile, in sede giurisdizionale, su tale tipo di discrezionalità tracciano la strada per ricerche future.

In particolare, le tesi di Sorace potrebbero essere ulteriormente sviluppate innestando su di esse la proposta ricostruttiva (delineata *supra*, § 3) che assume una continuità gradualistica tra attività e organizzazione e, dunque, estende pienamente anche all'organizzazione i principi dell'attività.

Si pensi al *principio di proporzionalità*<sup>76</sup>. La dottrina e la giurisprudenza amministrativistiche, in maggioranza, sembrano postulare che esso sia principio proprio dell'attività, non dell'organizzazione. Se, però, si entra nella logica unitaria della funzione come *continuum* a gradi di attività e organizzazione, cadono gli ostacoli che finora hanno parzialmente compresso le potenzialità del principio di proporzionalità nella dimensione organizzativa. Nella prospettiva della *proporzionalità organizzativa*, le tre "componenti" della proporzionalità, ossia l'*idoneità*, la *necessarietà* e la *proporzionalità in senso stretto*, divengono altrettanti grimaldelli che potrebbero rendere penetrante, profondo ed effettivo il sindacato sulla discrezionalità organizzativa. Ciò, tuttavia, può avvenire solo assumendo un'impostazione "esigente" come quella di Sorace, secondo cui la stella polare (il "fine") della discrezionalità organizzativa (intesa come paniere alternativo di "mezzi") si rinviene nel vincolo di finalizzazione dell'organizzazione alla piena, concreta ed effettiva realizzazione dei diritti delle persone, ove si tratti di diritti inviolabili configurati dall'ordinamento come diritti a prestazioni amministrative. È evidente che, in questa prospettiva, scelte organizzative discrezionali di una p.a. quali, ad esempio, quella di sopprimere, ridurre o accorpare diverse strutture organizzative serventi a diversi diritti a prestazione, o di modificare radicalmente la dislocazione territoriale delle medesime strutture, o di diminuire le risorse finanziarie o materiali o il personale a servizio di ciascuna struttura, fuoriescono dal limbo stantio di una supposta sfera "interna" del merito amministrativo insindacabile, per esporsi, invece, nel "campo aperto" della giuri-

<sup>76</sup> Sul quale v. V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012, e S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011.

sdizione al rasoio del principio di proporzionalità. Grazie a quest'ultimo diviene possibile, anche per il giudice, tracciare non arbitrariamente un *discrimen* tra scelte di organizzazione che superino il triplice *test* di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto rispetto al fine, e dunque legittime, perché *comunque in grado di garantire la realizzazione dei diritti a prestazioni pur a fronte di un mutamento organizzativo*, e scelte invece non idonee, non necessarie o non proporzionate in senso stretto al fine, e dunque illegittime ed annullabili, perché *tali da condurre attraverso il mutamento organizzativo a un'eccessiva regressione dei medesimi diritti delle persone, indebolendone le potenzialità di piena realizzazione*. Ciò senza sconfinare in alcun modo nel cd. merito (se ancora si ritenga teoricamente valido questo concetto, ciò di cui dubita parte della dottrina<sup>77</sup>) ma restando saldamente nell'area della «discrezionalità», organizzativa appunto, e dunque dell'eccesso di potere (come vizio della funzione, intesa quale *continuum* organizzazione-attività).

