

2019
n. 1

P.A.
Persona e Amministrazione

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics

ISSN 2610-9050



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

P.A. Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics

Direttore scientifico

Luca R. Perfetti, Università di Bari "Aldo Moro".

Comitato di direzione

Massimiliano Bellavista, Università di Siena; Rosa Calderazzi, Università di Bari "Aldo Moro"; Maria Cristina Cavallaro, Università di Palermo; Alberto Clini, Università di Urbino Carlo Bo; Antonio Colavecchio, Università di Foggia; Salvatore Dettori, Università di Teramo; Francesco Follieri, Libera Università Mediterranea – LUM "Jean Monnet" di Casamassima; Pierpaolo Forte, Università del Sannio; Biagio Giliberti, Universitas Mercatorum di Roma; Andrea Maltoni, Università di Ferrara; Massimo Monteduro, Università del Salento; Giuseppe Tropea, Università Mediterranea di Reggio Calabria.

Redattore centrale

Donato Vese, Scuola Universitaria Superiore IUSS Pavia

Comitato di redazione

Giuseppina Buia, Andrea Gemmi, Roberto Franco Greco; Lorian Maccari; Alberto Marcovecchio; Antonio Micello, Chiara Mulinari; Clara Napolitano; Marina Roma; Federico Romoli.

Comitato internazionale di referaggio

Marcos Almeida Cerredá, Universidad de Santiago de Compostela (Spagna); Sandro Amoroso, Università Telematica Internazionale "UniNettuno"; Antonio Barone, Università di Catania; Antonio Bartolini, Università di Perugia; Luigi Benvenuti, Università "Ca' Foscari" di Venezia; Luca Bertozzi, Università di Milano; Tomás Cano Campos, Universidad Complutense de Madrid (Spagna); Andrea Carbone, Università "La Sapienza" di Roma; Andrea Crismani, Università di Trieste; Giovanni Maria Caruso, Università della Calabria; Salvatore Cimino, Università di Teramo; Stefano Cognigni, Università di Macerata; Paoloefisio Corrias, Università di Cagliari; Guido Corso, Università di Roma Tre; Fulvio Cortese, Università di Trento; Elisa D'Alterio, Università di Catania; Erin Daly, Widener University (Delaware, U.S.A.); Maurizia De Bellis, Università di Roma "Tor Vergata"; Walber de Moura Agra, Universidade Federal de Pernambuco (Brasile); Francesca Di Lascio, Università di Roma Tre; Leonardo Ferrara, Università di Firenze; Luigi Ferrara, Università di Napoli "Federico II"; Fabrizio Fracchia, Università Commerciale "Luigi Bocconi"; Francesco Goisis, Università di Milano; Giuliano Grüner, Università di Roma "Tor Vergata"; Annalisa Gualdani, Università di Siena; Hélène Hoepffner, Université Toulouse 1 Capitole (Francia); Erik Kersevan, Univerza v Ljubljani (Slovenia); Pierdomenico Logroscino, Università di Bari "Aldo Moro"; Simone Lucattini, Università di Siena; Barbara Mameli, Università del Piemonte Orientale; Giuseppe Manfredi, Università Cattolica del Sacro Cuore; Giulia Mannucci, Università di Firenze; Wanda Mastor, Université Toulouse 1 Capitole (Francia); Marco Mazzamuto, Università di Palermo; Luis Medina Alcoz, Universidad Complutense de Madrid (Spagna); Jorge Oviedo Albán, Universidad de La Sabana (Colombia); Nino Paolantonio, Università di Roma "Tor

Vergata”; Michela Passalacqua, Università di Pisa; Ricardo Perlingeiro Mendes Da Silva, Universidade Federal Fluminense (Brasile); Sergio Perongini, Università di Salerno; Nicola Pignatelli, Università di Bari “Aldo Moro”; Aristide Police, Università di Roma “Tor Vergata”; Michel Prieur, Université de Limoges, International Center for Comparative Environmental Law (Francia); Anikó Raisz, Miskolci Egyetem (Ungheria); Margherita Ramajoli, Università di Milano Bicocca; Gianluca Romagnoli, Università di Padova; Francesco Rota, Università del Sannio, Benevento; Stefano S. Scoca, Università per stranieri “Dante Alighieri” di Reggio Calabria; Saverio Sticchi Damiani, Università del Salento; János Ede Szilágyi, Miskolci Egyetem (Ungheria); Gerolamo Taccogna, Università di Genova; Fabrizio Tigano, Università di Catania; Simone Torricelli, Università di Firenze; Michele Trimarchi, Università di Foggia; Francesco Fabrizio Tuccari, Università del Salento; Andrea Tucci, Università di Foggia; Alberto Urbani, Università “Ca’ Foscari” di Venezia; Hitoshi Ushijima, Chuo University, Tokyo (Giappone); Dirk Uwer, Hochschule Bonn-Rhein-Sieg; Freien Universität Berlin; Technischen Universität Berlin (Germania); Diego Vaiano, Università della Tuscia, Viterbo; Alejandro Vergara Blanco, Pontificia Universidad Católica de Chile (Cile); Stefano Villamena, Università di Macerata; Ewald Wiederin, Universität Wien (Austria); Nathalie Wolff, Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines (Francia); Alberto Zito, Università di Teramo.

Direttore responsabile

Francesca Mineo

Contatti

Redazione P.A. Persona e Amministrazione

prof. Alberto Clini

Università degli Studi di Urbino Carlo Bo - Dipartimento di Giurisprudenza

via Matteotti, 1 - 61029 Urbino (PU)

Telefono: +39 0722 303250 - Fax: +39 0722 303230

email: redazione.pa@uniurb.it

Edizione on line a cura di

Sebastiano Miccoli

Telefono: +39 0722 303223

e-mail: sebastiano.miccoli@uniurb.it

P.A. Persona e Amministrazione è una pubblicazione on line dell’Università degli studi di Urbino Carlo Bo. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. **ISSN 2610-9050**. Registrazione al Tribunale di Urbino richiesta.



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con **Licenza Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale**

SOMMARIO

I – SEZIONE MONOGRAFICA

LUCA R. PERFETTI, Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico.....	p. 7
MARIA CRISTINA CAVALLARO, Immedesimazione organica e criteri di imputazione della responsabilità.....	p. 39
NINO PAOLANTONIO, Ricusazione del responsabile del procedimento per conflitto di interessi tra dimensione organizzativa e pretese dei privati.....	p. 53
SANDRO AMOROSINO, Politiche di coesione, strutture amministrative e Mezzogiorno	p. 63
BIAGIO GILIBERTI, L'amministrare in senso oggettivo tra libertà e funzione. Riflessioni a margine di un recente caso in materia di libere università	p. 71
SALVATORE CIMINI, Modello organizzativo e responsabilità della P.A.	p. 99
FRANCESCO FOLLIERI, Politica e amministrazione.....	p. 109
ALBERTO CLINI, Ordinamento sezionale del credito e diritti fondamentali della persona	p. 137
IPPOLITO PIAZZA, L'organizzazione dei soggetti privati incaricati di pubbliche funzioni e i riflessi sul regime degli atti	p. 159
ANDREA CARBONE, Prime considerazioni su situazioni giuridiche procedurali, organizzazione, funzione. A margine della rilevanza dell'art. 6 CEDU	p. 175
FLAMINIA APERIO BELLA, I riflessi dell'organizzazione sul rapporto tra le Istituzioni: l'AGCM quale giudice <i>a quo</i> del giudizio di legittimità costituzionale?.....	p. 211
CLARA NAPOLITANO, Profili organizzativi dell'autotutela.....	p. 241
ROSA CALDERAZZI, La funzione dell'organizzazione nell'impresa bancaria.....	p. 261
DONATO VESE, L'efficienza dell'organizzazione amministrativa come massimizzazione dei diritti fondamentali	p. 279

LORIANO MACCARI, Le forme organizzative della amministrazione pubblica e la tutela delle posizioni giuridiche soggettive.....	p. 365
MASSIMILIANO BELLAVISTA, La posizione organizzativa del responsabile del provvedimento e di quella del responsabile del procedimento.....	p. 373
MARIACONCETTA D'ARIENZO, Crisi e riscatto delle Funzioni «serventi» degli Ordini e dei collegi professionali	p. 393

II – STUDI

ILDE FORGIONE, Le norme edilizie della rigenerazione urbana, tra esigenze di semplificazione, sostenibilità ambientale e rilancio dell'economia.....	p. 433
--	--------

III – OPINIONI E RECENSIONI

ALBERTO ZITO, Dall'epoca del cambiamento al cambiamento d'epoca: il ruolo delle pubbliche amministrazioni nella prospettiva del giurista.....	p. 457
ENRICO MAURO, Recensione a Jo Littler, <i>Against meritocracy, Culture, power and myths of mobility</i> , Routledge, Abingdone (Oxon) – New York, 2018	p. 469
GIANLUCA ROMAGNOLI, Rapporti di durata tra assicuratori ed intermediari nella prospettiva della disciplina della concorrenza. Il caso dell'accordo nazionale agenti di assicurazione	p. 477
ANDREA GEMMI, Il tramonto della concessione-contratto: la svolta pubblicistica della giurisprudenza	p. 487
GUIDO BONOMELLI, Ispirare il management nelle aziende pubbliche: da un caso pratico a considerazioni trasferibili in campo sanitario	p. 509

I
SEZIONE MONOGRAFICA

LUCA R. PERFETTI

Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università "Aldo Moro" di Bari
luca.perfetti@belex.com

ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA E SOVRANITÀ POPOLARE. L'ORGANIZZAZIONE PUBBLICA COME PROBLEMA TEORICO, DOGMATICO E POLITICO.

ADMINISTRATIVE ORGANIZATION AND POPULAR SOVEREIGNTY. ADMINISTRATIVE ORGANIZATION AS A THEORETICAL, DOGMATIC AND POLITICAL PROBLEM

SINTESI

Il saggio muove dal tratto comune delle configurazioni teoriche classiche dell'organizzazione amministrativa, come struttura funzionale a fini pubblici. All'interno di queste teorie tradizionali, quindi, vengono isolati gli elementi delle teorie oggettive e soggettive dell'organizzazione e discussi nei loro profili essenziali. Alla luce di questa discussione, viene proposto uno schema rinnovato di spiegazione dell'organizzazione pubblica come funzione della sovranità popolare, lungo la tripartizione che distingue (i) organizzazione pubblica direttamente posta in essere dalla società, (ii) organizzazione pubblica come funzione diretta della società ed (iii) organizzazione pubblica come funzione della società mediata dalla rappresentanza politica.

ABSTRACT

The paper begins by analyzing the traditional theories on administrative organization. The common element is to be identify in the objective of the organization to the purpose of public interest. Nonetheless, State's sovereignty is traditionally considered the source of public interest, therefore traditional theories shall be reconsidered in the light of popular sovereignty, as provided in the Constitution. In such a perspective, a revised administrative organization theory is proposed: administrative organization is a function of the society, therefore administrative organizations are structured in three different ways: (i) as organizations directly implemented by the society in the public interest; (ii) as public organizations as function of popular sovereignty directly; (iii) as public organizations as function of popular sovereignty intermediated by democratic representation of the people expression of the political guidance.

PAROLE CHIAVE: pubblica amministrazione – fini pubblici – sovranità popolare – organizzazione amministrativa

KEYWORDS: public administration – public interest – popular sovereignty – administrative organization

INDICE 1. Posizione del problema. – 1.1. Un quadro di incertezze. – 1.2. L'organizzazione è un sistema di imputazione di effetti giuridici ed è definita dai suoi fini. – 1.3. Ordinando le questioni. – 2. L'organizzazione pubblica come problema teorico e come problema politico. – 3. Primo elemento: a cosa sia funzionale l'organizzazione. – 4. Secondo elemento: quali fini persegue l'organizzazione. – 5. Terzo elemento: relazione tra organizzazione in senso oggettivo e in senso soggettivo. – 6. Forme e regimi dell'organizzazione. – 6.1. L'autorganizzazione come espressione di sussidiarietà. – 6.2. L'organizzazione amministrativa come diretta funzione della società e del suo ordine giuridico costituito dai diritti della persona. – 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.

1. Posizione del problema.

1.1. Un quadro di incertezze.

È indubbio che l'intero diritto pubblico abbia trovato prevalentemente spiegazione alla luce della soggettività pubblica.

L'esistenza dello Stato, della sua organizzazione e, quindi, della sua disciplina speciale rispetto al diritto civile costituisce il nucleo tematico di base del diritto pubblico.

Da un assunto molto simile muove dottrina sempre profonda, quando osserva che «*il diritto pubblico, quale noi conosciamo, nella sistemazione generale e nelle sue articolazioni, rimane sempre dominato dalla dogmatica della personalità dello stato e degli organi statali*»¹.

Ancora oggi le idee circa il diritto amministrativo riposano normalmente su questo convincimento.

Poco conta che l'articolazione dell'autorità si sia andata dipanando verso dimensioni sovranazionali² ovvero locali. Per quanto in questo processo la soggettività si sia arricchita di profili e problemi e resa assai meno unitaria di

¹ G. BERTI, *La parabola della persona stato (e dei suoi organi)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XI/XII (1982/1983), tomo II, p. 1001, ove si nota anche che, nonostante la similitudine di figure teoriche, il diritto pubblico «è radicalmente diverso, stando alla sua originaria e perdurante configurazione, caratterizzato da una fondamentale differenziazione dei soggetti» sicché si tratta essenzialmente di un «ordinamento basato sulla diversa qualità o attitudine dei soggetti» (p. 1002).

² Sul fenomeno del diritto amministrativo globale, basterà il rinvio a S. CASSESE, *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, p. 331; ID., *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006; S. BATTINI, *Organizzazioni internazionali e soggetti privati: verso un diritto amministrativo globale?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, p. 359; ID., *La globalizzazione del diritto pubblico*, *ivi*, 2006, p. 325 e più e prima ancora, ID., *Amministrazioni senza Stato. Profili di diritto amministrativo internazionale*, Milano, Giuffrè, 2003; J.H.H. WEILER, *The Geology of International Law—Governance, Democracy and Legitimacy*, in *Zeitschrift für Ausländisches Recht und Völkerrecht*, 64 (2004), p. 547, B. KINGSBURY, R.B. STEWART, N. KRISCH, *The Emergence of Global Administrative Law*, presentato nel 2004 e poi pubblicato in *Law and Contemporary Problems*, 68 (2005), p. 15 ove un'ampia ricognizione bibliografica.

quanto non si sia soliti pensare, la sostanza del valore euristico della soggettività pubblica non sembra strutturalmente mutare. Il soggetto pubblico autoritario continua ad essere il centro di significato del diritto pubblico e delle sue categorie.

Tuttavia, pur senza indulgere in una dimostrazione che travalicherebbe lo scopo di queste pagine e che non farebbe che riprodurre argomenti e questioni che possono presumersi – almeno in gran parte – noti, gli elementi fondanti della soggettività pubblica sono quanto meno discussi e discutibili.

Sono più che discussi – e storicamente cangianti – il concetto di autorità³, così come quello di Stato e di organo⁴ – soprattutto nella loro

³ Autorità e potere (DUSO, *Il potere. Per la storia della filosofia politica moderna*, Roma, 2011 e ID., *L'Europa e la fine della sovranità*, in *Quaderni fiorentini*, XXXI, 2002, p. 109, ma p. 113 e ss.) sono concetti largamente discussi; anche da un punto di vista terminologico, si passa dal rapporto di signoria personale al concetto di dominio come sovranità della persona giuridica dello Stato: sull'evoluzione della *Herrschaft* – sulla quale resta fondamentale WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., p. 123 – nel senso indicato, STERNBERGER, *Drei Wurzeln der Politik*, Frankfurt, 1978; nello stesso modo evolve il concetto di autorità: per il quale KOJÈVE, *La Notion de l'autorité*, Paris, 2004, trad. it., Milano, 2011, che ne costruisce i quattro concetti astratti indipendentemente dalle sue forme concrete, sicché per l'evoluzione storica del concetto serve riferirsi ad ARENDT, *What was Authority*, in *Between Past and Future*, New York, 1961 oppure a RAZ, *The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception*, in *Minnesota Law Rev.*, 90, 2006, p. 1003 – anche per la sintesi delle opinioni già espresse in ID., *The authority of law*, Oxford, 1979, soprattutto per la discussione circa la nozione di autorità legittima, al cap. 1 e ID., *The Morality of Freedom*, Oxford, 1986, ai nostri fini soprattutto p. 286 e ss. – ove il concetto di autorità viene indagato descrivendo «*the conditions under which an authority is a good-enough authority*», articolando «*tests of success for authorities*» e fissando le «*conditions that have to hold if an authority is to be capable of successfully discharging its tasks*».

⁴ La teoria dell'organo nel suo collegamento con la sovranità è particolarmente evidente nell'idea dell'identificazione tra Stato e sovranità (S. SKALWEIT, *Der 'moderne Staat'. Ein historischer Begriff und seine Problematik*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1975) che sarà propria di Orlando (sicché «*la sovranità, affermazione della capacità giuridica dello Stato, comprende tutti i diritti pubblici o, con espressione sintetica, essa stessa è il diritto dello Stato*», V. E. ORLANDO, *Principi di diritto costituzionale*, Firenze, Barbera, 1889, p. 59; sulla questione per maggiori discussioni e informazioni, G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1980; A. MAZZACANE, *I giuristi e la crisi dello stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli, Liguori, 1986; L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999; M. FIORAVANTI, *La vicenda intellettuale del giovane Orlando (1881-1897)*, Firenze, Eurografica, 1979 e ID., *Popolo e Stato negli scritti giovanili di Vittorio Emanuele Orlando*, in ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, I, Milano, Giuffrè, 2001) e nella conseguente individuazione dell'amministrazione come unica attività necessaria dello Stato in declinazione della sua sovranità (ed è fin troppo nota l'idea di O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, Luigi Pierro, 1912, pp. 279-280, per la quale si potrebbe dare esistenza di Stati senza legislazione o giurisdizione, ma non senza amministrazione). Anche nella più tarda elaborazione di DE VALLES, *op. ult. cit.*, pur nel tentativo di intensa razionalizzazione (e giuridificazione) dell'organizzazione pubblica, è evidente la riconduzione della sovranità alla persona giuridica dello Stato e la natura costitutiva dell'intera organizzazione, con la conseguente supremazia della volontà dell'organo e centralità dell'organizzazione amministrativa nella costruzione dello Stato (pp. 156 e ss.). Solo una diversa concezione della sovranità, coincidente con l'ordinamento giuridico posto in essere

relazione con la sovranità⁵, elemento centrale, invece, per la definizione dei

dallo Stato e con i modi di produzione ed applicazione delle norme (principalmente H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Springer, 1925) ha consentito la costruzione della teoria dell'organo in termini di imputazione, la distinzione tra elementi *faktisch* e *normativ* di organizzazione e tra profili materiali, sostanziali e formali, alla luce dei quali si sono potute sviluppare narrazioni diverse del problema (tipicamente, da noi, G. BERTI, *op. ult. cit.* e, per l'inquadramento entro principi ordinanti tratti dalla Costituzione, più recentemente, G. PASTORI, *La funzione amministrativa nell'odierno quadro costituzionale*, in *Dir. econ.*, 2002, p. 475, ma soprattutto pp. 480 e ss.).

⁵ Il tema centrale in tutta la costruzione della teoria della persona giuridica (tema sul quale è fondamentale TODESCAN, *Diritto e realtà. Storia e teoria della fictio iuris*, Padova, 1979) è proprio la creazione del concetto di Stato; dopo le incertezze di glossatori, decretisti e commentatori sul tema (ma, per la creazione dell'idea di persona giuridica dell'ordine francescano come soggetto cui imputare lasciti ed eredità per superare il problema del voto di povertà, PERUZZI, *Il Liber Minoricarum decisionum di Bartolo da Sassoferrato. Ricerche sul problema della povertà francescana nel secolo XIV tra Bartolo e Baldo degli Ubaldi*, in *Pensiero politico medievale*, III-IV (2005-2006), pp. 23 e ss.), è in un ambito organicista e con l'affermarsi del giusnaturalismo che interviene una svolta ed il problema viene inquadrato – a cominciare da GROZIO, *De iure bellis ac pacis*, (II, V, XVII) (che si può consultare nell'edizione a cura di TODESCAN e ARICI con introduzione di FASSÒ, nell'edizione Padova, 2010) – in ambito del tutto differente. In questo senso, la *persona ficta* dello Stato è solo parzialmente un automa e, per quanto non già determinato dal meccanismo (dalle norme), agisce con una propria volontà; non è casuale, quindi, che tutto ciò che non è definito ed applicabile in modo automatico (il potere vincolato) venga spiegato alla luce della volontà dello Stato, spesso inteso come macchina antropomorfa (sull'antropomorfismo del concetto di Stato nella nostra dottrina classica e per l'idea della concentrazione della sovranità in un unico centro personalizzato, MAGNANI, *Stato e rappresentanza politica nel pensiero giuridico di Orlando e Romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2000, p. 349). La volontà dell'autorità, poi, è volontà sovrana ed, in quanto tale, indipendente dal contenuto (giusto, opportuno o vero – ma per la relazione tra veridizione e potere, FOUCAULT, *Du gouvernement des vivants. Cours au Collège de France (1979-1980)*, Paris, Seuil/Gallimard, 2012).

L'intera costruzione della teoria della *persona ficta* o *repraesentata* – che determinerà uno sviluppo notevolissimo nel diritto civile, dando luogo a quello commerciale – si determina per dare una spiegazione al fenomeno dello Stato e della sovranità, inserendoli nell'idea del contratto sociale (DEL VECCHIO, *Sulla teoria del contratto sociale*, Bologna, 1906) e nel duplice volto della sovranità (del capo del corpo politico – il sovrano – e dello Stato, che li comprende entrambi) nel quale affondano le radici le spiegazioni dualistiche della sovranità che tanto hanno influito nella costruzione del diritto amministrativo contemporaneo (sul problema deve essere letto l'importante lavoro di P. COSTA, *Lo Stato "immaginario". Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986 e, per la Germania, M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979 e, più sinteticamente, i contributi raccolti da A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1990). Il monopolio del potere e la sua generalità sono propri dello Stato (*subjectum commune*) e del sovrano (*subjectum proprium*) fin dalla costruzione groziana ed è con il matematismo hobbesiano che la costruzione raggiunge una definizione destinata a permanere. Lo Stato è strumento di governo degli individui e della società cui spetta la generalità della *potestas*, superando sia il problema della doppia sovranità (che diviene doppia capacità del sovrano), sia la questione della relazione tra finzione e realtà (perché la macchina artificiale dello Stato leviatano è essa stessa realtà – sul problema, però, E. OPOCHER, *La realtà giuridica e il problema della sua validità*, Padova, Cedam, 1976 e, ovviamente, la voce *Realtà giuridica* di ROMANO [Santi] nei *Frammenti di un dizionario giuridico*, qui tenuto presente nella ristampa Milano, Giuffrè, 1983 a cura di ROMANO [A.]); il monopolio del potere e la sua generalità sono da subito collegati con il monopolio dell'interesse pubblico (“*be careful*”

in his politic persono procure the common interest?, HOBBS, *Leviathan*, II, XIX, in *English works*, London, 1839-45, p. 173) da parte dello Stato come persona giuridica («*which is but an artificial man*», *ivi*, *Introduction*, III, IX).

È interessante notare come l'esercizio del potere in funzione dell'interesse generale è il proprio dello Stato per i giusnaturalisti, perché il rapporto di rappresentanza si muove sul diverso versante della personificazione del popolo nelle relazioni tra Stati. Il quadro si completa con S. PUFENDORF (*De iure naturae et gentium*, London, 1672, trad.it. a cura di F. Palladini e F. Todescan, con introduzione di N. Bobbio, Padova, Cedam, 2016) nel disegno del quale il popolo legittima la sovranità ma, con il farlo, se ne priva irrimediabilmente per sottostare a chi ne dispone; e la persona giudica dello Stato assume una realtà eguale alle persone fisiche (O. von GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, Weidmann, 1877, che enorme influenza ha avuto sulla nostra dottrina, specie privatistica attraverso Ferrara e Vivante – ma anche, con diverso accento, J. K. BLUNTSCHLI, *Lehre von modern Staat. Allgemeines Staatsrecht*, vol. I e II, 1885/1886, ora Aalen, Scientia Verlag, 1965 – e G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Häring, 1914) e si definisce per il tramite del suo «*potere di dominazione originario*», vale a dire con la sovranità (G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, *cit.*, p. 370). Sovranità come disponibilità del potere e realtà della sua personificazione nella statualità divengono i termini immancabili di questa questione. Naturalmente, la rappresentazione del problema della personalità giuridica dello Stato come ente reale definito dalla sua sovranità è stata oggetto di discussioni e critiche successive. A noi qui basta richiamare i tratti della sua affermazione tra il Seicento e l'Ottocento, per dar conto del fatto che la discrezionalità deve essere studiata come razionalizzazione (attraverso il diritto) di un potere pubblico generalizzato a fronte del ricorrere di eventi in cui si scorge il rilievo del pubblico interesse; generalizzato ma non illimitato, perché il suo coincidere con la sovranità fa sì che il concetto stesso di sovranità valga a limitarlo.

Sulla soggettività pubblica (si vedano le notazioni di A. DE NITTO, *Dottrina e realtà delle persone giuridiche pubbliche tra fine 800 ed inizi 900 in Italia*, in *Quaderni fiorentini*, XI – XII (1982-1985), I, p. 631, sul Trattato del Manna (pp. 636 e ss.) eppoi sulla trasformazione che porta all'iscrizione degli enti pubblici nella teoria della sovranità – chiaro in tal senso è F. PERSICO, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, Marghieri, 1875, per il quale «*lo Stato è un tutto organico sotto forma di personalità*» (p. 7) ed essa è «*l'unità del potere sovrano*» (p. 18) -). Anzi, sembra di poter osservare che proprio per evitare la rottura della sovranità la dottrina italiana si è orientata verso la centralità del rapporto interorganico per spiegare l'organizzazione degli enti pubblici (per il concetto, M.S. GIANNINI, *Organi (teoria gen.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1981, XXXI, p. 39). È proprio il bisogno di conservare l'unità della sovranità a far qualificare gli enti come autarchici (ovvio il riferimento a ROMANO [Santi], *Decentramento amministrativo*, in *Enc. Giur. It.*, Milano, 1897, IV, p. 427 poi in *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1950, II, p. 11) sicché essi non esercitano che «*amministrazione indiretta dello Stato compiuta da una persona giuridica per diritto subiettivo e nell'interesse oltre che dello Stato anche proprio*» (*ivi*) e solo «*per rinuncia dello Stato all'esercizio di un'attività che pur rientrerebbe nella naturale sua sfera di funzioni*» (ID., *Il Comune (parte generale)*, nel *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano* curato da ORLANDO, pt. I, vol. II, Milano, SEL, 1908, 577; ma sulla centralità del rapporto organico anche O. RANELLETTI, *Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative*, in *Riv. dir. publ.*, 1916, p. 317 e sulla soggezione allo Stato, G. MIELE, *La distinzione tra enti pubblici e privati*, in *Studi per F. Ferrara*, Milano, Giuffrè, 1942, p. 473; su tutti questi problemi è quasi ovvio il riferimento a G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968, *passim*). Al centro del problema della giuridificazione dell'organizzazione (per i problemi e le soluzioni basterà riferirsi a P. COSTA, *Lo Stato immaginario: metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento*, *cit.*, soprattutto pp. 65-145) si pone la dialettica tra normativismo ed istituzionismo (sulla quale S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, Mulino, 1971, pp. 44 e ss.).

In questa distinzione fondante, si avverte «*la diversa dislocazione del potere, fuori e dentro l'organizzazione*» (G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, *passim*, p. 93, ma in generale pp. 92-270), sicché i criteri fondanti sono quelli di competenza e di supremazia speciale; ed è immediatamente evidente il rilievo di questa distinzione per il problema della

concetti dei quali occorre occuparsi.

Lo stesso concetto di Stato, nella nostra letteratura, fin dalla fase di fondazione nella scuola orlandiana, vede pochi elementi condivisi⁶ e presto la

discrezionalità ove sia letta nella relazione con la legalità, stante che il temporaneo successo della seconda spiegazione ha influenzato in modo non irrilevante la riflessione sulle valutazioni discrezionali. È, infatti, evidente che il collegamento con l'istituzionalismo romaniano e con dell'idea labandiana della supremazia speciale (per la ricostruzione e la critica restano fondamentali, F. MERUSI, *Le direttive governative agli enti di gestione*, Milano, Giuffrè, 1963 e G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit.), fanno sì che l'ordinamento amministrativo sia avvertito come autonomamente fondato (V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, Milano, Giuffrè, 1958) e capace di autonomia (ROMANO [Santi], *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, qui tenuto presente nella ristampa Milano, Giuffrè, 1983 a cura di ROMANO [A], p. 14 – ma anche le voci *Atti e negozi giuridici*, p. 3, *Norme giuridiche*, p. 134, *Organo*, p. 145, *Poteri e potestà*, p. 172; successivamente, ROMANO [A], *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. Disc. Pubb.*, Torino, UTET, 1987, II, p. 30) e, quindi, in grado di integrare i precetti della legge e di formarne di propri. In questo ambito trova spazio l'idea di ordinamento derogatorio ed una perdurante concezione della norma interna sicché si ritiene che «l'assetto costituzionale vigente non possiede in via generale strumenti idonei ad impedire all'interno di singole formazioni sociali la vigenza di schemi precettivi (...) lesivi dei diritti fondamentali del cittadino» (BASSI [F.], *La norma interna. Lineamenti per una teoria*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 372), conclusione che se nel pensiero dell'autore non consente all'amministrazione (p. 368) di porre in essere atti in contrasto con la legge, certo consegue ad una lunga stagione nella quale si è stati convinti che l'ordinamento amministrativo desse luogo a norme (G. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1950 – ma per le condizioni della normatività, T. MARTINEZ, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milano, Giuffrè, 1957) ed organizzazioni (per la dottrina dell'organo amministrativo come fonte dell'ordinamento interno, A. M. OFFIDANI, *Studi sull'ordinamento giuridico speciale*, Torino, Giappicchelli, 1953; per la negazione della configurabilità della supremazia speciale è – naturalmente – l'impostazione normativista e, nella nostra dottrina, la riconduzione alla sola imperatività della norma generale è già in G. DE VALLES, *Teoria giuridica della organizzazione dello Stato. I. Lo Stato, gli uffici*, Padova, Cedam, 1931, p. 315 e, con precisione, G. MIELE, *La distinzione tra ente pubblico e privato*, cit., 1943, p. 429) autonome dalla legge, fonte – quindi – di notevoli ambiti discrezionali (per la ricostruzione accurata della dottrina precedente, M.S. GIANNINI, *Sulle decisioni amministrative contenziose*, in *Foro amministrativo*, I, 1949, p. 322).

È interessante osservare come il problema della ricostruzione in senso giuridico e razionale dell'organizzazione amministrativa sia successiva a quella del potere e ne ripeta la struttura (per informazioni utili). L'organizzazione del potere è consegnata all'ambito della signoria del volere, contrapposta al potere giuridico che, invece, progressivamente cessa di essere libero da fini e limiti (da noi, G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, ora in ID., *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano 1955, p. 205); in sostanza, il potere giuridico non appare libero nel fine per ragione del suo confronto con la legge; al contrario, il potere organizzativo viene per lungo tratto considerato parte della libera determinazione dell'autorità. Quando anch'esso viene attratto nell'area del potere giuridico e si consegna al sindacato sui fini ed alla limitatezza, secondo uno schema di progressiva sottrazione all'arbitrio verso la razionalità giuridica, come per il potere che si esprime nell'attività, razionalizzandosi, si rende riproducibile e moltiplicabile e, quindi, potenzialmente infinito per estensione.

⁶ Fondamentale in tal senso è la lettura del confronto tra Orlando, Santi Romano e Ranelletti di S. CASSESE, *Lo Stato, "stupenda creazione del diritto" e "vero principio di vita" nei primi anni della Rivista Italiana di Diritto Pubblico (1909-1911)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVI (1987), p. 501, ove si nota che l'elemento comune – oltre al riferimento all'elaborazione tedesca – è il "passo in avanti rispetto ad essa, portando alle estreme conseguenze il distacco tra lo Stato e gli elementi che lo compongono e la sua impersonalità, distacco e impersonalità che fanno

discussione si concentra sulla sua crisi⁷.

Per stare all'ultima grande stagione di riflessioni sull'organizzazione pubblica, sono stati messi in discussione e sono controversi il concetto di persona giuridica pubblica ed i caratteri dell'ente pubblico, quelli di organo, organizzazione, competenza. Lo stesso modello costituzionale dell'organizzazione viene spiegato in modi diversi.

1.2 L'organizzazione è un sistema di imputazione di effetti giuridici ed è definita dai suoi fini.

In questo quadro, ci si può limitare ad osservare che – se la centralità della soggettività giuridica pubblica non accenna a venire meno nella costruzione del sistema – è piuttosto diffusa l'idea che l'organizzazione amministrativa abbia natura funzionalizzata, obiettivata, e che l'autorità sia costituita in una persona giuridica nella quale l'organizzazione assolve allo scopo di imputare gli effetti giuridici dell'attività cui è funzionalizzata.

Non serve diffondersi nei richiami, giacché queste idee sono molto consolidate.

Basterà richiamare Giannini che afferma che «i disegni organizzativi si compongono di tre tipi di proposizioni prescrittive: la definizione della funzione, la definizione dell'elemento di articolazione della funzione, la determinazione de rapporti tra gli elementi medesimi»⁸; decisivo, quindi, il concetto di funzione che «qui significa parte di attività in quanto ordinata a un fine»⁹. L'impianto è istituzionista – accompagnato da un tono positivista –, sicché le organizzazioni sono «collegate istituzionalmente ai gruppi»¹⁰, con il risultato che «l'analisi giuridica delle istituzioni del gruppo pone una quantità di problemi che in massima parte pertengono alla normazione positiva e non alle invarianti», rispetto alle quali – invece – l'unico «problema generale di base» è «quello dell'imputazione giuridica»¹¹.

la grandezza della costruzione statale ma rappresentano, allo stesso tempo, l'origine del suo tracollo sia nelle vicende storiche che seguiranno di qualche anno, sia nella riflessione dei giuristi che prenderà piede dopo poco più di mezzo secolo» (p. 514); per il resto, le differenze sono sensibili.

⁷ Ovvio il riferimento alla prolusione di Santi Romano del 1909, *Lo Stato moderno e la sua crisi* ora in ROMANO [Santi], *Lo stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969. Sulla prolusione pisana si possono leggere P. GROSSI, *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2011, 1; A. ROMANO, *Santi Romano, Lo Stato moderno e la sua crisi e l'ordinamento giuridico*, *ivi*, 2011, 333; S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de l'ordinamento giuridico" di Santi Romano*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1972, 243; ID., *A proposito della pubblicazione de Il diritto pubblico italiano di Santi Romano*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1989, 474.

⁸ M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 26-27.

⁹ M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, *cit.*, p. 27.

¹⁰ M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, *cit.*, p. 28.

¹¹ M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, *cit.*, p. 29.

Si tratta di una sintesi largamente dominante nella nostra letteratura ancora oggi: ciò che è indiscusso dell'autorità è che essa: (I) si costituisca come persona giuridica¹² – e, quindi, il «*problema generale di base*» è quello di individuare le regole di imputazione dell'effetto giuridico all'interno dell'organizzazione; (II) sia definita dai suoi fini; (III) sia istituzionalmente (poco conta se sottostante vi sia istituzionalismo ovvero organicismo) collegata al gruppo di riferimento.

In questo crogiuolo di legittimazione da parte del gruppo di riferimento, ipostatizzazione del potere in una persona giuridica e perseguimento dei fini (pubblici) che si assumono propri del gruppo di riferimento ma permanentemente assunti dalla persona giuridica (pubblica), sta l'elemento centrale del monopolio del potere e della forza (della sovranità) e, quindi, della sottrazione alla società (il gruppo di riferimento) della capacità giuridica di diritto pubblico, della possibilità di determinare i fini pubblici, di esercitare il potere o dare ad esso indicazioni cogenti.

Questo è il punto centrale: il potere risiede interamente nella persona giuridica pubblica giacché essa persegue fini pubblici (in nome del gruppo di riferimento) da essa stessa (o dalla legge) individuati come tali; poiché, poi, l'organizzazione pubblica è parte di quella stessa autorità che definisce le regole (leggi, regolamenti, etc.), l'eventuale definizione da parte dell'autorità delle regole (legali) in forza delle quali i fini pubblici sono individuati e l'organizzazione articolata, mantiene sempre all'interno dell'autorità l'intero processo di potere¹³.

Pur con importantissime differenze, l'idea che l'organizzazione sia definita dai suoi fini e derivi dalla sovranità statale è condivisa anche dall'impostazione normativista. Per stare alla più diffusa formulazione – quella di Benvenuti in sede manualistica¹⁴ – il concetto di amministrazione deve esser distinto in soggettivo ed oggettivo: in ragione del primo, si qualificano i soggetti e gli organi che esercitano la funzione esecutiva, amministrando «*poteri direttamente derivanti dalla sovranità*»¹⁵ – ovvero indirettamente e per devoluzione da essa (autonomia); dal punto di vista oggettivo, invece, indipendentemente dalla provenienza dell'atto da un soggetto dotato di determinate qualificazioni,

¹² Nella letteratura precedente, almeno, G. ZANOBINI, *Concetto delle persone giuridiche amministrative*, in *Riv. di dir. pubbl.*, 1916, 817; C. VITTA, *Le persone giuridiche pubbliche in Francia e in Italia*, Modena, Soc. Tip. Modenese, 1928.

¹³ Per una considerazione non dissimile, G. BERTI, *La parabola della persona stato (e dei suoi organi)*, cit.

¹⁴ F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, Cedam, 1996

¹⁵ F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana*, cit., p. 97.

l'organizzazione coincide con «l'esplicazione della funzione esecutiva in senso sostanziale e formale», sicché vi sia «riconducibilità degli atti all'esercizio di una funzione esecutiva»¹⁶. Si tratta di una ricostruzione che propone una spiegazione dell'organizzazione sensibilmente differente da quella della tradizione istituzionista – talché pone l'amministrazione pubblica «al crocevia fra istituzioni e società»¹⁷, sottraendola dalla sua manifestazione tradizionale quale autorità e strumentalità all'azione di governo; amministrare diviene funzione oggettiva proprio perché le sue finalità sono indicate in Costituzione e non definite dall'autorità, di volta in volta, riempiendo di contenuto la clausola generale dell'interesse pubblico; l'organizzazione amministrativa è obbiettata perché anch'essa definita dai suoi compiti e non dalla natura servente del potere dell'autorità; l'amministrazione «appare primariamente nel suo profilo di attività per la cura di finalità e scopi obbiettati nella stessa Costituzione e poi nelle leggi»¹⁸, sicché può essere pensata in senso obbiettivo, come «funzione dell'ordinamento»¹⁹.

Non conviene, quindi, tacere delle differenze; tuttavia, i dati della ipostatizzazione in una persona giuridica (retta, in questo caso, da rapporti di competenza regolati dal diritto) e della funzionalizzazione dell'organizzazione ai fini pubblici sono elementi caratterizzanti anche di questa concezione.

In questa prospettiva, ciò che cambia sensibilmente è il contenuto degli obbiettivi cui l'amministrazione è diretta: l'organizzazione pubblica, in questa spiegazione, è funzionale (obbiettata) alla protezione di valori e il punto di vista che obbiettava l'amministrare è sancito dall'ordinamento giuridico²⁰. In questa lettura, quindi, l'obbiettivo della funzione è il risultato della funzionalizzazione dell'amministrazione agli obbiettivi costituzionali e la sua obbiettivo segue all'impronta democratica e dialettica dell'esercizio del potere. Tuttavia, l'organizzazione resta parte di una persona giuridica ed è definita dai suoi fini.

¹⁶ F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana*, cit., p. 98.

¹⁷ G. PASTORI, *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo*, in *Jus*, 2008, p. 323.

¹⁸ G. PASTORI, *op. ult. cit.*, p. 325.

¹⁹ G. PASTORI, *op. loc. ult. cit.*

²⁰ L'obbiettivo non è collegata ad una sorta di scoperta imparziale della verità materiale: essa è, piuttosto, il risultato del confronto tra gli interessi ed i loro portatori; contrariamente alla visione gianniniana, il confronto tra gli interessi non avviene perché l'amministrazione li considera e pondera alla luce di quello pubblico; piuttosto, è proprio l'interesse pubblico ad essere la risultante del concorrere di una serie larghissima di vettori che si intrecciano nel confronto democratico che dà luogo alla decisione. Dunque, l'amministrazione obbiettata non può che essere partecipata e paritaria; anzi, potrà dirsi obbiettata solo perché, doverosamente, sia paritaria e partecipata (su questi temi, sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, p. 108).

In sintesi, si sono evidenti le distinzioni che corrono tra le maggiori spiegazioni della nostra letteratura nazionali – istituzionismo *versus* normativismo; diversa concezione dei fini pubblici e della loro determinazione – e, tuttavia, due elementi sono ricorrenti: l'organizzazione,

(I) è articolazione della (e sistema di imputazione di effetti giuridici entro la) persona giuridica dello Stato sovrano;

(II) è funzionale al perseguimento di fini pubblici.

Ultimativamente, inserita nel quadro costituzionale, l'organizzazione deve assicurare un'azione amministrativa imparziale e improntata ai canoni del buon andamento, sicché imparzialità e buon andamento dell'amministrazione costituiscono i risultati del modo di essere dell'organizzazione²¹.

1.3. Ordinando le questioni.

Se questi sono gli elementi centrali della spiegazione dell'organizzazione amministrativa, la qualità e quantità delle incertezze sovrasta di gran lunga gli elementi sicuri del ragionamento.

Basterà osservare che:

(I) se l'organizzazione è obbiettivata o funzionalizzata allo scopo che le è proprio, v'è da essere ampiamente insoddisfatti circa il concetto di fini o interessi pubblici – cui l'organizzazione amministrativa non può che essere funzionale – giacché la definizione di questo concetto manca o è controversa;

(II) se l'altro elemento di certezza è dato dall'essere l'organizzazione articolazione di una persona giuridica che identificheremo con l'ente pubblico, il suo stesso concetto è discusso, i suoi caratteri incerti, la natura della persona giuridica controversa;

(III) se l'ente pubblico funzionalizzato agli obiettivi che gli sono propri produce attività giuridica di diritto pubblico, è controversa la relazione tra organizzazione e decisione amministrativa in quanto esternazione della funzione;

(IV) è, infine, almeno discusso quale sia il profilo costituzionale dell'organizzazione pubblica.

²¹ M. NIGRO, *Amministrazione pubblica (organizzazione dell')*, in *Enc. giur.*, vol. II, Roma, Treccani, 1988, *ad vocem*, ID., *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1965. Nella manualistica recente, in proposito: V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, Giappicchelli, 2017, pp. 83 e ss.; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappicchelli, 2017, pp. 177 e ss.; G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappicchelli, 2017, pp. 96 e ss.; F. MERLONI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, Giappicchelli, 2016, 47; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, Mulino, 2016, p. 68.

V'è quanto basta per osservare che i fondamenti del concetto di organizzazione pubblica sono incerti, con i risultati che è lecito attendersi sul concetto stesso.

Cercando di ordinare sistematicamente i profili rilevanti della questione e le ragioni dell'incertezza o dell'insoddisfazione circa le spiegazioni correnti dell'organizzazione amministrativa, sembra utile individuare due sequenze concettuali distinte.

Primariamente, la questione si pone lungo la sequenza concettuale propria dell'amministrazione in senso soggettivo e, cioè:

[*fine pubblico*] ⊢ [*persona giuridica pubblica*] ⊢ [*organizzazione*] ⊢ [*organo*] ⊢ [*funzionario*]

La seconda sequenza concettuale che sembra utile individuare per costruire una soluzione sistematica del problema, riguarda l'amministrazione in senso oggettivo, vale a dire:

[*fine pubblico*] ⊢ [*procedimento*] ⊢ [*competenza*] ⊢ [*organo*] ⊢ [*decisione/volontà*].

L'individuazione di queste sequenze concettuali consente di organizzare i problemi intorno a nuclei tematici omogenei; infatti:

- (I) vi sono spiegazioni differenziate di ciascun elemento di entrambe le sequenze concettuali;
- (II) sono controverse le relazioni tra gli elementi di entrambe le sequenze;
- (III) è discussa la relazione tra le due sequenze, vale a dire tra l'organizzazione in senso soggettivo ed obiettivo.

Consequentemente, una spiegazione accettabile dell'organizzazione amministrativa richiede di fornire una soluzione coerente al problema dato da ciascuno degli elementi controversi e delle loro relazioni (interne alla singola sequenza e tra le due stringhe concettuali).

Per poter adempiere a questo compito non sembra decisivo assegnare un significato specifico a ciascuno degli elementi controversi, quanto, piuttosto, fornire una spiegazione sistematica alla luce della definizione del profilo costituzionale dell'organizzazione pubblica e – per conseguenza – dei [*fini pubblici*], della [*persona giuridica pubblica*] e della [*relazione tra organizzazione e attività*].

Infatti, a fronte di una pluralità di concetti fondamentali controversi (in sé stessi e nella loro relazione), occorre individuare un ancoraggio più profondo della controversia rispetto all'interpretazione del loro regime legale, della loro evoluzione storica o del profilo dogmatico (vale a dire di organizzazione ed interpretazione delle norme positive) in sé stesso.

L'insieme delle incertezze sopra riassunte richiede – almeno ad opinione di chi scrive – d'essere risolta sia sul versante teorico (nel senso della costruzione del sistema) che dogmatico (vale a dire, come interpretazione adeguata delle norme – nella specie, costituzionali)²². Tuttavia, essendo il dato che emerge dall'indagine dogmatica tale da poter essere interpretato in modi differenti, la fondazione della soluzione dovrà collocarsi ad un livello teorico. È, peraltro, ovvio che – come proprio di ogni spiegazione teorica – la soluzione raggiunta potrà persuadere o meno e, tuttavia, sarà per sua stessa natura discutibile.