Non meno rilevante è il principio di *adeguatezza*: evocata dall'art. 118 Cost. in ordine al riparto delle funzioni amministrative, l'adeguatezza può e deve declinarsi anche rispetto all'organizzazione, se la funzione viene intesa come continuità gradualistica di attività e organizzazione, anche considerando che l'adeguatezza organizzativa è implicata strettamente dallo stesso principio di buon andamento ex art. 97 Cost.<sup>78</sup>. Non va dimenticato, in proposito, che la l. 59/1997 aveva sin dall'origine definito l'adeguatezza proprio come «*idoneità organizzativa* dell'amministrazione ricevente a garantire, anche in forma associativa con altri enti, l'esercizio delle funzioni» (art. 4, comma 3, lett. g)<sup>79</sup>. L'adeguatezza organizzativa, riferibile a molteplici parametri quali la quantità e la qualità delle risorse fisiche, finanziarie e tecnologiche a disposizione, l'entità e le specializzazioni del personale, il patrimonio immateriale di esperienze e prassi, il rapporto tra dimensione/copertura delle strutture organizzative e dimensione/estensione del bacino di persone e diritti serviti, richiama canoni di «efficienza ed efficacia» nell'assunzione della scelta organizzativa «in quanto strumentale alla migliore soddisfazione degli interessi delle persone che ne sono destinatarie»<sup>80</sup>. Il principio di adeguatezza consentirebbe di censurare la discrezionalità organizzativa, anche in sede giurisdizionale, *quanto meno rispetto all'inderogabilità in peius di una "soglia minima" di adeguatezza organizzativa, che sia in-*

<sup>77</sup> B. GILBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013.

<sup>78</sup> Chiarissimo in questo senso, con la consueta lucidità, G. CORSO, *Le norme costituzionali sull'organizzazione*, in Aa.Vv., *La pubblica amministrazione nella Costituzione: riflessioni e indicazioni di riforma*, Atti del XXXIX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 1993), Milano, Giuffrè, 1995, p. 44, secondo il quale la «*adeguatezza delle scelte organizzative alla diversità e peculiarità delle situazioni*», essendo essenziale per la «scelta di mezzi di volta in volta *proporzionati ai fini*», si impone alla luce del principio costituzionale di buon andamento (corsivi aggiunti).

<sup>79</sup> Per riflessioni su questo punto, v. M. RENNA, *I principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione*, in M. RENNA, F. SAIITA, (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, spec. p. 285.

<sup>80</sup> Per usare le parole di F. CORTESE, *Le competenze amministrative nel nuovo ordinamento della Repubblica. Sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza come criteri allocativi*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2003, p. 859.

dispensabile per consentire di soddisfare i diritti a prestazioni delle persone nel loro nucleo incompressibile. In questo senso, appare significativa l'attenzione che il diritto societario e bancario<sup>81</sup> (ambiti disciplinari contigui e con rilevanti nessi con il diritto amministrativo soprattutto rispetto al tema dell'organizzazione) riservano al «principio di adeguatezza organizzativa»<sup>82</sup>, ed ai correlati concetti di «responsabilità da deficit organizzativo»<sup>83</sup> e di «rischio organizzativo»<sup>84</sup>.

Anche il principio di differenziazione di cui all'art. 118 è suscettibile di assumere una dimensione organizzativa. La differenziazione richiama una «applicazione “negativa” del principio di eguaglianza» nella scelta organizzativa, «in quanto destinata a rispondere ad esigenze e bisogni disomogenei» di persone

<sup>81</sup> V. M. IRRERA, *Aspetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2005; G.D. MOSCO, *Funzioni aziendali di controllo, principio di proporzionalità e ruolo degli organi sociali nella MiFID*, in M. DE MARI (a cura di), *La nuova disciplina degli intermediari dopo le direttive MiFid: prime valutazioni e tendenze applicative*, Padova, Cedam, 2009, p. 31; G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 2010, p. 137; A. MINTO, *Aspetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria*, in *Giur. comm.*, 2014, p. 1165; A. LUCIANO, *Adeguatezza organizzativa e funzioni aziendali di controllo nelle società bancarie e non*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 2017, p. 317. Come è stato efficacemente notato da R. CALDERAZZI, *La funzione di controllo nell'impresa bancaria*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 10-11, «v'è, in generale, la consapevolezza che l'adozione di un sistema organizzativo proporzionato, efficiente e razionale rappresenti il presidio migliore vuoi per il perseguimento degli obiettivi della vigilanza pubblicistica sull'impresa, vuoi della correttezza dei comportamenti dell'impresa nei confronti dei clienti e investitori. Diventa il parametro attraverso il quale l'autorità di vigilanza valuta il modello di governo societario adottato in relazione al rispetto degli obiettivi della sana e prudente gestione, della stabilità patrimoniale e contenimento del rischio, della correttezza e trasparenza nei rapporti con i clienti e gli investitori. Dalla prospettiva dei soci e degli investitori, il rispetto del principio di adeguatezza diventa criterio per valutare se gli organi sociali hanno predisposto un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alle dimensioni e alla natura dell'attività esercitata».