2. L'organizzazione pubblica come problema teorico e come problema politico.

Per poter fornire una risposta teorica e dogmatica al problema, non sembra utile addentrarsi nelle diverse spiegazioni date al problema dalla nostra letteratura nazionale.

Anzitutto, trattandosi di un problema centrale nel diritto pubblico, si dovrebbe dare conto di una vasta quantità di contributi – non di rado di eccelsa qualità e provenienti da maestri della disciplina; il risultato sarebbe quello di una rassegna di opinioni che dovrebbero presumersi note.

In secondo luogo, nella prima metà del Novecento, dominante la scuola del metodo, le impostazioni del problema hanno prodotto soluzioni ancor oggi di largo utilizzo e piuttosto note, mentre la seconda metà del secolo è stata dominata dalla critica, discussione e per certi versi superamento di quell'impianto. Si tratta di contributi fondamentali, che possono esser presupposti alla nostra discussione senza che se ne perda l'eco potente. Negli ultimi decenni, invece, pur con eccezioni notevolissime date da studi preziosi e di grande serietà, il tema dell'organizzazione è stato in grande parte trascurato. Conseguentemente, la discussione delle tesi avanzate – oltre ad occupare uno spazio incompatibile con la sede che si è prescelta per questa riflessione – non condurrebbe ad una soluzione teorica ma, quasi necessariamente, a ragionare di soluzioni teoriche o dogmatiche altri.

Ci si può limitare – quindi – a ricostruire le soluzioni lungo due filoni teorici di fondo (quello istituzionista e quello normativista), riferite (come già sopra) nei loro tratti assolutamente essenziali.

²² Per la distinzione, L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma – Bari, Laterza, 2012.

Ciò che sembra – invece – necessario è porre in costante rilievo l'importanza politica delle soluzioni prospettate.

Il problema dell'organizzazione pubblica, infatti, non può esser limitato ad una soluzione tecnico-giuridica da darsi al significato delle disposizioni rilevanti. La posizione dell'organizzazione amministrativa nella dinamica dei poteri e nella relazione tra società ed autorità, è – in sé stesso – un problema politico. Si tratta di una circostanza che era perfettamente chiara nelle riflessioni dei maestri del passato e che, invece, sembra essersi in gran parte perduta a vantaggio di un tecnicismo non sempre produttivo.

Essendo l'organizzazione amministrativa il più efficace e potente meccanismo di comando di cui disponga l'autorità, la più vasta e potente articolazione di dominio presente nell'ordinamento, l'individuazione del suo profilo, della relazione con il potere politico e con i diritti individuali è essa stessa una questione politica.

Il fatto che i giuristi tendano a risolverla sul versante dogmatico (o tecnico-interpretativo, se risulti più chiaro) non fa che nascondere le opzioni politiche cui l'interprete ricorre ovvero rendere opaca allo studioso la stessa materia che indaga.

Discutere se l'organizzazione amministrativa sia funzionale agli scopi definiti dai rappresentanti politici del popolo o a quest'ultimo direttamente, se sia funzione del Governo o della società, se sia strumentale al potere o ai diritti, significa porre questioni politiche e significativamente tali.

Pertanto, prospettare una soluzione teorica senza avere presente il rilievo politico della proposta significa agire irresponsabilmente.

Per evitare questo rischio, non si potrà trascurare il rilievo di potenti fattori storici che influiscono sul nostro problema e che non potevano essere presenti nelle profondissime riflessioni che la tradizione ci consegna.

Non è questa la sede per trattare questo tema compiutamente. Tuttavia, non si potrà trascurare (A) la crisi di rappresentatività delle democrazie contemporanee, (B) l'effetto dei processi di globalizzazione rispetto al ruolo degli Stati, (C) la crisi delle ideologie politiche e della capacità dei gruppi dirigenti politici di indirizzare l'azione di governo, unita (D) all'affermarsi della tecnica nei processi decisionali ed alla loro maggiore specializzazione.

In primo luogo, sembra difficile smentire la crisi di rappresentatività delle democrazie occidentali. La stessa idea di democrazia soffre una significativa difficoltà: nella sua percezione storica la democrazia è espansiva (mentre negli ultimi decenni Paesi che si erano orientati in senso democratico – si pensi all'Est europeo ed al Medio Oriente – sono tornate a regimi autoritari); si

accompagna all'aumento del benessere (mentre i sistemi di *welfare* occidentali sono in contrazione e le economie che crescono maggiormente – come quella cinese – sono quelle di Paesi non democratici); è governo del popolo e per il popolo (essendo invece censita²³ e conclamata la ridotta fiducia dei cittadini dei Paesi democratici nei propri governanti, la crisi dei partiti politici e delle organizzazioni intermedie).

A livello dogmatico è percepibile nella legislazione l'interruzione del circuito di legittimazione democratica in senso rappresentativo, effetto di queste crisi. Basterà richiamare alla mente la distinzione, di origine legislativa, tra organi di indirizzo politico ed organizzazione amministrativa²⁴ ovvero la disciplina della dirigenza pubblica²⁵. Nella stessa direzione, e forse più clamorosamente, l'affermazione progressiva delle autorità amministrative indipendenti²⁶, alla quale si aggiunge la proliferazione di agenzie governative che, pur difettando delle caratteristiche piene dell'indipendenza, godono di notevolissima autonomia, anche in ragione della complessità tecnica delle

²³ Per i riferimenti sia consentito il rinvio PERFETTI, *Verso la riforma della legge elettorale. L'impatto sulla democrazia*, in *Aggiornamenti sociali*, 2014, p. 555; per maggiori informazioni, NORRIS (ed.), *Critical Citizens: Global Support for Democratic Government*, Oxford (Oxford University Press), 1999; PHARR, PUTNAM, *Disaffected Democracies: What's Troubling the Trilateral Countries?*, Princeton (Princeton University Press), 2000; PHARR, PUTNAM, DALTON, *A Quarter Century of Declining Confidence*, in *Journal of Democracy*, 2000; KEANE, *The life and death of democracy*, London, 2009; MASTROPAOLO, *La democrazia è una causa persa? Paradossi di un'invenzione imperfetta*, Torino (Bollati Boringhieri), 2011; MARZOCCHI, PETRUCCIANI (a cura di), *Democrazia e diritti nell'età globale*, Roma (Manifestolibri), 2004. Sul concetto di de-democratizzazione TILLY, *La democrazia*, Bologna 2009.

²⁴ In tema, anche per i riferimenti, 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 (XV), p. 57; FORTE, *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Torino, 2005.

²⁵ Sul tema basti il rinvio a PASTORI, SGROI *Dirigenti pubblici*, in *Enc. dir., agg.*, V, Milano, 356, 2001; CASSESE, S., *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici in Italia: una modificazione costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002; D'ALESSIO (a cura di), *L'amministrazione come professione. I dirigenti pubblici tra spoils system e servizio ai cittadini*, Bologna, 2008.

²⁶ Il tema è vastissimo e baserà riferirsi – anche per le opportune indicazioni rispetto al tema nel testo e limitandosi alla letteratura italiana – BASSI, MERUSI, (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993; CASSESE, *La Commissione nazionale per le società e la borsa – CONSOB e i poteri indipendenti*, in *Riv. soc.* 1994, pp. 492 e ss.; CASSESE, FRANCHINI, (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in D'ALBERTI, PAJNO, (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2009, p. 75.; CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive d'un modello*, Bologna, 2005; D'ALBERTI, TESAURO, (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000; GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002; LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema politico-istituzionale*, Torino, 2009; ID., *Le autorità amministrative indipendenti nel diritto globale*, in *questa Rivista*, 2009, p. 871.; ID., *Le autorità di regolazione dei mercati nel «tempo della crisi»*, *ivi.*, 2012, p. 41; MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2006; POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007 e per la letteratura recente a MAZZA LABOCCETTA, *Autorità amministrative indipendenti e principio di legalità*, in *Dir. Econ.*, 2015, p. 633.

materie cui sono deputate²⁷. La democraticità come rappresentanza lungo il flusso dell'indirizzo politico mostra quest'ultimo, quindi, interrotto in più punti.

Quanto al secondo profilo – quello l'effetto dei processi di globalizzazione rispetto al ruolo degli Stati – proprio quelle nazioni che vantano una più lunga tradizione democratica sono caratterizzate da bassissima legittimazione popolare delle forze politiche, disaffezione al voto, percentuali di gradimento del personale politico eletto non superiori ad un quinto dei votanti, scomparsa dei meccanismi democratici all'interno delle stesse forze politiche, ridotta controllabilità dei programmi elettorali, tramonto delle culture politiche generali con conseguente costruzione del consenso su temi occasionali o limitati. Si potrebbe lungamente continuare, elencando cause e dati rilevati da agenzie indipendenti ed autorevoli. Tuttavia, non è questa la sede per dimostrare compiutamente ciò che è più che evidente già ad un'osservazione superficiale. V'è un dato che prova inequivocabilmente la perdita di ruolo dello Stato: la ricchezza mondiale, nel brevissimo volgere di poco più di due decenni, si è concentrata in modo inaudito (basterà osservare che l'82% dell'incremento di ricchezza netta registratosi tra marzo 2016 e lo stesso mese del 2017 è andato appannaggio all'1% più ricco della popolazione mondiale)²⁸; si tratta di processi di concentrazione della ricchezza che per un lato privano di consenso l'autorità politica – evidentemente inadeguata a governarli – e per l'altro mostrano l'impotenza degli Stati rispetto a processi economici che non sono in grado di governare in alcun modo, neppure con una minima leva redistributiva. A ciò basterà aggiungere che il debito pubblico fa degli Stati dei soggetti incapaci di indirizzare le proprie scelte senza ottenere il consenso non già degli elettori, quanto piuttosto dei maggiori detentori dei titoli di debito.

Sul piano dogmatico, anche un osservatore distratto coglierebbe senza alcuna difficoltà il riflesso di questa situazione, data almeno dal rilievo dell'amministrazione pubblica sovranazionale²⁹; non si tratta di un fenomeno che possa essere limitato all'Unione europea e, tuttavia, già solo quest'ultima

²⁷ Per una recente discussione del tema MONTEDURO, *Modelli organizzativi e funzione. Il caso dell'Agenzia italiana del farmaco*, Torino, 2018

²⁸ Basterà il riferimento ad OXFAM, *Reward work, not wealth. To end the inequality crisis, we must build an economy for ordinary working people, not the rich and powerful*. Oxfam Briefing Paper Summary – January 2018, in oxfam.org.

²⁹ Ovvio il riferimento, nella letteratura italiana, a CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, cit.; ID., *La crisi dello Stato*, cit.; per i riferimenti, FRANCHINI, DELLA CANANEA, *Principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2017.

mostra un'alterazione radicale – per modelli di amministrazione e di azione, relazioni organizzative e teoria delle fonti – della legittimazione democratico-rappresentativa.

Quanto al terzo profilo (dato dalla crisi delle ideologie politiche e della capacità dei gruppi dirigenti politici di indirizzare l'azione di governo), le considerazioni che si sono portate sopra valgono a mostrare anche questo profilo di crisi. La polarizzazione ideologica che ha dominato il mondo per oltre mezzo secolo è scomparsa; governi di importanti Paesi europei sono nelle mani di forze politiche sorte in occasione delle elezioni stesse (com'è per la Francia), o con nessuna esperienza di governo né chiara identità politica (come accade in Italia), ovvero frutto di coalizioni con partner quasi incompatibili (com'è in Germania), oppure prive di qualunque sostrato in tradizioni politiche riconoscibili (come per molti Paesi dell'Est europeo).

Si tratta di un profilo che facilmente si salda con l'ultimo che ci si è permessi di segnalare: a fronte di classi dirigenti politiche di scarsa esperienza, preparazione e capacità, si espande il rilievo della tecnica.

A livello dogmatico ne sono prova – di nuovo – le amministrazioni specializzate, come le autorità indipendenti; né pare un caso che la regolazione da parte di questo tipo di amministrazioni sia espressamente previsto in varie discipline comunitarie (a partire dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea). L'enfasi della tecnica è certamente una risposta all'incapacità della politica e, tuttavia, si scarica evidentemente sull'organizzazione, sicché non può esser trascurata. Ancora: la regolazione dei mercati, della moneta, di gran parte della circolazione della ricchezza è opera di amministrazioni tecniche (la BCE, la Banca d'Italia, Consob, Agcm) e la più parte dei servizi pubblici è realizzata attraverso società di capitali (ed è più che ovvio che, nonostante la frequente alterazione del modello societario con regole speciali e derogatorie – molto criticabili –, non è possibile ritenere che il flusso dell'indirizzo politico rappresentativo caratterizzi organizzazioni societarie, pena la smentita del loro regime); gli stessi servizi assistenziali sono stati in gran parte trasformati in aziende, con conseguenze analoghe.

Il quadro politico ed i suoi effetti sull'organizzazione confermano che le scelte teoriche che si compiono cercando di fornire una spiegazione dell'organizzazione amministrative sono fortemente cariche di significato politico e non parlarne apertamente significa fare cattiva teoria.

Vi sono ora gli elementi per provare a costruire una teoria dell'organizzazione pubblica e, quindi, per delinearne il regime (e, conseguentemente, darne conto in sede dogmatica).

3. Primo elemento: a cosa sia funzionale l'organizzazione.

3.1. Pur senza indulgere in nominalismi e non accedendo espressamente al metodo della filosofia analitica, sembra molto difficile negare la natura funzionale dell'organizzazione. Nessuna organizzazione nasce se non funzionalmente ad uno scopo, ad un obiettivo, ad un'esigenza. Si tratta di un semplice punto di fatto, del quale non sembra ragionevole dubitare.

Per costruire una teoria adeguata dell'organizzazione pubblica conviene quindi partire da questo punto: a cosa l'organizzazione amministrativa sia servente, assunto che nessuna organizzazione ha senso in sé e per sé.

Porre questo punto di partenza, val quanto dire che si è pronti a discutere della sovranità e della sua spettanza alla persona giuridica dello Stato. Non appena, infatti, si parta dal presupposto della dottrina tradizionale, la domanda apparirà priva di senso: ciò che preesiste nel diritto pubblico è lo Stato sovrano, la sua attrazione a sé di ogni capacità di diritto pubblico, sicché l'organizzazione amministrativa non può che essere articolazione della persona giuridica statale (o di quelle da essa derivata come enti pubblici territoriali o funzionali, ovvero, con l'ingresso di organizzazioni sovra-statali, dall'ordinamento dello Stato riconosciute e fatte penetrare al suo interno).

Il *primo* problema che si intende porre è, quindi, se il dato di partenza debba essere lo Stato sovrano, la spettanza della sovranità all'autorità e, quindi, la naturale pertinenza ad essa dell'organizzazione.

Il *secondo* problema che si intende porre, per conseguenza, è se l'organizzazione debba necessariamente essere spiegata come articolazione della persona giuridica pubblica.

Si anticipa fin d'ora, per pulizia di ragionamento, che si intende contestare la spettanza della sovranità allo Stato o all'autorità in genere, sicché ad essere funzionale al (popolo) sovrano sarà l'intero impianto dell'autorità pubblica e delle sue attività. In questa prospettiva – e dal punto di vista della seconda questione – non v'è ragione per collocare l'organizzazione pubblica come necessaria struttura della personalità giuridica, apparendo quest'ultima meramente occasionale e frutto di una meritoria costruzione storica ma non necessaria ad una teoria dell'organizzazione.

Affrontando (e, sperabilmente, risolvendo) questi due problemi, si intende costruire una prima fondazione della teoria dell'organizzazione, sciogliendo il nodo concettuale della relazione tra [*persona giuridica pubblica*] e [*organizzazione*] così come quello della [*relazione tra organizzazione e attività*].

Consequentemente, si intende chiarire quella porzione della sequenza

concettuale relativa all'amministrazione in senso soggettivo che si riferisce a [persona giuridica pubblica] ⊢ [organizzazione] ⊢ [organo] ⊢ [funzionario] ed alla sua relazione con quella in senso oggettivo.

3.2. Si è osservato in apertura come tutte le teorie correnti dell'organizzazione pubblica presuppongano la sovranità dello Stato³⁰. Il ché è naturale, giacché l'intero diritto pubblico si è costruito ed è evoluto nel senso della progressiva giuridicizzazione del potere originariamente iscritto nel perimetro dell'autorità pubblica costruita come persona giuridica. Peraltro, la costruzione dello Stato (e, a seguire, dell'autorità nelle sue varie articolazioni) come persona giuridica di diritto pubblico ha ragioni (e meriti) storiche profondissime, servendo – tra l'altro – a giuridicizzare la lotta civile (di religione, nella specie), razionalizzare l'uso della forza e della guerra, costruire la convivenza³¹.

Ciò che è evidente nel diritto pubblico europeo (ed in quelli che da questa tradizione attingono) è che l'autorità ed il suo potere sono il dato preesistente, sia giuridicamente (attraverso la sovranità) che effettivamente (giacché l'autorità preesiste al diritto pubblico che nasce per regolarla).

E' più che ovvio, quindi, che l'organizzazione sia avvertita come articolazione dell'autorità, funzionale ai suoi scopi.

Dal momento in cui essa si qualifica come persona giuridica, quindi, l'organizzazione non può che apparire come articolazione organizzativa della persona giuridica stessa, sicché i suoi organi sono centri di imputazione di atti compiuti grazie alla (originaria) capacità giuridica e d'agire della persona giuridica (ultimativamente, la sovranità).

³⁰ Più articolato è certamente il pensiero di G. BERTI, *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1986, particolarmente pp. 72 e ss., giacché pone espressamente la questione – che risolve, però, con meno nettezza di quanto non ci si proponga di fare qui – della relazione tra organizzazione e sovranità popolare ed, anzi, della necessità dell'organizzazione per l'esercizio della sovranità popolare, in funzione di critica della centralità della persona giuridica statale.

³¹ Ovvio il richiamo a C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum europaeum*, Greven, Colonia 1950, (trad. it. Adelphi, Milano, 1991); ma sul tema anche ID., *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität*, Duncker & Humblot, Monaco-Lipsia 1922 (trad. it., parziale, in *Le categorie del 'politico'*, a cura di P. Schiera e G. Miglio, Il Mulino, Bologna, 1972), ID., *Der Begriff des Politischen*, in ID. et al., *Probleme der Demokratie*, Walther Rothschild, Berlino-Grunewald, 1928 (trad. it., parziale, in *Le categorie del 'politico'*, cit.), ID., *Donoso Cortés*, Köln, Greven, 1950 (trad. it. Adelphi, Milano, 1996); su queste opere di Carl Schmitt, almeno, P. CHIANTERA-STUTTE, *Il pensiero geopolitico. Spazio, potere e imperialismo tra Otto e Novecento*, Roma, Carocci, 2014; S. PIETROPAOLI, *Schmitt*, Roma, Carocci, 2012; E. CASTRUCCI, *Nomos e guerra. Glosse al «Nomos della terra» di Carl Schmitt*, Napoli, La scuola di Pitagora, 2011; C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, Il Mulino, 2010; A. AMENDOLA, *Carl Schmitt tra decisione e ordinamento concreto*, Napoli, ESI, 1999.

Il presupposto teorico e pratico della generale pervasività del potere pubblico dell'organizzazione amministrativa, in essa personificato e giuridificato ⁽³²⁾ è la sovranità ⁽³³⁾; si tratta di sottrarre da una totalità (il potere

³² Non essendo possibile in questa sede darne uno svolgimento adeguato al tema, basterà riferirsi a P. COSTA, *Lo Stato immaginario: metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento, cit.*, soprattutto pp. 65-145. Per la ricostruzione del collegamento dell'autonomia dell'organizzazione alla sovranità A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo, I, Stato - persona e organo amministrativo. Profili storico - dogmatici*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 218 e ss.; per l'idea del collegamento strutturale alla personalità giuridica di diritto pubblico emblematico è C. ESPOSITO, *Organo, ufficio, soggettività dell'ufficio*, Padova, Cedam, 1932, particolarmente pp. 257 e ss.

³³ Non può stupire che la concezione dell'organo sia radicalmente influenzata dalla concezione della sovranità, stante che il concetto stesso di Stato-persona incorpora insieme soggettività giuridica e sovranità. Il rilievo della questione è evidente nella riflessione giuridica dei Paesi continentali, sicché basterà darne solo alcuni riferimenti nella letteratura nazionale, certo a tutti nota; ciò anche perché è del tutto evidente nella nostra dottrina l'influenza delle teorie prima tedesche poi austriache. Infatti, la discussione intorno alla teoria dell'organo è pressoché assente nella letteratura preorlandiana soprattutto perché le grandi teorizzazioni organiciste dell'autorità pubblica (a cominciare da O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, Weidmann, 1887 e JELLINEK, *Gesetz und Verordnung: Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Freiburg, Mohr, 1887) non erano ancora state elaborate o conosciute. Subito dopo l'elaborazione di queste questioni da parte della dottrina tedesca, si apre la stagione della riflessione sul tema nel nostro Paese ed, essenzialmente, in recezione di quelle teorizzazioni. Saranno ROMANO [Santi], *Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato*, Palermo, Fratelli Marsala, 1898 a recepire quelle idee – che troveranno sintesi nei *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, SEL, 1906 (qui tenuti presente nella III edizione, Milano, SEL, 19012) – e O. RANELLETTI, *Gli organi dello Stato*, in *Riv. dir. pubb.*, 1909, p. 70 ad avviare la recezione di quelle idee (su questi problemi, per tutti, B. SORDI, *Rappresentanza, Organo, Organizzazione: l'itinerario del diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini...*, xxxvii (2008), 188). La teoria organicista si radica da subito nella questione della sovranità, sicché per Romano l'organo deriva dalla delimitazione della generale attività amministrativa dello Stato, con la cui personalità di diritto pubblico coincide la sovranità (p. 15) ed i rapporti inter-organici non assumono rilievo giuridico perché annegati nell'unitaria sovranità della persona giuridica dello Stato, nell'unicità dei suoi scopi e competenza (p. 24); diversamente, per Ranelletti, in aderenza più piena a Jellinek, la sovranità è qualità della potestà dello Stato (pp. 123 e ss.) ed il rilievo giuridico dei rapporti inter-organici non offusca l'unitaria assegnazione della sovranità (p. 125). Sempre ragionando della sovranità, poi, l'interpretazione del tema in senso opposto, vale a dire in quello della natura rappresentativa e non organica del funzionario (D. DONATI, *La persona reale dello Stato*, in *Riv. dir. pubblico*, 1921, I, p. 2; ma già G. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto costituzionale italiano*, Torino, Bocca, 1913, p. 522) si costruisce sull'idea che il popolo sia oggetto della sovranità e fonda la rappresentanza sul presupposto che i funzionari esercitino funzioni sovrane. La teoria dell'organo nel suo collegamento con la sovranità è particolarmente evidente nell'idea dell'identificazione tra Stato e sovranità (S. SKALWEIT, *Der 'moderne Staat'. Ein historischer Begriff und seine Problematik*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1975) che sarà propria di Orlando (sicché «la sovranità, affermazione della capacità giuridica dello Stato, comprende tutti i diritti pubblici o, con espressione sintetica, essa stessa è il diritto dello Stato», V.E. ORLANDO, *Principi di diritto costituzionale*, Firenze, Barbera, 1889, p. 59; sulla questione per maggiori discussioni e informazioni, G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1980; A. MAZZACANE (a cura di), *I giuristi e la crisi dello stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli, Liguori, 1986; M. FIORAVANTI, *Popolo e Stato negli scritti giovanili di Vittorio Emanuele Orlando*, in ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione*

come capacità di esprimersi in quanto autorità rispetto a qualunque profilo che appaia di pubblico interesse) la cui sostanza non può essere negata.

In questa prospettiva non si fatica, quindi, a comprendere per quali ragioni l'organizzazione non possa che essere intesa come articolazione dell'autorità, legittimata dalla sua sovranità ed articolata entro la sua persona giuridica.

3.3. Si è innanzi ad un'immagine persuasiva: v'è una persona giuridica, lo Stato (o in genere dell'autorità), cui è assegnata la sovranità e della quale l'organizzazione è articolazione, entro la quale scorre il potere pubblico, si costituiscono relazioni inter-organiche (tipicamente gerarchiche) e problemi di imputazione dell'effetto giuridico della decisione.

In questo senso l'organizzazione è funzionale allo Stato (o, in generale, alla persona giuridica pubblica). Non infrequentemente se ne offre l'immagine dell'articolazione organizzativa che prende indirizzi o comandi dall'organo politico riconducibile al potere esecutivo (il Governo, tipicamente) e li articola fino a produrre il risultato materiale voluto.

3.4. Quest'idea è stata molto ampiamente criticata: uno dei più autorevoli studiosi dell'organizzazione pubblica della fine del Novecento ha sviluppato una vasta discussione diretta a dimostrare la natura necessaria dell'organizzazione ed il ruolo del tutto recessivo (quando non infondato in

tra Otto e Novecento, I, Milano, Giuffrè, 2001) e nella conseguente individuazione dell'amministrazione come unica attività necessaria dello Stato in declinazione della sua sovranità (ed è fin troppo nota l'idea di O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, Pièro, 1912, pp. 279-280, per la quale si potrebbe dare esistenza di Stati senza legislazione o giurisdizione, ma non senza amministrazione).

Solo una diversa concezione della sovranità, coincidente con l'ordinamento giuridico posto in essere dallo Stato e con i modi di produzione ed applicazione delle norme (principalmente H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Springer, 1925) ha consentito la costruzione della teoria dell'organo in termini di imputazione, la distinzione tra elementi *faktisch* e *normativ* di organizzazione e tra profili materiali, sostanziali e formali, alla luce dei quali si sono potute sviluppare narrazioni diverse del problema (da noi, G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968, e, per l'inquadramento entro principi ordinanti tratti dalla Costituzione, più recentemente, G. PASTORI, *La funzione amministrativa nell'odierno quadro costituzionale*, in *Dir. econ.*, 2002, 475, ma soprattutto pp. 480 e ss.).

Diversamente, per la comprensione della natura originaria dell'incorporazione (nel senso etimologico della assunzione in un tessuto corporale) della sovranità nello Stato (e nel Sovrano) restano fondamentali E.H. KANTOROWICZ, *The King's two Bodies: a Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton, PUP, 1957 e in ID., *Mysteries of State. An Absolutist Concept and its late Mediaeval Origins*, in *Harvard Theological Review*, XLVIII (1935), p. 65 (ove i riferimenti all'opera del giurista umanistico LUCA DA PENNE, *Commentaria in tres Libros Codicis Justiniani*, Parigi, 1569 e il richiamo dell'idea che la spettanza della sovranità allo Stato ed al Sovrano appartengano ad una sorta di ordine naturale eterno, presente in BALDO, *Consilia*, III, n. 6, f. 34: «*Ibi attendimus dignitatem tamquam principale ed personam tamquam instrumentalem. Unde fundamentum actus est ipsa dignitas quae est perpetua*»).

termini giuridici) della persona giuridica³⁴. A quella critica si può rinviare per condivisibili osservazioni.

Tuttavia, il problema non sembra solo quello di svelare le ragioni³⁵ per le quali la persona giuridica non assolve ad un ruolo (giuridico) rilevante, essendo pensabile, invece, un'organizzazione proceduralizzata, fatta di una molteplicità di snodi interconnessi, frequentemente appartenenti a persone giuridiche diverse, il cui compito è attuare la volontà dell'ordinamento ed esercitare la funzione in senso giuridico e non eseguire il comando o l'indirizzo dell'organo di governo.

3.5. Ciò che appare centrale è osservare che la sovranità non appartiene necessariamente alla persona giuridica pubblica che ipostatizza lo Stato (o gli enti pubblici). Più ancora, nel nostro ordinamento costituzionale essa appartiene ad un soggetto diverso, vale a dire al popolo.

Se si intende (come qui s'intende) tenere fermo il principio per il quale l'organizzazione amministrativa ha funzione servente del sovrano, escludere che la sovranità spetti allo Stato ed affermare ch'essa pertiene al popolo, significa modificare radicalmente la spiegazione dell'organizzazione pubblica.

Anzitutto, non vi sono ragioni teoriche (per quanto ve ne siano – e di serissime – di natura storica) per ritenere che la sovranità debba necessariamente spettare allo Stato o in generale all'autorità. Le stesse costruzioni tradizionali legittimano questa conclusione per ragione del fatto che le autorità sono «*collegate istituzionalmente ai gruppi*», sicché vi sono ottime ragioni per ritenere ch'esse non siano se non espressione di una capacità (la sovranità) originariamente spettante alla società.

Non è inutile rammentare che nel contributo fondamentale a questo modo di ragionare³⁶, si assume che il concetto di diritto si fondi in quello di società³⁷, contenendo quello di ordine sociale³⁸ sicché l'ordine sociale «*se ne serve e le comprende nella sua orbita, ma, nel medesimo tempo, le avanza e le supera*»³⁹; piuttosto

³⁴ Il riferimento è naturalmente a G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit. e ID., *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*, cit.

³⁵ Tutte ampiamente dimostrate da G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit. e ID., *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*, cit.

³⁶ ROMANO [Santi], *L'ordinamento giuridico*, in *Annali delle Università toscane*, 1917/1918, qui tenuto presente nella ristampa (con note aggiunte dall'autore), Firenze, Sansoni, 1946.

³⁷ ROMANO [Santi], *op. ult. cit.*, p. 21, ove si osserva che i due concetti sono reciprocamente cointessuti, sicché «*quel che non supera la sfera puramente individuale, che non supera la vita del singolo, come tale non è diritto (ubi ius ibi societas) e inoltre non c'è società, nel senso vero della parola, senza che si manifesti in un fenomeno giuridico (ubi societas ibi ius)*»

³⁸ ROMANO [Santi], *op. ult. cit.*, p. 22.

³⁹ ROMANO [Santi], *op. loc. ult. cit.*

è l'ordine giuridico a coincidere con l'istituzione⁴⁰ e questa a divenire ente⁴¹, «manifestazione della natura sociale e non puramente individuale dell'uomo»⁴²: ne deriva che «l'istituzione sia un'organizzazione sociale»⁴³ ed, insieme, «un ordinamento giuridico, una sfera a sé, più o meno completa, di diritto obiettivo»⁴⁴.

Ciò che non si riesce a negare in sede teorica è che l'origine e legittimazione del potere risieda nel corpo sociale; ciò che, invece, ordinariamente accade da oltre due secoli – a fronte del rilievo notevole dello Stato, nelle sue articolazioni – è che questa origine finisca per essere solo tale, facendo traslocare rapidamente il potere nell'autorità (come istituzione o come ordinamento) per non fare ritorno in alcun modo alla sua origine. Anche la più recente fondazione democratica dell'organizzazione – in coerenza con la vicenda storica che caratterizzava la seconda metà del Novecento – ha finito per rileggere l'organizzazione nella prospettiva dell'indirizzo politico che promana dal consenso elettorale, dalla legittimazione delle assemblee elettive, dalla permanente capacità dell'elettorato di esprimersi attraverso una serie di corpi intermedi (partiti, associazioni, sindacati, etc.) che facevano fluire permanentemente quest'indirizzo nelle istituzioni; tuttavia, questo quadro è da tempo del tutto inattuale ed il richiamarsi a questa giustificazione, oggi, finisce per essere tradimento della sua stessa ispirazione originaria.

Non vi sono, quindi, ragioni teoriche per affermare la necessità che la sovranità appartenga all'autorità (e, per quel che interessa, al potere esecutivo). Non vi sono ragioni convincenti nemmeno per accettare l'idea della semplice espunzione dal mondo giuridico del concetto di sovranità⁴⁵; l'idea in questione, infatti, non solo nasce in funzione critica degli usi del concetto nella prima metà del Novecento – assegnando all'idea di sovranità anche responsabilità che non le spettano –, ma soprattutto non risolve il problema dell'individuazione

⁴⁰ ROMANO [Santi], *op. ult. cit.*, p. 23

⁴¹ ROMANO [Santi], *op. ult. cit.*, p. 29. Discutendo (pp. 24 e ss.) i risultati raggiunti dalla letteratura tedesca e francese, ed in particolare l'ampiezza inesatta del concetto per come utilizzato in Hauriou per via del fatto che quest'ultimo modella la nozione su quella dello Stato (p. 28) – pur liberando il concetto di istituzione da quello di persona giuridica che condizionava la dottrina germanica (p. 27) – Romano giunge al concetto di istituzione come ente – nel senso in cui questo ha «un'esistenza obiettiva e concreta, per quanto immateriale» sicché «per rendere meglio questo suo carattere abbiamo anche detto un "corpo" sociale» (p. 29).

⁴² ROMANO [Santi], *op. ult. cit.*, p. 31, anche se ciò non significa che il sostrato dell'istituzione siano sempre necessariamente «degli uomini tra loro collegati», potendo consistere anche in un insieme di mezzi destinati ad un fine predeterminato (*ivi*).

⁴³ ROMANO [Santi], *op. ult. cit.*, p. 33.

⁴⁴ ROMANO [Santi], *op. ult. cit.*, p. 35.

⁴⁵ Per questa idea, L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Roma – Bari, Laterza, 1997

della forza (giuridica) che ha la capacità di porre in essere l'ordinamento e legittimare l'autorità. Che la si chiami potere costituente o sovranità – pur con le loro innegabili differenze – resta il problema di identificare una forza che ha la capacità di reggere la costruzione ordinamentale. Essa è necessariamente una capacità che si colloca tra il fatto ed il diritto, tra la società e le istituzioni e non può che essere (a mio modo di vedere) la persona umana con il suo valore normativo, che si esprime permanentemente in quest'ambito attraverso la garanzia della natura inviolabile (da parte del diritto e dell'autorità) dei suoi diritti. In questo senso si supera anche l'ampia discussione sul potere di eccezione ⁴⁶.

Dal punto di vista dogmatico, poi, non vi sono ragioni per dubitare che la sovranità esista come problema giuridico e che essa spetti al popolo. In questo senso, basterà la lettura dell'art. 1 Costituzione.

La disposizione costituzionale è espressa nell'attribuire la «sovranità» al popolo. Non si tratta di un'attribuzione generica, atecnica, imprecisa. Il riferimento è precisamente alla «sovranità» come concetto giuridico e politico. Il dato letterale, nella sua precisione, è insuperabile.

L'attribuzione è, anch'essa, estremamente precisa. Il sovrano costituzionale è il «popolo» e non lo Stato. Non si tratta di un riferimento lontano, del richiamo alla comunità di riferimento, della riscrittura positiva dell'istituzionalismo o dell'organicismo. L'attribuzione avviene nel presente ed è duratura: la sovranità «appartiene» al popolo. Essa non è un vago riferimento ad un contratto o ad un insieme di organismi che conducono, comunque, alla titolarità della sovranità in capo all'autorità. Essa, piuttosto, «appartiene». La presa del popolo sulla sovranità è concreta, attuale, permanente. Non si limita ad essere strumento di legittimazione delle istituzioni; né varrà richiamarsi al

⁴⁶ Si intende alludere alla nota questione posta da C. Schmitt circa la apparente contraddizione del concetto di sovranità, giacché il sovrano si pone nello stesso momento, nell'area del fatto ed in quella del diritto, nell'ambito non ancora regolato dal diritto ed in quello nel quale si pone l'ordinamento ovvero lo stato di eccezione che comporta la sua sospensione totale (C. SCHMITT, *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, cit., p. 32). È in questo elemento di collegamento tra fatto e diritto, sovranità Stato ed individuo (C. SCHMITT, *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, Tübingen, Mohr, 1914, *passim*) che si colloca, a mio modo di vedere, la spettanza della sovranità al popolo. Questo è il punto nel quale il potere si giuridicizza, l'istituzione si pone, sicché in questo esatto luogo il potere viene funzionalizzato ai diritti inviolabili, che permangono in questa soglia tra ciò che è giuridico e ciò che fonda il diritto: la fondazione sta esattamente nella persona e nella sua dimensione inviolabile. Si potrebbe porre qui il problema – recentemente proposto – della relazione tra sovranità e biopolitica (AGAMBEN, *Homo Sacer. Il potere sovrano e la vita nuda*, Torino, 2005 e ID., *Stato di eccezione*, *Homo Sacer*, II, 1, Torino, 2003); tuttavia, per gli errori – ed un corretto riassunto – di quella prospettiva basterà rinviare a L. GAROFALO, *Biopolitica e diritto romano*, Napoli, Jovene, 2009, *passim*.

fatto ch'essa è esercitata *«nelle forme e nei limiti della Costituzione»*. Si tratta di un enunciato che è stato letto nel senso di assorbire l'intera sovranità popolare nel flusso democratico che legittima le istituzioni, sicché la sovranità è passata per suo tramite nell'autorità, come se nulla fosse cambiato. Si comprende sia lo sforzo di democratizzazione dell'amministrazione, sia la sua estrema aderenza al contesto storico nel quale queste idee sono state proposte. Tuttavia, il dato letterale non legittima questa conclusione, giacché tra le forme ed i limiti v'è anche il trattarsi permanentemente della sovranità nel perimetro dei diritti fondamentali e dei doveri di solidarietà, senza che per la loro soddisfazione sia necessaria l'intermediazione dello Stato; allo stesso modo, il dato letterale non legittima affatto l'idea che l'unico modo di esercitare la sovranità sia quello di legittimare organizzazioni pubbliche, stante che anche sul versante organizzativo la Costituzione stessa (*«nelle forme e nei limiti della Costituzione»*) all'art. 118 legittima ampiamente l'auto-amministrazione della società.

Comunque, che si tratti della sovranità come concetto giuridico è confermato dall'art. 2 Costituzione. Come tutti sanno, questa disposizione *«riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo»* e *«richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»*. Il riconoscimento dei diritti inviolabili avviene con l'atto costitutivo, vale a dire con quella decisione fondamentale attraverso la quale l'ordinamento è posto e giustificato. Ne deriva necessariamente che – essendo i diritti inviolabili riconosciuti – essi sono riconosciuti come esistenti indipendentemente dall'esistenza dell'ordinamento positivo. Essi esistono senza che l'ordinamento positivo esista. Quindi, non possono che esistere nella sovranità, che è l'energia giuridica che pone in essere l'ordinamento positivo e lo giustifica. Infine, essi esistono come entità giuridiche. Non si tratta di valori, di fondamenti ideologici, di alcunché di politico: la Costituzione è chiara nell'identificarli come *“diritti”* e *“doveri”*. E poiché v'è un ordine di diritti e doveri esistente come diritto, indipendentemente dall'ordinamento positivo, essi costituiscono un ordine giuridico, l'ordine giuridico della società.

Se l'organizzazione pubblica è funzionale al sovrano per l'esercizio delle attribuzioni che spettano alla sovranità, occorre affermare chiaramente che essa è quindi funzionale non allo Stato (o all'autorità in genere) ma al popolo in generale ed all'attuazione dell'ordine dei diritti inviolabili e dei doveri di solidarietà che costituiscono la funzione stessa dell'ordinamento e dell'autorità.

L'intero assetto dei poteri è funzionalizzato alla persona – vale a dire all'ordine dei diritti inviolabili e dei doveri di solidarietà che ne connotano la dimensione giuridica. Tuttavia, l'organizzazione pubblica appare – almeno in parte – come espressione diretta del popolo sovrano⁴⁷.

⁴⁷ Per una maggiore articolazione di questo ragionamento, sia consentito il rinvio a L. R.

Come chiaramente messo in luce da tempo, non «pare che la sovranità, in quanto esercitata dal popolo, possa prescindere da un adeguato complesso di strumenti attraverso i quali manifestarsi»⁴⁸; il popolo, dunque, «esprimendo la propria fondamentale realtà giuridica nell'ordinamento statale, obbliga, per così dire, secondo determinati moduli di composizione, la produzione giuridica e la formazione dei centri di potere in cui la produzione stessa si articola: il momento organizzativo diviene perciò preminente rispetto a quello puramente normativo»⁴⁹. In quest'ordine di idee, la sovranità popolare assume essenzialmente il ruolo di confermare l'autonomia dell'organizzazione pubblica rispetto al concetto di personalità giuridica dell'ente.

Dal mio punto di vista, la trasformazione è più radicale: la sovranità popolare è il fondamento dell'organizzazione ed essa è solo articolazione organizzativa del popolo sovrano, secondo le tre modalità e regimi che discendono dalla Costituzione – coerenti con il policentrismo istituzionale che la caratterizza⁵⁰ – e delle quali si dirà tra breve.

L'organizzazione pubblica è – quindi – servente la sovranità popolare e ne articola e concretizza i fini. Poiché anche l'autorità è funzionalizzata allo stesso scopo, anche la persona giuridica dell'ente e il suo ordinamento subiscono la stessa direzione.

4. Secondo elemento: quali fini persegue l'organizzazione.

Conseguenza immediata del chiarimento cui si confida di essere appena giunti è la possibilità di affrontare il concetto di [*fini pubblici*], essenziale per la ricostruzione dell'organizzazione sia in senso oggettivo che soggettivo.

Anche in questo caso, sulla scia di quanto già altre volte sostenuto – ed in buona parte anticipato da illustri studiosi⁵¹ – si intende contestare che spetti

PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubb.*, 2013, p. 61; ID., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 299; ID., *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 53; ID., *Sull'ordine giuridico della società e la sovranità*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, Cedam, 2016, p. 1153; ID., *La legalità del migrante. Status della persona e compiti dell'amministrazione pubblica nella relazione paradigmatica tra migranti respinti, irregolari, minori trattenuti e potere pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 393; ID., *Discrecionalidad administrativa y soberanía popular*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 117 (2016), p. 195; ID., *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2017, p. 99; ID., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 119; ID., *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, in questa *Rivista*, I (2017), p. 3.

⁴⁸ G. BERTI, *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*, cit., p. 73.

⁴⁹ G. BERTI, *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*, cit., p. 75.

⁵⁰ G. PASTORI, *La funzione amministrativa nell'odierno quadro costituzionale*, cit., p. 478.

⁵¹ Per tutti, G. PASTORI, *op. ult. cit.*, passim.

all'autorità l'individuazione dei fini pubblici ed, allo stesso modo – distanziandosi in parte dai maestri appena citati – che i fini pubblici siano individuati dall'ordinamento positivo.

Se è corretto il ragionamento appena svolto sulla sovranità popolare in senso giuridico, i fini pubblici non possono che risiedere nella massimizzazione dei diritti inviolabili e dei doveri di solidarietà che connotano la dimensione giuridica della persona.

In questi termini, i [*fini pubblici*] – che, non solo nella nostra letteratura, costituiscono la componente non disciplinata dal diritto delle decisioni discrezionali dell'autorità⁵² – sono disciplinati dal diritto (sia pure non dall'ordinamento positivo) e sono essi stessi entità giuridiche.

L'organizzazione amministrativa, quindi, è servente la sovranità popolare ed ha come fine quello della massimizzazione dei diritti inviolabili e dei doveri di solidarietà sociale.

Così chiarito il concetto di fine pubblico, vi sono ora gli elementi per fornire una spiegazione degli elementi che compongono la sequenza concettuale riferibile all'amministrazione in senso soggettivo ed a quella in senso oggettivo.

5. Terzo elemento: relazione tra organizzazione in senso oggettivo e in senso soggettivo.

Sul versante delle relazioni tra organizzazione in senso soggettivo ed oggettivo, per conseguenza, occorre prendere atto del superamento della centralità della persona giuridica pubblica (dell'ente pubblico), non tanto per ragione dell'affermazione dell'organizzazione pubblica come realtà oggettiva ed obiettivata⁵³, quanto, piuttosto, perché l'organizzazione appare per tratti essenziali esterna all'autorità⁵⁴.

Il dato fondamentale è che estirpando la sovranità dall'autorità, l'intero volto di quest'ultima muta immancabilmente. L'elemento centrale e

⁵² Per la conseguenza che, quindi, la decisione in quest'ordine di idee esprima violenza, L. R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, cit.

⁵³ Ovvio il riferimento a F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. Trim. Scienza Amm.*, 1978, p. 6; ID., *Il ruolo dell'amministrazione nello Stato democratico contemporaneo*, in *Jus*, 1987; G. BERTI, *la pubblica amministrazione come organizzazione*, cit.; ID., *Il principio organizzativo del diritto pubblico*, cit.

⁵⁴ A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, Giappichelli, 2005, fondamentale per tutti i profili qui trattati ma, particolarmente, in questo luogo, per la profonda capacità di indicare le aree di amministrazione suscettibili di essere trasformate in regolazione dell'attività dei privati.

definitorio dell'autorità per come siamo tradizionalmente abituati a vederla raffigurata, muta irrimediabilmente. La capacità giuridica e di agire dell'ente, la centralità della personalità giuridica di diritto pubblico, la sua autonomia o capacità di darsi norme di comportamento che s'impongono ai terzi, la specialità del suo regime, sono – tra gli altri – elementi che trovano una collocazione e spiegazione sensibilmente differente una volta che si sottragga la sovranità dallo statuto dell'ente.

Ma, ancora, gli artt. 114 e 118 Costituzione determinano un elemento di discontinuità essenziale⁵⁵, connotando l'organizzazione come in parte necessariamente esterna al perimetro dell'autorità. Ciò non tanto perché l'art. 114 esprima «*bene il senso del rovesciamento di prospettiva e di sistema: dal decentrare al federare*»⁵⁶ – trattenendosi sempre nel perimetro di enti pubblici –, quanto, piuttosto perché l'art. 118 Cost. favorisce «*l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*» sicché l'organizzazione pubblica funzionale ai [fini pubblici] come sopra definiti si colloca in parte direttamente nell'ambito della società⁵⁷.

Poiché non è sufficiente fornire una spiegazione degli elementi del problema – come s'è cercato di fare – senza darne una adeguata anche delle loro relazioni, non sembra senza importanza il fatto che – così spiegate le cose – il rapporto tra organizzazione pubblica in senso soggettivo ed oggettivo trovi una configurazione radicalmente differente; nella sostanza, diviene irrilevante che un organo sia pubblico in senso soggettivo o meno, giacché importa solo che lo sia in termini oggettivi. Se il concetto di organizzazione pubblica in senso soggettivo spiega solo una porzione dell'organizzazione amministrativa della Repubblica, la nozione stessa si slabbra e perde rilievo. La relazione tra le due configurazioni dell'organizzazione è, quindi, superata per ragione dell'irrilevanza della prima.