<sup>82</sup> Come è noto, l'art. 2381 cod. civ., dopo la riforma del diritto societario, prevede (al comma 3) che «il consiglio di amministrazione [...] valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società» e stabilisce (al comma 5) che «gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa»; l'art. 2403 prevede che «il collegio sindacale vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento»; in base all'art. 2409-octiesdecies, il Comitato per il controllo sulla gestione «vigila sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società». Inoltre, il d.lgs. 58/1998 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria), all'art. 149, fa riferimento al dovere del collegio sindacale di vigilare sulla «adeguatezza della struttura organizzativa della società». Si noti che il principio di «adeguatezza organizzativa» è richiamato in materia di società pubbliche dall'art. 11, comma 3, del d.lgs. 175/2016; anche per gli Enti del Terzo Settore costituiti in forma di associazione o fondazione, l'art. 30, comma 6 del d.lgs. 117/2017 (Codice del Terzo Settore) stabilisce che «l'organo di controllo vigila [...] sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e sul suo concreto funzionamento».

<sup>83</sup> M. RABITTI, *La responsabilità da deficit organizzativo*, in M. IRRERA (dir.), *Aspetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, Bologna, Zanichelli, 2016, p. 955.

<sup>84</sup> M.C.M. MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e proceduralizzazione dell'attività imprenditoriale*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber Amicorum Antonio Piras, Torino, Giappichelli, 2010, p. 728.

diverse collocate in realtà diverse<sup>85</sup>: da questo punto di vista, potrebbero aprirsi spazi per il sindacato in sede giurisdizionale nei casi in cui la p.a. predisponesse strutture organizzative unificate ed uniformi a fronte di diritti a prestazioni, invece, fortemente differenziati tra loro, tali da esigere dunque modelli organizzativi anch'essi differenziati.

Lo stesso *principio di sussidiarietà* ex art. 118 Cost., nella sua accezione “orizzontale”, impone una sussidiarietà anche organizzativa. Qualora, infatti, siano già presenti ed attive in un medesimo bacino territoriale varie strutture di soggetti privati, che operino in modo adeguato a servizio di determinati diritti consentendone la piena realizzazione, il principio di sussidiarietà preclude (pena l'illegittimità della scelta contraria) un esercizio della discrezionalità organizzativa che espanda le strutture dei soggetti pubblici, aumentandone le dimensioni o elevandone i costi, al fine di sovrapporle o sostituirle alle esistenti ed adeguate strutture organizzative private<sup>86</sup>. Ma vale anche l'opposto: i titolari dei diritti a prestazioni, ove manchino nel loro bacino territoriale strutture organizzative di soggetti privati in grado di garantire in modo adeguato i medesimi diritti, potranno agire in sede giurisdizionale contro le pubbliche amministrazioni competenti se queste ultime, violando il principio di sussidiarietà, omettano di intervenire attraverso la predisposizione di proprie strutture organizzative in supplenza sussidiaria, per rimediare a quelle carenze che, manifestatesi in concreto nell'auto-organizzazione della società civile, pongano a rischio la realizzazione di diritti.

Un'ultima osservazione riguarda il *principio di tutela del legittimo affidamento*.

Anche questo principio può estendersi all'organizzazione.