Deve essere notato – sempre dal punto di vista dogmatico – che la legislazione positiva contiene una larga pluralità di istituti⁵⁸ che confermano il rilievo dell'organizzazione per fini pubblici collocata fuori del perimetro dell'autorità. Tuttavia, parte della dottrina, talune infelici (e spesso confuse) previsioni normative (o decisioni di autorità indipendenti, quando non le linee

⁵⁵ Negli stessi termini, G. PASTORI, *op. ult. cit.*, p. 477.

⁵⁶ G. PASTORI, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁷ Sulla questione, P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, Cedam, 2004 e – forse ancor più – ID., *La giustizia dell'amministrare. Riflessioni preliminari nel solco della sussidiarietà*, in *Jus*, 2009, p. 517.

⁵⁸ Si legga, comunque, la suggestiva ricostruzione di R. PINI, *Amministrazione pubblica e comunità. Intese perdute, limiti varcati e possibile cooperazione*, Padova, Cedam, 2011.

guida di ANAC) e parte significativa della giurisprudenza amministrativa esprimono una significativa tendenza alla pubblicizzazione. Una serie di soggetti di diritto privato, senza che vi sia partecipazione pubblica nella loro base associativa, vengono ricondotti a regimi pubblicistici attraverso più che discutibili (dal punto di vista della pura applicazione del dato positivo) per il solo fatto di esercitare attività materialmente di pubblico interesse; allo stesso modo, questa tendenza alla pubblicizzazione dei rapporti è rinvenibile in una vasta gamma di soggetti che presentano limitati tratti pubblicistici, nei settori più diversi della vita associativa o del diritto dell'economia; infine, la stessa cosa accade quando soggetti privati esercitano attività di pubblico interesse sulla scorta di titoli loro assegnati dall'amministrazione – come tipicamente accade in capo ai concessionari.

Si tratta di orientamenti che si spiegano facilmente alla luce delle teorie che qui si sono contrastate sul versante della sovranità: una volta assunto il monopolio dell'autorità rispetto a tutto ciò che sia di pubblico interesse, innanzi al vasto intervenire di soggetti privati in questi settori la conseguenza fatale sarà quella di trattarli come pubblici, attraverso vie – concettualmente discutibili e comunque prive di base normativa – che vanno dall'enfasi circa i titoli abilitativi all'esercizio dell'attività (si pensi solo alle strutture sanitarie accreditate) ovvero a quella relativa ai tratti pubblicistici occasionalmente presenti nel loro regime (come accade per banche, intermediari finanziari, società quotate, concessionari, e via enumerando) o nella loro base associativa (com'è delle società partecipate ma non controllate da enti pubblici). A fronte della crisi dello Stato, del vasto ricorso a strumenti privatistici (basterebbe pensare agli accordi procedimentali, dalla più parte della dottrina qualificati come di diritto pubblico, nonostante importanti indici contrari nell'art. 11 della l. 241/1990) e della crisi fiscale dello Stato (con la conseguente ritrazione dall'intervento di *welfare*) è riconoscibile un altrettanto intensa ricerca della dimensione pubblica in ciò che soggettivamente non lo è, nel tentativo di superare la contraddizione – che resta tuttavia insanabile – tra sistemi concettuali tradizionali ed evoluzione della realtà, materiale prima ancora che legislativa.

Anche per questo – per superare le contraddizioni ed evitare l'errore di travolgere gli istituti per dar loro una spiegazione altrimenti non rintracciabile – l'aggiornamento (meglio, il ribaltamento) delle teorie relative all'organizzazione pubblica è necessario.

6. Forme e regimi dell'organizzazione

Così composti, sulla base del disegno costituzionale, gli elementi del problema, è ora possibile individuare le diverse forme di organizzazione ed i tratti essenziali del loro regime.

6.1. L'autorganizzazione come espressione di sussidiarietà.

Anzitutto, una porzione significativa dell'organizzazione per fini pubblici si trova fuori del perimetro della soggettività pubblica.

L'art. 118 Cost. fornisce un fondamento costituzionale chiarissimo in tal senso. Tuttavia, non si tratta di una norma isolata. Non è il caso di fornire elenchi che sono già altrimenti disponibili e, tuttavia, basterebbe pensare all'art. 33 Cost. relativamente all'istruzione, all'art. 41 (e 43) con riferimento ai servizi pubblici, all'art. 45 relativamente alla cooperazione sociale, all'inattuato art. 46 ed all'art. 47 relativamente alla disciplina del risparmio.

Sono organi dell'esercizio delle funzioni poste in essere direttamente dalla società nell'ambito della libertà soggetti (o loro organi) interamente retti dal diritto privato. Il loro regime è semplicemente privatistico. La loro natura di organizzazione pubblica in senso oggettivo deriva dalle funzioni cui assolvono.

Le loro regole di relazione con l'amministrazione pubblica sono date (A) dalla partecipazione alla funzione di programmazione, con ruoli attivi e rilievo giuridico delle loro attività; (B) dalla regolazione pubblicistica della loro attività (definizione di standard, di requisiti organizzativi o soggettivi, etc.); (C) eventualmente dal convenzionamento o dall'esistenza di accordi – che non sempre serve qualificare come pubblicistici per ragione del fatto che una delle due parti è soggettivamente pubblica e l'attività è oggettivamente di pubblico interesse o rilievo; (D) dai controlli e vigilanza che istituzioni pubbliche esercitano sulla loro attività (basterebbe pensare all'attività bancaria).

La presenza di queste organizzazioni private che pongono in essere attività di pubblico interesse, che non di rado si inseriscono in procedimenti complessi che danno luogo – anche ma non solo – a provvedimenti amministrativi (basterebbe pensare al partenariato pubblico privato laddove, come nel *project financing*, l'iniziativa sia assunta dai privati), dimostra chiaramente la quasi irrilevanza della personalità giuridica di diritto pubblico dell'ente pubblico sul versante della definizione di cosa sia organizzazione amministrativa per fini pubblici: è, infatti, evidente che si hanno provvedimenti amministrativi di natura organizzativa alla cui definizione concorrono in modo

decisivo (l'area dei servizi pubblici offre una serie smisurata di esempi) soggetti privati e loro organi.

6.2. L'organizzazione amministrativa come diretta funzione della società e del suo ordine giuridico costituito dai diritti della persona.

La seconda modalità di organizzazione amministrativa per fini pubblici è, invece, soggettivamente pubblica e, tuttavia, è chiara la sua funzionalizzazione all'ordine sociale ed all'attuazione dei diritti fondamentali e dei doveri inderogabili. Non si tratta affatto di riproporre l'idea che l'organizzazione sia articolazione del potere esecutivo essendo questo, tuttavia, legittimato dal consenso elettorale e guidato dall'indirizzo politico rappresentativo (dal che si avrebbe una legittimazione democratica dell'amministrazione). Tuttavia, una simile soluzione si spiegherebbe solo se l'amministrazione fosse colta quale «attività realizzativa», che si colloca rispetto ai compiti dello Stato nella «porzione terminale del processo di attuazione»⁵⁹. Tuttavia, non solo i compiti dello Stato, nella nostra Costituzione, sono «espressi direttamente dalla Costituzione, nella maniera più diretta, esplicita e consapevole attraverso le formulazioni riccamente orchestrate degli artt. 2 e 3»⁶⁰, ma lo stesso precetto dell'imparzialità (art. 97 Cost.) sarebbe messo a rischio ove si esponga l'organizzazione soggettivamente pubblica solo indirizzo politico (e ciò è tanto più vero oggi, nel contesto cui si è sopra accennato).

L'organizzazione pubblica cui si intende alludere in questa sezione è quella che emerge chiaramente dalla struttura costituzionale. È autorevolmente dimostrato che non esista un modello costituzionale di amministrazione⁶¹: il concetto di amministrazione pubblica in Costituzione è presupposto.

Si indicano all'art. 97 il suo metodo d'azione (imparziale ed efficace), il compito assegnato alla legge di disciplinarla in modo che imparzialità e buon andamento siano garantiti, la professionalità, indipendenza e – all'art. 28 – responsabilità dei suoi funzionari, l'assicurazione della tutela giurisdizionale rispetto alle sue decisioni – agli artt. 23, 111, 113.

⁵⁹ U. Allegretti, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, Cedam, 1996, p. 11.

⁶⁰ U. Allegretti, *op. loc. ult. cit.*

⁶¹ G. BERTI, *La responsabilità pubblica: Costituzione e amministrazione*, Padova, Cedam, 1994; ID., *Amministrazione e Costituzione*, in *La pubblica amministrazione nella Costituzione. Riflessioni e indicazioni di riforma*, atti del XXXIX Convegno di scienza dell'amministrazione, Milano, Giuffrè, 1996, p. 11; G. PASTORI, *op. ult. cit.*; per M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra costituzione e formale e costituzione materiale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1985, p. 162, la Costituzione «Recependo in sé istanze dissimili o addirittura divergenti ... ha, realisticamente, accolto una concezione dialettica, anzi drammatica dell'amministrazione».

L'amministrazione pubblica, tuttavia, non è identificata come un potere dello Stato: «*la Costituzione non ha pensato all'amministrazione come ad un potere dello Stato e ha, al contrario, inteso l'amministrazione come dovesse vedersi collegata immediatamente con la società*»⁶²; l'amministrazione, infatti, non è inserita nella declinazione delle sfere di attribuzione del potere dalla Costituzione, nella disciplina dei coordinamenti o conflitti tra poteri (giacché ciò è previsto solo per il Governo), né si trova alcuna disposizione che ponga l'amministrazione funzionalmente o gerarchicamente in dipendenza del Governo stesso⁶³. La «*Costituzione si è di proposito astenuta dal configurare l'amministrazione con un volto preciso che ne consenta tra l'altro l'inserimento tra le funzioni esclusive e autoritarie dello Stato*»⁶⁴, sicché la Costituzione si limita ad indicarne i tratti immancabili, doverosi, e lasciando per il resto ch'essa fosse adatta al suo scopo, alla sua ragione. La sua ragione, quindi, è solo l'essere funzionale all'ordine sociale ed all'attuazione dei diritti fondamentali e dei doveri inderogabili, sicché essa appare «*come una forma della società, non come un'immagine dello Stato*»⁶⁵, anzi, una delle «*forme*» costituzionali nelle quali si esprime la sovranità delle persone e dei loro diritti.

In questi termini, non serve modificarne il regime – che sarà quello dettato dal diritto pubblico che conosciamo – ma chiarirne la ragione. L'organizzazione (soggettivamente) pubblica è una delle «*forme*» costituzionali nelle quali si esprime la sovranità popolare e ad essa interamente funzionalizzata.

Si colgono, così, alcuni elementi essenziali. Anzitutto, sottratta la sovranità alla persona giuridica pubblica, l'unico elemento rilevante è proprio quello dell'organizzazione, giacché non vi sono ragioni per pensare ad un potere originario (foss'anche solo di organizzazione, o di auto-organizzazione) dell'ente: la sovranità spetta al popolo e non all'ente ed esso è totalmente funzionalizzato al primo.

In secondo luogo, e maggiormente, l'organizzazione (soggettivamente) pubblica è retta dalle regole dell'imparzialità, della competenza professionale dei propri funzionari (che per questo sono scelti per concorso), dalla loro responsabilità per la violazione di diritti (e interessi legittimi), dal controllo giurisdizionale sulle loro decisioni.

Si tratta di un profilo incompatibile con quello di un'organizzazione

⁶² G. BERTI, *op. ult. cit.*, p. 16

⁶³ G. BERTI, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁴ G. BERTI, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁵ G. BERTI, *op. loc. ult. cit.*

strumentale all'indirizzo politico della maggioranza. L'organizzazione pubblica è funzionale a diritti inviolabili e doveri inderogabili delle persone, non all'indirizzo politico.

Questo profilo è tanto più rilevante oggi: a fronte di organi di governo maneggiati da personale politico di bassissima qualificazione (quando non incuranti della legalità), privi di identità politico-ideologica o di base programmatica (e, quindi, scarsamente prevedibili), l'organizzazione assolve ad un compito primario di garanzia dei diritti rispetto alle violazioni che possano derivare proprio dall'attuazione dell'indirizzo politico; basterebbe por mente ai diritti inviolabili dell'essere umano nella vicenda del trattamento dei migranti, per comprendere l'importanza di un'organizzazione pubblica funzione dei diritti e dei doveri costituzionali e non dell'indirizzo politico della maggioranza.

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.

Naturalmente, non può essere negato che alcune funzioni amministrative spettino allo Stato (o agli altri enti pubblici) e dipendano dall'indirizzo politico, sicché esse sono solo indirettamente funzione della società.

Ci si intende riferire alle funzioni che, più che propriamente amministrative, sono da qualificarsi come attività di governo ed, infatti, non danno luogo ad atti nei quali si dà applicazione dell'ordinamento obiettivo, quanto, piuttosto, a quei provvedimenti che lo innovano o integrano – come sono i regolamenti, i piani, i programmi, etc.

Se si può discutere che queste funzioni siano qualificabili come attività amministrativa in senso proprio, non si può, invece, negare che a darvi corso siano organizzazioni amministrative (in gran parte in senso soggettivo – per quanto non manchi la partecipazione attiva della società, come tipicamente avviene nella pianificazione, nella programmazione, in gran parte dei procedimenti di regolazione o nelle valutazioni strategiche, come quelle di impatto ambientale).

Il regime di questa forma di organizzazione è sicuramente influenzato dalla circostanza che gli atti cui deve dare corso siano espressione propria dell'indirizzo politico, sicché si avvertirà la necessità di maggiore presidio dell'imparzialità, della procedimentalizzazione, della partecipazione e, per altro verso – emblematico è il regime della dirigenza ministeriale – si avvertirà il rilievo di elementi fiduciari.

MARIA CRISTINA CAVALLARO

Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Palermo
mariacristina.cavallaro@unipa.it

IMMEDESIMAZIONE ORGANICA E CRITERI DI IMPUTAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ

THE THEORY OF BODIES OF THE PUBLIC ADMINISTRATION AND THE PRINCIPLE OF RESPONSABILITY

SINTESI

L'articolo esamina la teoria degli organi della pubblica amministrazione come criterio di imputazione della responsabilità. In particolare, attraverso lo studio della responsabilità in materia di servizi pubblici e nell'ambito dell'esercizio del potere, si cerca di verificare l'attualità della teoria organica alla luce dell'art. 28 della Costituzione.

ABSTRACT

This paper examines the theory of bodies of the public administration and the principle of responsibility. In particular, through the analysis of responsibility for public services and liability within the exercise of administrative powers, the study focuses on the actuality of this theory and the application of art. 28 of the Italian Constitution.

PAROLE CHIAVE: organi, pubblica amministrazione, pubblico potere, responsabilità, art. 28 Cost.

KEYWORDS: body of public administration, public power, responsibility/liability, Article 28 Italian Constitution.

INDICE: 1. Teoria organica e principio di imputazione – 2. Il quadro costituzionale – 3. La rilevanza dell'organizzazione amministrativa: modelli di amministrazione e imputazione della responsabilità – 4. Responsabile del procedimento, colpa in re ipsa e responsabilità – 5. Brevi considerazioni conclusive.

1. Teoria organica e principio di imputazione.

Secondo l'opinione prevalente, la teoria organica, strettamente legata al processo di astrazione della persona giuridica, nasce e si sviluppa per rispondere all'esigenza di individuare e isolare l'«unità dello Stato», in contrapposizione al

‘corpo sociale’, al fine di imputare direttamente alla persona giuridica dello Stato l’attività svolta dai suoi organi¹.

La ricostruzione in questi termini emerge anche nella dottrina italiana e in quegli Autori che, pur cimentandosi nel tentativo di una razionalizzazione dell’organizzazione pubblica, mantengono ferma la necessità della riconduzione della sovranità alla persona giuridica dello Stato, con la conseguente supremazia della volontà dell’organo e centralità dell’organizzazione amministrativa nella costruzione dello Stato².

Così, ad esempio, Ranelletti pone la necessità di distinguere due elementi: il pubblico ufficio, inteso come la «*sfera di attribuzioni, cioè compiti e poteri dello Stato*» e la persona ad esso preposta, «*che all’ufficio, unità astratta, dà vita, volontà e azione e dell’ufficio fa con ciò un organo dello Stato*». Ma la finalità della ricostruzione rappresentata rimane immutata e si traduce nella circostanza in base alla quale «*l’ufficio non ha un’esistenza giuridica a sé, distinta dallo Stato, ma, come qualunque organo in un organismo, è parte dello Stato stesso*», e «*ha vita nella unica persona dello Stato*»³.

In parte diversa la visione di Santi Romano, che nel tratteggiare la nozione di organo, ne risolve le problematicità attraverso la teoria dell’istituzione e, dunque, dell’organo inteso come istituzione, che «*rende l’ente cui appartiene capace di agire*», ma che si distingue da esso e dagli altri organi «*come le diverse parti di un tutto possono distinguersi l’una dall’altra e contrapporsi fra loro*»⁴.

È in Kelsen che si rinviene una diversa concezione della sovranità dello Stato, che coincide con l’ordinamento giuridico e si traduce nell’«*unità necessaria fra Stato e diritto*»: lo Stato non è «*il potere che sta dietro il diritto*», poiché «*il potere dello Stato è il potere organizzato dal diritto positivo, è il potere del diritto, cioè l’efficacia del diritto positivo*». Da qui origina la diversa costruzione della teoria dell’organo in termini di imputazione, intesa come il rapporto che lega un fatto e l’ordinamento giuridico che qualifica quel fatto: «*l’imputazione allo Stato di un’azione umana è possibile solo a condizione che questa azione sia determinata in modo specifico da un ordinamento normativo*»⁵. L’ordinamento cioè qualifica l’organo e ne de-

¹ «La metafora organicistica ha il solo scopo di immedesimare completamente ufficio ed ente, organo e Stato. L’azione dell’organo non richiede mediazioni di sorta, è imputata direttamente alla persona giuridica dello Stato», B. SORDI, *Rappresentanza, organo, organizzazione: l’itinerario del diritto amministrativo*, in *Quad. Fior.*, 2008, p. 187.

² A. DE VALLES, *Teoria giuridica dell’organizzazione dello Stato*, Padova, Cedam, 1931, p. 156.

³ O. RANELLETTI, *Gli organi dello Stato (Concetto, natura, rapporti)*, (1909), oggi ripubblicato in *Scritti giuridici scelti*, Napoli, 1992, vol. I, p. 281.

⁴ S. ROMANO, *Organi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Ristampa inalterata, Milano, 1983, p. 145.

⁵ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1959, pp. 195-196.

finisce i poteri, affinché questi siano imputati allo Stato, che è esso stesso ordinamento.

Non potendo indugiare oltre sulle diverse teorie che si sono sviluppate negli anni, è possibile tuttavia cogliere un elemento unificante delle ricostruzioni richiamate e in generale della c.d. «metafora organicistica», sottolineandone, come già evidenziato in apertura, la finalità: in altri termini, muovendo dall'ovvia circostanza che si tratta di costruzioni teoriche profondamente diverse tra loro, emerge tuttavia la considerazione per la quale attraverso il nesso di immedesimazione organica è possibile imputare direttamente alla persona giuridica l'atto, e in generale l'attività, dei suoi organi. Con l'altrettanto ovvia conseguenza che l'imputazione di un atto, dei suoi effetti e dell'attività di un organo, comporta altresì che questi e la persona giuridica, alla quale l'organo appartiene, rispondano anche degli eventuali danni cagionati a terzi.

2. Il quadro costituzionale.

Gli art. 28 e 97 della nostra Costituzione inducono a ritenere sostanzialmente confermata, al di là delle sfumature che si sono sinteticamente richiamate, la teoria di una immedesimazione tra ente e organo, che consente di imputare all'ente l'attività dell'organo, anche ai fini delle conseguenti responsabilità.

Nel testo dell'art. 28 Cost. affiora la responsabilità dei singoli funzionari per gli atti compiuti in violazione dei diritti, con la nota precisazione secondo la quale la responsabilità civile si *estende* anche allo Stato o all'ente al quale il funzionario appartiene: ma è altrettanto nota l'interpretazione secondo cui, nonostante la lettera della disposizione, ci si trovi in presenza di una responsabilità diretta e solidale dell'amministrazione, proprio in conseguenza dell'immedesimazione organica, dovendosi escludere nella specie un'ipotesi di responsabilità indiretta⁶. Più puntuale la previsione contenuta nell'art. 97 che, nel prescrivere la riserva di legge in materia di organizzazione dei pubblici uffici, in funzione di garanzia dell'imparzialità e del buon andamento

⁶ Di recente, in tema, v. S. BATTINI, *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2015, p. 53. Nel panorama dottrinario fa eccezione E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, Giappichelli, 1953, secondo cui nel caso in cui l'illecito consegua alla adozione di un atto illegittimo, vero è che l'atto è dello Stato, in quanto atto, cioè in applicazione della teoria organica, «*ma non in quanto fatto, dato che, sotto questo profilo, è elemento di una fattispecie che non allo Stato è imputata*»: ne consegue che «*la condizione al cui verificarsi è collegato l'obbligo di risarcimento dello Stato non è l'attribuzione ad esso dell'atto, ma la circostanza che l'atto è stato compiuto dal funzionario nell'esercizio delle incombenze che lo Stato aveva a lui affidato, circostanza che trova la sua origine nell'atto costitutivo del rapporto di servizio*», p. 249

dell'amministrazione, aggiunge che «nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari».

La formulazione prescelta dai costituenti rimanda alla nozione di *attribuzione* dell'ente e di *competenza* dell'organo, che già per Santi Romano è «*da misura, la delimitazione, la precisazione della funzione che spetta all'ente*»⁷. E la correlazione delle relative responsabilità può avvenire alla stregua del criterio di imputazione dell'immedesimazione organica.

È chiaro che il modello di amministrazione presupposto nel disegno costituzionale è quello dell'amministrazione del dopoguerra: un'amministrazione fortemente centralistica, gerarchicamente organizzata, la cui attività era prevalentemente caratterizzata, con una metafora che, nella sua semplicità e incompletezza, ne sintetizza, tuttavia, l'essenza, da «*un passaggio di carte tra uffici*»⁸.

Come sottolineato dalla dottrina, il «*decollo amministrativo*» del Paese, mancato al momento dell'unità, coincide invece con l'inizio del «*decollo industriale*», e si caratterizza per il proliferare delle funzioni pubbliche, che risponde ad «*una specifica e puntuale domanda di servizi pubblici*» e che implica «*una crescita degli apparati e del personale dello Stato*»⁹.

Così, nel secondo Novecento, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, la complessità dei modelli organizzativi induce Nigro a ragionare di tre modelli di amministrazione che trovano rispondenza nel sistema costituzionale, «*o, se si preferisce, ne troviamo uno che consta di tre parti disomogenee*»¹⁰. La Costituzione disegna anzitutto l'amministrazione come «*apparato servente del governo*», secondo il modello delineato dall'art. 95 Cost., che ricalca sostanzialmente il modello di amministrazione voluto da Cavour nel 1853¹¹. Accanto a questo modello organizzativo, gli art. 97 e 98 Cost. tratteggiano un modello di amministrazione imparziale e necessariamente indipendente dal governo e dal potere politico, gestito «*da impiegati al servizio esclusivo della nazione*»¹². Infine, l'art. 5 Cost., e oggi in misura più incisiva le norme contenute nel Titolo V, sviluppano un modello di amministrazione «*autonomistica e comunitaria*», che non «*presenta comuni province e regioni, ma consiste di essi*»¹³.

⁷ S. ROMANO, *Organi*, cit., p. 163.

⁸ G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 72.

⁹ G. CIANFEROTTI, *L'attività interna nella storia dell'amministrazione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/2011, p. 725.

¹⁰ M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale*, oggi pubblicato in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1996, III, p. 1843.

¹¹ Il riferimento è alla l. 23 marzo 1853, n. 1483, c.d. legge Cavour.

¹² Ancora M. NIGRO, *La pubblica amministrazione*, cit., secondo il quale questo modello, per contro, ricalca il modello weberiano «*non ignoto alla cultura giuridica*».

¹³ In realtà oggi a questi modelli individuati dall'illustre A. si potrebbe aggiungere il modello delle amministrazioni indipendenti, intese come amministrazioni 'neutrali', strutturalmente e funzionalmente separate dalla politica: cfr. F. MERLONI, *Amministrazione 'neutrale' e amministrazione 'imparziale'*, in *Dir. Pubbl.* 2/1997, che parla anche di amministrazioni

In termini assai generali, e nella consapevolezza di non riuscire a dare ordine alla complessità dei modelli organizzativi delle amministrazioni pubbliche, ma al solo scopo di dare un ordine, semmai, alle questioni da affrontare, si potrebbe ritenere che la correlazione tra attribuzione dell'ente e competenza dell'organo, nonché il sistema responsabilità che consegue al principio di immedesimazione organica, in una parola il modello dell'art. 97 Cost., trovi una diretta corrispondenza laddove l'amministrazione eserciti un potere, mentre con più difficoltà è riconducibile a quella che oggi può essere definita come l'amministrazione di prestazioni.

Il modello amministrativo così descritto riguarda quella che secondo Vittorio Emanuele Orlando è l'attività giuridica dell'amministrazione, ossia l'attività caratterizzata dal potere e finalizzata alla realizzazione di un interesse pubblico; rimane fuori da questo modello la c.d. attività sociale, nella quale «*lo Stato interviene nei rapporti sociali, non già per regolarli giuridicamente, ma bensì perché crede che ciò convenga di più ad essi e per promuovere il benessere, la ricchezza, la cultura del popolo*»¹⁴.

Si tratta di una esemplificazione che probabilmente non tiene conto della complessità funzionale e organizzativa che nel tempo ha caratterizzato l'amministrazione italiana, ma che probabilmente può tornare utile per descrivere il processo di trasformazione al quale assistiamo ormai da anni.

3. La rilevanza dell'organizzazione amministrativa: modelli di amministrazione e imputazione della responsabilità.

Nella cornice teorica sinteticamente tracciata, è possibile allora indagare intorno all'attualità del modello dell'art. 97 Cost., per verificare a un tempo l'attualità del conseguente sistema di imputazione della responsabilità.

Procedendo a grandi linee, occorre anzitutto far menzione del ricco e articolato dibattito intorno al superamento della centralità della persona giuridica pubblica e dunque dell'ente pubblico e della progressiva rilevanza che, quasi con un processo inversamente proporzionale, ha assunto il complesso

'tecniche': in particolare pp. 352 e 356; nonché V. CERULLI IRELLI, *La funzione amministrativa tra politica e amministrazione*, in M. P. CHITI-R. URSI (a cura di), *La dirigenza pubblica: analisi e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 15, in particolare p. 34.

¹⁴ V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 1891, p. 20. Non lontano da questa lettura G. CIANFEROTTI, *L'attività interna nella storia dell'amministrazione italiana*, cit., secondo il quale, nel secondo dopoguerra, «*si moltiplicano una pluralità di nuove amministrazioni e di statuti giuridici che le regolano. Prolifera una nuova larghissima amministrazione diretta di attività sociali ed economiche che si affiancano alla tradizionale "amministrazione autoritativa e provvedimentale", alla kelseniana amministrazione indiretta*», p. 725.

dell'organizzazione amministrativa. Si tratta di un percorso avviato nella seconda metà del Novecento teso a dimostrare la natura necessaria dell'organizzazione e il ruolo del tutto recessivo della persona giuridica¹⁵, che implica anche il superamento di un'antica concezione, quella cioè della sostanziale coincidenza tra organi e organizzazione¹⁶.

Di fronte alla crisi della sovranità dello Stato, l'organizzazione amministrativa non è più mera articolazione interna dell'ente, strumentale all'esercizio del potere. Ma, a fronte della proliferazione delle relazioni interorganiche, e della pluralità delle diverse articolazioni degli uffici, anche l'organizzazione è «procedura»: essa è fatta di una molteplicità di interrelazioni, anche tra soggetti diversi, in una logica secondo la quale l'azione amministrativa non è più mera esecuzione del comando normativo o indirizzo dell'organo di governo¹⁷.

Ad ogni modo, anche a voler dubitare della correttezza del punto di vista proposto¹⁸, non può negarsi la vastità e complessità del processo di trasformazione che ha attraversato gli apparati della pubblica amministrazione, soprattutto a partire dagli anni Novanta in poi, sicché può risultare comunque utile procedere alla verifica della tenuta del principio di immedesimazione organica, come criterio di imputazione della responsabilità.

Si può così ritenere che, in un'amministrazione che esercita i pubblici poteri attraverso i propri organi, muniti delle rispettive competenze e che pongono in essere atti imputati per intero all'ente di appartenenza, nell'ipotesi in cui dall'adozione dell'atto consegua un effetto dannoso, di tale danno risponde direttamente l'ente, giacché l'atto e i suoi effetti sono imputati

¹⁵ Il riferimento è a G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968.

¹⁶ Nella ricostruzione di G. CIANFEROTTI, *op. cit.*, nella seconda metà del Novecento il dibattito dottrinario conduce verso una direzione precisa: «viene superata l'intera sequenza di corollari dedotti dalla teoria dello Stato come persona giuridica e dalla connessa teoria dell'organo, i corollari derivati dalla concezione dello Stato che, in quanto persona giuridica, poteva operare solo attraverso gli organi e solo attraverso le persone fisiche-organi poteva modificare le situazioni giuridiche soggettive dei cittadini» e, pertanto, «viene superata anzitutto la riduzione dell'organizzazione amministrativa agli organi».

¹⁷ In tal senso L. R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, in *PA Persona e Amministrazione*, 1/2019, pp. 7 ss., secondo cui la sovranità non appartiene necessariamente alla persona giuridica pubblica che ipostatizza lo Stato (o gli enti pubblici). Più ancora, nel nostro ordinamento costituzionale essa appartiene ad un soggetto diverso, vale a dire al popolo» e poiché «l'organizzazione amministrativa ha funzione servente del sovrano», «escludere che la sovranità spetti allo Stato ed affermare che essa pertiene al popolo, significa modificare radicalmente la spiegazione dell'organizzazione pubblica».

¹⁸ Il dibattito sul ruolo dell'organizzazione e dei suoi rapporti con l'attività amministrativa è assai ampio, spaziando dalle posizioni di coloro che ricorrono a un impianto istituzionista, alle ricostruzioni più legate alle teorie normativiste: per un'efficace messa a fuoco di tale dibattito qui solo evocato, v. L. R. PERFETTI, *op.cit.*

all'amministrazione nel suo complesso. Di conseguenza, nel sistema dell'organizzazione, il principio dell'immedesimazione organica è servito come criterio di imputazione della responsabilità, consentendo di imputare l'atto adottato dall'organo direttamente all'amministrazione di appartenenza.

Tale principio però, con buona probabilità, non consente di spiegare con altrettanta efficacia e in modo altrettanto persuasivo il fenomeno della responsabilità per i danni conseguenti all'attività svolta fuori dalle ipotesi in cui si tratti di attività non riconducibile al potere.

Emblematica, sotto questo profilo, può risultare la giurisprudenza consolidata negli anni sul tema della responsabilità per i danni conseguenti dall'erogazione dei servizi pubblici.

Ruolo significativo, in questa materia, è stato assunto dalla Corte costituzionale, la quale ha chiarito che *«in presenza di un servizio pubblico organizzato e gestito in forma di impresa ed improntato a criteri di economicità, il rapporto con l'utenza assume natura contrattuale e perde le connotazioni autoritative, con il conseguente venir meno, nella regolazione della responsabilità per danni causati agli utenti, del rilievo un tempo attribuito agli aspetti soggettivi dell'organismo - amministrazione, Ente o società - che li cura, mentre diventano decisivi i profili oggettivi propri di ciascun servizio, capaci anche di giustificare una disciplina speciale limitativa di detta responsabilità, senza, però, poterla mai escludere del tutto»*¹⁹.

Quanto alla giurisprudenza di merito, e con particolare riguardo al settore della sanità pubblica, da un lato, si è fatto riferimento al principio del vincolo contrattuale che si instaura tra soggetto pubblico erogatore del servizio ed utente, e ciò perché *«l'accettazione del paziente nell'ospedale, ai fini del ricovero oppure di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto d'opera professionale tra il paziente e l'ente ospedaliero, il quale assume a proprio carico, nei confronti del paziente, l'obbligazione di svolgere l'attività diagnostica e la conseguente attività terapeutica in relazione alla specifica situazione del paziente»*. Dall'altro lato, si è affermato però il principio per cui il medico dipendente dell'ente ospedaliero non partecipa a questo

¹⁹ Corte costituzionale, 21 gennaio 1999, n. 4, in *Cons. Stato* 1999, II, 9. Successivamente la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 6 del D.P.R. 29 marzo 1973, n. 156, in materia postale e di telecomunicazioni, nella parte in cui disponeva che l'amministrazione postale ed i concessionari del servizio telegrafico non incontrano alcuna responsabilità per il mancato recapito di telegrammi: Corte cost., 20 giugno 2002, n. 254, in *Foro it.* 2002, I, 2570. La pronuncia si segnala per l'affermazione di un principio generale assai importante: statuisce, infatti, la Corte che *«l'esclusione di qualsiasi responsabilità per il mancato recapito del telegramma, rendendo immune da qualsivoglia conseguenza pregiudizievole il soggetto tenuto al recapito, [...] rappresenta, nell'attuale fase di evoluzione dell'ordinamento, un anacronistico privilegio, privo di connessione con obiettive caratteristiche del servizio e, perciò, lesivo, al tempo stesso, del canone di ragionevolezza e del principio di uguaglianza garantiti dall'art. 3 della Costituzione»*.

rapporto contrattuale, proprio perché il medico non è organo dell'amministrazione e non esercita una competenza, quindi la sua attività non può essere riferita all'ente ospedaliero: con la conseguenza che «la responsabilità del predetto sanitario verso il paziente per il danno cagionato da un suo errore diagnostico o terapeutico è soltanto extracontrattuale»²⁰. In un secondo momento, si è ritornati alla tesi della natura contrattuale della responsabilità sia dell'ente ospedaliero, sia del medico che ivi presta la propria attività: «sono direttamente responsabili nei confronti del paziente danneggiato l'ente ospedaliero, gestore di servizio sanitario pubblico, ed il sanitario, inserito nella sua struttura organizzativa e funzionale, che ha negligenzemente eseguito la prestazione. La responsabilità di entrambi ha natura contrattuale di tipo professionale, pertanto anche l'ente è sottoposto alle norme in tema di contratto d'opera professionale»²¹. In tal caso, esclusa la natura di organo del sanitario che esercita la propria attività in un ente ospedaliero, la responsabilità del singolo e dell'ente cui lo stesso appartiene trova la propria fonte nella legge. Infine, come si ricorderà, nel caso del servizio sanitario, come nel settore dell'istruzione pubblica, per la prima volta la giurisprudenza ha accolto il principio di una responsabilità civile della pubblica amministrazione che scaturisce da un “contatto sociale” giuridicamente qualificato²².

²⁰ Corte Cass. sez. III, 24 marzo 1979, n. 1716, in *Foro it.* 1980, I, 1154. Ovvero, «qualora le lesioni riportate durante il parto dal nascituro (nella specie, tetraparesi spastica) siano imputabili a colposo comportamento dei sanitari dipendenti dell'ente ospedaliero, ne consegue che l'ente stesso deve essere condannato al risarcimento dei danni subiti dagli attori. Tale obbligo risarcitorio trae il proprio fondamento, per quanto attiene ai danni subiti dal nascituro, direttamente dalla legge, non essendo ipotizzabile un rapporto contrattuale tra questo e l'ente convenuto nel momento, anteriore alla nascita, in cui si verificarono per lo stesso gli eventi lesivi di danno in quanto non è riconosciuto al concepito, nell'attuale ordinamento, la capacità giuridica al di fuori dei casi tassativamente stabiliti dalla legge»: Tribunale Milano, 13 maggio 1982, in *Riv. it. medicina legale* 1982, 1011. A proposito del servizio dell'istruzione pubblica, la Cassazione ha affermato che «l'insegnante di una scuola statale non può mai essere convenuto nel giudizio civile per il risarcimento del danno causato dall'alunno: nè quando l'alunno abbia causato danni a terzi, nè quando l'alunno abbia causato danni a se stesso. In ambedue i casi, unico soggetto passivamente legittimato è la pubblica amministrazione», Cass. SS. UU., 11 agosto 1997, n. 7454, in *Danno e resp.* 1998, 260.

²¹ Corte Cass. sez. III, 27 luglio 1998, n. 7336, in *Resp. civ. e prev.* 1999, 996. In altre pronunce si legge che «in ipotesi di non corretta esecuzione della prestazione medica, eseguita in struttura sanitaria pubblica, ne rispondono a titolo di responsabilità contrattuale sia l'ente ospedaliero, gestore di un servizio pubblico sanitario, sia il medico dipendente ex art. 28 cost.», Cass. sez. III, 2 dicembre 1998, n. 12233, in *Danno e resp.* 1999, 777.

²² Ci si riferisce alla nota sentenza della Cass. sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. Giur.*, 1999, p. 441, con nota di A. DI MAJO; in materia di istruzione pubblica cfr. Cass. SS. UU., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Resp. civ. e prev.* 2002, 1012. Deve inoltre osservarsi come la difficoltà dell'inquadramento della responsabilità del medico permanga anche dopo l'entrata in vigore della l. n. 24 del 2017 in materia di responsabilità medica: sul punto si veda Cass., sez. III, 09 novembre 2017, n. 26517, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, con nota di L. ALBANESE, *La responsabilità contrattuale del medico libero professionista: tra condotte omesse ed oneri probatori non assolti*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 3/2018; per un'ampia ricostruzione A. PIOGGIA, *Salute, diritti e responsabilità medica: una storia italiana*, in *Dir. amm.*, 3/2018.

4. Responsabile del procedimento, colpa *in re ipsa* e responsabilità.

I brevi cenni dedicati ai principali arresti giurisprudenziali consentono di ritenere che, nel settore dei servizi pubblici, dopo un iniziale periodo in cui si predicava una sostanziale immunità dell'amministrazione, ammesso dallo stesso legislatore per i servizi economici e riconosciuto dalla giurisprudenza per i servizi non economici, si è giunti all'affermazione del principio di responsabilità dell'amministrazione che eroga il servizio, riconducibile al *genus* della responsabilità contrattuale: questo passaggio ha segnato la biforcazione del percorso giurisprudenziale, tale per cui, nell'ambito delle attività non provvedimentali, e dunque nel settore dei servizi pubblici, ma anche di tutte quelle attività c.d. materiali, l'azione amministrativa si è aperta al sindacato del giudice ordinario e alle regole civilistiche in materia di responsabilità; viceversa, nell'ambito dell'"amministrare per provvedimenti", il percorso è quello noto che ha portato alla responsabilità per lesione di interesse legittimo²³.

Rimane in ogni caso ferma l'osservazione già svolta e cioè che, in materia di servizi pubblici, l'imputazione della responsabilità del singolo in capo all'ente erogatore del servizio è avvenuta sulla base del generale principio di responsabilità di cui all'art. 28 Cost.; mentre in presenza di un provvedimento amministrativo, adottato da un organo dell'amministrazione, munito della relativa competenza, il criterio di imputazione della responsabilità è quello dell'immedesimazione organica, che può trovare più adeguata rispondenza nell'art. 97 Cost.

Anche in tale ambito, tuttavia, si devono segnalare delle novità, che rischiano di mettere in crisi il criterio dell'imputazione della responsabilità alla stregua del principio dell'immedesimazione organica.

Il riferimento è, da un lato, sotto il profilo dell'organizzazione, alla figura del responsabile procedimento. Dall'altro lato, per ciò che attiene più direttamente all'imputazione della responsabilità, occorre guardare al superamento del criterio della colpa *in re ipsa*.

Sotto il primo profilo, vengono in rilievo l'art. 4 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e l'art. 6 della l. 7 agosto 1990, n. 241. Tali disposizioni testimoniano la tendenza tipica degli ultimi anni volta a superare la rigida distribuzione delle competenze tra organi, anche nell'ambito di quelle amministrazioni che esercitano un potere che si manifesta attraverso l'adozione di un provvedimento. Se

²³ Su tali questioni, cfr. M.C. CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Torino, Giappichelli, 2004.

infatti l'art. 4 del d.lgs. n. 165/2001 prevede che «ai dirigenti spetta l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno», l'art. 6 della legge sul procedimento ammette che il responsabile del procedimento «adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale, ovvero trasmette gli atti all'organo competente per l'adozione», precisando poi che «l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale»²⁴.

La norma, cioè, consente che l'attività del responsabile possa investire tutte le fasi del procedimento, sino a proiettarsi sulla decisione finale, anche nel caso in cui il responsabile non sia munito della relativa competenza. Sotto il profilo della responsabilità, si tratta di capire chi effettivamente risponde, in caso di provvedimento illegittimo, degli eventuali danni. Se cioè risponde il dirigente, che è organo dell'amministrazione, munito della competenza, ovvero il responsabile.

Nonostante l'apparenza della norma, che, nel frammentare il principio della competenza, sembrerebbe riversare sul responsabile del procedimento, ancorché non si tratti di un organo dell'amministrazione, la relativa responsabilità, proprio il principio dell'immedesimazione organica sembra offrire la soluzione più appagante. Se, infatti, il dirigente, pur potendosi discostare dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile, si conforma alla stessa, egli fa proprio l'atto e ne assume la relativa responsabilità, che per il principio di immedesimazione organica è imputata anche all'ente di appartenenza.

Il vero problema, tuttavia, emerge con riguardo alla rilevanza della colpa²⁵.

Com'è noto, la regola giurisprudenziale secondo cui la colpa dell'amministrazione si desume dall'accertamento giurisdizionale dell'illegittimità del provvedimento risale alla metà del secolo scorso ed è coerente con il principio di immedesimazione organica: in caso di adozione di un atto illegittimo, la colpa è *in re ipsa*, perché l'illegittimità del provvedimento presuppone la sussistenza di una condotta negligente da parte di colui che ha adottato l'atto²⁶. Tale criterio consente l'imputazione della responsabilità all'organo

²⁴ Sul tema si veda, anche per i riferimenti bibliografici, M. IMMORDINO, N. GULLO, M.C. CAVALLARO, *Il responsabile del procedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017.

²⁵ In argomento si veda in generale S. CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle amministrazioni pubbliche*, Torino, Giappichelli, 2008.

²⁶ «L'applicazione agli illeciti degli enti pubblici delle regole racchiuse nel principio del *neminem laedere*, porta la giurisprudenza ad affermare l'equazione tra illegittimità e colpa (anzi, colpa grave)», poiché

e all'amministrazione, a prescindere da ogni accertamento sui profili soggettivi del singolo funzionario, ma in conseguenza dell'illegittimità dell'atto adottato. Atto che, appunto per il principio dell'immedesimazione organica, è imputato anche all'amministrazione.

La giurisprudenza, dopo la nota sentenza n. 500 del 1999 in tema di colpa di apparato²⁷, ha formulato la tesi della colpa soggettiva, con scriminante oggettiva. Secondo l'orientamento più recente, che negli ultimi anni si è consolidato in materia, al fine di valutare la sussistenza della colpa dell'amministrazione, «*occorre avere riguardo al carattere della regola di azione violata*»: se essa è «*chiara, univoca e cogente*», la sua violazione implica la colpa dell'amministrazione e la conseguente responsabilità; viceversa, nel caso in cui si tratti di un canone di condotta «*ambiguo, equivoco o, comunque, costruito in modo tale da affidare all'Autorità amministrativa un elevato grado di discrezionalità*», la colpa potrà essere accertata solo in presenza di una palese violazione dei canoni di correttezza e imparzialità. Con la conseguenza che, nel caso in cui «*le regole di condotta*» non offrano «*un canone di azione sicuro e vincolante*», la responsabilità dell'Amministrazione potrà essere affermata solo nel caso di grave violazione dei criteri «*della buona fede e dell'imparzialità, restando ogni altra violazione assorbita nel perimetro dell'errore scusabile*»²⁸.

Il limite del ragionamento risiede nell'evidente difficoltà di imputare uno stato soggettivo, qual è il dolo o la colpa, a una pubblica amministrazione: anche perché si tratterebbe di una forma di colpa professionale rispetto alla quale non è facile sostenere che la connessa attività svolta dal funzionario sia ascrivibile alla categoria delle prestazioni particolarmente complesse, che beneficiano dell'applicazione dell'art. 2236 c.c., con conseguente esonero da responsabilità, ove non venga accertato il dolo o la colpa grave, «*se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà*». Sia perché in tal modo si contraddice il ruolo stesso dell'amministrazione e dei suoi funzionari, chiamati a svolgere una pluralità di compiti e attività altamente specializzate che caratterizzano l'odierna complessità delle funzioni pubbliche; sia perché l'effetto è inevitabilmente quello di esonerare da responsabilità il funzionario, ma soprattutto l'amministrazione di appartenenza. Tant'è che l'effetto generato dall'orientamento riferito è quello di consentire all'amministrazione di giovare

l'atto illegittimo rappresenta un atto «*manifestamente imprudente*», R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione*, cit., p. 61.

²⁷ Cass. Civ. SS. UU., 22 luglio 1999, n. 500.

²⁸ Cons. Stato, sez. III, 15 maggio 2018, n. 2882.

dell'eventuale errore scusabile del proprio dipendente e non essere chiamata a rispondere dei danni da questo prodotti.

Il principio dell'immedesimazione organica appare così rovesciato: la competenza del soggetto titolare dell'organo, che avrebbe consentito l'imputazione all'ente di appartenenza dell'eventuale responsabilità per l'atto compiuto in violazione dei diritti, consente al contrario di estendere all'amministrazione uno stato soggettivo del dipendente e, soprattutto, la condizione di scusabilità dell'errore che prelude all'esonero da ogni responsabilità. Ma soprattutto, è la ricerca, in capo al funzionario agente, dell'elemento soggettivo dell'illecito che, postulando l'abbandono del principio della colpa *in re ipsa*, pone le premesse per il superamento della teoria dell'immedesimazione organica e, più in generale, del processo di astrazione della persona giuridica, di cui è figlia la metafora organicistica.

5. Brevi considerazioni conclusive.

Quanto finora detto consente di sviluppare alcune considerazioni.

È possibile ritenere che l'evoluzione degli apparati amministrativi e dei modelli organizzativi delle pubbliche amministrazioni spinga nella direzione di un superamento del principio dell'immedesimazione organica. O forse, l'evoluzione richiamata potrebbe condurre verso una frammentazione delle competenze e della conseguente nozione di organo (rispetto alla quale, per dirla con Santi Romano, «*tutto è incerto, compresa la stessa figura dell'organo*»²⁹) e dunque potrebbe orientare nel senso di ritenere superato il principio di immedesimazione organica.

La vicenda potrebbe non avere delle conseguenze significative sul piano delle responsabilità dei pubblici poteri, se rimanesse fermo il principio dell'art. 28 Cost. e dunque della necessaria responsabilità dell'amministrazione per gli atti compiuti dai propri dipendenti. In fondo, nel campo dei servizi pubblici, il superamento del criterio di immedesimazione organica ha comportato l'affermazione di un principio di responsabilità contrattuale dell'amministrazione che eroga il servizio e che prescinde dall'accertamento della responsabilità del singolo operatore.

E tuttavia, non è questa la strada che sembra avere imboccato la giurisprudenza in materia di colpa dell'amministrazione, laddove la responsabilità consegna all'illegittimo esercizio del potere: qui, infatti, se viene accertato

²⁹ S. ROMANO, *Organi*, cit., p. 145.

l'errore scusabile, l'*irresponsabilità* (e non la *responsabilità*) del singolo dipendente si estende anche all'ente di appartenenza, con evidente violazione del principio di responsabilità di cui all'art. 28 Cost.

Sembra allora plausibile paventare il rischio che il superamento del principio di immedesimazione organica possa generare un rovesciamento del principio di responsabilità dell'amministrazione.

L'art. 28 Cost. è stato da sempre interpretato come norma che fonda la responsabilità dell'amministrazione per l'illecito commesso dal proprio dipendente: secondo un risalente orientamento della giurisprudenza, il ruolo della disposizione richiamata è, a un tempo, quello di affermare la responsabilità personale del funzionario o dipendente e quello di ribaltare sull'ente di appartenenza la medesima responsabilità, che, pertanto, ha natura di responsabilità diretta e solidale «in virtù del rapporto organico, immedesimante l'attività dei funzionari o dipendenti con quella dell'ente», dovendosi ritenere esclusa la responsabilità dell'amministrazione di appartenenza soltanto «*se la persona fisica abbia agito con dolo, ovvero perseguendo un fine personale ed egoistico, sì che la sua attività debba ritenere estranea alla persona giuridica*»³⁰.

Il processo di trasformazione che si è sommariamente tracciato tende però a produrre un effetto inverso rispetto all'originaria funzione della norma: perché la frammentazione del principio di competenza degli organi e, soprattutto, il superamento della colpa *in re ipsa* ai fini della responsabilità per l'illegittimo esercizio del potere consentono che l'assenza di colpa e dunque di responsabilità del funzionario si ribalti sull'ente di appartenenza e si traduca in un'assenza di responsabilità dell'amministrazione. Come si è visto, secondo gli orientamenti più recenti del Consiglio di Stato, ai fini del risarcimento del danno, l'accertata illegittimità del provvedimento amministrativo costituisce solo uno degli «*indici presuntivi della colpevolezza*», cui si deve aggiungere «*il grado di chiarezza della normativa applicabile*», ma anche, «*l'ambito più o meno ampio della discrezionalità dell'amministrazione*»; per questa ragione, la responsabilità va esclusa nel caso in cui si accerti l'errore scusabile del funzionario «*per la sussistenza di contrasti giudiziari, per l'incertezza del quadro normativo di riferimento o per la complessità della situazione di fatto*»³¹.

³⁰ Cass. civile, sez. III, 5 gennaio 1979, n. 31, in *Giust. civ. Mass.* 1979, 15. In dottrina, sull'art. 28 Cost. M. CLARICH, *La responsabilità della pubblica amministrazione nel diritto italiano*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1989; di recente si veda A. CASSATELLA, *La responsabilità funzionale nell'amministrare. Termini e questioni*, in *Dir. amm.*, 2018.

³¹ Cons. Stato, sez. III, 6 settembre 2018, n. 5228.

Per questa via, l'assenza di responsabilità in capo al funzionario esonera da responsabilità anche l'amministrazione, alla stregua di un modello opposto al principio di responsabilità affermato all'art. 28 Cost. e con evidente pregiudizio per le aspettative di tutela risarcitoria del privato.

NINO PAOLANTONIO

Professore ordinario di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

nino.paolantonio@studioclarizia.com

**RICUSAZIONE DEL RESPONSABILE DEL
PROCEDIMENTO PER CONFLITTO DI INTERESSI TRA
DIMENSIONE ORGANIZZATIVA E PRETESE DEI PRIVATI**

**DISCLAIMER OF THE RESPONSIBLE OF THE PROCEDURE BY
CONFLICT OF INTEREST BETWEEN ORGANIZATIONAL
DIMENSION AND PRIVATE CLAIMS**

SINTESI

Il lavoro analizza il ruolo del responsabile del procedimento sia nella dimensione "collaborativa" e di raccordo all'interno del procedimento amministrativo, sia con riferimento ai problemi generati dalla disciplina sul conflitto di interessi. Obiettivo dello scritto è dimostrare che il conflitto di interessi può rendersi visibile soltanto assicurando un efficace contraddittorio ed un altrettanto solido sistema di ricasazione.

ABSTRACT

The paper analyzes the role of the responsible of the procedure both in the "collaborative" dimension and in the connection within the administrative procedure, and with reference to the problems generated by the discipline on conflict of interests. The aim of the paper is to demonstrate that the conflict of interests can become visible only by ensuring an effective contradictory and an equally solid recusal system.

PAROLE CHIAVE: responsabile del procedimento, conflitto di interessi, collaborazione, contraddittorio, ricasazione.

KEYWORDS: responsible for the procedure, conflict of interest, collaboration, contradictory, recusal.

INDICE: 1. Premessa: il responsabile del procedimento quale elemento di raccordo tra organizzazione e azione amministrativa – 2. Le acquisizioni della giurisprudenza – 3. Conflitto di interessi, obbligo di astensione e (inesistenza del) diritto di ricasazione del responsabile; una prospettiva *de jure condendo* – 4. Conclusione.

1. Premessa: il responsabile del procedimento quale elemento di raccordo tra organizzazione e azione amministrativa

Le felici, quasi sempre concordi e consolidate acquisizioni della letteratura sull'istituto del responsabile del procedimento lasciano talora in penombra – con qualche eccezione¹ – un dato che, viceversa, esibisce a mio avviso rilievo primario: quello della responsabilità, civile, penale, amministrativa e manageriale in cui il funzionario responsabile può incorrere, profilo talora sottostimato in ragione di una propensione all'esaltazione talora enfatica di tale figura: qualificata come «collettore degli interessi del cittadino», «mediatore sociale o istituzionale» e «vero e proprio attore dell'economia, in quanto garante dell'efficienza delle procedure concernenti gli operatori del mercato»².

Sotto il profilo del metodo d'indagine si concorda con chi aderisce alla distinzione dommatica tra i due momenti dell'agire per la decisione e dell'agire per la produzione dell'effetto giuridico, chiarendo che, nel primo, intervengono «distinte soggettività», tra cui il responsabile e il titolare dell'organo, mentre solo nel secondo campeggia la figura dell'ufficio-organo: di guisa che la figura del responsabile emerge quale *trait d'union* «tra l'organizzazione e l'azione amministrativa per un verso e tra questi ultimi ed il destinatario della decisione per altro verso»³. Il che costituisce precipitato della autorevole intuizione scientifica secondo cui l'organizzazione amministrativa si coglie appieno sul versante dell'attività poiché il potere – se ed in quanto assunto come elemento oggettivo – nel fenomeno della produzione, non è riconducibile al momento della manifestazione di volontà, proprio della imputazione organica⁴.

2. Le acquisizioni della giurisprudenza

Quest'ordine di idee trova conferma anche nella giurisprudenza: è stato infatti affermato che, grazie all'art. 4, l. 241/90, è legittimo far coincidere nella

¹ M. RENNA, *Il responsabile del procedimento nell'organizzazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1994, p. 19. Id., *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241*, *ivi*, 2000, p. 536 ss.

² S. TARULLO, *Il responsabile del procedimento amministrativo: evoluzione storica e prospettive della figura*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, Tomo I, 2015, Napoli, E.S.I., rispettivamente a p. 307, 332 e 340. In questo senso anche E. FREDIANI, *Il modello processuale di Franz Klein: dal conflitto alla funzione di mediazione del responsabile del procedimento*, in *Dir. soc.*, 2017, p. 697 ss.

³ A. ZITO, *Articolo 6, lettera e*, in N. Paolantonio, A. Police, A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, Giappichelli, p. 191.

⁴ G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968, p. 534: «... il potere è l'espressione dell'ordinamento, in quanto riversato nella produzione giuridica; ed è facile allora intendere come esso tenga il posto dell'organo nella sistematica tradizionale: ciò perché la volontà giuridica che troviamo realizzata nella produzione e quindi nel procedimento sostanziale non è che la concretizzazione della norma attraverso l'interesse puntualmente espresso dalla comunità».

stessa persona fisica la competenza istruttoria e quella all'adozione del provvedimento finale; persona che può essere tanto il responsabile del procedimento, ossia il funzionario dell'unità organizzativa cui è stato assegnato il procedimento dal dirigente, quanto il dirigente che abbia assegnato a se medesimo il procedimento in questione⁵. Ciò, in quanto il principio della distinzione tra attività decisionale ed attività istruttoria apparteneva al sistema previgente di riparto delle competenze, in cui l'attività decisionale era tradizionalmente riservata agli organi elettivi di estrazione politica, mentre l'attività istruttoria era invece assegnata all'organo istruttore. Diversamente, con l'introduzione del principio di separazione tra le funzioni di governo e di indirizzo politico, e quelle amministrative e di gestione, si è inteso differenziare le responsabilità politiche degli organi di nomina elettiva dalle responsabilità giuridiche spettanti agli amministratori nell'esercizio di funzioni proprie. Di qui l'ammissibilità della concentrazione delle funzioni istruttorie e decisionali all'interno della medesima figura del responsabile del procedimento, peraltro riconosciuta dall'art. 5 della l. n. 241/1990, e dall'art. 6 lett. e), quali norme – queste ultime – che, tra i compiti del responsabile del procedimento, includono anche l'adozione dell'atto finale «ove egli ne abbia la competenza»⁶.

In questa prospettiva possiamo leggere la massima secondo cui il sistema del procedimento amministrativo, a maggior ragione dopo la modifica dell'art. 6 della l. n. 241/1990 ad opera dell'art. 4, l. n. 15/2005, *valorizza il raccordo tra momento istruttorio e quello decisionale*, tanto da imporre l'onere motivazionale in capo all'organo «competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento» nel caso in cui si discosti «dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento»⁷.

Il titolo del presente scritto richiede di esaminare il momento organizzativo in relazione ai fini ed alle pretese individuali: segnatamente, le pretese dei terzi.

Un primo utile ausilio proviene dalla giurisprudenza, che ha nel corso degli anni posto in particolare risalto l'intensità del carico di obblighi gravanti sulla figura del responsabile sia, in generale, con riguardo alla gestione dell'istruttoria, sia con particolare riferimento a quello che è divenuto un dovere generalizzato, quale quello di soccorso. Quanto al primo aspetto, è affermazione ricorrente che, seppure deve escludersi, con riferimento all'obbligo di cui alla lett. a) dell'art. 6, l. n. 241/1990, un obbligo dell'amministrazione di effet-

⁵ Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 8 luglio 2002, n. 1961.

⁶ Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 29 maggio 2008, n. 5163.

⁷ Queste considerazioni in Cons. Stato, sez. IV, 10 luglio 2014, n. 3514.

tuare complessi accertamenti diretti a ricostruire tutte le vicende riguardanti la legittimazione in capo al soggetto richiedente ovvero a ricercare eventuali limitazioni negoziali alla formale investitura da parte di una collettività, tuttavia è preciso obbligo del responsabile verificare le condizioni di ammissibilità, i requisiti di legittimazione ed i presupposti rilevanti per l'adozione del provvedimento finale⁸. Tali adempimenti sono imprescindibili per la legittimità del provvedimento finale, e si impongono nell'ambito dell'attività istruttoria e preparatoria che il responsabile del procedimento deve sviluppare *anche d'ufficio*⁹.

Ancora, la giurisprudenza non sottace la valenza di principio da riconoscersi all'art. 6, c. 1, lett. b), della l. n. 241/1990, secondo cui il responsabile del procedimento «può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali». La disposizione in esame *generalizza le ragioni del c.d. "soccorso istruttorio" in tutte le attività proceduralizzate* ed evidentemente onera il responsabile dell'istruttoria del compito di richiedere l'integrazione della documentazione che risulti, sì, incompleta, ma per la quale emerga altresì con chiarezza *l'agevole possibilità di procedere al suo perfezionamento*¹⁰.

È il caso, ad esempio della domanda del dipendente per ottenere la riliquidazione dell'indennità di buonuscita redatta su foglio diverso dal modulo predisposto dall'Istituto di previdenza: mera irregolarità, sicché spetta al responsabile del procedimento, secondo la regola collaborativa introdotta dall'art. 6 della l. 241/1990, sollecitare il completamento e la rettifica di ogni elemento della domanda eventualmente carente, non potendosi qualificare tale atto come inefficace¹¹. È questo un principio particolarmente significativo poiché è noto che il soccorso istruttorio onera il responsabile del procedimento del compito di richiedere l'integrazione di documenti ritenuti incompleti nell'ottica della tutela della buona fede e dell'affidamento dei soggetti direttamente coinvolti nell'esercizio dell'attività amministrativa, con l'eccezione, nota, delle procedure concorsuali; occorre cioè che le istanze dei privati rivolte all'amministrazione siano esaminate *per ciò che queste ultime sono nella loro sostanza*, e al di là di ogni rigorismo formale, tutte le volte in cui l'errore materiale eventualmente commesso sia agevolmente riconoscibile e sanabile dall'interessato attraverso una richiesta istruttoria di regolarizzazione (non sempre si parla di intervento officio-

⁸ Cons. Stato, sez. IV, 8 giugno 2011, n. 3508.

⁹ Cons. Stato, sez. VI, 16 aprile 2015, n. 1966.

¹⁰ Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2016, n. 4874. *In thema*, N. SAIITA, *Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, I, Napoli, E.S.I., 2015, p. 391 ss.

¹¹ Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2007, n. 6660.

so). Ciò vale in particolare nei procedimenti amministrativi di tipo non concorsuale, nel cui ambito il principio non soffre le limitazioni discendenti dall'esigenza di tutela della *par condicio* dei concorrenti¹².

Così, anche nei procedimenti che si concludono con un atto concessorio (adottato al di fuori di una procedura ad evidenza pubblica), la giurisprudenza ha avuto modo di sollecitare e sottolineare il dovere di «massima apertura e disponibilità dell'amministrazione al dialogo con il richiedente», mediante la «spontanea istruttoria d'ufficio», quale «sufficiente garanzia del buon funzionamento dell'azione amministrativa». Come indicato dalla dottrina¹³, è a criteri di massima cooperazione che dev'essere informato il comportamento dell'amministrazione nell'esercizio dei relativi poteri al fine di dare al richiedente tutte le possibilità per esporre, illustrare e chiarire le proprie ragioni e per dimostrare il proprio diritto alla concessione; con la conseguenza che il responsabile del procedimento ha il potere-dovere di acquisire d'ufficio (nell'ottica della tutela della buona fede e dell'affidamento del cittadino) ogni elemento utile e di invitare l'interessato a regolarizzare a sua volta la documentazione prodotta, in ossequio ai principi generali di leale cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa¹⁴.

Talvolta si tende a dimenticare che la collaborazione non può essere «a senso unico»: se è cioè vero che l'acquisizione d'ufficio dei documenti da parte del responsabile del procedimento obbedisce a criteri di buona amministrazione ed efficace andamento dei pubblici uffici, oltre che al preciso disposto di un'altra norma fondamentale *in thema*, quale il c. 2 dell'art. 18 della l. n. 241/1990¹⁵, è altrettanto vero che una tale acquisizione comporta un onere di preventiva, espressa e precisa dichiarazione, da parte dell'interessato, degli atti, già in possesso dell'amministrazione, ai quali intenda far rinvio, non potendosi

¹² T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 23 maggio 2018, n. 3382.

¹³ S. TARULLO, *Il responsabile del procedimento*, cit., secondo cui il responsabile deve non solo condurre un'istruttoria completa ed esaustiva, ma anche «ascoltare» i soggetti coinvolti nel procedimento (p. 305) e «relazionarsi con il cittadino in una dimensione genuinamente e pervasivamente collaborativa» (p. 306). Al principio di leale cooperazione si richiama anche A. ZITO, *Op. cit.*, p. 195. V. anche P. LAZZARA, *Il responsabile del procedimento e l'istruttoria*, in AA.VV., *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 272, che qualifica la leale collaborazione come esplicitazione del principio costituzionale di buon andamento. Sul punto, avvertendo della diversità delle procedure concorsuali, anche M. IMMORDINO, M.C. CAVALLARO, N. GULLO, *Il responsabile del procedimento amministrativo*, in *Codice dell'azione amministrativa*, M.A. Sandulli (a cura di), II ed., Milano, Giuffrè, 2017, p. 554.

¹⁴ Cons. Stato, sez. V, 28 luglio 2005, n. 4057.

¹⁵ «I documenti attestanti atti, fatti, qualità e stati soggettivi, necessari per l'istruttoria del procedimento, sono acquisiti d'ufficio quando sono in possesso dell'amministrazione procedente, ovvero sono detenuti, istituzionalmente, da altre pubbliche amministrazioni. L'amministrazione procedente può richiedere agli interessati i soli elementi necessari per la ricerca dei documenti».

configurare, a carico dell'amministrazione, un onere di ricerca «al buio» della documentazione di volta in volta utile per l'interessato stesso, che finirebbe addirittura col porsi in contrasto con lo spirito dei precetti surrichiamati e con le esigenze di trasparenza dell'azione amministrativa, oltre a determinare possibili ed inammissibili situazioni di privilegio per taluni soggetti (per i quali la ricerca si riveli fruttuosa) e di sfavore per gli altri (per i quali l'amministrazione poco o nulla rinvenga)¹⁶.

3. Conflitto di interessi, obbligo di astensione e (inesistenza del) diritto di ricusazione del responsabile; una prospettiva *de jure condendo*

Queste acquisizioni sono sufficientemente sicure. Ma, tenendo fede al tema, si può esser certi che la pretesa ad un'istruttoria esaustiva, imparziale e collaborativa esaurisca, sul piano organizzativo, le pretese degli interessati? Ne dubito, soprattutto con riguardo al tema del conflitto di interessi, oggetto dell'art. 6-*bis* della l. n. 241/1990, a sua volta introdotto dalla l. n. 190/2012, c.d. anticorruzione. In letteratura si scrive che la nomina del responsabile deve ispirarsi a criteri di imparzialità, buon andamento, efficienza, specializzazione, concentrazione e celerità, tenendo conto delle mansioni svolte dai dipendenti e dell'esigenza di valorizzare le competenze maturate e sviluppare nuove specializzazioni: l'atto di nomina sarebbe un «provvedimento organizzativo discrezionale da adottare in modo espresso e motivato», come tale autonomamente ed immediatamente impugnabile, anche da parte dei terzi, che «... in presenza di un conflitto di interessi o di cause di incompatibilità, relative alla persona del responsabile, potrebbero presentare istanza di ricusazione per poi eventualmente impugnare la relativa reiezione»¹⁷.

Sul punto, peraltro, si registra un vuoto normativo. La legge non solo non stabilisce il diritto di ricusazione per un responsabile in conflitto attuale o potenziale di interessi – nozione, quest'ultima, sfuggente – ma non ne prevede alcuna scansione procedimentale. Quanto al problema sostanziale, il Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 50/2016, adotta, all'art. 42, una soluzione ancipite: da un lato prevede che si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della sta-

¹⁶ Cons. Stato, sez. IV, 24 giugno 2003, n. 3801.

¹⁷ P. LAZZARA, *Op. cit.*, p. 267. Prima, in questo senso, anche M. RENNA, *Il responsabile del procedimento nell'organizzazione amministrativa*, p. 31, secondo il quale deve riconoscersi al dirigente «un vero e proprio potere di sostituzione o di avocazione ... nelle ipotesi di astensione o ricusazione, qualora il responsabile o il privato rappresentino al preposto assegnatore motivate ed accertabili ragioni».

zione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione; dall'altra comprende in tale novero un'altra norma aperta, ossia l'art. 7 del d.P.R. 62/2013, che sancisce l'obbligo di astensione del dipendente dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente; l'art. 7 impone l'astensione in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza.

Ebbene, fermo il latissimo orizzonte interpretativo che permea tali disposizioni, sulle quali non si registra ancora una casistica giurisprudenziale sufficientemente analitica, è un fatto che gli articoli da 4 a 6-*bis* della l. 241 non prevedono il diritto dei terzi, coinvolti ad ogni titolo legittimo nel procedimento, di ricusare il responsabile del procedimento che si trovi in una situazione di conflitto di interessi, anche solo potenziale.

L'operatore del diritto deve tener conto del fatto che il diritto di ricusazione è subordinato – almeno nella sua espressione tipica – alla tassativa casistica delle incompatibilità: secondo il Consiglio di Stato sussiste, per evitare l'uso strumentale dell'obbligo d'astensione e della correlata ricusazione, la necessità d'una lettura assai stringente delle norme *ex art. 51 c.p.c.*¹⁸; viceversa, sempre la giurisprudenza avverte che le situazioni di conflitto di interessi non sono tassative, ma possono essere rinvenute, di volta in volta, quando, in relazione alla violazione dei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 Cost., esistano contrasto ed incompatibilità, anche solo potenziali, fra il soggetto e le funzioni che gli vengono attribuite¹⁹.

In difetto del diritto di ricusazione ai terzi non resterebbe che la proposizione di un'istanza di ritiro in autotutela dell'atto di nomina del responsabile, sul quale indubbiamente il dirigente avrà l'obbligo di pronunciarsi e che, ove di

¹⁸ Cons. Stato, sez. III, 2 aprile 2014, n. 1577.

¹⁹ Cons. Stato, sez. III, 6 agosto 2018, n. 4828.

contenuto negativo, sarà indubbiamente impugnabile; ma è un fatto che la previsione di un procedimento di ricasazione *stricto sensu* sarebbe preferibile. La probabile, mancata adozione di un atto del titolare dell'unità organizzativa sull'istanza di ritiro imporrebbe di proporre un ricorso avverso il silenzio-inadempimento imputabile all'amministrazione procedente, ricorso che difficilmente – vista la natura discrezionale del provvedimento di nomina del responsabile – potrebbe essere accompagnato da una ammissibile domanda di accertamento sulla esistenza di un conflitto di interessi²⁰.

In tal senso, anche *de jure condendo*, potrebbe essere auspicabile mutuare alcuni suggerimenti dal c.d. Codice del procedimento amministrativo dell'Unione Europea ReNEUAL (acronimo di *Research Network on EU Administrative Law*)²¹, diffuso negli Stati membri ad opera degli Studiosi del *network*: segnatamente, l'art. III-3 del Libro III, sulle decisioni individuali, prevede non solo che il «funzionario responsabile» – figura introdotta da ReNEUAL proprio sulla falsariga dell'istituto italiano – «... deve comunicare al proprio superiore qualunque interesse finanziario o familiare che possa avere in una decisione e non potrà prendere parte alla sua adozione», ma anche che il medesimo funzionario è tenuto a «... comunicare qualunque altro possibile conflitto di interessi al proprio superiore, il quale deve escludere il funzionario dalla decisione quando risulti compromesso l'imparziale e obiettivo esercizio della sua funzione».

E se fin qui potrebbe obiettarsi che la disciplina sul conflitto di interessi serve adeguatamente alla bisogna, il par. 4 specifica che «qualsiasi parte può richiedere che il funzionario responsabile in conflitto di interessi non prenda parte all'assunzione della decisione. Tale richiesta deve essere formulata non appena possibile, motivata e presentata per iscritto. Il superiore del funzionario, dopo averlo sentito, decide in merito alla sua esclusione dall'adozione della decisione»; il medesimo regime – specifica il par. 5 – si applica a «qualunque altra persona che prenda parte a una decisione per conto di un'autorità pubblica».

Come si vede, si tratta di una disciplina più articolata di quella nostrana, prevedendo anche l'ineludibile momento del contraddittorio con il funzionario responsabile, ed apprezzabilmente estesa a qualunque soggetto che ad ogni titolo possa “prendere parte” alla decisione amministrativa. In questo senso va

²⁰ Anche in ragione del limite di cui all'art. 34, c. 2°, c.p.a., secondo cui «in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati».

²¹ G. della CANANEA, D.U. GALETTA (a cura di), *Codice ReNEUAL del procedimento amministrativo dell'Unione Europea*, E.S., Napoli, 2016.

rammentato che, secondo la giurisprudenza, il conflitto di interessi disciplinato dal Codice dei contratti pubblici (art. 42, d.lgs. n. 50/2016)²² sussiste non solo con riferimento ai dipendenti in senso stretto della stazione appaltante o del prestatore di servizi di cui quest'ultima eventualmente si avvalga, ma anche con riferimento a quanti, in base ad un valido titolo giuridico, siano in grado di validamente impegnare nei confronti dei terzi i propri danti causa o comunque rivestano, di fatto o di diritto, un ruolo tale da poterne obiettivamente influenzare l'attività esterna²³; si tratta peraltro di una norma circoscritta al mondo, pur economicamente rilevante, delle sole commesse pubbliche e difficilmente estensibile in via di *analogia legis* o anche soltanto *iuris*.

4. Conclusione

In conclusione, non pare produttivo elaborare una norma quale quella di cui all'art. 6-*bis* della l. n. 241/90 senza prevedere un rimedio amministrativo per indurre il responsabile dell'unità organizzativa a rimuovere il responsabile dal proprio ruolo, che è quello, tutt'altro che secondario, di fornire all'organo una vera e propria proposta di decisione, in guisa da potersi affermare che la potestà decisionale, ai sensi della lett. e) dell'art. 6, deve ritenersi ripartita tra responsabile ed organo medesimo²⁴, e che il responsabile assume le vesti di un co-decisore, normalmente subordinato gerarchicamente al (ovvero diretto o quanto meno coordinato dal) titolare dell'organo, al quale nondimeno si "affianca", con conseguente ininfluenza endoprocedimentale della relazione di sovra-sottordinazione²⁵.

Del resto, un concreto rimedio per rimuovere dalle proprie funzioni un funzionario responsabile che, pur non versando in situazione di incompatibilità, sia circondato dal sospetto di un conflitto di interessi, è funzionale e, diremmo, indispensabile alla realizzazione effettiva dei valori di buon andamento

²² V., sul punto, il parere del Consiglio di Stato, sez. cons. atti normativi, 5 marzo 2019, n. 667, secondo cui «l'art. 42 [contiene] tre categorie distinte di conflitto di interessi identificabili con sufficiente determinatezza. La prima si verifica ove il soggetto abbia "direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione". La seconda, derivante dal richiamo alle fattispecie tipiche dell'art. 7 del d.P.R. n. 62 del 2013 (coniugio, parentela etc.); la terza derivante anche essa dal richiamo al detto articolo 7, nella parte in cui esso si riferisce alle "gravi ragioni di convenienza". A questa ultima fattispecie va assimilata quella di cui all'art. 6 bis della legge n. 241 del 1990, ovvero "interesse anche potenziale"».

²³ Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2017, n. 3415.

²⁴ A. ZITO, *Op. cit.*, p. 197.

²⁵ M. IMMORDINO, M.C. CAVALLARO, N. GULLO, *Il responsabile del procedimento amministrativo*, cit., p. 548.

ed imparzialità che l'istituto vuole declinare, sia sul versante organizzativo che su quello delle relazioni con i terzi, nella auspicabile prospettiva che le rimostranze, o pretese, di questi, possano essere prese in adeguata considerazione, e non rigettate con una decisione amministrativa, per così dire, "in rito".

SANDRO AMOROSINO

Professore straordinario di Diritto Amministrativo presso

l'Università telematica internazionale UniNettuno

sandroamorosino@gmail.com

POLITICHE DI COESIONE, STRUTTURE AMMINISTRATIVE E MEZZOGIORNO

COHESION POLICIES, ADMINISTRATIVE STRUCTURES AND THE SOUTH

SINTESI

Le regioni meridionali presentano un forte divario economico, sociale ed amministrativo rispetto a quelle del centro nord. La politica di coesione per ridurre il divario è poco efficace da molti anni. Le cause principali sono l'assenza di scelte politiche incisive e le disfunzioni (malfunzionamento) delle amministrazioni dello Stato e delle Regioni nell'attuare i programmi approvati. La possibile attribuzione di maggiori poteri, anche alle Regioni meridionali, in attuazione dell'articolo 116 della Costituzione, sarebbe poco efficace se prima non verranno riorganizzate le pubbliche amministrazioni centrali e regionali.

ABSTRACT

The southern regions have a strong economic, social and administrative gap compared to those in the central-north. Cohesion policy to reduce the gap has been ineffective for many years. The main causes are the absence of incisive political choices and the malfunctioning of the administrations of the State and the Regions in the carry out approved programs. The possible attribution of greater powers, also to the Southern Regions, in implementation of Article 116 of the Constitution, would be ineffective if the central and regional public administrations are not reorganized.

PAROLE CHIAVE: Voto di protesta (nel Sud Italia), Divario (tra Nord e Sud Italia), Politiche di coesione, Disfunzioni delle amministrazioni meridionali, Regionalismo differenziato.

KEYWORDS: Protest rating (in Southern Italy), Gap (between North and South Italy), Cohesion policies, Dysfunctions of southern administrations, Differentiated regionalism.

INDICE: 1. La protesta inascoltata del Mezzogiorno – 2. I tentativi di riavviare la politica di coesione – 3. La complicata struttura del nuovo sistema di gestione degli interventi – 4. Le disfunzioni delle strutture di vertice e dei soggetti attuatori – 5. Lo stallo della politica di coesione e la prospettiva del regionalismo differenziato.

1. La protesta inascoltata del Mezzogiorno

I risultati delle elezioni politiche 2018 nelle regioni meridionali avevano mostrato, tra l'altro, una contraddizione tra un voto unanimemente qualificato di protesta contro i partiti che hanno gestito il potere negli ultimi decenni ed una certa ripresa, che pure innegabilmente vi era stata, della politica meridionalistica da parte dei governi di centrosinistra (2013 – 2017).

Gli elettori avevano di fatto ignorato le misure adottate, in sede legislativa e poi amministrativa, per riavviare una politica meridionalistica, dopo la stasi dei decenni precedenti, segnati soltanto da slogan propagandistici.

Un anno dopo, alcune elezioni regionali, e poi le elezioni europee hanno testimoniato il permanere della domanda insoddisfatta di un sostanziale cambiamento, da parte dei cittadini del Sud, delusi dall'assenza di qualsiasi iniziativa da parte del movimento sul quale avevano riversato le proprie speranze.

Le cause del perdurante, vistoso scollamento tra classe politica “governativa” e “*sentiment*” degli elettorati meridionali (pur diversi tra loro) sono molteplici, in parte estranee al contenuto ed alla scarsa efficacia concreta delle politiche avviate nel 2013 – 2017 (dovuta soprattutto dall'insostenibile lentezza, e quindi ineffettività, dei meccanismi operativi previsti).

Nel 2018 – 2019 vi è stata, invece, la constatazione dell'inesistenza di qualsiasi iniziativa.

È appena il caso di ricordare che lo “scollamento meridionale” si inserisce in un *contesto più generale*: di sradicamento territoriale dei parlamentari; di liquefazione delle strutture locali dei partiti; di regressione culturale, politica e civile, moltiplicata dal web e caratterizzata – al contempo – dal narcisismo¹, dal rancore lagnoso e dall'invidia sociale².

Un “brodo di cultura” rafforzato, nel Sud, da alcuni *deficit strutturali* mai colmati. Innanzitutto, l'*inefficienza* pressoché generalizzata del *sistema amministrativo* (regioni, comuni, enti pubblici e società regionali e comunali), sovraccaricato di funzioni dall'improvvida riforma del Titolo V della Costituzione del 2001; inefficienza aggravata dallo scadimento delle classi amministrative, costituite sempre più da cordate di potere a base clientelare-localistica, tenute insieme dalle contese per la conquista di cariche e, mediamente, di risorse pubbliche.

Venuto meno, da tempo, il collante d'un qualsiasi progetto politico di sviluppo – statale e regionale – le classi amministrative regionali si caratterizza-

¹ G. ORSINA, *La democrazia del narcisismo*, Venezia 2018, ult. cap..

² G. DE RITA, *Dopo l'onda del rancore si rischia l'appiattimento*, Corriere della Sera 25 luglio 2018.

no – soprattutto nella percezione popolare – per l’ “assalto alla diligenza” delle risorse finanziarie (appalti pubblici di servizi, forniture e lavori, spesso assegnati a società “schermo” di esponenti locali) e degli incarichi ed impieghi pubblici, specie nella sanità [esemplare, in negativo, il degrado istituzionale della Basilicata, che trent’anni fa era indicata da M.S. Giannini come la meglio amministrata delle regioni meridionali]; ciò spiega il rigetto nei confronti della vecchia politica, ma subito dopo nei confronti delle promesse miracolistiche.

In secondo luogo il persistente divario di attrezzature territoriali e di reti telematiche, cui, peraltro, si era iniziato a porre mano negli anni più recenti (ad esempio: rimettendo in moto la costruzione della ferrovia AV Napoli – Bari, completando la Salerno – Reggio Calabria ed avviando la realizzazione della “banda larga”).

In terzo luogo il deficit di *cultura civica*, dovuto sia a retaggi storici, sia alle crescenti disfunzioni del sistema dell’istruzione, che della cultura civica è la base.

Non mancano strutture formative di eccellenza – licei, università ed istituzioni culturali – né il moltiplicarsi di iniziative che testimoniano la *resilienza* della società meridionale, ma che non sempre riescono a “fare sistema” (come è avvenuto, invece, a Palermo per il programma della “Capitale italiana della cultura 2018” ed a Matera, “Capitale europea della cultura 2019”).

2. I tentativi di riavviare la politica di coesione.

Negli anni più recenti, mentre il sistema politico – amministrativo regionale/locale degradava e la crisi economica incrudeliva anche sul fragile sistema produttivo meridionale, qualcosa a livello statale si era pur mosso.

Molti fattori avevano concorso a far capire alla classe politica nazionale la necessità ed urgenza di una politica attiva di *coesione*, mirata non solo al Mezzogiorno, sostanziata di misure di organizzazione e di sostegno attivo anticicliche:

I) la progressiva riduzione dei trasferimenti finanziari da parte dello Stato verso le Regioni e gli enti locali;

II) l’esigenza, in un quadro di forte stretta finanziaria, di razionalizzare e finalizzare l’impiego delle risorse di fonte pubblica, soprattutto dell’Unione europea, destinate alla coesione, spesso inutilizzate o disperse in mille rivoli, pure se le leggi di bilancio degli ultimi vent’anni hanno concentrato nel CIPE le più rilevanti decisioni di allocazione delle risorse per investimenti;

III) il mutamento – di “derivazione europea” – della *mission*: dalla politica di sviluppo alla politica di coesione³, che della prima è ben più che un’evoluzione, perché riguarda tutti i territori “sfavoriti” o in crisi.

La determinante regolatoria europea ha imposto l’abbandono degli aiuti di Stato “a pioggia” ammettendo solo cofinanziamenti selettivi di progetti e programmi riconducibili alle politiche di coesione dell’UE e, al di fuori di esse, di interventi in campi ben delimitati (ad esempio: la valorizzazione dei beni culturali);

IV) il crescente disagio sociale generato dalla massiccia disoccupazione, giovanile e di ritorno, dal degrado delle aree urbane e dall’abbandono ed invecchiamento delle aree interne⁴.

3. La complicata struttura del nuovo sistema di gestione degli interventi.

Il concorso di questi fattori ed il succedersi, all’ufficio di ministro (senza portafoglio) per la coesione territoriale, di tecnici “prestati alla politica” – Barca, Trigilia e De Vincenti – avevano consentito di avviare una fase in cui si era cercato di far riprendere allo Stato la barra delle azioni legislative ed amministrative di coesione, tentando di affermare, nei confronti dei ministeri “pesanti” – MEF e MISE – la necessità ed urgenza di una politica dotata di strumenti di intervento nelle situazioni più critiche, localizzate nel centro nord e, maggiormente, nel Sud.

Al contempo, sul versante organizzativo, si era tentato di riprendere i capi dei mille fili delle politiche di settore nazionali, specie infrastrutturali, ed europee, articolate in una pluralità di fondi, da cui attingono una galassia di progetti regionali.

Il lavoro di censire, coordinare e razionalizzare i mille rivi degli interventi e dei finanziamenti era stato accompagnato dalla creazione di strutture centrali “dedicate”: il Dipartimento per le politiche di coesione, incardinato nella Presidenza del Consiglio, e, come organismo tecnico di supporto, l’Agenzia per la coesione territoriale, nonché ben due nuclei di valutazione: NUVAD e NUVEC. Ad essi si aggiungevano, “sulla carta”, una “cabina di regia”, sede di mediazione politica tra Ministeri, Regioni e Città metropolitane,

³ S. CASSESE, *Dallo sviluppo alla coesione: storia e disciplina vigente dell’intervento pubblico per le aree insufficientemente sviluppate* in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n. 2/2018, pp. 579 ss..

⁴ C. DE VINCENTI, *La questione meridionale oggi. Una nuova visione del Mezzogiorno* in G. COCCO E A. LEPORE (a cura di), *Il risveglio del Mezzogiorno*, Roma-Bari 2018, pp. XIII ss..

nonché – come “braccio operativo” – alcune società pubbliche (Invitalia e le sue controllate).

Il complesso Ministro/Cabina di regia/Dipartimento/Agenzia intendeva ridare centralità allo Stato quale sede di mediazione politica, coordinamento preventivo ed impulso dei diversi piani e progetti e monitoraggio della loro attuazione da parte di regioni, enti locali ed altri organismi, pubblici (consorzi) o misti (società).

Nel nuovo modello gli *insiemi* di interventi – relativi alle varie aree territoriali o ai diversi obiettivi – devono essere definiti essenzialmente a mezzo di vari tipi di accordi tra Stato e soggetti regionali-locali: patti per lo sviluppo, piani operativi e piani stralcio, succedanei dei contratti di programma e dei patti territoriali della vecchia contrattazione programmata. All’attuazione degli accordi presiedono altrettanti comitati di sorveglianza.

La maggior parte degli accordi stipulati, piuttosto generici, ha avuto ad oggetto l’allocazione di risorse europee e nazionali in funzione di coesione.

Parallelamente una funzione anche “meridionalistica” era stata assegnata al Piano nazionale “Industria 4.0.”, le cui principali misure finanziarie erano il “Super” ed “Iperammortamento”, il credito d’imposta per gli investimenti in R&S e la c.d. “Nuova Sabatini”, vale a dire l’agevolazione agli investimenti per acquistare beni strumentali e tecnologici. Tale piano, inizialmente non rifinanziato dal Governo Conte (2018 – 2019), sembra in corso di “ripescaggio”.

Infine – per completare il quadro – specificamente dedicate alla ripresa del Mezzogiorno erano state altre misure finanziarie ed organizzative: gli esoneri contributivi per le nuove assunzioni, il sostegno alla nuova imprenditorialità giovanile (cd “*Resto al Sud*”) e l’istituzione delle Zone Economiche Speciali – ZES⁵.

4. Le disfunzioni delle strutture di vertice e dei soggetti attuatori.

La complicata architettura soprarichiamata ha presentato, nella realtà operativa, gradi di efficienza differenziati, ma comunque insufficienti, relativamente ai quattro grandi “aggregati” d’intervento stratificatisi negli ultimi anni.

Il *primo* – che fa riferimento soprattutto alle deliberazioni, da parte del CIPE, di progetti pluriennali di investimento in infrastrutture, tradizionali e tecnologiche, e nella ricerca – è stato reso più efficiente, ma sconta in partenza

⁵ S. PREZIOSO e G. SERVIDIO, *La difficile interazione tra economia e politica industriale: alcune riflessioni alla luce della «lunga crisi»* in AA.VV., *Il risveglio del Mezzogiorno*, cit., p. 132.

un elevato tasso di incertezza dovendo, anno per anno, trovare “avventurosamente” copertura nelle sempre più “imprevedibili” leggi di stabilità.

Il *secondo*, relativo alle politiche ed agli svariati interventi di coesione, registra tuttora un inaccettabile tasso di inattuazione di progetti e programmi finanziati: l'Italia è all'ultimo posto, tra tutti i Paesi dell'UE, per capacità di spesa delle risorse che la Commissione ha destinato allo sviluppo delle regioni europee⁶.

Le cause di questo ormai trentennale primato negativo sono varie, naturalmente, ma la prima e maggiore è la macchinosità, lentezza e disfunzionalità del sistema amministrativo, centrale e regionale, che dovrebbe gestirle.

Il *barocchismo consociativistico* delle strutture organizzative centrali, sommato all'assenza di volontà politica, alla conclamata inadeguatezza delle amministrazioni “periferiche” ed alla labilità dei meccanismi correttivi (commissariamenti) e sanzionatori, pur previsti sulla carta nelle varie specie di accordi, ha dato come risultato un elevato grado di inefficienza.

Questa constatazione di sintesi testimonia l'estrema difficoltà di incidere su disfunzioni strutturali, in parte note da un quarantennio (dal “*Rapporto Gianini sulla P.A.*”, 1979), ma – in seconda battuta – rivela anche i limiti, culturali e politici, dell'approccio seguito negli anni 2013-2017.

Vi è stato e vi è un *deficit* di decisionismo democratico, cioè di esercizio del potere e di responsabilità diretta per l'omesso, o cattivo, uso del potere stesso ed una irrealistica valutazione della capacità operativa dei soggetti pubblici coinvolti.

Si potrebbe obiettare che il contesto istituzionale non consente accelerazioni, né decisionismi, ma solo concertazioni e sollecitazioni gentili (*nudges*).

Si tratterebbe, tuttavia, di un'obiezione rinunciataria e fatalistica.

Innanzitutto perché la Costituzione – all'art. 119, comma 5 – prevede che «*Per promuovere lo sviluppo economico, la coesione...per rimuovere gli squilibri economici e sociali...lo Stato destina risorse aggiuntive ed effettua interventi speciali in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni*».

La disposizione va coordinata con l'art. 120, comma 2, giusta il quale «*Il Governo può sostituirsi ad organi delle Regioni, Città Metropolitane, Province e Comuni nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali*” [in primo luogo europei...] “*ovvero quando lo richiedono...la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali...*»

⁶ F. GRILLO, *Sud, l'Europa si allontana. Le tre svolte necessarie*, Corriere della sera, 27 luglio 2018.

Non sembra dubbio che – fermo restando il principio di leale collaborazione interistituzionale – l’effettiva realizzazione dei piani e programmi ordinati alla coesione inerisca sia alla correttezza ed effettività dell’impiego dei Fondi europei di coesione, sia ai livelli essenziali *reali* delle prestazioni che formano oggetto dei piani e programmi d’intervento.

L’attribuzione allo Stato di poteri sostitutivi trova altresì “copertura costituzionale” nell’art. 118, comma 4: il principio di sussidiarietà verticale⁷, *dovrebbe* “entrare in gioco” allorché le amministrazioni regionali e locali non riescono a rendere efficacemente le loro funzioni. Si usa il condizionale perché mancano sia la volontà politica sia le strutture sostitutive di quelle disfunzionali.

5. Lo stallo della politica di coesione e la prospettiva del regionalismo differenziato.

Le evoluzioni più recenti non inducono all’ottimismo: il biennio 2018/2019 è stato ed è, per il Mezzogiorno, un periodo di *stallo* delle politiche pubbliche di intervento, surrogate da interventi assistenzialistici (reddito di cittadinanza) che non possono convertirsi in promozione dell’occupazione, a causa dell’imprevidenza organizzativa e dell’assenza di politiche organiche del lavoro.

Sul versante politico-istituzionale il processo di attuazione dell’art. 116 Cost., che – come noto – prefigura un regionalismo rafforzato e differenziato, è stato avviato in modo assai superficiale – con la rivendicazione di funzioni ora statali – al quale fa da contrappunto un’opposizione meramente deprecatoria incentrata, sulla minacciata “rottura dell’Unità nazionale” e sull’“abbandono del Sud”.

Appare del tutto ignorato il *bilanciamento* – imposto da una lettura sistematica degli artt. 116-120 della Costituzione – tra il rafforzamento dell’autonomia delle regioni più efficienti, la messa in campo di una robusta ed efficace politica di coesione e la riserva allo Stato del ruolo di mediazione, decisione e controllo.

In questo scenario, comunque vada a finire in sede politica la vicenda dell’art. 116 – con un nulla di fatto o un accordo abbracciato – il Mezzogiorno rischia di essere destinato a rimanere “in mezzo al guado”.

⁷ v. T.E. Frosini, *Sussidiarietà (principio di) (diritto costituzionale)* in *Enc. Dir. Annali II, tomo 2*, Milano 2008, pp. 1133 ss..

BIAGIO GILIBERTI

Professore associato di diritto amministrativo presso l'*Universitas Mercatorum*

bgiliberti@gop.it

**L'AMMINISTRARE IN SENSO OGGETTIVO TRA LIBERTÀ
E FUNZIONE. RIFLESSIONI A MARGINE DI UN
RECENTE CASO IN MATERIA DI LIBERE UNIVERSITÀ**

**THE OBJECTIVE ADMINISTRATION BETWEEN
FREEDOM AND FUNCTION. REFLECTIONS ON A
RECENT CASE IN THE FIELD OF FREE UNIVERSITIES**

SINTESI

Stando alle raffigurazioni più decise dell'art. 118 Cost., il principio di sussidiarietà individua la prima dimensione organizzativa pubblica non nell'apparato amministrativo istituzionale ma nei consociati e nelle comunità di consociati che compongono la società (sia che si tratti di servizi che di funzioni amministrative).