Le persone in carne ed ossa che si rapportano, per anni o decenni, con determinate strutture organizzative vedono progressivamente accrescersi, con il decorso di questo “tempo dell'organizzazione”, un *legittimo affidamento organizzativo*, in quanto sono sempre più indotte a confidare nel fatto che l'assetto organizzativo sul quale si sono consolidate le loro prassi di interlocuzione e di fruizione resti, almeno nelle sue linee essenziali, tendenzialmente stabile, in quanto si tratta del loro punto di riferimento amministrativo. Il principio del legittimo affidamento può, perciò, rappresentare un ulteriore strumento per sindacare la legittimità (sul piano dell'eccesso di potere) di uno scorretto esercizio della discrezionalità organizzativa in tutte quelle ipotesi in cui la p.a., senza alcuna gradualità temporale e in maniera drastica, rivoluzioni un proprio precedente assetto organizzativo che era rimasto immutato per lungo tempo (ad es., improvvisamente sopprime una struttura che garantiva storicamente alcuni diritti, o la accorpi ad altre strutture con compiti del tutto diversi, o la delocalizzi territorialmente a grande distanza dalla precedente sede, etc.), omettendo di motivare approfonditamente sulle ragioni di tale stravolgimento organizzativo e non prevedendo un congruo periodo transitorio che, mitigando l'impatto del rias-

<sup>85</sup> F. CORTESE, *Le competenze amministrative nel nuovo ordinamento della Repubblica. Sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza*, cit., p. 859.

<sup>86</sup> In questo senso V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, 7<sup>a</sup> ed., Torino, Giappichelli, 2019, pp. 74-75.

setto, possa consentire alle persone che lo subiscano di prepararsi ed adattarsi ad esso.

La giurisprudenza, sia pur in maniera timida, manifesta alcuni segnali di apertura rispetto alla prospettiva qui delineata. Basti menzionare alcune pronunce.

Ad esempio, TAR Molise, I, 22 maggio 2018, n. 306 (in recepimento delle osservazioni rese in sede cautelare da Cons. Stato, III, Ord. 13 ottobre 2017, n. 4477) ha annullato parzialmente i provvedimenti adottati dal Commissario *ad acta* per l'attuazione del piano di rientro dai disavanzi del settore sanitario della Regione Molise con i quali è stata approvata e attuata la riorganizzazione della rete delle strutture pubbliche e private di diagnostica di laboratorio. Il TAR, dopo aver riconosciuto che «la scelta di rimodulare la rete dei laboratori di analisi e le concrete modalità attuative prescelte a fini di ottimizzazione [...] sono caratterizzate da ampia discrezionalità organizzativa», ha però statuito che «la discrezionalità tuttavia deve necessariamente essere esercitata secondo ragionevolezza», rilevando «la necessità di un periodo transitorio di adeguamento dell'assetto esistente al nuovo modello» in quanto «previsione espressiva del principio di proporzionalità finalizzata a contemperare le aspettative degli operatori maturate alla luce del prevalente assetto organizzativo con le finalità di ottimizzazione ed economicità del servizio sottese nel nuovo modello organizzativo approvato [...] quanto più marcata è l'aggregazione imposta agli operatori privati dalla disciplina regionale tanto maggiore deve essere il periodo transitorio di adeguamento».

Ed ancora, sempre a titolo esemplificativo, TAR Lombardia-Milano, III, 26 aprile 2016, n. 811, a fronte dell'impugnazione di una deliberazione di giunta comunale che aveva disposto la soppressione dell'ufficio legale comunale, trasformandolo in ufficio di mera consulenza interna, ha rigettato l'eccezione del Comune che chiedeva la reiezione del ricorso «in quanto rientrerebbe nella discrezionalità organizzativa dell'ente la costituzione come la soppressione degli uffici»; al contrario, il TAR ha sindacato e annullato tale delibera, rilevando che essa «viene in sostanza a negare la necessità e l'opportunità stessa dell'esistenza di un settore/servizio legale all'interno del Comune, ponendosi in evidente contrasto con la precedente organizzazione».

Altra parte della giurisprudenza, comunque, resta di ben diverso avviso: basti pensare, a proposito dei limiti di utilizzo del ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 198/2009, a Cons. Stato, III, 27 febbraio 2019, n. 1390, secondo cui «il potere attribuito al giudice amministrativo, non essendo giurisdizione di merito, non può spingersi fino al punto di consentirgli una reale intromissione nelle scelte organizzative dell'Amministrazione».

Il cammino da percorrere da parte del diritto vivente, dunque, è ancora molto lungo: la fiaccola accesa da Domenico Sorace continuerà ad illuminarlo.