Un simile riconoscimento, seppure correttamente reclama tutta l'accoratezza del caso in nome dei principi di buon andamento e imparzialità amministrativa (art. 97 Cost.), non dovrebbe trascurare, al polo opposto, che lo statuto fondamentale del cittadino e delle sue organizzazioni sociali sia costituito dalla libertà.

Per questa ragione, anche nel regolamentare l'esercizio privato di attività di interesse generale, il legislatore dovrebbe limitare il proprio intervento alla definizione di regole proporzionate, che raggiungano l'intento pubblico perseguito limitando nei limiti dello stretto indispensabile la libertà dei privati.

Legislazioni elaborate in tempi risalenti e relative prassi interpretative stratificatesi nel tempo, tuttavia, dimostrano come sovente la costruzione del posizionamento istituzionale dei cittadini nel disegno organizzativo pubblico non risponda ai canoni appena illustrati, con conseguente limitazione delle loro libertà pur in assenza di apprezzabili motivazioni di pubblico interesse.

Al contempo, contropinte sociali dimostrano la propensione fisiologica dei cittadini a reclamare maggiori spazi di libertà: è questo il caso delle libere università che il Consiglio di Stato – sovvertendo tradizionali qualificazioni in termini di enti pubblici non economici o, comunque, come enti *no profit* – ha ammesso ad operare in forma lucrativa.

ABSTRACT

According to the most decisive representations of article 118 of the Constitution, the principle of subsidiarity identifies the first public organizational dimension not in the institutional administrative apparatus but in the citizens and in the citizens communities, whether in case of services of general interest or administrative functions.

Such recognition, although correctly demands all the accuracy in the name of efficacy and administrative impartiality (article 97 of the Constitution), should not neglect, at the opposite pole, that the fundamental status of the citizen and his organizations is the freedom.

For this reason, even in regulating the private exercise of general interest activities, the legislator should limit his intervention to the definition of proportionate rules, able to reach the public aim pursued by limiting the freedom of private individuals to the extent strictly necessary.

Legislation drawn up in the past and related interpretative practices stratified over time, however, show how the construction of the institutional position of the citizens does not respond to the just illustrated canons, with limitation of their freedoms in the absence of appreciable reasons of public interest.

At the same time, social counter-thrusts demonstrate the physiological propensity of citizens to demand greater spaces of freedom: this is the case of free universities that the Council of State - subverting traditional qualifications in terms of non-economic public bodies or, in any case, as non-profit bodies - has admitted to operate in lucrative form.

PAROLE CHIAVE: attività di interesse generale – sussidiarietà – libertà costituzionali – organizzazioni private – principio di libera organizzazione – Università.

KEYWORDS: activities of general interest - subsidiarity - constitutional freedoms – private organizations - principle of free organization – Universities.

INDICE: 1. Introduzione: i cittadini esercenti attività di interesse generale tra libertà e funzione - 2. Sulla legislazione vigente in materia di università private - 3. Le Università private: enti pubblici economici e organismi di diritto pubblico - 4. Le Università private tra tradizione no profit e natura lucrativa.

1. Introduzione: i cittadini esercenti attività di interesse generale tra libertà e funzione

Soffermarsi ancora sul quel complesso fenomeno storico, ideologico e normativo convenzionalmente definito quale esercizio privato di pubbliche funzioni potrebbe apparire quanto meno sorprendente a quasi diciannove anni dalla riforma dell'art. 118 Cost. (art. 4, comma 1 l. Cost. 18 novembre 2001, n. 3) e, soprattutto, alla luce dei profondi studi elaborati a valle di essa in materia

di sussidiarietà orizzontale¹. L'esigenza di ritornare su queste categorie teoriche, tuttavia, discende da un'osservazione forse banale nella sua semplicità e, tuttavia, proprio per questa ragione, assai chiara. Il fascino stesso degli studi in materia di organizzazione amministrativa (ma al contempo le ragioni della loro complessità) risiede essenzialmente nell'essere questo settore, più di altri, ontologicamente cangiante e mutevole nel tempo. Nel dir ciò, si precisa, non ci si intende riferire ai ricorrenti fatti di cronaca normativa che, ciclicamente, testimoniano l'utilitarismo - e la sostanziale incostanza - del legislatore nel maneggiare l'organizzazione pubblica nel suo insieme (con ciò sottintendendo - e reiterando - la cultura propria di un retaggio che, per quanto complessivamente costituzionale, mantiene comunque connotazioni regali). Consci, piuttosto, di un simile stato delle cose, che suggerisce la realistica presa d'atto di una sostanziale, irriducibilità sistematica della materia (purtroppo non solo storica), ci si intende porre, forse proprio in contrapposizione, in una prospettiva simmetricamente opposta, andando alla ricerca di eventuali contropunte sociali che interessino il fenomeno organizzativo pubblico, assoggettandolo a stimoli di discussione e riassetto². Nel dir ciò non sfugge evidentemente che la scelta di cimentarsi con il problema dell'organizzazione pubblica da un simile angolo di

¹ Cfr. anzitutto A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, Giappichelli, 2005.

Cfr. G. PASTORI, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, Cedam, 2004; G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in Aa.Vv. ., *Scritti in onore di G. Berti*, Vol. II, Napoli, Jovene, 2005, p. 1759; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir.amm.)*, in *Enc. Giur.*, agg. XII, 2004; P. DURET, *La sussidiarietà «orizzontale»: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, p. 95; ID., *La giustizia dell'«amministrare»: riflessioni preliminari nel solco della sussidiarietà*, in *Jus*, 2009, p. 517; G. FALCON, *Autonomia amministrativa e principio di sussidiarietà*, in *Dir. soc.*, 1998, p. 279; S. CASSESE, *L'Aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in F.A. Roversi Monaco (a cura di), *Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni, Atti del Convegno per il 40° della Scuola di Specializzazione in Diritto Amministrativo e Scienza dell'Amministrazione* (Bologna, 1995), Rimini, Maggioli, 1997, p. 73 nonché in *Foro it.*, 1995, p. 373; G. BERTI, *Considerazioni sul principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 1994, p. 405; R. BIN, *La sussidiarietà «orizzontale»: alla ricerca dei soggetti «privati»*, in *Istit. Feder.*, 1999, p. 5; M. CAMMELLI, *La sussidiarietà presa sul serio*, in *Il Mulino*, 2000, p. 447; ID., *Principio di sussidiarietà e sistema delle amministrazioni pubbliche*, in *Quaderni Regionali*, 2002, p. 453; G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 5; T.E. FROSINI, *Sussidiarietà (principio di) (dir. cost.)*, in *Enc. Dir., Annali*, 2007, p. 1133; F. GIGLIONI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nel diritto amministrativo e la sua applicazione*, in *Foro amm. CDS*, 2009, p. 2909; L. GRIMALDI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale*, Bari, Cacucci, 2006; E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 267; V. GUIZZI, *Sussidiarietà (dir. CE)*, in *Enc. giur.*, 2000, 5; L. SICO, *Sussidiarietà (principio di sussidiarietà) (diritto comunitario)*, in *Enc. dir.*, 2001, agg. V, 2001, p. 1063.

² Tentativo operato dalla dottrina, sin dalla fine degli anni sessanta del secolo scorso, nell'individuare percorsi giuridici volti a riguardare l'amministrazione, sotto il profilo dell'organizzazione, sia come fatto organizzato sia come fatto organizzante, cfr. G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968, p. 369 ss.

visuale necessiti di dover essere spiegata a tutti i livelli. In chiave di prima approssimazione, dunque senza alcuna pretesa di tecnicismo, si fa riferimento al fenomeno – invero storicamente coesistente al rapporto tra società e attività di interesse generale – di costante propensione della prima (la società) ad assumere e condurre, nelle forme ritenute più appropriate, le seconde (le attività di interesse generale). Ciò senza avvertire - o, comunque, tendenzialmente mal sopportando - la necessità di preventive legittimazioni formali o dell'approntamento di regimi regolatori ma considerando le seconde, in definitiva, quale propria connaturale prerogativa. Da questo punto di vista (*id est* la costante aspirazione appena evidenziata), non è tanto rilevante – come invero sembrerebbe possibile, almeno per una parte della dottrina³, anche ai sensi dell'art. 118, comma 4 Cost.⁴ – indugiare sul se tra le attività di interesse generale si annoverino solo servizi (con ciò riferendosi ad attività essenzialmente materiali) ovvero anche funzioni amministrative (con ciò riferendosi ad attività connotate dall'esercizio di potere pubblico)⁵, ugualmente riscontrandosi la propensione dei gruppi sociali a farsene carico nell'anzidetta prospettiva. Si pensi, per stare a degli esempi che rendano la dimensione storica e, per certi versi, ontologica, della vicenda da un lato all'esercizio dei pubblici servizi locali, dall'altro all'espletamento di funzioni amministrative in materia di previdenza e assistenza da parte degli ordini professionali ovvero alla cura del territorio e dei suoi interessi economici ed industriali da parte di consorzi di cittadini⁶.

Ovviamente, il riconoscimento, esclusivo e (tendenzialmente) deregolato, di una spettanza costituzionalmente necessitata delle attività di interesse generale in favore delle libere organizzazioni sociali costituisce l'estremizzazione di una propensione che non trova riscontro nella storia (anche moderna) dell'organizzazione pubblica, specie a fronte delle facoltà regolatorie di cui il legislatore, ieri come oggi, è certamente detentore.

³ Cfr. A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit., p. 142: «il legislatore è tenuto a definire i presupposti che legittimano l'amministrazione a conferire ai privati funzioni e compiti pubblici [...]».

⁴ Cfr. G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 55: «La piena valorizzazione del principio spingerebbe inoltre a preferire una lettura della formula "attività di interesse generale" non limitata alle attività consistenti in operazioni e prestazioni materiali, ma estesa, almeno in termini potenziali, ad attività giuridiche rette dal diritto pubblico»; P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, Cedam, 2004, p. 70. *Contra* V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà*, cit., p. 4.

⁵ Cfr. G. PASTORI, *La funzione amministrativa nell'odierno quadro costituzionale*, oggi in ID., *Scritti Giuridici*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, Vol. II, p. 785.

⁶ Cfr. A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit., p. 231 nonché p. 276.

Non nella storia meno recente storia dell'interpretazione costituzionale e della dommatica di diritto amministrativo perché queste, piuttosto che assecondare la realizzazione, anche solo tendenziale, di quella aspirazione, sebbene non l'abbiano negata (né avrebbero potuto), l'hanno certamente marginalizzata, collocando il fenomeno della partecipazione del cittadino e delle sue formazioni sociali alla gestione della *res publica* amministrativa ai margini sistematici del disegno organizzativo pubblico (specie in caso di gestione di funzioni pubbliche in senso tecnico)⁷. In quest'ottica, il ricorso stesso all'espressione «*esercizio privato di pubbliche funzioni*», sottintendendo basilamente una nozione soggettivistica di queste ultime⁸, pare costituire elemento sintomatico di una ben precisa visione, frutto di altrettanto ben precisi - ma eterogenei eppur convergenti - intendimenti ideologici, elaborati vuoi in nome del monopolio amministrativo statale del potere e dei servizi pubblici in continuità con la sovranità regia, vuoi dell'idea che le istanze sociali di partecipazione al fenomeno organizzativo pubblico possano trovare cura e realizzarsi solo all'interno dell'organizzazione pubblica soggettivamente intesa (l'unica in grado di garantire imparzialità e buon andamento, a fronte della naturale propensione dell'individuo al profitto e all'egoismo)⁹. In questo clima, non par dubbio - e si avrà modo di porlo debitamente in risalto nel seguito - che molte delle libertà private dal rilievo pubblico di cui la Costituzione è disseminata (quelle di cui all'art. 33 Cost. per stare ad un esempio) siano rimaste contratte, sovente in una linea di sorprendente ma sostanziale continuità tra visioni corporativistiche e visioni (si ritiene) solo apparentemente costituzionali¹⁰. Stesse considerazioni possono farsi per l'esercizio privato di pubbliche funzioni (intese in senso tecnico), il quale concepito dogmaticamente quale fenomeno frutto di eredità storica è finito alle

⁷ Cfr. L. GIANI, *L'organizzazione amministrativa*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 157; M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2000, pp.140; 229; G. CORSO, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2014; G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2014, p. 93; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 312; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 307.

⁸ Cfr. G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Vol. II, parte III, Milano, Società Editrice Libreria, 1920, p. 235; G. MIELE, *Pubblico servizio e pubblica funzione*, in *Arch. giur.*, 1933, XXVI, p. 172; A. AZZENA, *Esercizio privato di pubbliche funzioni e di pubblici servizi*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, 1991, p. 165; M.S. GIANNINI, *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enc. Dir.*, XV, 1966, p. 685.

⁹ Cfr. G. PASTORI, *Amministrazione pubblica*, oggi in ID., *cit.*, Vol. I, p. 205; ID., *Amministrazione pubblica*, oggi in ID., *cit.*, Vol. I, 205; ID., *La pubblica amministrazione*, oggi in ID., *cit.*, Vol. II, p. 599.

¹⁰ Cfr. S. CASSESE, *Stato e popolo nella storia italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, p. 427; ID., *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 389.

volte per essere trattato come un ingombro nelle sistematiche organizzative pubbliche meno recenti¹¹.

Come segnalato innanzi, il riconoscimento, nei termini anzidetti, dell'aspirazione delle libere organizzazioni sociali ad esercire attività di interesse generale in un regime di sostanziale libertà non trova riscontro nemmeno nelle facoltà regolatorie del legislatore, dal momento che questi continua a detenere un potere normativo generale, a determinate condizioni insindacabile e, in linea di principio, certamente indispensabile al fine della conformazione al pubblico interesse delle attività di pubblico rilievo, specie alla luce del principio di legalità quale fondamento necessitato dei poteri pubblici a chicchessia assegnati.

Quel che è certo, tuttavia, è che gli studi condotti sulla riforma dell'art. 118 Cost.¹² - dando piena valorizzazione alla sussidiarietà orizzontale del comma 4¹³, all'unisono invero con l'elaborazione già disponibile in tema di servizi pubblici in senso oggettivo alla luce della convergenza tra gli artt. 2, 41 e 43 Cost.¹⁴ - hanno consentito di appurare, nonostante la particolare prudenza del testo costituzionale (è favorita «l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà»), come la prima dimensione organizzativa pubblica – sia che si tratti, ancora una volta, di servizi che di funzioni – sia costituita non dall'apparato amministrativo istituzionale ma dai consociati o dalle comunità di consociati che compongono la società¹⁵. Più in concreto, e pur nella consapevolezza degli indispensabili adattamenti dati dalla pregnanza del principio di legalità al cospetto specie dei poteri pubblici, lo schema operativo di questo principio sembra poter coincidere con quello elaborato per i pubblici servizi dalla dottrina innanzi citata¹⁶ ovvero della tendenziale libertà del mercato¹⁷, della regolazione del mercato nel caso in cui il medesimo non offra adeguate garanzie rispetto alla aspettative

¹¹ Cfr. G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, cit., p. 48.

¹² Cfr. la dottrina – invero, come notato, non unanime - di cui alle note precedenti.

¹³ Cfr. C. MARZUOLI, *Sussidiarietà e libertà*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 93; ID., *La privatizzazione tra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 393.

¹⁴ Cfr. L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001.

¹⁵ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà*, cit., p. 2: «Sul versante dei rapporti tra amministrazione pubblica e iniziativa privata, tra pubblico e privato, se si vuole, il principio opera come quello inteso a valorizzare la sfera privata, laddove questa si possa proficuamente esercitare nell'interesse generale, salvo intervento pubblico a subsidio di essa; e opera perciò, a sua volta, come quello inteso a contenere l'espansione della sfera pubblica, la presenza del pubblico, sia sul versante organizzativo che su quello funzionale, laddove essa è necessaria, a contenere perciò la pervasività, che aveva caratterizzato un lungo periodo della nostra esperienza».

¹⁶ Cfr. L.R. PERFETTI, *Contributo*, cit., p. 175.

¹⁷ Per stare al lessico utilizzato trattando di pubblici servizi. Nel contesto di interesse, viceversa, è conveniente che la terminologia venga adattata e che si parli di formazioni sociali.

pubbliche, della avocazione nella riserva organizzativa pubblica in senso soggettivo in caso di fallimento del mercato. Ovviamente, ragioni storiche e la fisiologica mobilità dei confini tra le singole componenti della citata tripartizione ben giustificano la possibilità di una convivenza tra organizzazioni pubbliche in senso soggettivo e organizzazioni sociali (espressione dello spontaneismo organizzativo della società – art. 2 Cost.) nell'erogazione di attività di interesse generale¹⁸ (si pensi ai settori della sanità e dell'istruzione)¹⁹. Al di là di ciò, è comunque rilevante osservare che la decisione di operare il passaggio da uno ad un altro degli schemi organizzativi che compongono la citata tripartizione (libertà, regolazione, esclusiva) non appartiene al novero delle mere scelte politiche ma è retta dai canoni giuridici della sussidiarietà stessa e, in ultima istanza, della proporzionalità (con ciò offrendosi la misura della delicatezza – e per certi versi della fragilità – di simili vicende di diritto)²⁰.

Mettendo da parte per un attimo quest'ultimo aspetto, non può negarsi, pur nella congerie di una realtà normativa sostanzialmente confusa e disorganica, che tracce dell'impianto appena richiamato siano comunque rinvenibili nella legislazione. E sono tracce di non poco momento, perché segnalano l'evoluzione verso una prospettiva di «*amministrazione diffusa nella società*»²¹. Al

¹⁸ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir.amm.)*, cit., p. 6: «*pur in assenza di un vero e proprio obbligo di astensione a carico degli enti pubblici a fronte di attività private che si svolgano, in determinati settori, anche più proficuamente, è evidente che la sua corretta applicazione comporterà, già nel breve tempo, una riduzione della sfera del «pubblico» nell'esercizio delle attività di interesse generale*».

¹⁹ Di questa tripartizione è, peraltro, interessante evidenziare, sia che si tratti di servizi pubblici (art. 41 Cost.), sia che si discorra di attività di interesse generale nei termini omnicomprendivi anzidetti (art. 118 Cost.), che il riconoscimento originario della spettanza di servizi e di funzioni pubbliche alle formazioni sociali della comunità postula comunque la facoltà che i pubblici poteri soggettivamente e genericamente intesi sottraggano, all'occorrenza, porzioni di attività di interesse generale alla comunità per esercirli in esclusiva. Ciò invero con l'essenziale precisazione, per cui il principio di sussidiarietà «*impedisce al legislatore di pubblicizzare, sia sotto il profilo soggettivo (trasformazione di istituzioni private in enti pubblici) sia sotto il profilo oggettivo (sostituzione di attività private con attività delle pubbliche amministrazioni), settori nei quali l'iniziativa autonoma dei soggetti privati sia presente nella gestione di attività di interesse generale. Si pensi, ad esempio, all'iniziativa privata in materia di assistenza o in materia di attività culturali o di protezione dell'ambiente, attraverso associazioni o fondazioni senza scopo di lucro: presenza questa che in nessun caso può essere rimossa o sostituita dall'intervento pubblico*» (cfr. V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà*, cit., pp. 4-5).

²⁰ Cfr. L. ANTONINI, *Sulla giustiziabilità del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Quaderni cost.*, 2003, p. 635; S. PELLIZZARI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione*, in *Istituzioni del federalismo*, 2011, p. 593.

²¹ Cfr. G. PASTORI, *Tendenze recenti della pubblica amministrazione italiana*, in *Annuario 2009 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, 2010, p. 361, nonché G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, cit., p. 55: «*Insieme alla declinazione verticale, quella orizzontale della sussidiarietà sembra prefigurare una ricostruzione del sistema amministrativo secondo un processo ascendente (bottom-up) che coinvolge nell'esercizio delle funzioni di interesse generale i soggetti privati e quelli*

riguardo, per stare ai più recenti svolgimenti, è certamente il caso di richiamare la ritrazione, almeno rispetto agli impianti del passato, dello Stato dalla gestione diretta di alcune vicende amministrative²², riferendosi, com'è d'uopo, al fenomeno del superamento dei regimi autorizzatori in senso classico, sostituiti da segnalazioni del cittadino comunque denominate²³. Allo stesso tempo, frammenti di una presa di coscienza possono rinvenirsi nel d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 nella scelta non solo di ritirare le società pubbliche da segmenti economici di puro mercato ma soprattutto di richiedere che la loro presenza in settori di economia sociale venga motivata attraverso gli stringenti canoni dell'art. 5 (obbligo di motivazione analitica, connessi ai vincoli di scopo e di attività dell'art. 4).

Nel continuare con le esemplificazioni, tuttavia, è solo apparentemente sorprendente che una delle più significative tracce del percorso che si illustra sia rinvenibile non tanto nella legislazione dell'organizzazione pubblica ma nell'ambito di quella che regola l'esercizio della funzione amministrativa (a dimostrazione del fatto che le questioni che la sussidiarietà orizzontale genera non sono confinate nel solo momento organizzativo, irradiandosi – inevitabilmente - nel disegno dell'azione amministrativa genericamente intesa). È dato osservare, infatti, che, allorquando il legislatore s'è posto il tema dei presidi costituzionali da apporre all'esercizio di pubblici poteri da parte di altri rispetto alle pubbliche amministrazioni, dato per scontato l'indispensabile fondamento del principio di legalità, s'è rivolto al procedimento amministrativo. E così che nella legge sul procedimento amministrativo, all'art. 1 *ter*²⁴, si legge che i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, nonché dei principi dell'ordinamento comunitario, con un livello di garanzia

pubblici se ed in quanto gli uni e gli altri siano in grado di svolgere con criteri di efficacia ed efficienza le funzioni da allocare».

Questa vicenda, d'altronde, pare costituire espressione di *demarchia*, di quel sistema disegnato da F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino, cit.*, in cui il vero collocamento del cittadino in rapporto alla società è dato dalla partecipazione «personale in tutte quelle manifestazioni della sovranità che direttamente o indirettamente possano interessarlo o coinvolgerlo» (p. 62); ID., *L'ordinamento repubblicano*, ed. riv. e aggiorn. a cura di L. BENVENUTI, Padova, Cedam, 1996, 77 laddove si sottolinea che la sfera di libertà che è riconosciuta ai singoli e garantita dalla Costituzione, «fa sì che ogni soggetto debba considerarsi parte attiva dello Stato il quale riconosce e garantisce quella sfera di libertà affinché l'agire dei singoli possa essere di utilità per tutti».

²² Cfr. G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. Amm.*, 2016, p. 207.

²³ Cfr. F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della D.I.A. - S.C.I.A.*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, p. 1223.

²⁴ Cfr. R. DI PACE, *I privati e il procedimento amministrativo*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 183.

non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla legge sul procedimento amministrativo. In questa sede, sebbene non si tratti di momento marginale, non interessa tanto appurare di quanta autonomia effettivamente dispongano i soggetti privati rispetto alle regole poste dalla l. 7 agosto 1990, n. 241 per le pubbliche amministrazioni, quanto piuttosto rilevare che, all'atto di regolare la loro posizione rispetto al procedimento amministrativo, il legislatore ha ritenuto di dover, comunque, scandire l'essenzialità di un distinguo: mentre le pubbliche amministrazioni sono soggette alla l. 241/1990 (nei termini dalla medesima specificati), i privati che esercitino funzioni amministrative sono tenuti solo all'osservanza dei citati principi, potendo modellare la loro azione liberamente con il solo limite di quelli²⁵. Il punto è rilevante dal momento che, volendosi ricercare il fondamento di quel distinguo di principio, non pare che lo si possa ritrovare altrove se non che nel riconoscimento di quell'insopprimibile statuto di libertà che connota l'essenza stessa del cittadino e delle sue formazioni sociali in rapporto con le istituzioni pubbliche e i loro poteri²⁶. Uno statuto di libertà che, se certamente non paralizza il potere conformativo del legislatore, con eguale certezza lo conforma a propria volta, fino a scandire una diversità di principio tra invasività regolatoria del regime applicabile ai cittadini e quello applicabile alle pubbliche amministrazioni pur a parità di oggetto (l'esercizio di pubbliche funzioni)²⁷. Ritorna, dunque, da altra prospettiva (ovverosia dalla teoria della funzione), la tripartizione di regimi posta dalla dottrina innanzi richiamata in materia di organizzazione pubblica in senso oggettivo e la necessità che il passaggio da un

²⁵ Cfr. F. SCIARRETTA, *Le Università Telematiche tra dimensione costituzionale, diritto pubblico e diritto privato*, Bologna, Il Mulino, 2015, p. 58 che registra «la disgregazione della nozione classica di pubblica amministrazione, mettendosi in crisi le precedenti acquisizioni teoriche fondate sulla concezione soggettiva del potere, sulla supremazia delle persone giuridiche pubbliche e sulla specialità del diritto amministrativo. Non di meno, la figura dell'esercizio privato di pubbliche funzioni è rimasta categoria giuridica di incerta sistemazione finché è intervenuto l'art. 1, comma 1-ter, della l. 241/1990 – introdotto dall'art. 1, lett. b, della l. 15/2015 – che ha codificato tale figura, facendola assurgere ad istituto giuridico di carattere generale. [...] La disciplina sostanziale introdotta con l'art. 1, comma 1-ter, della l. 241/1990 è stata completata, sul piano processuale, dall'art. 7, comma 2, del codice del processo amministrativo, che ha devoluto alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo (e non alla giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133 del c.p.a.) gli atti emessi dai privati preposti, a vario titolo, nell'espletamento di compiti amministrativi. [...] Queste disposizioni possono evocare quel modello di amministrazione "oggettivata" elaborato da una eminente e illuminata dottrina, che disconosce qualsiasi qualità soggettiva all'autorità pubblica e predica una sostanziale equiparazione dei diversi soggetti giuridici dell'ordinamento».

²⁶ Cfr. F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1999, oggi in ID., *Scritti giuridici*, Milano, Vita e Pensiero Editrice, 2006, Vol. I, 2016, p. 869; G. PASTORI, *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi: l'attuazione del pluralismo sociale nel trentennio repubblicano*, oggi in ID., *cit.*, Vol. I, 275, nonché ID., *Società e Stato in Italia dal 1948 ad oggi*, in ID., *cit.*, p. 299.

²⁷ Cfr. L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2017, p. 235.

regime all'altro (o, all'occorrenza, la loro sovrapposizione) avvenga in un perimetro che abbia a riferimento la libertà di cui si discute e, di riflesso, la possibilità di incidere su di essa sotto l'egida, e in veritiera applicazione, del principio di proporzionalità²⁸.

Avendo fermi quest'ultimi riferimenti, pare possibile ritornare agli intendimenti innanzi esplicitati, ovverosia all'interesse a vagliare quanto l'organizzazione pubblica, ciclicamente assoggettata alle tensioni normative del legislatore, riceva del pari significativi stimoli dalle formazioni sociali che nell'organizzazione pubblica, oggettivamente intesa, si trovino ad operare. Il senso di quest'indagine (che esemplificativamente si soffermerà su di un recente caso che ha interessato il regime delle libere università) è quello di porre in risalto come – assumendo il significato più pervasivo innanzi condiviso del principio di sussidiarietà – quel che forse resta all'indagine è di appurare²⁹ se la vigente legislazione (spesso elaborata in tempi risalenti) davvero regoli l'operatività dei cittadini nei settori di interesse generale in coerenza con i canoni costituzionali innanzi richiamati (*id est* sostanziale spettanza, in prima battuta, di servizi e funzioni pubbliche alle formazioni sociali, potere normativo a carattere conformativo basato su uguaglianza, buon andamento e proporzionalità, riconoscimento della libertà dell'individuo e delle sue formazioni sociali quale canone fondamentale di esercizio e limite di quel potere conformativo). Ciò in quanto sono proprio eventuali scollamenti tra il quadro normativo primario (anche solo per via delle interpretazioni di esso stratificatesi nel tempo) e l'elaborazione costituzionale offerta innanzi che determinano – come l'esempio che si farà porrà in evidenza – la propensione dei gruppi sociali a reclamare spazi di azione (e, dunque, di libertà) più ampi e, comunque, differenti rispetto al passato.

In questa prospettiva, assume valore esemplificativo degli sviluppi che ancora attende la riflessione in materia di sussidiarietà, quanto molto di recente accaduto in materia di libere università. Con parere n. 1433/2019, trasmesso al MIUR in 14 maggio 2019, il Consiglio di Stato in sede consultiva, in superamento di una pluriennale tradizione esegetica che aveva dapprima configurato le libere università in termini di enti pubblici non economici, e poi comunque

²⁸ Cfr. V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità*, Torino, Giappichelli, 2012; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998.

²⁹ Cfr. A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit., p. 142: «Tale disposizione, con cui si è recepito il principio di sussidiarietà orizzontale, potrà, tra l'altro, portare a reinterpretare – proprio perché costituisce una nuova coordinata costituzionale – non soltanto le altre disposizioni costituzionali che a questa si raccordano, ma anche la legislazione statale e regionale vigente [...]».

riconosciuto la loro natura di enti privati non lucrativi, ha affermato che – ad ordinamento vigente – nessuna norma osta a che la conduzione di università abilitate al rilascio di titoli di studio universitari possa essere svolta in regime di lucratività, assumendo la forma societaria ai sensi delle pertinenti disposizioni del codice civile³⁰.

Diviene, dunque, utile ricostruire il quadro normativo pertinente, onde vagliare in quale contesto normativo-culturale l'idea di un'essenza pubblica o, comunque, non lucrativa sia sorta e si sia affermata e di come, viceversa, sia

³⁰ Prima di entrare nel merito della questione, tuttavia, corre l'obbligo di un'ulteriore osservazione preliminare, molto utile ai fini delle riflessioni che si intendono trattando, esemplificativamente, di libere università.

Se detto della propensione ad intendere il rapporto tra formazioni sociali e attività di interesse generale nei termini e con i vincoli giuridici della tripartizione organizzativa innanzi descritta. Se detto anche di come quella tripartizione – specie alla luce della lettera del comma 4 dell'art. 118 Cost. (ma identiche osservazioni debbono farsi sulla base dell'art. 43 Cost.) – ammetta la possibilità che il legislatore sottragga interamente porzioni di attività di interesse generale alle disponibilità delle formazioni sociali in nome di esigenze pubbliche peculiari (assumendo, in tal modo, regimi di monopolio). Ci si deve chiedere, tuttavia, se detto potere “espropriativo” possa ritenersi sussistente indiscriminatamente (e, dunque, riguardare qualunque attività in rapporto con le pubbliche esigenze selezionate dal legislatore o dai pubblici poteri a ciò delegati) ovvero se ve ne siano alcune che a quel potere si sottraggano, per retaggio storico, collocamento costituzionale e lettera delle norme, dovendosi consequenzialmente riconoscere unicamente la facoltà del legislatore di conformarle, non già di farsene carico in esclusiva. Fosse da darsi una risposta positiva, se ne dovrebbe parlare in termini di attività a libertà rafforzata. Non è questa – si spera comprensibilmente – la sede per un vaglio a tutto campo; basterà piuttosto osservare, in linea con l'esemplificazione che si intende condurre, che questo statuto di libertà rafforzata può essere ragionevolmente riconosciuto alle libere università.

Diversi fattori depongono in tal senso. Anzitutto il collocamento costituzionale delle università delle quali si tratta nel titolo II della parte prima, dedicata ai rapporti etico-sociali, dopo la famiglia e prima della scuola, operando in tal modo il riconoscimento espresso delle università quali formazioni sociali che l'ordinamento costituzionale ha potuto solo riconoscere, non istituire. Ai sensi dell'art. 33, le libere università – oltre che quali formazioni sociali originarie (*id est* non fondate, né legittimate ma, significativamente, solo riconosciute e regolate dallo Stato, art. 2 Cost.) – rilevano altresì quali enti dotati di autonomia, come tali, titolari in via autonoma ed originaria del diritto a rendere istruzione e a praticare ricerca universitaria. In questa prospettiva, lo statuto di libertà e autonomia che la Costituzione riconosce loro pone le libere università ben oltre lo stesso principio della sussidiarietà orizzontale (art. 118 Cost.) dal momento che risulta riconosciuta in loro favore una spettanza originaria (la conduzione di attività di ricerca e didattica), che, a differenza di quanto già rilevato in ordine all'art. 43 Cost. e 118, co. 4 Cost., l'art. 33 Cost. non qualifica come “espropriabile” ma solo come certamente regolabile (comunque in costanza e nel rispetto dei predetti principi di autonomia e libertà originaria). Allo stesso tempo, come correttamente rilevato, «*Il principio della sussidiarietà orizzontale, come sancito del nuovo testo dell'art. 118 Cost., perciò non impedisce l'intervento pubblico in tutti i settori in cui questo è ritenuto necessario sulla base di valutazioni politiche del legislatore (fermo restando che esso è obbligatorio, laddove previsto dalla Costituzione, come nel caso della scuola: art. 33; a prescindere dal fatto che i privati possano più proficuamente operare nei settori stessi)*» (cfr. V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà*, cit., p. 4). Riconduce alla nozione di sussidiarietà orizzontale libertà di assistenza (art. 38 Cost.), di insegnamento e ricerca universitaria (art. 33 Cost.) e di insegnamento scolastico (art. 34 Cost.) P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, cit., p. 49.

stato possibile riconoscerne il superamento, in nome – si anticipa – di una ricostruzione oggettiva dell’ordinamento che concentra il momento regolatorio (e, se del caso, repressivo) pubblico non sulla natura del soggetto esercente attività di interesse generale ma proprio sull’attività in quanto tale.

Si tratta, come si accennava, solo di un esempio, e, tuttavia, si è ritenuto utile prenderlo in considerazione anzitutto perché ha ad oggetto assetti che, si perdoni l’enfasi, non è errato definire plurisecolari e, con essi, visioni divergenti circa il ruolo e le possibilità delle organizzazioni sociali nel contesto generale dell’istruzione universitaria. In questi termini, l’esempio che si è scelto sembra racchiudere in se tutte le tensioni (o, se dir si voglia, le sensibilità) che l’evoluzione dell’ordinamento in senso oggettivo³¹ è in grado di generare e, per questa ragione, è sembrato di cospicuo valore paradigmatico: tradizioni culturali, norme concepite per differenti sistematiche, stratificazioni interpretative, contropunte sociali, ridefinizione del posizionamento dello Stato e dei suoi poteri di governo, indirizzo e controllo tra vecchie (soggettive) e nuove (oggettive) configurazioni istituzionali della pubblica amministrazione.

2. Sulla legislazione vigente in materia di libere università

Si rileva in apertura che, dall’esame del quadro normativo pertinente, non è dato rivenire alcuna disposizione dalla quale possa esplicitamente o implicitamente dirsi affermata la natura pubblica o, comunque, non lucrativa delle università³² private³³. In particolare, una presa di posizione in merito alla forma giuridica delle libere università non pare che possa rinvenirsi nel R.D. 31 agosto 1933, n. 1592, il quale, diversamente, si limita a sancire il principio per cui le

³¹ Cfr. F. BENVENUTI, *L’amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, oggi in ID., *Scritti giuridici, cit.*, vol. IV, p. 3467.

³² In generale sulle università cfr. W. GASPARRI, *Università degli studi*, in *Dig. discipl. pubbl.*, Agg., I, 2000, p. 610; O. SEPE, *Università degli studi. I) Diritto pubblico*, in *Enc. giur.*, XXXII, 1994, p. 1; S. MANZIN MAESTRELLI, *Istruzione superiore*, in *Dig. discipl. pubbl.*, IX, 1994, p. 42.

³³ Ben differente risulta la ricostruzione rinvenibile in F. ELEFANTE, *University business in Italy? Differenti tipi di istituzioni universitarie e relativi regimi. La formazione universitaria come settore for-profit?*, in *Munus*, 2015, p. 168: «In definitiva, allo stato della normativa e degli statuti approvati dal MIUR, le università statali, quelle non statali legalmente riconosciute e quelle telematiche non possono essere se non istituzioni no profit»; «In definitiva, nessuna delle istituzioni universitarie operanti in Italia (cui vanno, ai presenti fini, equiparate gli istituti di ricerca e le scuole superiori ad ordinamento speciale), ad eccezione di alcuni degli istituti AFAM salvaguardati ex art. 11, d.P.R. n. 212/2005, ha natura lucrativa. Il discrimine normativo è operato dal divieto di utilizzo dello stesso nomen università, dalla non autorizzazione di istituzioni universitarie transnazionali a carattere lucrativo, dal mancato riconoscimento di valore legale di un titolo rilasciato da istituzioni culturali diverse. Ed è ovviamente quest’ultimo l’elemento qualificante, atto a tracciare il confine normativamente invalicabile tra istituzioni universitarie ed istituzioni altre in questo settore» (p. 170).

università hanno la personalità giuridica e godono di autonomia amministrativa, didattica e disciplinare.

Si vedrà più avanti quanto il principio autonomistico di cui si connota l'essenza stessa delle università sia stato fortemente rafforzato dalla Costituzione del '48 e dalle riforme successive legislative, con ciò differenziando lo statuto di libertà impresso dalla Costituzione³⁴ rispetto ad una dimensione libertaria sulla quale nemmeno la legislazione corporativistica sentì di poter più di tanto intervenire³⁵.

Esaminando, in ogni caso, il citato regio decreto, ci si avvede di come l'intervento dello Stato nel mondo delle università private non fosse stato apertamente diretto ad imporre alcuna forma giuridica particolare. In particolare, a norma dell'art. 200, il R.D. 1592/1933 prevede tutt'oggi che le libere università possono essere costituite su istanza di uno o più enti promotori, i quali debbono presentare al Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca – MIUR (i) uno schema del relativo statuto, accompagnato da (ii) una relazione motivata e (iii) da un documentato piano finanziario. Quanto agli oneri di natura pubblicistica gravanti sulle università non statali, a norma dell'art. 203 del R.D. 1592/1933, esse sono tenute solo a comunicare “per conoscenza” al MIUR i bilanci preventivi ed i rendiconti consuntivi per ciascun anno d'esercizio. Viceversa le università statali sono tenute, ai sensi dell'art. 59 del R.D. 1592/1933, a presentare annualmente i propri bilanci alla Corte dei Conti per il relativo controllo contabile.

Tale previsione si coordina con il successivo art. 212 del R.D. 1532/1933, che attribuisce al MIUR il potere di sopprimere le università non statali solo quando sia stata accertata: l'insufficienza dei mezzi finanziari o del materiale didattico di cui dispongono; ovvero per ragioni inerenti all'interesse generale degli studi (norma, peraltro, in quest'ultima parte, da ritenersi non più in vigore a seguito delle riforme che hanno interessato la materia a partire dalla entrata in vigore dell'art. 33 della Costituzione)³⁶.

È sintomatico, peraltro, che nell'intero impianto del regio decreto non si rinvenga alcun'altra disposizione repressiva o sanzionatoria attribuita al MIUR

³⁴ Cfr. A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit., p. 155: «Si rinvencono, per vero, anche altre disposizioni costituzionali, sempre contenute nella prima parte della Costituzione – come, l'art. 33, comma 3, Cost., che consente ai privati di istituire scuole e istituti di educazione o l'art. 38, ultimo comma, Cost. che tutela la libertà di assistenza – che riguardano “attività di interesse generale”, le quali possono certamente essere esercitate dai privati in forma di impresa al fine di conseguire un utile».

³⁵ Sulla autonomia universitaria e sul suo regime costituzionale alla luce delle riforme successivamente attuate da parte del legislatore primario cfr. R. CALVANO, *I soggetti della riforma universitaria e la Costituzione. Nuovi profili problematici*, in E. Picozza, A. Police (a cura di), *Competizione e governance del sistema universitario*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 61.

³⁶ Questa, invero, è l'idea di L. FERRARA, *Le università "libere": enti pubblici di dubbia costituzionalità o enti privati autorizzati?*, in V. Cerulli Irelli, G. Morbidelli (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 276, nonché in *Giur. cost.*, 1993, p. 2295.

e certamente alcuna previsione è dato riscontrare che sanzioni l'assunzione della veste societaria. È presumibile, tuttavia, – specie considerando il clima istituzionale e politico in cui la riforma del R.D. 1532/1933 maturò – che, laddove si fosse voluto imporre un determinato statuto organizzativo di carattere pubblico o non lucrativo, una simile scelta avrebbe presumibilmente beneficiato del corredo di una sanzione espressa, che, tuttavia, come osservato, non è dato rinvenire.

Se, dunque, nel R.D. 1532/1933 non si rinviene alcuna presa di posizione espressa in ordine alla forma giuridica delle libere università, lo stesso non può dirsi per i successivi svolgimenti della legislazione, nell'ambito dei quali l'adesione ad una prospettiva di libertà delle forme giuridiche pare rinvenibile. Occorre a tal riguardo rammentare quanto innanzi osservato in ordine alla natura delle università private la cui essenza è di formazioni sociali (i) originarie (*id est* non fondate, né legittimate ma, significativamente, solo riconosciute dallo Stato, art. 2 Cost.), (ii) autonome (art. 33 Cost.) e (iii) come tali, titolari in via autonoma ed originaria del diritto a rendere istruzione e a praticare ricerca universitaria. Ciò sembra discendere dall'art. 33 della Costituzione, il quale solennemente afferma: (i) il principio della libertà dell'insegnamento: «*L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento*» (co. 1), unitamente al (ii) il principio autonomistico, a mente del quale «*Le istituzioni di alta cultura, università ed accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato*» (co. 6). La Costituzione, dunque, non impone alle università private alcuna forma giuridica particolare, limitandosi a riconoscere l'ontologico statuto autonomistico delle medesime (che viene, pertanto, elevato a prerogativa costituzionale). Una prerogativa costituzionale, quella in tema di libertà ed autonomia delle libere università, da intendersi – secondo l'insegnamento della Corte Costituzionale - nel «*senso più ampio*», quale «*autonomia normativa, didattica, scientifica, amministrativa, finanziaria e contabile*» (*cfr.* Corte Costituzionale, 9 novembre 1988, n. 1017).

Come si intende dire subito nel seguito, non solo la Costituzione non pone alcun limite alla libertà delle università private di darsi la forma reputata più congeniale al perseguimento dei propri fini ma detto limite nemmeno può rivenirsi nella legislazione primaria. Piuttosto, quest'ultima, al pari della normativa regolamentare, è fitta di disposizioni (che dovranno essere richiamate), poste a presidio della qualità di ricerca e didattica in ambito universitario, nella prospettiva, innanzi accennata, di contemperare lo statuto di libertà proprio delle università private con le fondamentali esigenze di pubblico interesse connesse alla qualità della ricerca e della didattica universitaria. Ciò a riprova, si ri-

tiene, del fatto che non riscontrandosi l'imposizione legislativa di una specifica di forma giuridica (e.g. non lucrativa) - quale presupposto indispensabile per la conduzione di un'impresa in armonia con i fini sociali - può ritenersi che il legislatore abbia inteso (i) rimettere lo svolgimento di quell'attività alla libera dinamica sociale e (ii) organizzare la tutela del pubblico interesse (*id est*, se si vuole, approntare "*i programmi e i controlli opportuni perché l'iniziativa economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*", art. 41 Cost.) in modo differente.

Diviene in tal modo necessario appurare nel prosieguo in che modo il legislatore - con sintesi tra libertà di iniziativa ("*l'iniziativa economica privata è libera*") e tutela del pubblico interesse alla qualità delle attività universitarie ("*la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'iniziativa economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*") - abbia inteso assicurare la qualità di ricerca e didattica in ambito universitario, prescindendo da condotte impositive di speciali nature giuridiche degli enti privati (*id est* le università private) che quell'attività conducano.

Prima di farlo, tuttavia, resta da verificare in che termini, successivamente all'avvento della Costituzione Repubblicana, il legislatore abbia regolato il fenomeno dell'esercizio dei servizi universitari da parte di soggetti privati. Importante è l'art. 6 della l. 168/1989, il quale ribadisce che "*le università sono dotate di personalità giuridica e, in attuazione dell'articolo 33 della Costituzione, hanno autonomia didattica, scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile: esse si danno ordinamenti autonomi con propri statuti e regolamenti*". Inoltre, sempre ai sensi della norma in esame, "*le università sono disciplinate, oltre che dai rispettivi statuti e regolamenti, esclusivamente da norme legislative che vi operino espresso riferimento*". Il dettato dell'art. 6 rappresenta quindi la declinazione del riconoscimento costituzionale dell'autonomia universitaria, nelle sue espressioni di:

- autonomia normativa: il potere di emanare atti normativi per la propria esistenza aventi valore vincolante con gli statuti e i regolamenti;
- autonomia finanziaria: la capacità dell'ente di poter contare su risorse provenienti da fonti diverse, che possono essere gestite in modo indipendente;
- autonomia didattica: la capacità di determinare e disciplinare i corsi di laurea;
- autonomia organizzativa: capacità di ciascun ateneo organizzarsi nel modo ritenuto più consono al perseguimento delle proprie finalità istituzionali.

L'art. 6, però, prevede anche, riconoscendo si ritiene l'essenza stessa della natura costituzionale delle università private nei termini innanzi illustrati, che in materia non possa operare l'analogia ("*le università sono disciplinate [...] esclusivamente da norme legislative che vi operino espresso riferimento*"). Ai fini di interesse, il

riconoscimento della lucratività degli enti universitari privati, questa disposizione ha carattere rilevante, dal momento che se non sussiste una norma che espressamente limiti il regime autonomistico di queste università, siffatto limite non può essere desunto da percorsi esegetici perché la disciplina applicabile è data “*esclusivamente da norme legislative che vi operino espresso riferimento*”. Questa previsione, in particolare, avvalorata l’idea per cui, in assenza di una disciplina che espressamente ponga un’assimilazione tra operatori pubblici e privati del settore quanto a forma giuridica, un obbligo specifico di forma non può discendere dal fatto che ricerca ed istruzione universitaria siano state storicamente appannaggio tanto di enti pubblici e privati e che, sempre storicamente, si sia operato in regime di non lucratività. In assenza di una previsione espressa, infatti, ciò appare essenzialmente il portato di una stratificazione storica e fattuale, essendo escluso che si tratti del precipitato di alcuna imposizione normativa (la quale, peraltro, dovrebbe giustificarsi in nome di precise esigenze di pubblico rilievo, dunque alla luce del principio di proporzionalità).

Questa impostazione, invero, appare la più consona non solo nei rapporti di esegesi che debbono porsi tra Costituzione e la legge 168/1989 ma anche alla luce di una visione complessiva della legge da ultimo richiamata. Si segnala, in particolare, che, sempre secondo l’art. 6 della l. 168/1989, gli statuti e i regolamenti di ateneo sono deliberati dagli organi competenti dell’università a maggioranza assoluta e sono trasmessi al Ministro che, entro il termine perentorio di sessanta giorni, esercita il controllo di legittimità e di merito nella forma della richiesta motivata di riesame. In assenza di rilievi essi sono emanati dal rettore. Il Ministro può per una sola volta, con proprio decreto, rinviare gli statuti e i regolamenti all’università, indicando le norme illegittime e quelle da riesaminare nel merito. Gli organi competenti dell’università possono non conformarsi ai rilievi di legittimità con deliberazione adottata dalla maggioranza dei tre quinti dei suoi componenti, ovvero ai rilievi di merito con deliberazione adottata dalla maggioranza assoluta. In tal caso il Ministro può ricorrere contro l’atto emanato dal Rettore, in sede di giurisdizione amministrativa per i soli vizi di legittimità.

Questa disposizione ha rilevante valore sistematico perché offre riprova di quanto denso di libertà e mutuo riconoscimento sia il rapporto tra libere università e Stato Italiano, che rileva dunque, come in più punti innanzi osservato, in termini di pari ordinazione, tant’è che il MIUR, in caso di disaccordo con le scelte statutarie operate, non vanta la titolarità dei tipici poteri amministrativi repressivi ma deve rivolgersi al giudice (come un cittadino farebbe a fronte di decisioni amministrative che contesta).

Ciò emerge ancor più chiaramente esaminando la l. 243/1991, nell'ambito della quale i principi autonomistici sono stati ulteriormente rimarcati con specifico riferimento proprio alle università non statali, stabilendosi che esse “operano nell'ambito delle norme dell'articolo 33, ultimo comma, della Costituzione e delle leggi che li riguardano, nonché dei principi generali della legislazione in materia universitaria in quanto compatibili” (art. 1). Tra i principi generali e le leggi di settore non figura alcun obbligo di forma; i principi, in particolare, sono quelli autonomistici innanzi richiamati (autonomia didattica, scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile), i quali, invero, sembrano consacrare la libertà di forma, non contraddirla o negarla.

Se, dunque, dall'esame della legislazione non pare potersi ritrarre alcun obbligo specifico di forma, è forse possibile affermare che nella predetta legislazione sia viceversa rinvenibile l'espresso riconoscimento della libertà delle forme organizzative. Ciò parrebbe emergere dal raffronto tra lo statuto autonomistico declinato dal R.D. 1592/ 1933 e quello di cui all'art. 6 l. 168/1989. Orbene mentre il R.D. 1592/1933 circoscrive l'autonomia delle università ai soli profili amministrativi, didattici e disciplinari, ben più ampio è lo statuto autonomistico del citato articolo 6, che riconosce alle università autonomia normativa, autonomia finanziaria, didattica e autonomia organizzativa. Alla luce di ciò, se, come appare doveroso, si intende operare un distinguo tra la libertà corporativistica del 1933 e quella impressa alle libere università dalla Costituzione e dalla vigente legislazione, si potrà forse convenire che il fondamento della libertà di forma risiede proprio nella autonomia normativa, finanziaria e organizzativa che il legislatore ha espressamente riconosciuto quale patrimonio genetico delle università.

Il tutto in coerenza con quanto innanzi accennato in ordine al collocamento costituzionale delle università, le quali rientrano nella sfera delle organizzazioni private la cui autonomia può essere compressa solo in virtù di una espressa disposizione normativa che non può operare indiscriminatamente.

Resta inteso che nel dir ciò non si intende affatto negare la sussistenza di un potere normativo che invero risale direttamente alla Costituzione (“*Le istituzioni di alta cultura, università ed accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato*” (art. 33, co. 4 Cost.)). Piuttosto, quanto appena osservato serve a rimarcare che: (i) lo stato dell'attuale legislazione non pone alcun divieto alla facoltà delle libere università di assumere la forma giuridica reputata più consona al proprio senso di libertà; (ii) piuttosto, le norme vigenti depongono in senso contrario ed in favore della vigenza espressa del principio della libertà delle forme; (iii) in ogni caso, non può ritenersi legittimo

qualsivoglia intervento legislativo che incida sulle libertà costituzionali universitarie, potendosi limitazioni ammettere solo a patto di risultare strettamente proporzionate (nei termini, ben noti, in cui il principio di proporzionalità opera nell'ordinamento dell'Unione e nazionale) alla luce dei risultati di pubblico interesse che si intendono perseguire.

Non sembra tuttavia essere questo il caso dal momento che il presidio del pubblico interesse alla qualità degli studi e della ricerca universitaria è – come si intende dire nel seguito – ampiamente presidiato e garantito dalla fitta regolamentazione volta ad assicurare qualità di ricerca e didattica, pena la perdita dell'accreditamento istituzionale e, dunque, della facoltà di rilasciare titoli di studio universitari. Che si tratti di un ente pubblico, di una libera università in forma non lucrativa ovvero di una libera università in forma di impresa non fa distinzione; le regole in materia di qualità si applicano a ciascuno di tali soggetti indifferentemente. D'altronde, l'assoggettamento delle libere università ad un registro di regole sostanzialmente analogo a quello delle università pubbliche in termini di qualità e relativi controlli è espressione non già di una comunanza di essenza (che resta costituzionalmente distinta nei termini anzidetti) ma del comune oggetto dell'attività svolta. In altri termini, regole in materia di sistemi di accreditamento e verifica della qualità si applicano non già in virtù di una possibile analogia soggettiva ma operano sull'attività in quanto tale, trattandosi di norme che regolano l'esercizio della funzione, non l'operatore.

A tal riguardo, a riprova della presenza di regole volte al presidio della qualità del servizio pubblico universitario si pongono le disposizioni normative, primarie e secondarie, nonché gli atti amministrativi in materia di:

- istituzione e di soppressione delle università;
- accreditamento delle sedi e dei corsi di studio universitari, oggi ai sensi del Decreto Ministeriale n. 6/2019 in tema di autovalutazione, valutazione, accreditamento iniziale e periodico delle sedi e dei corsi di studio;
- modalità di reclutamento e regime giuridico del personale docente e ricercatore, come da ultimo normate dagli articoli 18 e 24 della legge 30 dicembre 2010, n. 240;
- poteri di indirizzo e coordinamento da parte del MIUR, poteri tra cui rientra, fra l'altro, il controllo di legittimità e di merito dello statuto e dei regolamenti di ateneo (tra cui quello generale, quello didattico e quello di amministrazione e contabilità).

Si aggiungono i poteri di controllo dell'Agenzia Nazionale di Valutazione del Sistema Universitario e della Ricerca (ANVUR)³⁷.

³⁷ L'ANVUR svolge, per quanto di interesse, le seguenti attività: a. valuta la qualità dei processi, i risultati e i prodotti delle attività di gestione, formazione, ricerca, trasferimento

3. Le Università private: enti pubblici economici e organismi di diritto pubblico

Sebbene il quadro normativo, nei termini in cui lo si è inteso, non sembra potesse giustificare un'attrazione delle università private nei ranghi della soggettività pubblica e, successivamente, l'attribuzione nei loro riguardi della qualifica di enti necessariamente non lucrativi, ciò per una lunga stagione è accaduto.

L'attrazione nella soggettività pubblica³⁸ è solo in parte spiegabile alla luce del fatto che alcune delle libere università risultano promosse da enti pubblici, perché invero quella qualificazione sembra discendere dalla condivisione di chiare posizioni teoriche, assai diffuse nel passato, circa la capacità del quadro oggettivo di regole applicabili in un determinato settore di determinare la soggettivizzazione pubblica di quanti risultino tenuti al loro rispetto³⁹. Questa rico-

tecnologico delle attività delle università e degli enti di ricerca; b. definisce i criteri e le metodologie per la valutazione delle sedi e dei corsi di studio, ivi compresi i dottorati di ricerca, i master e le scuole di specializzazione, ai fini dell'accREDITAMENTO periodico delle strutture da parte del Ministro; c. esercita funzioni di indirizzo delle attività di valutazione demandate ai nuclei di ateneo; d. predispone in collaborazione con i Nuclei le procedure per la rilevazione della valutazione della soddisfazione dei corsi da parte degli studenti; e. valuta, sulla base dei risultati attesi e di parametri predefiniti, i risultati degli accordi di programma ed il loro contributo al miglioramento della qualità complessiva del sistema della ricerca; f. svolge su richiesta del Ministro ulteriori attività di valutazione nonché di definizione di standard di parametri e normativa tecnica.

³⁸ Cfr. V. CRISAFULLI, *La scuola nella costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 67; O. SEPE, *Note sulla natura giuridica delle Università statali*, in *Rivista amministrativa*, 1960, p. 236; P. CERCIELLO, *Intorno alla natura giuridica delle libere università*, in *Studi sassaresi*, Vol. I, Milano, 1969, p. 731; U. POTOTSHNIG, *L'Università come società?*, in ID., *Scritti scelti*, Padova, Cedam, 1999, p. 820; F. MIDIRI, *L'istruzione universitaria tra servizio pubblico e autonomia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 102.

³⁹ Per una riflessione critica cfr. G. NAPOLITANO, *Soggetti privati «Enti Pubblici»?», in *Dir. amm.*, 2003, p. 801: «L'indagine sin qui svolta conferma l'intuizione secondo cui enti di diritto comune possono assurgere a "soggetti amministrativi". Tale intuizione può essere pienamente valorizzata se si rinuncia a forzare l'articolazione delle figure soggettive utilizzate dalla normazione amministrativa e a cercare risposte "assolutizzanti". Ciò impone di superare il tradizionale modo di impostare il problema dell'ente pubblico: cercare cioè la natura giuridica di un determinato organismo al fine di individuare in modo automatico il suo regime giuridico.*

In un sistema caratterizzato dalla moltiplicazione delle figure soggettive incaricate della cura di interessi generali, i termini della questione vanno invertiti: non si tratta di scoprire la "vera" natura di tali figure, ma di verificare quali norme dirette alle amministrazioni e agli enti pubblici siano ad esse applicabili, sulla base delle finalità perseguite e degli interessi tutelati. Bisogna, pertanto, costruire un regime congruo ai caratteri organizzativi e funzionali di ciascuna fattispecie, attraverso un'argomentazione sistematica e teleologica. Ciò conduce a valutare regola per regola se e in quale misura debba applicarsi agli enti in questione.

La considerazione di soggetti formalmente o anche sostanzialmente privati come "enti pubblici" varia così da disciplina a disciplina e sta a indicare non una diversa natura giuridica ma, semplicemente, con un'ellissi, l'applicazione di alcune regole in luogo di altre. Affermare, invece, che sono "enti pubblici" diventa inutile, oltre che sbagliato: la realtà è che, a seconda dei fini e dei casi, si applicano ad essi discipline tipicamente

struzione soggettiva del potere, come è noto, si è avvalorata anche di riflessi processualistici, che hanno portato ad escludere la possibilità di immaginare che atti amministrativi potessero essere emanati da soggetti privati: se, per le caratteristiche proprie dell'ordinamento giuridico di riferimento, gli atti emanati da un soggetto privato presentano connotati tipici del potere pubblico provvedimentale, si deve necessariamente ritenere che pubblico sia anche il soggetto che li emana, onde conferire (invero oggi artificiosamente) unità complessiva al sistema⁴⁰. Più a monte, il presupposto di fondo, nello specifico segmento di interesse, è stato costituito dall'idea – propria di una indiscussa posizione di supremazia dello Stato e degli enti pubblici in generale – che l'istruzione superiore rientri tra le prerogative esclusive dell'apparato amministrativo pubblico soggettivamente inteso, che a tanto vi provvede a mezzo delle proprie istituzioni universitarie ovvero, avvalendosi di quelle private in funzione di integrazione del sistema, conferendo loro la legittimazione a rilasciare titoli di studio aventi valore legale⁴¹. Ciò secondo lo schema innanzi illustrato della previa approvazione dello statuto da parte del MIUR ovvero ricorrendo ad un istituto, certamente, autorizzatorio-abilitativo ma, significativamente, non privo di sfumature concessorie. Nel concreto, la collocazione delle università private nella sfera della soggettività pubblica – ed in particolare la loro qualifica in termini di enti pubblici non economici⁴² – è stata determinata dalla sostanziale identità di

pubblicistiche e discipline tipicamente privatistiche. Alle certezze delle letture dicotomiche si sostituisce la continua e sempre mutevole ricostruzione di istituti "a geometria variabile"».

⁴⁰ Cfr. ancora F. SCIARRETTA, *Le Università Telematiche*, cit., p. 37: «In un tale sistema, era giocoforza riconoscere soggettività pubblica alle università "libere" (comprese quelle di origine privata), che svolgevano le medesime attività, godevano delle stesse prerogative ed erano sottoposte alle medesime regole delle università statali».

⁴¹ Cfr. F. SCIARRETTA, *Le Università Telematiche*, cit., p. 18: «La natura pubblica delle seconde, non sancita dal diritto positivo ma rispondente ad un corretto (seppur non pacifico) orientamento giurisprudenziale e ad un diffuso (ma non univoco) convincimento dottrinale, era in sintonia con un sistema nel quale l'istruzione superiore era considerata compito dello Stato, che vi provvedeva tramite proprie università e, in taluni casi, attraverso università non statali autorizzate a rilasciare titoli di studio con valore legale».

⁴² Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 841 circa la qualifica di ente pubblico non economico dell'Università Sacro Cuore. Il Consiglio di Stato è addivenuto a tale conclusione ritenendo che l'Università (non Statale) Cattolica del Sacro Cuore:

- (i) nel proprio statuto, all'articolo 1, si auto-qualifica "Università non statale, persona giuridica di diritto pubblico secondo le leggi vigenti";
- (ii) nell'esercizio della propria attività (ed in particolare, nella gestione speciale del Policlinico A. Gemelli), gode di finanziamenti pubblici regionali, in un rapporto non sinallagmatico di remunerazione di prestazioni ma con copertura del disavanzo fra ricavi e costi;
- (iii) soggiace a forme di ingerenza e controllo nella gestione, tramite rappresentanti di nomina pubblica nel collegio dei revisori, nonché a mezzo di apposita commissione a composizione paritetica.

regime applicabile ad esse in rapporto alle università pubbliche (specie sotto il profilo lavoristico applicabile alla carriera dei professori) e, prim'ancora, proprio dall'attribuzione alle università private del potere di rilasciare titoli accademici aventi valore legale.

Si tratta, oggi, di ricostruzioni obsolete per una pluralità di ragioni. Anzi tutto, perché è chiaramente da disconoscersi, per le ragioni innanzi illustrate, la correttezza del presupposto di fondo da cui partiva la ricostruzione delle libere università in termini di enti pubblici non economici. L'art. 33 Cost., infatti, evidentemente pone università pubbliche e quelle frutto dell'iniziativa privata su di un piano di equiordinazione («*L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento*»), escludendo la sussistenza di una riserva pubblica nel settore della docenza e della ricerca universitarie ma fermo, ovviamente, il potere legislativo regolatorio in materia («*Le istituzioni di alta cultura, università ed accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato*»). Questa equiordinazione, peraltro, consente di escludere che tra MIUR e università private, in virtù dell'approvazione ministeriale dello statuto di queste (e, più in generale, dell'intera legislazione e regolazione universitaria), si instauri quel rapporto di servizio che in passato, com'è noto, era stato ritenuto indice rivelatore della natura pubblica di un determinato soggetto⁴³.

In secondo luogo, in termini più generali, è ugualmente noto che le risalenti concezioni⁴⁴, che riconoscevano la possibilità di esercizio di poteri pubblici solo da parte di pubbliche amministrazioni, abbiano oramai, tanto a livello teorico⁴⁵ che di diritto positivo, lasciato il passo ad una ricostruzione dell'ordinamento in senso oggettivo⁴⁶, tale per cui - rivendicata la centralità del principio di legalità - si riconosce pacificamente che la titolarità di poteri am-

Si veda altresì Corte Cass., SS.UU., 3 marzo, 2004, n. 5054: «*La Libera università degli studi sociali Guido Carli (Luiss), regolata, come le altre università libere, dall'ordinamento dell'istruzione superiore (r.d. 31 agosto 1933 n. 1592), e caratterizzata da scopi, struttura organizzativa e poteri amministrativi del tutto analoghi a quelli delle università statali, ha natura di ente pubblico non economico. Ne deriva il carattere pubblico dei rapporti di impiego tra università e personale dipendente, con la conseguenza che la domanda intesa al riconoscimento di un rapporto di lavoro con le caratteristiche della subordinazione e nella figura e nel ruolo di ricercatore universitario rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto gli art. 3 e 63, commi 1 e 4, del d.lg. n. 165 del 2001, escludono dalla cognizione del giudice ordinario le controversie relative al rapporto di impiego dei professori e ricercatori universitari, conservato al regime pubblicistico*».

⁴³ Cfr. G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Pisa, Artigrafiche Tornari, 1945, p. 100.

⁴⁴ Cfr. A.M. SANDULLI, *I limiti di esistenza del diritto amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, p. 141.

⁴⁵ Cfr. C. MARZUOLI, *Note in punto di vizi dell'atto amministrativo del soggetto privato*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica Italiana, 2011, p. 542.

⁴⁶ Cfr. U. ALLEGRETTI, *Nuovi modi di concepire l'amministrazione: "l'amministrazione oggettivata" secondo Feliciano Benvenuti*, in AA.VV., *L'Amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 191.

ministrativi possa indifferentemente spettare a soggetti pubblici e a privati. L'art. 1, comma 1-ter della l. 241/1990, innanzi considerato, e l'art. 7 comma 2, del codice del processo amministrativo («*Per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo*»)⁴⁷ offrono evidente riprova di ciò (con buona pace della possibilità (invero già critica da tempo) di riconoscere ancora una qualche attualità della teoria dell'*imperium*⁴⁸ ai fini della qualifica di un soggetto come pubblico.

Al contempo, per tornare specificamente al caso di interesse, la matrice di libertà ed autonomia costituzionale che connota le università private non può che determinare un esito negativo anche del test usualmente praticato in giurisprudenza ai fini del riscontro della natura pubblica di un ente⁴⁹, *in primis* a partire dalla assenza di una espressa qualifica in tal senso da parte del legislatore⁵⁰.

È per queste ragioni che l'idea che si tratti di enti pubblici non economici – per quanto presente in giurisprudenza meno recente – risulta oramai superata da quella oggi prevalente⁵¹.

⁴⁷ Cfr. P. DE LISE, *Giurisdizione amministrativa e atti dei soggetti privati*, in G. Morbidelli (a cura di), *Funzione e oggetto della giurisdizione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 62.

⁴⁸ Cfr. R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, Vol. I, 1966, p. 40.

⁴⁹ Cfr. *ex pluribus* T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 10 settembre 2013, n. 8194 «*Il legislatore nazionale ha ritenuto di attribuire "con legge" la natura pubblica agli enti indicati negli elenchi ISTAT e l'interprete, di fronte ad una qualificazione espressa in tal senso mediante uno strumento primario di legislazione, non può che limitarsi a prendere atto di tale scelta legislativa, a sua volta sindacabile solo nei limiti dell'irragionevolezza sotto eventuali vari profili, accertabile come è noto però solo dal giudice delle leggi. Pertanto, solo laddove non sia esplicitamente indicata la natura pubblica dell'organismo, la dottrina e la giurisprudenza insegnano che deve farsi riferimento ai c.d. "indici rivelatori della pubblicità" attraverso un'analisi in concreto della struttura, delle modalità di finanziamento e di funzionamento, dei controlli, il cui esito può portare o meno ad una qualificazione pubblicistica dell'Ente, con conseguente applicazione della normativa pubblicistica di riferimento*».

⁵⁰ Cfr. O. RANELLETTI, *Il concetto di "pubblico" nel diritto*, in *Riv. it. sc. giur.*, XXXIX, 1905, p. 346; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1958; G. MIELE, *La distinzione fra ente pubblico e privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, 10; G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, Il Mulino, 1991, pp. 23 e 259; ID., *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, in <http://www.astrid-online.it>; G. PAGLIARI, *Il criterio discrezionale tra persona giuridica privata e persona giuridica pubblica: verso una legge sullo statuto della persona giuridica pubblica?*, in S. Raimondi, R. Ursi (a cura di), *Fondazioni e attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 46.

⁵¹ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3043: «*Il Collegio ritiene che, rispetto all'applicazione degli obblighi in materia di trasparenza e di pubblicità (ai fini che rilevano nel presente giudizio e, dunque, con specifico riferimento agli "obblighi di pubblicazione concernenti gli organi di indirizzo politico", stante il divieto ex art. 34, comma 2, c.p.a. di pronunciare su poteri non ancora esercitati) debba escludersi la qualificazione delle c.d. libere Università in termini di ente pubblici*».

16. Tale conclusione è imposta, in primo luogo, dall'art. 33 Cost. che, al comma 1, riconosce la libertà di insegnamento, al comma 3, stabilisce il diritto di "enti e privati" di istituire scuole e istituti di educazione, e, all'ultimo comma, riconosce alle Università "il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato".

Le ragioni innanzi esaminate si pongono sostanzialmente alla base anche del giudizio negativo del Consiglio di Stato (Comm. spec., 26 ottobre 2018, n. 2427) in ordine alla possibilità di configurare le università private quali organismi di diritto pubblico⁵².

Il parere in esame, peraltro, è rilevante ai fini di quanto si intende rilevare nel seguente paragrafo in ordine alla natura lucrativa o meno delle università private. In esso, infatti, viene posto in evidenza – e ciò deve aver avuto un significato non secondario nel riconoscimento di recente operato della possibilità

La citata previsione costituzionale comporta non solo che i privati possano promuovere l'istituzione di centri di istruzione, ma anche che a questi centri istituiti da privati debba essere garantita una natura sostanzialmente privata, per rispettare il principio di "autonomia ordinamentale" e di "libertà" che ad essi la Costituzione garantisce.

L'art. 33 Cost. preclude, pertanto, alla legge di operare una sostanziale "pubblicizzazione" delle Università non statali, imponendo ad esse obblighi, anche in materia di trasparenza e pubblicità, preordinati ad introdurre una forma di controllo pubblicistico e collettivo, che contrasterebbe con la natura sostanzialmente privata che effettivamente le connota.

Lo stesso riferimento alle "leggi dello Stato" nell'art. 33, ultimo comma, Cost. non vale a fondare una riserva pubblica dell'istruzione universitaria, ma vale semmai a giustificare un intervento normativo sui criteri per la definizione dei corsi di laurea e sui requisiti per la docenza, ai fini del conferimento, da parte delle Università non statali, di titoli di studio con valore legale.

17. A conforto di tale conclusione, assume rilievo, sempre in un'ottica di sistema l'art. 1 della legge 29 luglio 1991, n. 243 che stabilisce che le Università non statali legalmente riconosciute "operano nell'ambito delle norme dell'art. 33, ultimo comma, della Costituzione e delle leggi che le riguardano, nonché dei principi generali della legislazione in materia universitaria in quanto compatibili".

Tale disposizione avvalorava la conclusione secondo cui le Università non statali legalmente riconosciute soggiacciono alla disciplina che ad esse fa espresso riferimento. L'applicazione ad esse della disciplina prevista per le Università statali può avvenire alla duplice condizione che si tratti di disciplina espressione di un principio generale della legislazione in materia universitaria (condizione positiva) e che il relativo principio sia compatibile con il rispetto del principio costituzionale del pluralismo e della libertà di iniziativa privata nel campo dell'istruzione (condizione negativa).

Nel caso del decreto legislativo n. 33 del 2013 entrambe le citate condizioni non risultano integrate: da un lato, infatti, la disciplina in materia di pubblicità e trasparenza non è espressione di un principio generale specificamente afferente alla materia universitaria (si tratta semmai di un principio generale riferito all'intero settore dell'attività amministrativa); e dall'altro, e soprattutto, tale disciplina implica l'introduzione di forme di controllo (pubblicistico e collettivo) che contraddicono il principio costituzionale della libertà di iniziativa dei privati nel settore dell'insegnamento».

⁵² Cfr. Cons. Stato, comm. spec., 26 ottobre 2018, n. 2427: «Ritenuto implicitamente abrogato il combinato disposto degli articoli 51 e 199 del r.d. n. 1592 del 1933 ed escluso, altresì, che la LUMSA-Libera Università SS. Assunta possa qualificarsi come organismo di diritto pubblico, trattandosi di ente di diritto privato, se ne deve concludere che detto Istituto possa procedere alla stipula di contratti di lavori, servizi e forniture senza necessità del previo esperimento di procedure di evidenza pubblica. Infatti, la LUMSA non è un organismo di diritto pubblico poiché difetta il terzo dei tre requisiti cumulativi necessari per la configurabilità di tale tipologia soggettiva, ossia il requisito della influenza pubblica dominante, poiché riceve un contributo finanziario pubblico di minima entità, registra la presenza di un solo componente pubblico sugli undici membri dell'organo di amministrazione, non presenta nessun componente pubblico nell'organo di vigilanza, non è soggetto al controllo statale della gestione, poiché la vigilanza ministeriale e gli altri poteri previsti dalla legge speciale costituiscono un potere di vigilanza estrinseca e formale e non integrano quel controllo intrinseco e sostanziale sulla gestione che è richiesto ai fini della sussistenza di questa particolare modalità di manifestazione del requisito della dominanza pubblica. La LUMSA può pertanto procedere alla stipula di contratti di lavori, servizi e forniture senza necessità del previo esperimento di procedure di evidenza pubblica».

di operare le attività universitarie in forma lucrativa – che «anche le università pubbliche sono tenute ormai a gestire il servizio con criteri di economicità⁵³, in base ai quali modulano perfino l'ampiezza e il contenuto dello stesso servizio (istituzione o soppressione di dipartimenti e corsi di laurea in relazione al piano finanziario e alle potenzialità del mercato dello studio, investimenti strutturali e calcolo del break even point etc.), per cui si può a ben ragione ritenere che il servizio dell'istruzione universitaria non sia per sé, ontologicamente, di natura non industriale o commerciale, e diventi tale solo ove, a causa della sua meritevolezza, sia gestito dal pubblico con criteri non economici, o dal privato con sostanziosi contributi pubblici.

In sostanza sembra doversi escludere la natura non industriale e commerciale sia quando tale esclusione non sia espressamente postulata dalle norme, sia soprattutto quando l'ordinamento di settore sottoponga l'attività non solo al mercato e alla concorrenza, ma soprattutto agli ordinari criteri economici aziendali, come nel caso di specie»⁵⁴.

4. Le Università private tra tradizione no profit e natura lucrativa

Come accennato in precedenza, il percorso di riconduzione delle libere università nel novero dei soggetti privati, dopo il parere, da ultimo richiamato, del Consiglio di Stato (Comm. spec., 26 ottobre 2018, n. 2427) ha conosciuto un ulteriore passaggio fondamentale nel parere emesso dalla Sezione normativa del Consiglio di Stato (n. 1433/2019) che ha riguardato la forma giuridica che le libere università private, riconosciute e autorizzate al rilascio di titoli aventi valore legale, possano assumere per l'espletamento dei loro compiti.

La sezione, anzitutto, ha ritenuto di dover dare continuità ai contenuti del parere n. 2427/2018 sulla natura giuridica privata delle Università Private e sul loro collocamento sul mercato nel settore della istruzione e formazione. In costanza con un simile intendimento, la sezione normativa ha ribadito che lo scenario in cui le università private oramai operano è connotato da un rilevante

⁵³ Cfr. A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit., p. 155: «In questi, come in altri settori che riguardano i servizi alla persona, spesso gli enti non profit non soltanto esercitano un'impresa, ma si trovano anche a concorrere con i soggetti lucrativi per l'affidamento da parte dell'amministrazione pubblica della gestione di tali servizi».

⁵⁴ Cfr. A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit., p. 156: «non sembra che la sussidiarietà orizzontale possa essere riferita soltanto alle iniziative dei singoli e a quelle dei soggetti collettivi senza scopo di lucro che non siano però organizzati in forma di impresa. D'altra parte, anche a rimanere ancorati al dato letterale e ad un'interpretazione restrittiva delle predette disposizioni legislative, sembra difficile ipotizzare che al concetto di formazione sociale, accolto nel nostro ordinamento, non possano ricondursi anche enti con scopo di lucro»; «non si è mancato di riconoscere, considerata l'ampiezza della sfera applicativa dell'art. 18 Cost., che in tale disposizione trovano garanzia costituzionale oltre alle confessioni religiose, ai sindacati, alle associazioni e ai partiti politici anche «le associazioni con scopo economico diretto o indiretto, le società commerciali, le società tra professionisti, i consorzi tra imprenditori...» (p. 158).

tasso di concorrenzialità e imprenditorialità, dal quale ha ritenuto che di necessità non potesse non discendere *«l'esigenza, legittima e ragionevole, di poter attrarre capitali di investimento, per potenziare e migliorare l'offerta formativa e di servizi nella sua complessità»*. Questa esigenza, per il Consiglio di Stato, può essere soddisfatta *«se, tramite la redistribuzione degli utili, si può offrire una giusta remunerazione al rischio degli investitori»*.

Ciò il Consiglio di Stato ha ritenuto possibile alla luce del quadro normativo in materia di università private, il cui esame – secondo la Corte – evidenzia la inesistenza, nell'ordinamento giuridico, di una qualsiasi norma o principio che espressamente o implicitamente vieti la costituzione o trasformazione delle Università private in forma di società di capitali.

SALVATORE CIMINI
Professore Ordinario di Diritto Amministrativo presso la Facoltà di Scienze Politiche
dell'Università di Teramo
scimini@unite.it

MODELLO ORGANIZZATIVO E RESPONSABILITÀ DELLA P.A.

ORGANIZATIONAL MODEL AND RESPONSIBILITY OF THE P.A.

SINTESI

Prendendo le mosse dal modello di responsabilità previsto dal d.lgs. n. 231/2001 per le persone giuridiche, si arriva alla conclusione che la mancanza di un modello organizzativo preventivo idoneo ad evitare il danno da illegittimo esercizio del potere possa comportare la responsabilità della pubblica amministrazione. Una conferma di tali tesi si ricava dal modello di responsabilità previsto dall'art. 1 della l. n. 190/2012.

ABSTRACT

Taking as its starting point the model of responsibility provided for by Legislative Decree n. 231/2001 for juridical persons, we arrive at the conclusion that the lack of a preventive organizational model suitable to avoid the damage caused by the illegitimate exercise of administrative power could lead to the responsibility of the public administration. A confirmation of these theses is derived from the model of responsibility provided for by art. 1 of the l. n. 190/2012

PAROLE CHIAVE: Modello organizzativo; colpa; responsabilità della p.a.

KEYWORDS: Organizational model; fault; liability of the Public dministration

INDICE: 1. Premessa: la colpa dell'organizzazione nella responsabilità da reato degli enti collettivi – 2. Estensione del modello del reato dal d.lgs. n. 231/2001 alla colpa della p.a. per illegittimo esercizio del potere – 3. Una conferma dal modello previsto dall'art. 1 della l. n. 190/2012.

1. Premessa: la colpa dell'organizzazione nella responsabilità da reato degli enti collettivi.

Scopo di questo contributo è quello di indagare il concetto di colpa di organizzazione della p.a., verificando in particolare se sia possibile affermare la responsabilità dell'amministrazione pubblica per difetto di organizzazione, vale

a dire per la mancata adozione di un modello organizzativo preventivo idoneo ad evitare il danno da illegittimo esercizio del potere.

A tal fine, è anzitutto necessario capire quando si prospetta una colpa dell'organizzazione.

Per comprendere meglio questo concetto è utile fare un richiamo alla responsabilità degli enti collettivi (persone giuridiche, società e associazioni) per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato. Siffatta peculiare responsabilità, introdotta nel nostro ordinamento con il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, è particolarmente interessante ai fini di questo studio, perché supera il principio della esclusiva ascrivibilità della responsabilità penale alla persona fisica, introducendo una forma di responsabilità penale che riguarda gli enti collettivi, ad esclusione, giova ricordarlo, degli enti pubblici¹.

Quello che in questa sede preme analizzare è il sistema di imputazione che il d.lgs. n. 231/2001 ha concepito per stabilire un raccordo tra fatto illecito ed ente collettivo. Si tratta di un'operazione non facile se si pensa che, come ha esattamente notato la dottrina penalistica, *«rigorosamente inteso, l'elemento psicologico non può ascrivarsi all'ente collettivo, perché questo non può esprimere una volontà intesa nel senso comune della volontà propria del soggetto-persona fisica. Non si dà al proposito un'analogia neanche – se si vuole – in termini più ampi e generali: vale a dire che non è rinvenibile alcun vero e fondato accostamento che possa condurre immediatamente ad assimilare la persona fisica alla persona giuridica o all'ente collettivo in genere»*².

Ebbene, per imputare l'illecito all'ente, il d.lgs. n. 231 del 2001 anzitutto fissa il criterio secondo il quale il reato dev'essere commesso a suo *«interesse»* o *«vantaggio»* (art. 5, comma primo). Interesse che deve essere accertato *ex ante*, mentre il vantaggio non può che risultare *ex post*. Se si considera però che il vantaggio può essere del tutto eventuale ed occasionale, slegato cioè dal reato (nel senso che si potrebbe avere un vantaggio per l'ente anche se il reato è stato posto in essere contro l'interesse del medesimo), e che lo stesso art. 5, comma secondo, cit., esclude la responsabilità dell'ente laddove l'autore abbia agito

¹ In particolare, la responsabilità di cui si discorre si applica *«agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica»*, mentre non si applica *«allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale»* (art. 1, commi secondo e terzo, del d.lgs. n. 231/2001). Come notato da G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti «amministrativi» da reato (D.lgs. n. 231 del 2001)*, Torino 2005, 39, l'applicabilità agli enti pubblici economici si desume a contrario dall'estromissione degli enti pubblici non economici. Evidenzia alcuni collegamenti tra questa responsabilità e la responsabilità amministrativa dei dipendenti pubblici M. GAGLIARDI, *La responsabilità delle persone giuridiche con riguardo alle ipotesi di risarcimento del danno per lesione erariale*, in *Riv. Corte conti*, 1, 2007, pp. 263 e ss.

² A. FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, voce del *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. V, Milano 2006, 5102.

nell'interesse proprio o esclusivo di terzi, non si può che leggere l'art. 5 cit. in modo restrittivo. Anche il principio di personalità porta verso questo sentiero interpretativo, considerato che la mera ricaduta «a vantaggio» sembra cozzare contro il richiamato principio sancito dall'art. 27 Cost.: cosicché, è ragionevole ritenere che la responsabilità può essere ascritta all'ente per la condotta tenuta nel suo interesse, produca essa o meno un vantaggio al medesimo³.

L'altro criterio di imputazione del fatto all'ente, fissato sempre dall'art. 5 cit., riguarda i soggetti che hanno posto in essere il fatto illecito: l'ente è responsabile soltanto se l'autore del reato è una persona che riveste funzioni di rappresentanza, di Amministrazione o di direzione dell'ente, ovvero se esercita, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso. L'ente risponde anche se il reato non è stato commesso dalle richiamate persone che si trovano in posizione apicale, ma da soggetti a loro sottoposti con obblighi di direzione o vigilanza. L'art. 5 cit. sembra quindi ascrivere la responsabilità all'ente per il fatto dei suoi dipendenti in virtù della teoria della c.d. immedesimazione organica⁴.

Il successivo art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 esclude l'iscrizione della responsabilità amministrativa all'ente qualora quest'ultimo si sia dotato ed abbia efficacemente attuato modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire il fatto di reato. Ne discende che «la mancata adozione di adeguati modelli organizzativi diviene il terzo criterio di imputazione del fatto all'ente». Anzi, se si ammette che nella logica della legge l'apparato della modellistica indica «la necessità di accertare una reale connessione tra il reato e la politica generale dell'ente – magari per verificare se i modelli fossero in sé idonei (e solo un comportamento fraudolento abbia potuto aggirarli) – dovrebbe concludersi nel senso che la connessione 'reato-inadeguatezza della struttura' sia alla base dell'imputazione»⁵.

³ Così A. FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., pp. 5102 e ss., il quale mette in rilievo che un'ulteriore conferma sistematica a tale interpretazione si rinviene nel fatto che l'art. 25 ter, comma terzo, del d.lgs. 231/2001, prevede la responsabilità amministrativa sul presupposto dell'interesse, escludendo il vantaggio. Ritengono che la mera ricaduta a vantaggio dell'ente si rivela un criterio di per sé solo non sufficiente a imputare il fatto illecito all'ente G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., 27; A. ROSSI, *Le sanzioni dell'ente*, in S. VINCIGUERRA, M. C. GASTALDO, A. ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (D.Lgs. n. 231/2001)*, Padova, CEDAM, 2004, p. 37.

⁴ In tal senso C. DE MAGLIE, *Responsabilità delle persone giuridiche: pregi e limiti del d.lgs. n. 231/2001*, in *Danno e resp.*, 2002, p. 248. Ritiene che alla base della responsabilità del soggetto collettivo si colloca il rapporto di carattere organico sussistente con la persona fisica autrice del reato, anche G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 25, secondo il quale si tratta di un collegamento tra individuo e persona giuridica «di particolare rilevanza, servendo, nelle intenzioni del legislatore, principalmente a salvaguardare il nuovo modello di responsabilità da addebiti di incostituzionalità sotto il profilo del rispetto del principio di personalità della responsabilità penale e della sanzione (art. 27, comma 1, Cost.)».

⁵ Così ancora A. FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., pp. 5103-5104.

L'accertamento dell'imputabilità deve avvenire «*in concreto*», nel senso che è necessario accertare che il fatto di reato sia stato «*in concreto*» favorito dalla difettosa organizzazione dell'ente⁶.

Il d.lgs. n. 231/2001, poi, all'art. 6, lett. *b*), riconosce l'efficacia esonerante dei modelli preventivi se l'ente ha istituito un organismo di vigilanza, dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, cui affidare il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli, nonché di curarne il loro aggiornamento. Ed è questo il profilo che qui più interessa.

Inoltre, per andare esente da responsabilità, l'ente deve dimostrare che le persone che hanno commesso il reato abbiano fraudolentemente eluso i modelli preventivi e che non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo dell'ente a tal fine istituito (art. 6, comma primo, lett. *c*) e *d*), del d.lgs. n. 231/2001). Una disciplina simile, ma meno rigorosa, è prevista dal decreto in esame nelle ipotesi in cui il reato sia stato posto in essere dai sottoposti e sia stato reso possibile dalla carenza dei modelli organizzativi. Come notato in dottrina, «*la posizione para-apicale ha un valore meno indiziario della partecipazione dell'ente all'illecito; dunque solo carenze organizzative più rilevanti possono condurre a presumere il suo coinvolgimento*»⁷.

Senza dilungarci ulteriormente sul punto, si può schematicamente dire, con la dottrina penalistica, che il reato «è imputato all'ente, a titolo di illecito amministrativo, se è: *a*) destinato a realizzare l'interesse dell'ente (il vantaggio del medesimo è solo una ricaduta eventuale); *b*) commesso o agevolato dall'apice; *c*) causato in concreto da inefficienze organizzative; *d*) reso possibile da modelli preventivi non-ideali anche secondo il normale funzionamento; *e*) dovuto ad una 'elusione non fraudolenta dei modelli preventivi'»⁸.

In definitiva, il sistema di imputazione del fatto di reato all'ente ruota intorno ai modelli organizzativi preventivi⁹. Se la persona giuridica, la società o l'associazione adottano ed efficacemente attuano adeguati modelli preventivi, la condotta non viene imputata all'ente perché esso ha in tal modo osservato le regole cautelari per prevenire reati: è come se mancasse una «*colpa dell'organizzazione*»¹⁰. Se invece l'ente non predispose adeguati modelli preventivi

⁶ A. FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5104.

⁷ In questi termini A. FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5106.

⁸ A. FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5107, espressione tra parentesi aggiunta.

⁹ Come evidenziato da G. PAOLOZZI (*Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 57), pur essendo tutti i soggetti collettivi interessati alla predisposizione di modelli di organizzazione, l'iniziativa di dotarsene è configurata dagli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001 alla stregua di una mera facoltà. Questo Autore ritiene che, a causa degli alti costi, è plausibile che si doteranno dei modelli preventivi solo le medie o grandi imprese (ivi, p. 58).

¹⁰ Sul punto si veda, ancora una volta, A. FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 5107.

può essere considerato in colpa proprio perché contravviene a regole cautelari. Si potrebbe cioè ipotizzare una responsabilità dell'ente per violazione delle norme di prudenza e diligenza. Detto altrimenti, la colpevolezza dell'ente sembrerebbe configurarsi allorché esso non adempia alla sua fondamentale funzione preventiva di adottare ed efficacemente attuare modelli di organizzazione idonei a prevenire la commissione di reati. Per escludere la colpevolezza il protocollo preventivo deve dunque essere efficace. Il che non vuol dire che debba riuscire a prevenire tutti i reati: significa che se nonostante un efficiente modello organizzativo preventivo si verificano ugualmente dei reati, non si può ascrivere alcuna colpa alla persona giuridica. Secondo la dottrina penalistica, in detti casi si dovrebbe parlare di un'area di «rischio permesso»¹¹.

2. Estensione del modello delineato dal d.lgs. n. 231/2001 alla colpa della p.a. per illegittimo esercizio del potere.

Ci si può chiedere se sia possibile estendere il modello previsto dal d.lgs. n. 231/2001 anche alla colpa della p.a. per i danni conseguenti all'illegittimo esercizio del potere.

Naturalmente questo interrogativo presuppone che si aderisca alla tesi che riconosce natura extracontrattuale alla responsabilità civile della p.a. per illegittimo esercizio del potere, fatte salve ovviamente le ipotesi relative alla violazione delle procedure ad evidenza pubblica, per le quali, in virtù della giurisprudenza europea, non si può che parlare oggi di responsabilità oggettiva, senza colpa.

Se si aderisce alla tesi che riconosce natura extracontrattuale alla responsabilità della p.a., è da ritenere che la risposta alla domanda posta possa essere positiva.

L'utilizzo di un modello organizzativo teso a prevenire il danno consentirebbe di dare maggiore concretezza alla colpa di apparato, evocata e applicata dalla giurisprudenza, di cui però è difficile coglierne i contenuti.

Come è ben noto, infatti, la giurisprudenza ritiene che al fine dell'accertamento dell'elemento soggettivo non si debba fare riferimento all'atteggiamento psicologico dell'agente ma al funzionamento complessivo dell'apparato pubblico.

¹¹ Il riferimento è ad A. FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5107, secondo il quale si dovrebbe parlare di un'area di «rischio permesso» di realizzazione di fatti criminosi; rischio che diviene lecito nella misura in cui si dimostri che oggettivamente l'ente abbia adottato cautele idonee a prevenire reati della stessa specie di quello commesso» (ivi, pp. 5107-5108).

Poi però la giurisprudenza non spiega in che cosa consiste questa colpa di apparato.

Ci si limita a dire che essa coincide con la violazione delle regole di correttezza e buona amministrazione, che sono poi le regole utilizzate per valutare la legittimità dell'atto, mentre in sede di responsabilità va valutata la illiceità del comportamento, e quindi la dimensione organizzativa e gestionale della p.a.

Non a caso, la giurisprudenza continua a fare riferimento all'errore scusabile, che a rigore andrebbe applicato alla persona fisica e non alla colpa dell'organizzazione.

Per dare maggiore determinatezza alla nozione di colpa d'apparato, si potrebbe invece fare riferimento al modello della colpa di organizzazione delineata dal d.lgs. n. 231/2001, così come è stato fatto con la l. n. 190 del 2012 in materia di prevenzione della corruzione.

Come visto, nel modello delineato dal d.lgs. n. 231 del 2001, la colpevolezza dell'ente si configura – sostanzialmente – allorché non sia stato adottato ed efficacemente attuato un adeguato modello organizzativo idoneo a prevenire la commissione di reati.

In tali ipotesi l'ente risponde per l'illecito commesso dal dipendente e risponde anche quando l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile (art. 8 del d.lgs. n. 231/2001): si è così attuato uno sganciamento della responsabilità dell'ente dall'identificazione del reo precludendo comode vie di fuga, certamente possibili in organizzazioni che presentano una certa complessità.

È possibile – e soprattutto è utile – un'applicazione anche alla responsabilità della p.a. del modello di imputazione della responsabilità alle persone giuridiche delineato dal d.lgs. n. 231/2001?

A me sembra di sì.

In particolare è utile il ricorso al canone – presente nel d.lgs. n. 231/2001 – che fa riferimento alle inefficienze organizzative.

Gli altri parametri invece sono meno influenti.

Anche con riguardo all'Amministrazione pubblica è plausibile ritenere che se essa non si dota di un adeguato modello organizzativo teso a prevenire l'illegittimo esercizio del potere, si possa configurare una colpa d'apparato, una colpa di organizzazione.

Ma in che cosa dovrebbe consistere questo modello organizzativo?

Per gli enti collettivi privati, il d.lgs. n. 231 del 2001 prevede, come s'è visto, che i modelli preventivi debbano soddisfare le seguenti esigenze: individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati; prevedere protocolli

diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire; individuare idonee (si potrebbe dire trasparenti) modalità di gestione delle risorse finanziarie in modo da impedire la commissione di reati; introdurre un adeguato sistema disciplinare. Inoltre, nell'ambito del modello organizzativo un ruolo importante è riservato al Codice etico, il quale deve contenere le norme comportamentali e i principi ai quali devono ispirarsi tutti i dipendenti, a pena di sanzioni disciplinari.

Per gli enti pubblici, un appropriato modello organizzativo teso a prevenire abusi e illegittimità nell'esercizio della funzione provvedimentale, richiederebbe una serie di azioni, molte delle quali riguardano il profilo dell'organizzazione, come quelle di predeterminare le regole in modo da evitare arbitri interpretativi da parte dei funzionari; di emanare direttive e circolari interpretative e chiarificatrici; di dotarsi di un codice etico nel quale vengono fissati i principi ai quali devono ispirarsi tutti i dipendenti pubblici (un codice che insista particolarmente sulla preparazione professionale dei dipendenti pubblici); di munirsi di un sistema di controlli interni efficace; di formare adeguatamente il personale; di applicare le sanzioni disciplinari in modo da scoraggiare e contrastare la formazione di provvedimenti illegittimi a danno di terzi; di attuare una razionale distribuzione del personale; e così via.

Tutti adempimenti peraltro già imposti alle p.a. dalle norme attualmente in vigore, ma che spesso sono inefficaci e/o inefficienti.

Come avviene nel sistema delineato nel decreto legislativo n. 231/2001, tuttavia, non basta adottare il modello organizzativo, bisogna anche verificarne l'efficacia e controllarne l'attuazione per non incorrere in responsabilità.

Per prevenire il danno da illegittimo esercizio del potere, dunque, il soggetto pubblico dovrebbe dotarsi di adeguate misure di prevenzione che vanno a costituire un adeguato modello di prevenzione.

Inoltre, sulla falsa riga di quanto previsto dall'art. 6, lett. *b*) del d.lgs. n. 231/2001 che prevede l'istituzione di organismi di vigilanza, si potrebbe anche ipotizzare, laddove possibile (ovviamente non negli enti di piccole dimensioni e con poche unità di personale), la costituzione di uffici cui affidare il compito di curare la predisposizione e l'aggiornamento dei modelli, nonché il compito di vigilare sul loro funzionamento e sulla loro osservanza.

Se l'ente non dimostra in giudizio di aver compiuto questi suoi doveri preventivi, ben potrebbe essere ritenuto responsabile, per colpa d'apparato, dei danni conseguenti alla sua attività provvedimentale illegittima. Non va dimenticato, infatti, che il giudizio sulla responsabilità della p.a. per cattivo esercizio

del potere va condotto sull'intero comportamento posto in essere dal soggetto pubblico e non (solo) sul provvedimento illegittimo.

Seguendo questo schema, perciò, si possono individuare nuovi obblighi precauzionali e di buona organizzazione in capo all'Amministrazione pubblica che si aggiungono a quelli previsti per legge e la cui inosservanza ben può fondare una colpa dell'ente.

Vanno in questa direzione quelle sentenze del giudice ordinario che hanno condannato l'Amministrazione pubblica per difetto di organizzazione prescindendo dalla colpa individuale dei singoli agenti¹².

Anche sul terreno dell'illecito erariale, la Corte dei conti da tempo condanna i dirigenti per gli illeciti commessi dai propri subordinati se si dimostrano carenze o deficienze dell'organizzazione dell'ufficio, assenza di direttive di servizio o la mancata predisposizione dei necessari controlli preventivi e successivi.

Una implicita conferma alla tesi qui proposta si può ricavare da una pronuncia della Cassazione che, pur se con riferimento ad un'attività materiale, ha stabilito il seguente principio di diritto: «*[n]el caso che un dipendente della pubblica Amministrazione abbia commesso un atto illecito e si accerti che ciò è avvenuto in quanto i superiori gerarchici del dipendente stesso hanno omesso di emanare le direttive opportune per prevenire la commissione, da parte dei lavoratori ad essi subordinati, di atti come quello predetto (vigilando poi sull'applicazione delle direttive medesime), vi è responsabilità diretta della p.a. per il comportamento omissivo di detti superiori, sussistendo sia la riferibilità di tale atto alla stessa p.a. (una volta assodato che nella fattispecie concreta la predetta emanazione rientrava tra i compiti di chi aveva funzioni dirigenziali nella struttura amministrativa in questione), sia l'esistenza di un rapporto di causalità tra il comportamento omissivo di detti superiori e l'evento dannoso (una volta assodato che nella fattispecie concreta senza l'omissione in questione non vi sarebbe stato l'atto illecito del dipendente subordinato direttamente produttivo del danno) in base al principio secondo cui causa causae est causa causati*»¹³.

¹² Così, ad esempio, Cass. 13 aprile 1973, n. 1055, riconosce la responsabilità di un'Amministrazione provinciale, per il danno subito da un infermiere di una clinica psichiatrica, per non aver ben organizzato il servizio con un numero adeguato di infermieri; Trib. Genova, 27 giugno 1988, ha condannato l'Amministrazione scolastica per i danni occorsi all'alunno perché l'organizzazione di quella scuola difettava di misure atte a fronteggiare situazioni di emergenza. Qualche spunto può rivenirsi, altresì, in una sentenza della Cass., S.U., 11 gennaio 2008, n. 579, che, con riferimento ad un'ipotesi di danno da contagio di soggetto emotrasfuso, in merito all'elemento psicologico del Ministero della Sanità, ritiene che si «*configurata una colpa dell'Amministrazione consistente in ritardi nella regolamentazione normativa, nella intemperività e nella inadeguatezza delle misure adottate, a fronte dell'esigenza di un intervento sollecito, nonché nella mancata vigilanza sulla loro applicazione, nell'omissione di controlli effettivi sulla sicurezza del plasma, sui canali di approvvigionamento e distribuzione, sulle modalità e sulle cautele seguite nella preparazione*».

¹³ Cass., Sez. III, 17 gennaio 2008, n. 864.

Gli “ermellini” precisano che il diritto della p.a. di autodeterminarsi e di darsi l’organizzazione che ritiene migliore, non solo non vale ad escludere la responsabilità diretta dell’ente, «*ma afferma una situazione di discrezionalità della p.a. che costituisce invece proprio il fondamento della responsabilità medesima, per violazione delle regole di comune prudenza*»¹⁴. In sostanza, quindi, il soggetto pubblico è stato ritenuto responsabile, e perciò colpevole, perché il fatto illecito del dipendente è stato causato dall’omessa adozione di direttive preventive da chi svolge funzioni apicali nell’ente.

Occorre aggiungere che la colpa d’apparato si configura soltanto quando la cattiva organizzazione dell’ente, o la mancata adozione di modelli organizzativi preventivi, dipenda da fattori che rientrano nella sfera di influenza dello stesso soggetto pubblico, ad esempio da una colpevole ed irrazionale distribuzione del personale tra gli uffici, dal mancato acquisto delle necessarie attrezzature tecniche pur avendo fondi a disposizione all’uopo destinati, e così via.

Se invece il difetto di organizzazione amministrativa dipende da circostanze che fuoriescono dalla sfera di azione dell’ente, cioè non ha origine dalla condotta di quest’ultimo, non si può naturalmente sentenziare la colpa del soggetto pubblico male organizzato.

Concludendo, un ente che non ha adottato ed efficacemente attuato adeguati modelli preventivi per sua colpa è un ente male organizzato. Questa condotta negligente (e dunque colpevole) dell’apparato, considerato nel suo complesso, assorbe la (eventuale) colpa del singolo che ha emanato il provvedimento illegittimo, e potrebbe portare ad una responsabilità della p.a. per difetto di organizzazione.

Chiaramente, poiché il privato non può dimostrare dall’esterno la violazione di tali regole, è la p.a., che con una inversione dell’onere della prova, deve dimostrare di aver adottato un modello preventivo organizzativo efficace, in grado di evitare l’emanazione di un provvedimento illegittimo.

Non si condivide quindi l’opinione di quella giurisprudenza secondo cui l’eventuale disorganizzazione amministrativa e gestionale «*risulta essenzialmente estranea al profilo psicologico dell’azione amministrativa immediatamente produttiva del danno e, quindi, al campo d’indagine riservato al giudice chiamato a pronunciarsi sulla pretesa risarcitoria*»¹⁵.

¹⁴ Così ancora Cass., Sez. III, 17 gennaio 2008, n. 864, cit.

¹⁵ In questi termini Cons. Stato, Sez. IV, 15 febbraio 2005, n. 478; Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2005, n. 32; T.A.R. Lazio, Sez. I-bis, 10 febbraio 2005, n. 1236; Cons. Stato, Sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5012; Cons. Stato., Sez. IV, 10 agosto 2004, n. 5500.

Certo, l'eventuale disorganizzazione amministrativa e gestionale non è necessariamente causa dell'illegittimità dell'atto, tuttavia, a nostro modo di vedere, un ente che ha un'organizzazione non improntata a criteri di buona Amministrazione, ove regna la disorganizzazione amministrativa e gestionale, è un ente sicuramente negligente. Pertanto, il malfunzionamento generale, se collegato causalmente al danno, ben potrebbe dar luogo alla colpa dell'apparato che ha emanato il provvedimento illegittimo, assorbendo così anche le colpe dei singoli. Del resto, un dipendente, ancorché capace, se inserito in una Amministrazione male organizzata può risultare scarsamente produttivo¹⁶, e perciò può anche, per tale motivo, incolpevolmente sbagliare.

Si tratta di un profilo, quello del malfunzionamento generale, non solo potenzialmente rilevante nella produzione del danno (si pensi ad una disorganizzazione gestionale che porta ad affidare la responsabilità di un procedimento complesso ad un dipendente di bassa qualifica o del tutto inesperto), ma che rientra anche nel campo d'indagine riservato al giudice quando deve pronunciarsi sulla pretesa risarcitoria: in tali casi, infatti, il giudice dovrebbe estendere la propria indagine all'intero comportamento posto in essere dal soggetto pubblico per l'emanazione dell'atto. In questo senso hanno un rilievo e devono essere accertate anche le disfunzioni organizzative, per verificare se queste ultime (e non il comportamento del soggetto agente) siano la causa dell'evento dannoso.

3. Una conferma dal modello previsto dall'art. 1 della l. n. 190/2012.

Dunque, il ricorso ad un modello organizzativo preventivo idoneo ad evitare il danno da illegittimo esercizio del potere potrebbe essere uno strumento utile anche per la pubblica amministrazione.

Questa tesi trova oggi un addentellato normativo nell'art. 1 della l. n. 190 del 2012.

La testé richiamata norma, com'è noto, obbliga le amministrazioni pubbliche ad organizzare gli uffici in modo da prevenire il rischio del verificarsi di fenomeni corruttivi.

Più precisamente, l'art. 1, co. 5, della l. n. 190/2012 impone alle amministrazioni centrali di predisporre un piano di prevenzione della corruzione che, come chiarito dal successivo comma 9, deve rispondere, tra l'altro, alle seguenti esigenze:

¹⁶ Si vedano sul punto S. CASSESE, *I problemi del personale posti a raffronto con le soluzioni*, in *Cons. Stato*, 1991, II, 651; S. LICCIARDELLO, *Profili giuridici della nuova Amministrazione pubblica. Organizzazione per «autonomie» e «diritti» dei cittadini*, Torino, 2000, p. 265.

a) individuare le attività nell'ambito delle quali è più elevato il rischio di corruzione, anche raccogliendo le proposte dei dirigenti. Tra le attività sono espressamente richiamate – attraverso un rinvio al comma 16 – quelle relative alle autorizzazioni o concessione; alla scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi; alla concessione ed erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati; ai concorsi e prove selettive per l'assunzione del personale e progressioni di carriera;

b) prevedere, per le suddette attività, meccanismi di formazione, attuazione e controllo delle decisioni idonei a prevenire il rischio di corruzione;

c) prevedere, sempre con particolare riguardo alle predette attività, obblighi di informazione nei confronti del responsabile della prevenzione della corruzione e trasparenza, chiamato a vigilare sul funzionamento e sull'osservanza del piano;

d) definire le modalità di monitoraggio del rispetto dei termini, previsti dalla legge o dai regolamenti, per la conclusione dei procedimenti;

e) definire le modalità di monitoraggio dei rapporti tra l'amministrazione e i soggetti che con la stessa stipulano contratti o che sono interessati a procedimenti di autorizzazione, concessione o erogazione di vantaggi economici di qualunque genere, anche verificando eventuali relazioni di parentela o affinità sussistenti tra i titolari, gli amministratori, i soci e i dipendenti degli stessi soggetti e i dirigenti e i dipendenti dell'amministrazione;

f) individuare specifici obblighi di trasparenza ulteriori rispetto a quelli previsti da disposizioni di legge.

In sostanza, si tratta di un modello organizzativo teso a prevenire fenomeni di corruzione.

Ai sensi del comma 10 dell'art. 1 cit., il Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza ha l'obbligo di provvedere, tra l'altro, alla verifica dell'efficace attuazione del piano e della sua idoneità, nonché a proporre la modifica dello stesso quando sono accertate significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività dell'amministrazione.

Il successivo comma 12 dispone che in caso di commissione, all'interno dell'amministrazione, di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato, il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza risponde a titolo di responsabilità dirigenziale, nonché sul piano disciplinare, oltre che per il danno erariale e all'immagine della pubblica amministrazione, salvo che provi tutte le seguenti circostanze:

a) di avere predisposto, prima della commissione del fatto, il piano di prevenzione della corruzione e di aver osservato le prescrizioni di compilazione del piano e aver verificato l'efficace attuazione dello stesso e la sua idoneità;

b) di aver vigilato sul funzionamento e sull'osservanza del piano.

Dunque, la mancata adozione di un modello organizzativo idoneo a prevenire il reato di corruzione, e la mancata vigilanza sulla sua efficacia e attuazione, è sufficiente per incardinare una responsabilità in capo ad un soggetto, il responsabile della prevenzione della corruzione.

Si tratta di un sistema che si ispira chiaramente al modello organizzativo di responsabilità penale delle persone giuridiche previsto dal d.lgs. n. 231 del 2001.

A differenza del modello del d.lgs. n. 231/2001, però, in questo caso la colpa e la relativa responsabilità non viene imputata all'ente, ma ad una persona fisica (il responsabile della prevenzione della corruzione).

Nonostante questa differenza, la soluzione delineata dalla l. n. 190/2012 dimostra la potenziale applicabilità del modello di cui al d.lgs. n. 231/2001 anche alla responsabilità della pubblica amministrazione.

Si può aggiungere che poiché, come sopra detto, molti degli adempimenti necessari per il ricorso al modello preventivo qui ipotizzato sono già previsti come obblighi per le pubbliche amministrazioni da numerose norme (si pensi alla necessità di dotarsi di un codice etico e di un codice di comportamento, di munirsi di un sistema di controlli interni efficace, di formare adeguatamente il personale, di applicare le sanzioni disciplinari, e così via), potrebbe non essere necessaria una esplicita previsione normativa per l'applicazione di tale modello, potendo considerarsi sufficiente quanto già stabilito dall'insieme di norme che di fatto obbligano le p.a. a porre in essere un adeguato ed efficace modello organizzativo teso a prevenire i danni (inclusi quelli) da illegittimo esercizio del potere.

FRANCESCO FOLLIERI
Professore a contratto presso la Libera Università Mediterranea LUM
Jean Monnet di Casamassima
francesco_follieri@hotmail.it

POLITICA E AMMINISTRAZIONE

POLITICS AND ADMINISTRATION

SINTESI

L'analisi del significato letterale dei concetti di “politica” e “amministrazione” permette di enucleare due distinte relazioni: la relazione tra attività politica e attività amministrativa e la relazione tra gli organi politici e gli organi o uffici amministrativi. Nella disciplina di quest'ultima relazione, il legislatore ha tentato di bilanciare esigenze di strumentalità e di imparzialità. Il modello attuale risulta, dunque, sostanzialmente ispirato al principio di separazione tra politica e amministrazione sul piano delle funzioni e delle responsabilità, pur prevedendo meccanismi ispirati al regime fiduciario, specialmente per quanto concerne il piano dei poteri *lato sensu* datoriali degli organi di governo. Una simile ibridazione presenta il duplice rischio, da una parte, che la politica torni ad essere il modo di accedere agli incarichi più elevati della carriera pubblica, dall'altra, che venga a mancare la corrispondenza tra chi concepisce l'atto e chi ne risponde. A tali conseguenze è possibile porre rimedio tramite una separazione tra gli uffici di c.d. staff politico e gli uffici di gestione, con l'istituzione di modalità selettive basate esclusivamente sul merito.

ABSTRACT

Based on the literal definitions of “politics” and “administration”, it is possible to outline two types of relations: the relation between political organisation and administrative organisation and the relation between political bodies and bureaucracy.

In this respect, the legislator has tried to balance the principle of instrumentality with the principle of impartiality of the public administration. The current model thus aims at guaranteeing the separation between politics and administration with regard to competences and responsibilities, but at the same time provides for certain trustworthy mechanisms, that apply when the public administration acts as an employer. This hybridisation determines the following risks: on the one hand, politics may strongly influence the access to directional roles in the public administration, on the other hand, there may not be correspondence between the subject that conceives the administrative act and the subject that may be deemed responsible for the same act.

The remedy may be the institution of a separation between offices intended with functions of political support and offices in charge of proper administration, together with the introduction of different selection methods.

PAROLE CHIAVE: amministrazione - politica - Governo - burocrazia - organizzazione amministrativa

KEYWORDS: administration - politics - bureaucracy - administrative organisation

INDICE: 1. 'Politica' e 'amministrazione': un approccio analitico. - 1.2. La relazione 'politica - amministrazione' come la relazione 'organi di governo - burocrazia'. - 2. Strumentalità vs. imparzialità della burocrazia. - 3. Separazione funzionale e vincoli fiduciari: il «delitto perfetto». - 4. Buon andamento e organi di governo.

1. 'Politica' e 'amministrazione': un approccio analitico.

Il discorso intorno alla relazione tra politica e amministrazione presuppone la distinzione tra politica e amministrazione¹: solo se politica e amministrazione non coincidono si può discutere della loro relazione in termini giuridici² - sebbene tale distinzione, si avvisa spesso in dottrina, non escluda una certa dose di sovrapposizione tra i due concetti³.

Tale distinzione funge da premessa poi a molte disposizioni costituzionali (rilevanti per il tema): «*il Presidente del Consiglio dei Ministri dirige la politica del Governo*» e «*mantiene l'unità di indirizzo politico ed amministrativo*» (art. 95, co. 1, analogamente l'art. 121, co. 4); l'amministrazione deve essere imparziale (art. 97, co. 1), diversamente dalla politica che è parziale per definizione⁴, tanto da essere organizzata in partiti (art. 49); mentre tutti «*i cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche*», dunque inclusi coloro che rivestono incarichi elettivi o per investitura politica, «*hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore*» (art. 54, co. 2, Cost.), solo «*i pubblici impiegati*» (cioè i dipendenti assunti dalla pubblica amministrazione, i funzionari amministrativi), non i politici, «*sono al servizio esclusivo della Nazione*» (art. 98, co. 1, Cost.) – tanto che per alcune

¹ Sebbene tale distinzione può non essere netta, ma contraddistinta da una certa vaghezza di grado (come ogni distinzione operata tramite il linguaggio naturale). Sulla distinzione tra politica e amministrazione non come netta cesura, per tutti G. PASTORI, M. SGROI, *Dirigenti pubblici*, in *Enc. dir.*, Milano, Agg. V, 2001, pp. 356 e s.

² Diversamente sarebbe invece in termini logici: anche l'identità è una relazione.

³ Cfr. per tutti G. PASTORI, M. SGROI, *Dirigenti pubblici*, in *Enc. dir.*, Milano, Agg. V, 2001, pp. 356 e s.

⁴ Per tutti, G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, V ed., 2010, p. 77.

categorie di pubblici impiegati la legge può stabilire limitazioni al diritto di iscriversi ai partiti politici (art. 98, co. 3)⁵.

1.1. Analisi semantica.

‘Politica’ e ‘amministrazione’ sono tuttavia termini ambigui (o equivoci): ciascuno di essi reca più di un significato, tanto in generale, quanto nella dogmatica del diritto pubblico⁶. ‘Politica’ e ‘amministrazione’ possono dunque designare «cose» (*recte*, stati-di-cose) diverse. Sicché, onde evitare fraintendimenti, si deve innanzitutto chiarire come si intenderanno ‘politica’ e ‘amministrazione’ nella presente trattazione.

(A) Per ‘amministrazione’ si intende tradizionalmente l’attività coincidente con la funzione esecutiva dello Stato, ossia l’amministrare⁷. Per ‘amministrazione’ tuttavia si intende anche l’insieme degli apparati pubblici che quella funzione sono chiamati ad esercitare, ossia l’amministrazione come organizzazione, come soggetto o insieme di soggetti giuridici⁸⁻⁹. Il significato di amministra-

⁵ Sul diverso ambito di applicazione dell’art. 54, co. 2, Cost. e dell’art. 98, co. 1, Cost., cfr. C. PINELLI, *Art. 98, co. 1*, in P. CARETTI – C. PINELLI – U. POTOTSCHNIG – G. LONG – G. BORRÈ, *La pubblica amministrazione*, in *Commentario della Costituzione Branca – Pizzorusso*, Bologna – Roma, 1994, pp. 417 e ss.

⁶ Per la nozione di ambiguità (o equivocità) qui presupposta, cfr. N. ABBAGNANO, *Univoco ed equivoco*, in ID., *Dizionario di filosofia*, III ed., Torino, 2013, p. 1132; nonché C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un’analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, p. 46.

⁷ F. BENVENUTI, *Disegno dell’amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, p. 98. Più di recente, F.G. SCOCA, *Nozioni introduttive*, in ID. (a cura di), *Diritto amministrativo*, VI ed., Torino, 2019, p. 4 (ove si evidenzia che l’evoluzione del nostro ordinamento impone di distinguere all’interno della funzione esecutiva, tra la funzione di governo e la funzione amministrativa, cioè la «attività di gestione, consistente nella cura concreta degli interessi pubblici, ispirata ai principi del buon andamento e dell’imparzialità, e finalizzata al raggiungimento degli obiettivi fissati dagli organi di governo»).

⁸ Cfr. G. TREVES, *L’organizzazione amministrativa*, Torino, 1975, pp. 5 e ss.; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, p. 116, ove in verità la nozione di “organizzazione” pare più lata rispetto a quella dell’organizzazione amministrativa, giacché Nigro vi ricomprende «il complesso degli uffici, quali strumenti predisposti dall’ordinamento per la cura degli interessi generali di una comunità: uffici assunti sia nella loro singolarità, sia nei loro collegamenti, e considerati non solo come meri circoli di competenze, ma nell’unità dei mezzi personali e reali che rendono possibile la cura degli interessi»; F. BENVENUTI, *Disegno dell’amministrazione italiana*, cit., p. 97.

La definizione di “amministrazione” dal punto di vista soggettivo è tuttavia problematica, quando ci preoccupa di determinarne precisamente i confini: per tutti e di recente, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, pp. 317 e ss. Per una notevole riflessione sulla definizione di ‘amministrazione’ dal punto di vista finanziario, W. GIULIETTI, M. TRIMARCHI, *Nozione di amministrazione e coordinamento statale nella prospettiva dell’interesse finanziario*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall’unificazione amministrativa italiana. Studi*, vol. I, *L’organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e*

zione in senso soggettivo dipende dalla nozione di amministrazione come attività, giacché l'amministrazione in senso soggettivo include nella sua intensione l'attività amministrativa: se muta la nozione di 'amministrazione' come attività, muta di conseguenza anche il significato di 'amministrazione' come insieme di soggetti deputati a quell'attività¹⁰.

(B) 'Politica' è un termine ancora più ambiguo. Per un verso anche 'politica' designa un'attività (la «politica generale del Governo» - art. 95, co. 1, Cost.)¹¹ e una certa classe di soggetti che di quella attività si occupa (intesa come classe politica o come gli organi politici dello Stato¹²). Per altro verso, manca una convenzione linguistica, specialistica o meno, sufficientemente condivisa su che cosa debba intendersi per 'politica' come attività¹³ - ambiguità che si riflette inevitabilmente sul significato di 'politica' in senso soggettivo, per le stesse ragioni viste per il termine 'amministrazione'.

integrazione europea, a cura di R. CAVALLO PERIN, A. POLICE, F. SAITTA, Firenze, 2016, pp. 189 e ss.

⁹ A queste due accezioni di 'amministrazione' come attività e come soggetto (o insieme di soggetti), si aggiunge quella di 'amministrazione' come prodotto dell'attività amministrativa, ossia l'insieme degli atti di esercizio di potere contraddistinti da un certo indirizzo (come nel lemma "l'amministrazione Obama"). Mentre questo impiego è diffuso nel linguaggio comune, probabilmente per derivazione dall'impiego anglosassone (e specialmente statunitense) del termine '*administration*', esso è meno frequente nel linguaggio specialistico. Ad ogni modo, esso non rileva ai fini del presente scritto.

¹⁰ Ad esempio, se per 'amministrazione' si intende non la funzione esecutiva dello Stato, ma la gestione ordinaria di un'impresa, 'amministrazione' in senso soggettivo diviene il complesso di soggetti che si occupano della gestione ordinaria dell'impresa.

¹¹ Cfr. A. DURO, *Vocabolario della lingua italiana*, Roma, 1991, pp. 976 e s., ove si evince che anche 'politica', come 'amministrazione', può inoltre essere intesa come il prodotto di quell'attività ("la politica fiscale del Governo Monti"). Per l'uso di 'politica' in quest'ultima accezione, si veda G. CORSO, *Regole e politiche pubbliche: il punto di vista dei destinatari*, in www.giustamm.it, 6/2005, p. 1: «Più norme formano una legge, più leggi che riguardano la stessa materia e perseguono gli stessi fini esprimono una politica».

¹² Per queste due accezioni di 'politica' in senso soggettivo, si veda per tutti F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa*, Bologna, 2006, pp. 11 e ss.

¹³ Tanto da far ritenere che la politica sia ontologicamente ambigua (L. ORNAGHI (a cura di), *Scienza della politica*, Milano, 1993), o comunque che tale ambiguità dipenda dal contesto storico della nostra epoca (G. SARTORI, *Elementi di teoria politica*, Bologna, 1987, secondo cui, rotta l'identificazione tra Stato e politica che aveva dominato in Occidente durante l'età moderna, la politica si è dilatata a tal punto da perdere la sua specificità e da rendere perciò vano ogni tentativo di definirla). Sul punto cfr. A. PANEBIANCO, *Politica*, in *Enciclopedia del Novecento*, III suppl., 2004, disponibile on-line: www.treccani.it/enciclopedia/politica_res-a9bf4e6f-87f0-11dc-8e9d-0016357eee51_%28Enciclopedia-del-Novecento%29/, che infatti abbandona immediatamente l'idea di fornire una definizione di 'politica', per limitarsi ad esporre una serie di coppie di poli tra i quali il dibattito sulla politica oscilla: realismo-normativismo, istituzione-intenzione, autonomia-eteronomia e così via.

Già nella filosofia greca, infatti, si possono distinguere almeno tre concetti di 'politica' come attività¹⁴:

(i) la politica come dottrina del diritto e della morale, ossia la ricerca del bene supremo e il suo perseguimento¹⁵;

(ii) la politica come teoria dello Stato, ossia la «scienza cui spetta di cercare quale sia la migliore costituzione»¹⁶, con il fine tanto di descrivere la forma di Stato ideale¹⁷ quanto di determinare la migliore forma di Stato possibile in date circostanze¹⁸;

(iii) la politica come l'arte o la scienza del governo¹⁹⁻²⁰.

L'autonomizzarsi del diritto e della morale dalla politica²¹ e della teoria/dottrina dello Stato dalla politica²², ha indotto la discussione contemporanea del diritto pubblico a concentrarsi sulla politica intesa come arte o scienza del governo. Tuttavia, anche in questa accezione di 'politica' si annida una certa dose di ambiguità. L'arte o la scienza del governo è infatti composta da almeno due attività, complementari ma distinte.

(a) Per 'politica' si intende l'«attività volta a conquistare il governo, mantenerne il controllo, oppure cercare di influenzarlo»²³. È l'attività *per* il governo.

¹⁴ N. ABBAGNANO, *Politica*, in N. ABBAGNANO, *Dizionario di Filosofia*, III ed., Torino, 2013, pp. 829 e ss.

¹⁵ ARISTOTELE, *Etica a Nicomaco*, I, 2, 1094 a 26. L'identificazione tra politica ed etica persiste a lungo nella filosofia (cfr. T. HOBBS, *De homine*, cap. X, par. 5, ove l'etica e la politica sono identificate nella «scienza del giusto e dell'ingiusto, dell'equo e dell'iniquo» - trad. it. disponibile on line: www.gianfrancobertagni.it/materiali/corpo/corpuouomo.pdf). Lo stesso accade per l'identificazione tra diritto e politica, tanto che tutti gli scritti antichi e medievali di diritto naturale furono considerati trattati di politica, come rileva N. ABBAGNANO, *Politica*, cit., p. 830. Cfr. anche W. ECKSTEIN, *Politica, Filosofia*, in D.D. RUNES, *The Dictionary of Philosophy*, trad. it. a cura di A. DEVIZZI, *Dizionario di filosofia*, 1963, p. 717.

¹⁶ ARISTOTELE, *Politica*, IV, 1, 1288 b 21.

¹⁷ Si pensi alla riflessione di PLATONE, *Repubblica*. In questa accezione del termine 'politica' nasce l'identificazione tra Stato e politica, la cui rottura è secondo G. SARTORI, *op. cit.*, la ragione dell'accentuata ambiguità del termine politica ai giorni nostri.

¹⁸ Ricerca tentata da Aristotele in una parte della *Politica*.

¹⁹ PLATONE, *Politico*, 259 a-b; ARISTOTELE, *Politica*, IV, 1, 1288 b 27.

²⁰ A questi tre concetti di politica, A. COMTE, *Sistema di politica positiva*, 1851-54, aggiunge quello di politica come sociologia.

²¹ Tanto da poter, ad esempio, far assurgere la morale a parametro della politica e dei suoi costumi e il diritto, principalmente costituzionale, a limite della politica. Cfr. per tutti L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, 2013, pp. 23 e ss., ove si evidenzia che le costituzioni rigide pongono un argine alle decisioni politiche dei posteri, quantomeno rendendo talune decisioni più complesse dal punto di vista procedurale o addirittura precludendole del tutto.

²² H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, London, 1949 (III ristampa), pp. 181 e ss.

²³ A. PANEBIANCO, *Politica*, in *Enciclopedia del Novecento*, cit. Questo è uno dei due significati che V. CERULLI IRELLI, *Costituzione, politica, amministrazione*, in ID., *L'amministrazione «costituzionalizzata» e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, 2019, p. 11, attribuisce al termine "politica".

Intesa in questo modo, la politica può essere considerata in un'ottica realista²⁴, ossia come un conflitto tra parti, fazioni o partiti per il controllo di posizioni di dominio che può ricorrere alla violenza, la politica della distinzione “amico-nemico”²⁵; oppure in un'ottica normativista, come il fenomeno che soddisfa l'esigenza di cooperazione tra gli uomini per il perseguimento di obiettivi comuni, che instaura un ordine condiviso o quantomeno accettato da tutti²⁶. Il diritto pubblico si occupa della politica come attività per il governo al fine di disciplinare le modalità tramite le quali il governo è “conquistato” (ad esempio, negli ordinamenti occidentali contemporanei, il sistema elettorale e le modalità di nomina del Governo), è mantenuto (ad esempio, l'istituto della fiducia o della sfiducia, parlamentare o popolare) ed è influenzato (ad esempio, la disciplina del *lobbying*, la prevenzione e la repressione della corruzione). Nella concezione realista della politica, il diritto pubblico si occupa cioè di sopire il conflitto che l'attività per il governo implica o quantomeno di arginarne gli eccessi; nella concezione normativista della politica il diritto pubblico si occupa di istituire modalità per il compimento della sua funzione collaborativa.

Alla politica come attività per il governo corrisponde la ‘politica’ (in senso soggettivo) intesa come ‘classe politica’, ossia come il novero di coloro che si confrontano (o si «scontrano») oppure collaborano per la conquista, il mantenimento o l'influenza del governo, anche a prescindere dall'effettiva titolarità di cariche pubbliche.

Con la politica così intesa, cioè con l'attività per il governo e con la classe politica, l'amministrazione ha relazioni occasionali (ad esempio, la gestione dei procedimenti elettorali). Essa dunque assume poco interesse ai presenti fini.

(b) Per ‘politica’ si intende anche l'«attività pratica relativa all'organizzazione e amministrazione della vita pubblica»²⁷, «l'insieme di quelle

²⁴ Su cui, per tutti, P. P. PORTINARO, *Il realismo politico*, Roma-Bari, 1999.

²⁵ C. SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*, in, *Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik*, 58 (1927), pp. 1 e ss., trad. it., *Il concetto di politico*, in *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, p. 105: «la specifica distinzione politica alla quale è possibile ricondurre le azioni e i motivi politici è la distinzione di amico e nemico».

²⁶ B. DE JOUVENEL, *De la souveraineté*, Paris, 1955, trad. it. *La sovranità*, Milano, 1971, individua innanzitutto nell'instaurazione di un regime di sicurezza per gli uomini lo scopo della collaborazione che la politica rappresenta (in una sorta di variante dell'esigenza di evitare lo hobbesiano stato di natura). Evidente è la concezione normativista della politica di F. GENTILE, *Politica (filosofia del diritto)*, in *Enc. dir.*, Milano, XXXIV, 1985, p. 59.

Sulla compatibilità tra concezione realista e concezione normativista della politica, si veda C. GALLI, *Politica*, in R. ESPOSITO, C. GALLI (a cura di) *Enciclopedia del pensiero politico*, Roma-Bari, 2000, pp. 540 e ss.

²⁷ *Politica*, in *Dizionario di Filosofia Treccani*, 2009, disponibile on-line: [www.treccani.it/enciclopedia/politica_\(Dizionario-di-filosofia\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/politica_(Dizionario-di-filosofia)).

attività necessarie per il governo di un paese»²⁸: propriamente l'attività *di* governo²⁹, l'attività di indirizzo della vita della collettività³⁰. È questa la 'politica' cui fa riferimento la Costituzione quando sancisce il diritto di ciascun cittadino di associarsi in partiti per «concorrere con metodo democratico a determinare la *politica* nazionale» (art. 49) e nell'attribuire al Presidente del Consiglio dei Ministri la direzione e la responsabilità della «*politica* generale del Governo» (art. 95, co. 1). Ed è questa l'accezione di politica come attività che più interessa in questa sede.

A questa nozione di 'politica' come attività corrisponde la 'politica' in senso soggettivo intesa come 'organi politici', ossia come gli organi pubblici deputati ad indirizzare la vita della collettività³¹ e che nel nostro ordinamento sono forniti di una qualche forma di investitura democratica, diretta o indiretta³².

(C) Dell'attività di governo si registrano tuttavia due nozioni, diverse per ampiezza dell'oggetto dell'attività. Per un verso, per 'politica' si intende esclusivamente la decisione dei fini, cioè del bilanciamento dei valori e (corrispondentemente) degli assetti di interessi³³, da attuare tramite "strumenti" giuridici³⁴. La determinazione del fine è, cioè, l'attività politica, distinta dall'attività di produzione giuridica (e relativa esecuzione): la politica individua il fine che tramite il diritto viene perseguito. Per altro verso, per 'politica' si intende tanto la determinazione dei fini quanto il loro perseguimento tramite gli atti giuridici di ogni tipo (leggi, decreti legge, decreti legislativi, regolamenti, atti generali, piani, pro-

²⁸ G. FORNERO, *Politica* (aggiornamento), in N. ABBAGNANO, *Dizionario di Filosofia*, III ed., Torino, 2013, p. 833, secondo cui tale definizione di 'politica' presuppone alcuni elementi «senza i quali non ci può essere governo»: autorità politica, legittimazione di questa autorità e potere coercitivo attribuito a tale autorità.

²⁹ Quella cui probabilmente si riferisce PLATONE, *Politica*, 259 a-b, quando definisce la politica «scienza regia».

³⁰ Per questa accezione di «politica», anche V. CERULLI IRELLI, *Costituzione, politica, amministrazione*, cit., p. 11.

³¹ Con ciò non si intende affermare che nel nostro ordinamento v'è una funzione politica o di indirizzo politico, distinta dalle funzioni che Montesquieu delineò (legislativa, esecutiva, giudiziaria). Come emergerà oltre, almeno ai presenti fini, in termini giuridici l'attività politica si traduce nell'esercizio di poteri legislativi o amministrativi. Sul punto, T. MARTINES, *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, Milano, XXI, 1971, pp. 149 e ss.

³² F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, cit., p. 12.

³³ Cfr. espressamente C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, p. 201 (che se ne occupa per stabilire se la politica può essere considerata una tecnica). È la fase dell'indirizzo politico che T. MARTINES, *Indirizzo politico*, cit., pp. 136 e ss., denomina «fase teleologica».

³⁴ Cfr. T. MARTINES, *Indirizzo politico*, cit., pp. 136 e ss., che individua infatti nell'adozione degli atti giuridici per il perseguimento del fine e nella produzione dei loro effetti giuridici rispettivamente la «fase strumentale» e la «fase effettuale» dell'indirizzo politico.

grammi, provvedimenti amministrativi)³⁵ e le modifiche dell'ordinamento che essi producono³⁶.

La definizione di politica estesa anche all'attuazione fa ricadere nella politica l'esercizio di qualunque potere pubblico (e forse non solo pubblico), solo perché funzionalizzato al perseguimento del fine ordinamentale che gli organi politici hanno stabilito. Ad esempio, l'attuazione del fine dell'ordinamento, cioè del bilanciamento tra valori e interessi sotteso ad una norma giuridica (la sua *ratio*), è il fine anche della giurisdizione. Alla stregua di questa nozione dunque anche la giurisdizione può essere ricondotta alla politica, perché attua (*recte*, deve attuare) l'assetto di valori/interessi indicato dagli organi politici³⁷. Detto altrimenti, la politica così intesa include ogni funzione dello Stato e perciò si risolve nella nozione di 'Stato' o di 'ordinamento'³⁸: essa è inutile ai fini di questo scritto.

D'altro canto, l'attività di determinazione del fine di per sé non ha rilievo giuridico. Essa assume rilievo giuridico allorché si traduce in un atto giuridico quale che sia, fosse anche solo un disegno di legge. Tuttavia, nel momento in cui la determinazione del fine viene trasfusa in un atto giuridico, essa si associa quasi in ogni caso all'indicazione del modo di perseguire il fine, cioè alla disciplina giuridica strumentale al perseguimento del fine (più o meno dettagliata a seconda dei casi), e comunque si associa sempre alla produzione di un effetto giuridico strumentale al fine (anche solo l'effetto giuridico di avviare il procedimento legislativo o quello di stabilire obiettivi, il cui mancato raggiungimento può cagionare conseguenze giuridiche sui dirigenti chiamati a perseguirli nell'esercizio dei poteri di gestione). Inoltre, sul piano della decisione, l'individuazione del fine può essere distinta dalla decisione circa il mezzo da impiegare solo *a posteriori*: nell'effettività delle decisioni, nel concreto processo del decidere, decisione del fine e del mezzo non sono fasi distinte³⁹. Infine, la

³⁵ T. MARTINES, *Indirizzo politico*, cit., pp. 140 e ss., la denomina «fase strumentale» dell'indirizzo politico.

³⁶ T. MARTINES, *Indirizzo politico*, loc. ult. cit., che la definisce come la «fase effettuale» dell'indirizzo politico.

Secondo A.M. SANDULLI, *Governo e amministrazione*, ora in ID., *Scritti giuridici*, Napoli, 1990, I, p. 263, l'art. 95, co. 1, Cost. impiega il termine 'politica' in questa accezione, in quel contesto 'politica' «non è [...] soltanto l'attività "politica" in senso stretto (nell'accezione in cui l'aggettivo "politico" viene impiegato nell'art. 31 t.u. Cons. St.), bensì abbraccia, in modo comprensivo, tutta l'attività governativa comunque rivolta alla gestione della cosa pubblica».

³⁷ Anche senza accedere all'inclinazione politica del ruolo della giurisdizione, su cui cfr. ancora T. MARTINES, *Indirizzo politico*, cit., pp. 158 e ss.

³⁸ A seconda della concezione di Stato e ordinamento che si accolga.

³⁹ In relazione alla politica, cfr. ancora una volta T. MARTINES, *Indirizzo politico*, cit.. Si tratta di una considerazione molto diffusa nell'analisi del processo decisionale della p.a.: fra moltissimi, V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, ora in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 1981, vol. I, pp. 268 e ss.; M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica*

determinazione del fine è solo molto raramente esaurita negli atti degli organi politici: alle altre attività strumentali è frequentemente lasciato un margine di decisione anche nel fine, come la discrezionalità amministrativa (cioè la ponderazione degli interessi) – margine spesso celato dietro la formula “specificazione del fine” o “concretizzazione del fine”⁴⁰.

In sostanza, non ha senso includere nella nozione di politica anche l'attività strumentale, altrimenti si perde la distinzione tra politica e Stato o ordinamento e tra politica e attività strumentali. Tuttavia, la determinazione del fine assume rilievo giuridico solo nel momento in cui v'è almeno un primo, ancorché embrionale, esercizio delle attività strumentali, è praticamente indistinguibile dalla selezione dello strumento nel processo di decisione ed è spesso lasciata a decisioni spettanti ad organi non politici, chiamati ad esercitare funzioni strumentali. Sicché, almeno ai nostri fini, l'attività di determinare i fini della collettività (la politica) è una “porzione” della produzione giuridica⁴¹ e perciò trasversale (almeno) alla funzione legislativa e a quella esecutiva. E della funzione dello Stato in cui concretamente si traduce, la politica assume la posizione ordinamentale e il regime giuridico. Se l'indirizzo politico è esternato in una legge o in un atto che ne ha la forza, l'attività di governo acquisisce il regime giuridico degli atti legislativi (condizioni formali e sostanziali di validità, efficacia, “impugnabilità”) e l'organo politico che l'ha emanato e/o che ne ha deter-

amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico, Torino, 1996, pp. 175 e ss.; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa e i suoi interpreti*, in ID., *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002, p. 100.

⁴⁰ La “specificazione” o “concretizzazione” dell'interesse pubblico è infatti una preferenza fra interessi, che la legge non delimita neanche nel novero: sia consentito rinviare a F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2017, pp. 521 e ss., anche per le opportune citazioni.

⁴¹ Tale conclusione non è confutata nemmeno dall'adozione di una nozione ancor più ristretta di attività di governo (cioè di attività politica).

Nel diritto amministrativo è infatti diffusa una nozione di ‘politica’ in senso stretto, come l'attività formalmente amministrativa di determinare i fini pubblici al livello più elevato, un tempo totalmente sottratta al diritto, oggi soggetta esclusivamente alla Costituzione (P. BARILE, *Atto di governo*, cit.). Detto altrimenti, non ogni scelta dei fini è attività politica, ma solo la scelta dei fini “ultimi”, le scelte che riguardano gli interessi supremi dello Stato; altro genere di preferenze fra fini non fa parte della politica. È la nozione di ‘politica’ (in senso oggettivo) evocata dall'atto politico che ad oggi l'art. 7 c.p.a. sottrae alla giurisdizione. Sul punto, cfr. A.M. SANDULLI, *Governo e amministrazione*, cit., pp. 264 e s., secondo il quale l'atto politico si contraddistingue per essere un atto soggetto esclusivamente alla Costituzione, che si occupa degli interessi fondamentali dello Stato e che è adottato dai massimi organi dello Stato, di rilievo costituzionale. Più di recente, G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.*, 2012, pp. 329 e ss.

Tuttavia, anche in quest'ottica, la politica assume rilievo giuridico quando la scelta è esternata in un atto giuridico e dunque a seconda della natura dell'atto emanato e dell'organo che lo emana muta il regime e la posizione ordinamentale della politica. Tant'è che l'atto politico secondo l'art. 7 c.p.a. (e già secondo l'art. 31 R.D. n. 1054/1924) è l'atto “formalmente” amministrativo, non quello “formalmente” legislativo.

minato o contribuito a determinare il contenuto acquisisce la posizione ordinamentale del legislatore (ad esempio in tema di responsabilità per l'atto legislativo illegittimo⁴²), si tratti del solo Parlamento (o del solo Consiglio Regionale o Comunale), del Governo (o della Giunta Regionale o Comunale) oppure di entrambi⁴³. Se l'indirizzo politico è esternato in una direttiva ministeriale o dell'esecutivo regionale o locale, invece, l'attività di governo assume il regime di questo tipo di atto amministrativo e l'organo politico (in questo caso il Ministro, la Giunta o l'Assessore) assume la posizione di vertice dell'amministrazione⁴⁴.

(D) In sintesi, ai fini del presente scritto, per 'amministrazione' si deve perciò intendere:

(i) l'attività amministrativa, ossia l'attività coincidente con la funzione esecutiva dello Stato, ossia l'amministrare; e

(ii) gli organi o uffici amministrativi, ossia l'insieme di soggetti e loro articolazioni chiamati ad esercitare questa funzione.

Per 'politica', invece, si deve intendere:

(i) l'attività politica, ossia l'attività di governo, corrispondente alla porzione dell'attività di produzione giuridica che determina i fini della collettività, trasversale alla funzione legislativa ed esecutiva dello Stato; e

(ii) gli organi politici, ossia gli organi chiamati a determinare i fini della collettività, muniti di legittimazione soggettiva (nel nostro ordinamento, democratica).

1.2. La relazione 'politica - amministrazione' come la relazione 'organi di governo - burocrazia'.

L'analisi semantica di 'politica' e 'amministrazione' permette di enucleare due distinte relazioni tra politica e amministrazione: (i) la relazione tra attività

⁴² Sul problema di configurare la responsabilità da atto legislativo illegittimo, si veda già L. PALADIN, *Cenni sul sistema delle responsabilità civili per l'applicazione di leggi incostituzionali*, in *Giur. cost.*, 1960, pp. 1032 e ss.; più di recente, C. PANZERA, *La responsabilità del legislatore e la caduta dei miti*, in *Politica del diritto*, 2007, pp. 357 e ss.; C. PASQUINELLI, *Le leggi dannose. Percorsi della responsabilità civile tra pubblico e privato*, Torino, 2013; E. SPARACINO, *Legge incostituzionale e responsabilità risarcitoria. Spunti di riflessione a partire dalla sentenza n. 20 del 2016*, in *Giur. cost.*, 2016, pp. 126 e ss. Il tema ha avuto poi molto sviluppo in relazione ai danni provocati dall'omessa attuazione delle direttive comunitarie (a seguito della sentenza *Francovich*): cfr., *ex multis*, M. CARTABIA, *Omissioni del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni (a proposito della sentenza Francovich della Corte di Giustizia delle Comunità europee)*, in *Giur. cost.*, 1992, pp. 505 ss.

⁴³ Per limitarsi ad esempi dell'ordinamento nazionale. Il discorso si potrebbe tuttavia estendere anche al livello europeo.

⁴⁴ La trasversalità della determinazione dei fini a qualunque funzione pubblica permette poi di confutare la distinzione 'politica - amministrazione' incentrata sulla distinzione tra produzione ed esecuzione di direttive di governo, formulata da T.W. WILSON, *Lo studio dell'amministrazione (1887)*, in *Storia amministrazione costituzione*, 1993, p. 31 e *passim*.

politica (*id est*, attività di governo) e attività amministrativa e (ii) la relazione tra gli organi politici e gli organi o uffici amministrativi – ossia tra le articolazioni organizzative rispettivamente deputate all’attività politica e a quella amministrativa⁴⁵. L’intenzione di indagare la relazione tra politica e amministrazione sotto il profilo dell’organizzazione suggerisce di limitare l’attenzione alla seconda relazione.

Il rilievo secondo cui l’attività politica è trasversale alla funzione legislativa ed esecutiva e di conseguenza sono politici sia organi legislativi sia organi amministrativi (ad es., il Parlamento e i Ministri) suggerisce poi che la relazione tra organi politici e organi o uffici amministrativi può essere intesa come la relazione ‘organi legislativi – organi amministrativi’ o come la relazione tutta interna all’amministrazione, ossia all’esecutivo, rappresentata dalla relazione ‘organi di governo – burocrazia’ (a livello statale, regionale o locale).

La relazione ‘organi legislativi – organi amministrativi’ coincide con la relazione tra organi *lato sensu* parlamentari (Parlamento, Consigli regionali e comunali) e organi di governo (Consiglio dei Ministri e Ministri, Giunta Regionale e Assessori, Giunta Comunale e Assessori). Nel nostro diritto positivo, tralasciando le peculiari forme di nomina dei vertici di alcune autorità amministrative indipendenti⁴⁶ e di talune società a partecipazione statale⁴⁷, le organizzazioni burocratiche (o a queste assimilabili) hanno relazioni organizzative con gli organi politici legislativi solo per il tramite degli organi politici amministrativi, cioè degli organi di governo: gli organi politici legislativi entrano in relazione

⁴⁵ In termini analitici, la combinazione tra i due significati qui indagati di ‘politica’ e ‘amministrazione’ produce in realtà quattro possibili relazioni:

- (i) attività di governo – attività amministrativa,
- (ii) attività di governo – organi amministrativi,
- (iii) organi politici – attività amministrativa e
- (iv) organi politici – organi amministrativi.

Tuttavia, le relazioni “eterogenee”, cioè tra attività politica o amministrativa e organi politici o amministrativi, indicate sub (ii) e (iii), possono confluire nella trattazione dalle altre due. Infatti, gli organi politici entrano in relazione con l’attività amministrativa o mediante l’esercizio dei poteri di indirizzo o normativi, dunque tramite l’attività politica, oppure per via della relazione (di diritto o di fatto) che sussiste tra loro e gli organi amministrativi. Così facendo, la relazione organi politici-attività amministrativa si traduce, rispettivamente, nella relazione attività di governo – attività amministrativa o in quella organi politici – organi amministrativi. L’attività di governo (cioè l’attività di determinare i fini), poi, entra in relazione con gli organi amministrativi perché il suo risultato consiste nei fini che tali organi devono perseguire tramite la loro attività; sicché la relazione ‘attività di governo-organi amministrativi’ si traduce nella relazione ‘attività di governo-attività amministrativa’.

⁴⁶ Ad esempio, il Presidente e i componenti dell’AGCM sono nominati dai Presidenti delle due Camere.

⁴⁷ La nomina di sette consiglieri di amministrazione della RAI è di competenza della Commissione parlamentare di vigilanza, mentre la nomina del Presidente del consiglio di amministrazione deve essere «ratificata» dalla medesima commissione.

con l'esecutivo tramite l'istituto della fiducia (o, a seconda dei casi, solo della sfiducia) degli organi di governo⁴⁸. Intesa in questo modo, tuttavia, la relazione tra organi politici legislativi e organi amministrativi è una relazione tra organi politici, tutta interna alla politica (in senso soggettivo) e solitamente appannaggio del diritto costituzionale⁴⁹, dunque poco interessante ai presenti fini.

Ci si limiterà pertanto ad indagare la relazione 'organi di governo – burocrazia'.

2. Strumentalità vs. imparzialità della burocrazia.

(A) La discussione dogmatica sulla relazione giuridica tra organi di governo e burocrazia si dipana lungo due direttive.

Da un lato, si dice, l'amministrazione è mezzo per l'attuazione del programma di governo, cioè delle forze politiche al potere per legittimazione democratica. Essa deve dunque essere subordinata alla politica: è il «principio di strumentalità» dell'amministrazione alla politica⁵⁰. In questo modo si garantisce legittimazione democratica all'amministrazione: l'investitura popolare si «trasmette» dal Parlamento al Governo e da questo (quale vertice dell'esecutivo) all'amministrazione per il tramite della subordinazione dell'amministrazione al Governo, alla sua «politica generale» e al suo «indirizzo politico e amministrativo» (art. 95 Cost.)⁵¹. Il «principio di strumentalità» dell'amministrazione alla politica riposa dunque in ultima analisi sul principio di democraticità (art. 1, co. 2, Cost.)⁵². Assolutizzando quest'ottica, ossia massimizzando il principio di strumentalità, l'amministrazione dovrebbe essere organizzata a mo' di «piramide», al cui vertice collocare un organo legittimato politicamente almeno in via indiretta⁵³, secondo il modello della c.d. responsabilità ministeriale (*rectius*, dell'esecutivo⁵⁴) «in purezza». Tale modello può essere così sintetizzato:

⁴⁸ Cfr. F. MERLONI, *Dirigenza*, cit., pp. 18 e s.

⁴⁹ Ad eccezione delle relazioni intercorrenti su questo piano negli enti locali, ove la letteratura è principalmente di estrazione amministrativistica.

⁵⁰ G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 39 e s., il quale tuttavia ricostruisce in termini unitari le due esigenze che qui si espongono, alla luce del vigente dettato costituzionale - artt. 95, 97 e 98 Cost. (pp. 77 e ss.).

⁵¹ G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 40. Per questa ricostruzione della giustificazione della strumentalità, L. TORCHIA, *I rapporti tra politica e amministrazione: poteri armonizzati e poteri contrapposti*, in S. CASSESE, A.G. ARABIA (a cura di), *L'amministrazione e la Costituzione. Proposte per la Costituente*, Bologna, 1993, p. 73.

⁵² G. CORSO, *op. loc. ult. cit.*

⁵³ Su questa immagine dell'organizzazione amministrativa, cfr. A. SALANDRA, *Lezioni di diritto amministrativo*, Roma, 1901, pp. 319 e ss.

⁵⁴ Per via dell'estensione del modello anche a livelli territoriali diversi da quello statale: F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, cit., p. 18.

(i) gli organi di governo sono giuridicamente responsabili dei singoli atti della struttura amministrativa che dirigono, oltre che responsabili dal punto di vista politico dei singoli atti e dell'attività (nel suo complesso) della struttura burocratica – ove la responsabilità politica risale “al contrario” la catena di legittimazione democratica (i Ministri nei confronti del Parlamento e questo nei confronti degli elettori; gli assessori regionali nei confronti del Presidente della Regione e questo nei confronti degli elettori, oltre che nei confronti del Consiglio Regionale – entro i limiti della sfiducia, se prevista dallo Statuto regionale; gli assessori comunali nei confronti del Sindaco e questi nei confronti degli elettori – salva anche in questo caso la sfiducia del Consiglio);

(ii) la burocrazia ha compiti istruttori e ausiliari per la migliore preparazione delle scelte degli organi politici. I burocrati sono i “consiglieri” dell'organo politico;

(iii) gli uffici burocratici e i burocrati sono alle dipendenze funzionali ed organizzative degli organi politici. Tra organi di governo e burocrazia v'è una relazione gerarchica⁵⁵;

(iv) la relazione tra burocrazia e organi politici è fiduciaria. Sicché dalla fiducia (e dai destini) del politico, non della politica, dipende il rapporto di lavoro del funzionario.

Dall'altro lato, si oppone, l'amministrazione è massimamente efficiente se è affidata ad un ceto di professionisti specializzati, se è cioè un'«amministrazione puramente burocratica»⁵⁶, ossia se è a-politica o neutrale. La forza dell'amministrazione è proprio nella competenza tecnica, nel «sapere specializzato» necessario per gestire lo Stato⁵⁷: ciò ne fa «il modo più razionale di esercizio del potere»⁵⁸. Più le società divengono complesse, più la competenza tecnica per amministrarle diviene essenziale, tanto da divenire «semplicemente inevitabile» nelle società contemporanee⁵⁹. Un'amministrazione strettamente dipendente dalla politica («politicizzata») o, ancor peggio, un'amministrazione esclusivamente affidata alla politica è un'amministrazione

⁵⁵ Su questo tipo di relazione gerarchica tra organo politico e burocrazia e su come tale relazione sia un modo per imputare la responsabilità degli atti all'organo politico anche ove la competenza ad adottare gli atti «puntuali» sia conferita agli organi burocratici, cfr. L. ARCIDIACONO, *Gerarchia amministrativa*, in *Enc. giur.*, Roma, XV, 1989, *ad vocem*; G. MARONGIU, *Gerarchia amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, XVIII, 1969; L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974, pp. 48 e ss. e 178 e ss. Più di recente, V. CERULLI IRELLI, *Costituzione, politica, amministrazione*, cit., p. 20.

⁵⁶ M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922 – ed. critica di J. Winckelmann, 1956, trad. it. di T. BAGIOTTI, F. CASABIANCA, P. ROSSI, *Economia e società*, Torino, III ed., 1999, vol. I, p. 217.

⁵⁷ M. WEBER, op. ult. cit., p. 218 e 219.

⁵⁸ M. WEBER, op. ult. cit., p. 217.

⁵⁹ M. WEBER, op. ult. cit., p. 218.

inefficiente: se il burocrate dipende dalla politica, egli ha più interesse a trovare un «padrino politico» che ad accrescere ed affinare le sue competenze per metterle al servizio della Nazione⁶⁰; se il politico è amministratore, non v'è garanzia che abbia le competenze tecniche necessarie per amministrare⁶¹. Seguendo questo ragionamento, in sostanza oggi «c'è soltanto la scelta tra «burocratizzazione» e «dilettantismo» dell'amministrazione»⁶². Su questi argomenti si fonda (tradizionalmente) il principio di imparzialità dell'amministrazione rispetto alla politica (artt. 97, co. 1, e 98 Cost.)⁶³⁻⁶⁴. Assolutizzando questa impostazione, ossia massimizzando il principio di imparzialità, l'amministrazione dovrebbe essere sottratta ad ogni influenza diretta della politica, secondo il modello della separazione dell'amministrazione dalla politica «in purezza». Questo modello può essere così sintetizzato:

(i) gli organi burocratici sono muniti di competenze proprie, separate da quelle degli organi politici, l'esercizio delle quali è subordinato esclusivamente al rispetto degli atti normativi;

(ii) gli organi burocratici sono responsabili dei loro atti;

(iii) tra organi politici e burocrazia non v'è rapporto organizzativo, ma eventualmente di attività (nell'esercizio delle loro funzioni, gli organi burocratici rispettano gli atti normativi prodotti da quelli politici);

(iv) il rapporto di lavoro dei burocrati è a tempo indeterminato. L'accesso alla carriera e le relative progressioni dipendono esclusivamente dalle competenze tecniche.

⁶⁰ Questa la ragione che indusse ad introdurre nel progetto di riforma costituzionale formulato dalla Commissione Bicamerale la separazione tra politica ed amministrazione tra i principi costituzionali: cfr. S. CASSESE, *Perché una nuova Costituzione deve contenere norme sulle pubbliche amministrazioni e quali devono essere queste norme*, in S. CASSESE – A.G. ARABIA (a cura di), *L'amministrazione e la Costituzione. Proposte per la Costituente*, Bologna, 1993, p. 20; F. MERUSI, *I rapporti tra governo e amministrazione*, *ivi*, p. 25; V. CERULLI IRELLI, *Il personale pubblico*, *ivi*, pp. 29 e s.

⁶¹ Già M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., pp. 215 e ss.; C. PINELLI, *Il «buon andamento» e l'imparzialità dell'amministrazione*, in P. CARETTI, C. PINELLI, U. POTOTSCHNIG, G. LONG, G. BORRÈ, *La Pubblica Amministrazione*, cit., pp. 31 e ss.

⁶² M. WEBER, op. loc. ult. cit.

⁶³ Questa è in verità una delle accezioni dell'imparzialità dal punto di vista dell'organizzazione. L'imparzialità è infatti intesa anche come obbligo di «disinteresse personale» del soggetto agente rispetto alla vicenda di cui decide (imparzialità come terzietà). Sul punto, per tutti, D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, IV ed., Bologna, 2007, pp. 57 e s.

⁶⁴ In estrema sintesi, la neutralità dell'amministrazione è funzionale anche al buon andamento: G. GUARINO, *Quale Costituzione? Saggio sulla classe politica*, Milano, 1980, p. 109. E se il fine dell'amministrazione è soddisfare i diritti fondamentali dei cittadini, l'imparzialità come neutralità assicura questo scopo: G. BERTI, *Art. 113*, in V. DENTI, G. NEPI MODONA, G. BERTI, P. CORSO, *La magistratura. Tomo IV*, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Bologna-Roma, 1987, p. 106.

A ciò si aggiunge che anche un'amministrazione burocratica imparziale (o indipendente) è comunque munita di legittimazione democratica. In quest'ottica, cioè, la strumentalità oltre ad essere dannosa per l'efficienza dell'amministrazione, non è necessaria neanche per assicurarle legittimazione democratica. La strumentalità dell'amministrazione è infatti essenziale per assicurare legittimazione all'amministrazione solo alla luce del criterio soggettivo di legittimazione all'esercizio del potere: il rapporto gerarchico e la responsabilità degli atti in capo all'organo politico assicurano che la sovranità venga esercitata da chi è soggettivamente legittimato a farlo (nel nostro ordinamento, per l'investitura elettorale – diretta o meno). Tuttavia, la legittimazione dell'amministrazione si fonda anche su un criterio oggettivo: sulla legalità e sulla ragionevolezza della sua azione⁶⁵. Anzi, secondo un orizzonte culturale, nelle democrazie pluraliste come la nostra⁶⁶, la legittimazione democratica consiste nella partecipazione di tutti gli interessi, per il tramite dei loro portatori, al «farsi» della decisione pubblica⁶⁷. Tale partecipazione si misura nel procedimento (ove è assicurata dalla partecipazione), ma anche nel rapporto tra politica e amministrazione: il dirigente competente a provvedere, dunque svincolato dal rapporto gerarchico che lo sottopone all'organo politico e perciò responsabile degli atti che compie, partecipa alla funzione non solo come pubblico impiegato, ma anche come cittadino⁶⁸. E perciò invero la «burocrazia rappresentativa»⁶⁹, democraticamente legittimata.

⁶⁵ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, pp. 567 e ss.; ma già ID., *Sui rapporti tra legittimazione politica e regime giuridico degli atti dei pubblici poteri*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, Padova, 2007, vol. I, pp. 259 e ss.

⁶⁶ A. TRAVI, *Responsabilità del pubblico dipendente e ordinamento del pubblico impiego nel dibattito alla Costituente*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, Bologna, 1980, II, pp. 323 e ss. ritiene che l'amministrazione imparziale sia l'unica configurazione costituzionalmente compatibile con la democrazia pluralistica.

⁶⁷ G. MARONGIU, *Funzione amministrativa e ordinamento democratico*, in G. MARONGIU, G.C. DE MARTIN (a cura di), *Democrazia e amministrazione*, Milano, 1992, ora in G. MARONGIU, *La democrazia come problema*, vol. I, t. 2, pp. 457 e ss.; nonché ID., *Gli istituti della democrazia amministrativa*, ivi, pp. 479 e ss.

⁶⁸ F. BENVENUTI, *Tendenze, soluzioni e problemi del pubblico impiego in Italia*, ora in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 2006, vol. IV, p. 3367 e s. e 3374. In termini analoghi, si veda A.M. SANDULLI, *Governo e amministrazione*, ora in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 1990, I, p. 279: «in una società non omogenea, l'istanza dell'imparzialità – che è istanza di parità, e perciò di democrazia – ha maggiori prospettive di soddisfazione (soprattutto quando siano garantiti adeguati rimedi successivi) a opera di una *burocrazia di estrazione popolare* – la quale, così a causa della sua formazione tecnica, come della sua estrazione, è tendenzialmente neutrale – che ad opera di organi politici che siano espressione della maggioranza del momento» (enfasi aggiunta).

⁶⁹ F. BENVENUTI, *op. loc. ult. cit.* Si tratta di rappresentatività dipendente dal principio di legalità e da quello di responsabilità: G. BERTI, *La responsabilità pubblica. Costituzione e amministrazione*, Padova, 1994, pp. 50 e ss.

Comunque, si avverte, l'eccesso di imparzialità dell'amministrazione (sino a renderla indipendente al pari della magistratura, come nel modello della separazione «in purezza») rischia di generare «una casta di burocrati che agisce corporativamente, slegata dall'azione di governo»⁷⁰. Sicché spesso prevale l'idea che queste due esigenze rappresentino non «due sistemi contrapposti», ma «entità complementari»⁷¹, tanto da affermare che debbano convivere nell'ordinamento più modelli di amministrazioni, taluni ispirati maggiormente alla strumentalità talaltri all'imparzialità⁷².

(B) L'opposizione 'strumentalità-imparzialità' risente in primo luogo della sovrapposizione tra il piano dell'attività e quello dell'organizzazione.

La relazione tra attività politica e attività amministrativa è dominata dalla strumentalità dell'amministrazione alla politica.

Nel diritto positivo, ciò emerge a tutti i livelli: il principio di legalità assicura la strumentalità dell'attività amministrativa rispetto agli atti legislativi e normativi in genere (ad es.: anche regolamenti comunali); l'efficacia vincolante degli atti di indirizzo ministeriali e degli organi di governo regionale o locale, nonché degli atti amministrativi generali e di pianificazione adottati da tali organi assicura la strumentalità dell'attività burocratica rispetto agli indirizzi politici espressi dagli organi di governo. Detto altrimenti, quale che sia l'atto in cui la selezione dei fini da attuare si esteri, anche quando è un atto amministrativo (come gli atti di indirizzo), l'attività amministrativa è tenuta ad attuare quei fini e a «rispettare» la disciplina giuridica (seppur minima) disposta da quegli atti.

Tale impianto, si può convenire con chi sostiene il principio di strumentalità, è un diretto corollario dell'art. 1, co. 2 Cost.: la sovranità popolare si esercita «nelle forme e nei limiti della Costituzione» (art. 1, co. 2, Cost.), dunque tramite la democrazia rappresentativa e i partiti politici (art. 49 Cost.); gli

⁷⁰ M.S. GIANNINI, *L'ordinamento dei pubblici uffici*, in AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, II ed., 1982, p. 103. Questa preoccupazione emerge anche nei lavori preparatori della Costituzione. Alla proposta, avanzata da Mortati nella I sezione della II Sottocommissione della c.d. Commissione dei Settantacinque, di inserire una disposizione costituzionale che garantisse competenze autonome ai dirigenti, lasciando al ministro solo poteri di indirizzo, il Presidente della sezione rispose che «già i direttori generali dei Ministeri ritengono di essere i veri dirigenti della Nazione. È questo un inconveniente troppe volte lamentato e sarebbe veramente fuori luogo che esso dovesse formare oggetto di un'apposita norma costituzionale». Cfr. COMMISSIONE PER LA COSTITUZIONE, II SOTTOCOMMISSIONE (I SEZ.), seduta del 14 gennaio 1947, riportata in *La Costituzione della Repubblica Italiana nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Roma, VIII, 1971, pp. 1863 e ss.

Contra, G. BERTI, *La magistratura*, cit., p. 106.

⁷¹ U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, pp. 302 e s.

⁷² Per tutti, M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra Costituzione formale e Costituzione materiale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1985, nonché in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano, 1987, ora in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 1996, t. III, pp. 1846 e ss.

organi (direttamente o indirettamente) rappresentativi del popolo esercitano la sovranità tramite gli atti previsti direttamente dalla Costituzione o comunque da questa permessi; l'amministrazione è la cinghia di trasmissione (di una parte) di questa volontà, affinché gli indirizzi, le prescrizioni "politiche" si traducano in effettività⁷³. In questo quadro, la legittimazione «oggettiva» che la p.a. ricava dall'attuazione delle norme dell'ordinamento riposa in ultima analisi sulla legittimazione soggettiva degli organi politici che quelle norme hanno adottato⁷⁴.

La strumentalità dell'attività amministrativa all'attività politica riposa poi sul canone di ragionevolezza (o proporzionalità). Il mezzo deve essere idoneo o adeguato al fine prescelto. – è il canone di idoneità o adeguatezza⁷⁵. *Ergo*, l'attività di attuazione/esecuzione (l'attività amministrativa) deve essere strumentale ai fini dell'ordinamento. E i fini del nostro ordinamento sono determinati dall'attività politica.

In sostanza, l'amministrazione è attuazione dei livelli superiori dell'ordinamento. Tali livelli sono principalmente composti da decisioni della politica: la Costituzione, gli atti normativi primari e secondari, le direttive ministeriali e degli organi di governo regionali e locali e così via. *Ergo*, l'attività amministrativa è strumentale all'attività politica (cioè all'attività di governo), quale che sia la funzione in cui essa si svolga concretamente.

Solo qualora i livelli superiori dell'ordinamento (frutto, si ripete, quasi sempre di attività politica) lascino all'amministrazione un margine di decisione circa il fine (la discrezionalità), emerge il rilievo dell'imparzialità nell'attività amministrativa: rispetto ai poteri (realmente) vincolati, non v'è spazio per l'imparzialità, ma solo per la legalità dell'amministrare. Nell'attività amministrativa discrezionale, l'imparzialità si traduce poi nel divieto di "favoritismi", ossia nel divieto di disparità di trattamento⁷⁶, e nell'obbligo di equanimità di giudizio tra gli interessi, ossia nell'obbligo di prendere in considerazione tutti gli interessi in gioco al fine di ponderarli adeguatamente, senza pregiudizi di "partito". Tali prescrizioni possono tuttavia essere facilmente derivate anche da altri principi costituzionali o comunque dell'ordinamento: l'uguaglianza (che implica il

⁷³ Cfr. G. CORSO, *Manuale*, cit., pp. 166 e ss.

⁷⁴ Di recente, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 61.

⁷⁵ Sull'inclusione dell'idoneità o adeguatezza nelle clausole generali di proporzionalità e di ragionevolezza, si veda, se si vuole, F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, cit., pp. 295 e ss.

⁷⁶ Sia nel caso di trattamenti differenziati riservati a situazioni sufficientemente simili, sia nel caso in cui la p.a. è tenuta a predeterminare i criteri di procedure selettive (gare o concorsi) prima di conoscere l'identità dei partecipanti. Anche in quest'ultima ipotesi, infatti, il fine è evitare che i criteri siano

divieto di disparità di trattamento)⁷⁷ e la ragionevolezza (che include l'obbligo di prendere in considerazione tutti gli interessi in gioco e di soppesarli in maniera misurata)⁷⁸. In termini estremamente rigorosi, l'imparzialità non ha dunque un ruolo effettivo nell'attività amministrativa, anche discrezionale: il medesimo regime può ricavarsi *aliunde*. In quest'ottica, potrebbe perciò non essere casuale che la Costituzione nomini l'imparzialità come fine dell'organizzazione degli uffici: «i pubblici uffici sono organizzati [...] in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione».

Anche lo spazio di decisione dell'amministrazione (anche) rispetto al fine, cioè la porzione di attività politica (di determinazione del fine) spettante all'amministrazione, è poi il prodotto di un'attività degli organi politici: della legge che attribuisce un potere amministrativo discrezionale, del Ministro (o della Giunta regionale o comunale) che non adotta un atto di indirizzo o che ne adotta uno estremamente generico, del regolamento comunale che non bilancia *ex ante* gli interessi contrapposti e così via. Se la politica decide, all'amministrazione viene sottratto ogni margine di decisione (legittima).

Sicché sul piano dell'attività, la soluzione nel nostro diritto positivo è univoca: l'amministrazione è strumentale alla politica, tanto nel senso che l'attività amministrativa è strumentale all'attività legislativa, quanto nel senso che l'attività della burocrazia è strumentale all'attività degli organi di governo⁷⁹.

Tuttavia, la strumentalità dell'attività amministrativa all'attività politica non implica alcunché in relazione all'organizzazione, cioè alla relazione tra organi politici e organi o uffici amministrativi (quali che siano).

Sebbene ogni organizzazione si giustifichi in relazione al fine che è chiamata a perseguire e debba perciò essere adeguata a questo fine nelle sue dotazioni, nelle sue articolazioni e nel disegno dei suoi rapporti⁸⁰, la strumentalità dell'attività amministrativa all'attività politica può essere assicurata anche a prescindere dall'organizzazione degli uffici (in senso lato) amministrativi e dei loro rapporti con gli organi politici: essa è infatti assicurata dai vincoli di legittimità

⁷⁷ G. CORSO, *Manuale*, cit.

⁷⁸ Sia consentito richiamare nuovamente F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, cit., pp. 295 e ss.

⁷⁹ Tanto che, si è detto, la legalità intesa come dovere di attuare l'ordinamento è una regola, non un principio: M. MAZZAMUTO, *La legalità debole dei principi*, in *Dir. e Soc.*, 1993, pp. 473 e ss., ove la dimensione della legalità come principio emerge rispetto al legislatore, in relazione alla predeterminazione dei poteri amministrativi (da bilanciare con il principio del buon andamento della p.a.).

⁸⁰ È la premessa su cui poggia la giurisprudenza costituzionale sul buon andamento dell'organizzazione amministrativa: cfr. ad esempio Corte cost. n. 14/1962 che dichiarò l'illegittimità di una legge regionale che aveva istituito un ente, senza munirlo di attribuzioni.

e/o di efficacia imposti agli atti amministrativi. Lo dimostra la giurisdizione. Se l'amministrazione è strumentale alla politica perché è (deve essere) attuazione dei livelli superiori dell'ordinamento (determinati dalla politica), anche la giurisdizione è strumentale alla politica, perché attua (deve attuare) i livelli superiori dell'ordinamento⁸¹. Tuttavia, gli organi giurisdizionali sono indipendenti dagli organi politici (art. 101, co. 2, Cost.; art. 107 Cost.; art. 108, co. 2, Cost.): al Ministro della giustizia spettano solo «la facoltà di promuovere l'azione disciplinare» (art. 107, co. 2, Cost.) e «l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia» (art. 110 Cost.) - il Ministro della Giustizia ha cioè un ruolo al più di collaborazione con il CSM⁸².

Detto altrimenti, la burocrazia può in ipotesi anche essere indipendente dagli organi di governo, cioè totalmente autonoma dal punto di vista organizzativo dagli organi di governo, sulla falsa riga della magistratura⁸³. E tuttavia la sua attività continua ad essere strumentale all'attività politica (*recte*, al suo prodotto), perché subordinata all'attuazione dei livelli superiori dell'ordinamento. Non v'è perciò un'implicazione, una «necessità logica», tra la strumentalità all'attività politica e un certo assetto dei rapporti tra organi politici e non. Dunque, dalla strumentalità dell'attività amministrativa alla politica non può dedursi il regime della relazione organizzativa tra organi di governo e burocrazia.

(C) Inoltre, l'opposizione 'strumentalità-imparzialità' non tiene in debita considerazione che si tratta di principi (in senso stretto) e non di regole⁸⁴ e che come tali la nostra Costituzione li sancisce. Sicché, l'incompatibilità fra queste due norme⁸⁵ è fisiologica.

L'idea che strumentalità e imparzialità siano principi in senso stretto è confermata da una considerazione «empirica». Almeno negli Stati occidentali contemporanei, la relazione tra organi di governo e burocrazia è

⁸¹ Anche quando questi livelli superiori sono illegittimi e fino a che non vengano rimossi (tramite annullamento o dichiarazione di incostituzionalità) o "messi da parte" (tramite disapplicazione) gli effetti della norma.

Cfr. in senso analogo V. CERULLI IRELLI, *Costituzione, politica, amministrazione*, cit., p. 29 e s.

⁸² Cfr. V. CARBONE, *Art. 110*, in A. PIZZORUSSO, V. ZAGREBELSKY, V. CARBONE, *La magistratura. Tomo III*, in *Commentario alla Costituzione Branca - Pizzorusso*, Bologna - Roma, 1992, pp. 110 e ss.,

⁸³ Modello cui si avvicinano le autorità amministrative indipendenti, che secondo alcuni sono autorità para-giurisdizionali: cfr. M. CLARICH, *Manuale*, cit., p. 343.

⁸⁴ Sulla distinzione, la letteratura è sterminata e le soluzioni variegata. Per una proposta di definizione dei principi e delle regole, se si vuole, F. FOLLIERI, *Logica del sindacato*, cit., pp. 273 e ss.

⁸⁵ Spesso messa in luce dalla dottrina: M. NIGRO, *La pubblica amministrazione tra Costituzione formale e Costituzione materiale*, cit.; C. PINELLI, *op. cit.*; V. CERULLI IRELLI, *Costituzione, politica, amministrazione*, cit., pp. 22 e s.

un'«ibridazione» dei due modelli «in purezza», ossia un bilanciamento tra strumentalità e imparzialità. E il bilanciamento è il modo in cui si «applicano» i principi⁸⁶. In Italia, ad esempio, nello Stato liberale la relazione governo-burocrazia era improntata al modello della responsabilità ministeriale: il ministro era competente ad adottare tutti gli atti del suo dicastero e ne era giuridicamente (oltre che politicamente) responsabile; la burocrazia ministeriale svolgeva di conseguenza compiti istruttori e di supporto ed era gerarchicamente subordinata al ministro. Tuttavia, ai burocrati era garantito un rapporto di lavoro stabile, sottratto alla logica fiduciaria e improntato all'assunzione tramite concorso – elemento caratterizzante del modello della separazione tra organi di governo e burocrazia e dunque attuazione del principio di imparzialità⁸⁷.

Che anche la Costituzione repubblicana sancisca strumentalità (sul piano organizzativo) e imparzialità come principi, che cioè non effettui direttamente il bilanciamento, si desume dal fatto che a Costituzione invariata sono stati ritenuti compatibili con la Costituzione sia un modello ispirato principalmente alla responsabilità dell'esecutivo (in maniera più accentuata fino al 1972 e in una forma più attenuata fino al 1990, a livello locale, e fino al 1992, a livello statale e regionale), sia un modello ispirato principalmente alla separazione tra politica e amministrazione⁸⁸: è bastato intendere la responsabilità dei ministri per gli atti dei loro dicasteri (art. 95, co. 2, Cost.) come responsabilità politica e non più come responsabilità giuridica e la responsabilità diretta dei funzionari (art. 28 Cost.) come competenza dei burocrati ad adottare provvedimenti amministrativi. Tanto che nel 1994, per evitare un eventuale futuro ritorno ad un modello più orientato alla responsabilità dell'esecutivo, una delle proposte di modifica costituzionale avanzate alla commissione bicamerale mirava a costituzionalizzare il modello della separazione – con alcuni temperamenti (come gli uffici di staff, di nomina fiduciaria)⁸⁹ –, dunque ad anticipare in Costituzione il bilanciamento tra strumentalità e imparzialità sul piano dell'organizzazione.

⁸⁶ Per tutti, R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a.M., II ed., 1994, trad. it. a cura di L. DI CARLO, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, pp. 109 e ss.

⁸⁷ Cfr. F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, cit., pp. 17 e ss., anche per l'esame di altre esperienze europee ancora oggi improntate al modello della responsabilità ministeriale.

⁸⁸ Sul confronto e sulla passaggio dall'uno all'altro sistema la letteratura è amplissima. A mero titolo d'esempio: C. PINELLI, *Art. 97*, cit., pp. 173 e ss.; F. MERLONI, *Dirigenza pubblica*, cit., pp. 129 e ss.; S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2012, pp. 2 e ss.; M. C. CAVALLARO, *Il rapporto tra politica e amministrazione*, in A. CONTIERI, M. IMMORDINO (a cura di), *La dirigenza locale*, Napoli, 2012, pp. 1 e ss.

⁸⁹ S. CASSESE, *Perché una nuova Costituzione deve contenere norme sulle pubbliche amministrazioni*, cit., pp. 20 e s.

3. Separazione funzionale e vincoli fiduciari: il «delitto perfetto».

In questo quadro, è fisiologico che convivano diversi regimi di relazioni tra organi di governo e burocrazia, dalla subordinazione fiduciaria all'indipendenza⁹⁰, a seconda del «peso» assunto dal principio di strumentalità e dal principio di imparzialità nel concreto. E il legislatore è chiamato per primo a bilanciare i due principi costituzionali. Ciò non esclude tuttavia che il bilanciamento del legislatore debba essere vagliato alla luce del criterio di ragionevolezza e alla stregua delle altre norme costituzionali.

Attualmente, in estrema sintesi e semplificando brutalmente, la relazione tra organi di governo e burocrazia si fonda sui seguenti cardini:

(i) la separazione funzionale tra organi di governo e burocrazia. Ai primi spettano i poteri di indirizzo, alla seconda (di livello dirigenziale) la funzione ausiliaria all'indirizzo politico (indagini conoscitive, raccordo tra strutture etc.) e i poteri di gestione: adozione di tutti i provvedimenti e gestione delle risorse. Tale separazione è nettissima: l'organo di governo non può avocare il potere o sostituirsi all'organo burocratico nemmeno in caso di inerzia di quest'ultimo – può solo nominare un commissario *ad acta* che si sostituisca all'organo burocratico. L'unico potere di gestione di cui il ministro ancora dispone è l'annullamento;

(ii) alla separazione funzionale corrisponde una separazione di responsabilità. L'organo di governo è responsabile politicamente di tutti gli atti compiuti dalla burocrazia soggetta al suo indirizzo, nella valutazione politica di corretta ed efficiente attuazione del programma di governo. L'organo di governo è poi giuridicamente responsabile dell'atto di indirizzo: risponde delle direttive illegittime o illecite impartite alla struttura burocratica. La burocrazia è giuridicamente responsabile degli atti di gestione, non solo per l'illegittimità o illiceità degli atti, ma anche per il mancato o insufficiente o inefficiente raggiungimento degli obiettivi stabiliti negli atti di indirizzo (la c.d. responsabilità dirigenziale).

Ad un modello sostanzialmente ispirato alla separazione tra politica e amministrazione sul piano delle funzioni e delle responsabilità – ossia sul piano delle relazioni tra le strutture organizzative – fa da contraltare un impianto ispirato al regime fiduciario (e dunque della strumentalità) sul piano dei poteri *lato sensu* datoriali degli organi di governo. Sebbene la Corte costituzionale sia inter-

⁹⁰ M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra Costituzione formale e Costituzione materiale*, cit., pp. 1846 e ss.; M.C. CAVALLARO, *Il rapporto tra politica e amministrazione*, cit., pp. 2 e s.

venuta a limitare lo *spoils system* alle posizioni dirigenziali c.d. apicali⁹¹, a dichiarare incostituzionale le decadenze dagli incarichi dirigenziali *una tantum*⁹² e a rimarcare che la durata minima dell'incarico debba essere sufficientemente lunga da assicurare la continuità dell'azione amministrativa e dunque il buon andamento⁹³, la nomina fiduciaria agli incarichi dirigenziali apicali e la facoltà per l'organo di governo di attendere semplicemente la scadenza dell'incarico per «liberarsi» del dirigente apicale sgradito (senza dover motivare la mancata conferma in relazione alla *performance* del dirigente) introducono un forte elemento fiduciario nell'accesso agli incarichi più prestigiosi (e alla relativa remunerazione)⁹⁴.

La legittima aspirazione dei burocrati a raggiungere l'apice della loro professione e di mantenerlo è così subordinata al gradimento dell'organo di governo. Questi infatti lo nomina alle posizioni di maggior rilievo (con competenze di proposta o di nomina vera e propria a seconda dell'incarico da conferire) e questi può a suo piacimento, cioè arbitrariamente, decidere se confermarlo o meno al termine della durata dell'incarico. In questo modo, si attribuisce (nuovamente) al patronato politico un ruolo rilevante nella carriera burocratica, sebbene mitigato dalla distinzione tra qualifica e incarico (cioè dalla conservazione della qualifica dirigenziale a prescindere dalla titolarità di un incarico). Questo ruolo rafforza la capacità degli organi di governo di esercitare pressioni sulla burocrazia, anche senza adottare atti di indirizzo: l'interesse ad accaparrarsi il gradimento del politico per acquisire o conservare il prestigio e la retribuzione che le posizioni apicali assicurano spinge il burocrate (apicale e aspirante tale) a compiacerlo. In questo modo, l'organo di governo è in grado di ottenere il risultato, senza soffrire il rischio della responsabilità giuridica: indirizza o addirittura decide il caso concreto senza formalizzare indirizzi o provvedimenti. La cronaca recente ci mette dinanzi al fatto che il Ministro dell'Interno ha prima impedito l'attracco e poi ritardato lo sbarco di una nave carica di migranti (pare) senza aver adottato un solo atto in cui statuisse tale «indirizzo» (tanto che la magistratura che sta indagando sull'eventuale rilievo penale della vicenda

⁹¹ Corte cost. n. 233/2006, Corte cost. n. 103/2007 e Corte cost. n. 104/2007. Secondo F.G. SCOCA, *Politica e amministrazione nelle sentenze sullo spoils system*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 1615, alla luce di queste due ultime sentenze «il principio di separazione tra organi e funzioni politiche (o di governo) ed organi e funzioni amministrative (operative o di gestione) sembra assumere valore costituzionale, in quanto diretta esplicazione dei principi di imparzialità e buon andamento». Sulla portata di tali sentenze della Corte costituzionale, cfr. S. BATTINI, *op. cit.*, pp. 15 e ss.

⁹² Corte cost. n. 103/2007.

⁹³ Corte cost. n. 11/2002.

⁹⁴ S. BATTINI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione*, cit., pp. 28 e ss.

ha avuto difficoltà ad individuare ipotesi di reati contro la pubblica amministrazione a carico del Ministro – a dimostrazione che questi ha esercitato non poteri pubblicistici, ma solo influenza politica).

Innestare questi elementi fiduciari in un modello ispirato alla separazione di funzioni ha due conseguenze.

Per un verso, vanifica in gran parte i benefici della separazione funzionale. La burocratizzazione dell'amministrazione, ossia la sottrazione dei burocrati all'influenza della politica (sul piano organizzativo), ha come fine quello di assicurare l'efficienza dell'amministrazione, incoraggiando il burocrate a puntare sulle sue competenze per soddisfare le aspettative di carriera. La burocratizzazione dunque promuove un progressivo miglioramento del corpo burocratico. Per altro verso, la burocratizzazione mira ad assicurare una maggiore terzietà dell'amministrazione quale strumento di garanzia dei diritti fondamentali degli amministrati⁹⁵. La ricerca del *political patronage*, che l'innesto di questi elementi fiduciari induce, vanifica entrambi gli scopi: la politica è (ritorna) il modo di accedere agli incarichi più elevati della carriera pubblica e il funzionario ha (di nuovo) un colore politico.

Per altro verso e soprattutto, questa peculiare ibridazione dei due modelli assume i tratti del «delitto perfetto»: il vero autore della decisione può sottrarsi alla relativa responsabilità, a meno che il suo comportamento sia illecito per altre ragioni. Questo regime rischia di scardinare la corrispondenza tra chi concepisce l'atto e chi ne risponde. Rischia cioè di scardinare il principio di responsabilità, fondamento essenziale di ogni stato di diritto⁹⁶: di un atto di indirizzo troppo dettagliato il Ministro risponde, di una pressione che fa leva (anche) sull'interesse del burocrate alla progressione di carriera no (quantomeno non in maniera diretta).

Peraltro la mancata corrispondenza tra responsabilità per l'atto ed imputabilità effettiva della decisione è stata la giustificazione dell'abbandono del sistema precedente: era difficile immaginare di imputare giuridicamente all'organo di governo tutti gli atti della struttura amministrativa. L'introduzione di quegli elementi fiduciari realizza lo stesso paradosso, ma all'inverso: permette all'organo di governo di «dettare» un provvedimento, senza assumersene la responsabilità giuridica.

Il rimedio a queste conseguenze è eliminare il corto-circuito tramite due interventi:

⁹⁵ G. BERTI, *La magistratura*, cit., p. 106.

⁹⁶ G. BERTI, *La responsabilità pubblica. Costituzione e amministrazione*, cit.; C. PINELLI, *Art. 97*, cit., pp. 226 e s.

(i) separare la funzione di ausilio agli organi di governo dalla funzione di gestione. La funzione di supporto agli organi di governo è l'unica infatti ove si giustifichi un nesso realmente fiduciario. Tale funzione è ad oggi esercitata da taluni organi burocratici apicali, insieme ad una parte delle funzioni di gestione. Separare queste funzioni, permetterebbe di distinguere gli uffici di supporto alla politica (lo staff politico) con funzioni istruttorie, di studio e di raccordo con gli uffici di gestione, dagli uffici di gestione. E dunque di distinguere le modalità di attribuzione dell'incarico per gli uni e per gli altri⁹⁷;

(ii) istituire modalità selettive basate esclusivamente sul merito per il conferimento degli incarichi apicali diversi da quelli di supporto politico e subordinare anche la mancata riconferma in questi incarichi alla motivazione circa la *performance* del dirigente⁹⁸. In questo modo, ci si assicura che il dirigente abbia interesse a fare bene il suo lavoro, cioè attuare il programma di governo, senza doversi ingraziare il politico di turno per ottenere l'incarico o la conferma, dunque ripristinando la sua posizione di argine e garanzia contro gli «eccessi» degli organi di governo.

4. Buon andamento e organi di governo.

Non va infine dimenticato che anche gli organi di governo sono organi amministrativi, sebbene peculiari. Essi sono, come Giano bi-fronte, organi dell'amministrazione in qualità di vertici delle loro strutture amministrative (dicasteri o assessorati) e componenti di organi a rilevanza costituzionale (Consiglio dei Ministri, la Giunta Regionale) o meno (Giunta Comunale) con funzioni di indirizzo politico generale della comunità cui si riferiscono (nazionale, regionale o locale). Gli organi di governo sono dunque organi amministrativi ad «essenza» politica.

In virtù di questa peculiarità, la dottrina esclude che a tali organi possa applicarsi il precetto dell'imparzialità, intesa come a-politicità o neutralità, nonostante riconosca che essi appartengono all'amministrazione. Per gli organi di governo, il precetto di imparzialità sul piano dell'organizzazione si limita all'obbligo del legislatore di approntare misure per garantire il disinteresse dei politici investiti dell'organo di governo rispetto alle materie di cui decidono (*sci-*

⁹⁷ Era una delle proposte di separazione avanzate alla Bicamerale: si veda il testo dell'articolato, riportato in S. CASSESE, A.G. ARABIA (a cura di), *L'amministrazione e la Costituzione*, cit., pp. 87 e ss.; cfr. S. BATTINI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione*, cit., pp. 24 e ss.

⁹⁸ Anche per quest'ultima indicazione, cfr. S. BATTINI, *op. ult. cit.*

licet, assenza di conflitto di interessi)⁹⁹. Nessuno però mette in dubbio che gli organi di governo debbano essere politici e che dunque non possano essere neutrali.

L'argomento della specialità, valido per la (parziale) disapplicazione dell'imparzialità, non può essere tuttavia impiegato per evitare di applicare agli organi di governo il precetto di buon andamento: una volta scissa l'endiadi tra imparzialità e buon andamento¹⁰⁰, la natura politica di questi organi esclude che si possa imporre loro l'a-politicità, ma non esclude che la legge debba organizzarli in modo da assicurarne l'efficacia, l'efficienza e l'economicità.

Come la già citata analisi weberiana aveva messo in luce, solo un'amministrazione sufficientemente competente è in grado di gestire la complessità delle società contemporanee¹⁰¹. L'assenza di garanzie di competenza tecnica nella selezione della classe politica consiglia, sempre nell'impostazione weberiana, di «puntare» sulla burocrazia imparziale, selezionata sulla base della sua competenza. Il ragionamento weberiano si fonda su una sfiducia nella competenza tecnica della classe politica che la storia e l'attualità dimostrano essere giustificata: il sistema elettorale, fondato sull'universalità dell'elettorato passivo, non è in grado di assicurare il livello minimo di competenza tecnica che invece la selezione dei burocrati in base a titoli di studio e prove di accesso permette¹⁰².

Tuttavia, se anche gli organi di governo devono essere organizzati per assicurare l'efficienza della p.a. ai sensi dell'art. 97 Cost., anche per l'accesso a questi deve essere previsto uno *standard* minimo di competenza, in grado di garantire il «minimo sindacale» del buon andamento. Ciò non significa modificare in Costituzione le modalità di selezione e nomina degli organi di governo, affidandole al concorso: così facendo si massimizzerebbe il principio di buon andamento a discapito di quello di democraticità. L'attuazione minima del principio di buon andamento in relazione agli organi di governo però impone al legi-

⁹⁹ F. MERLONI, *Dirigenza pubblica*, cit., pp. 222 e ss. Taluni si spingono ad interpretare l'imparzialità per gli organi di governo come un obbligo di agire nell'interesse generale (in uno spirito di continuità politica *bipartisan* che nelle principali democrazie occidentali pare tramontato), ricavabile dall'applicazione degli artt. 97 e 98 Cost. agli organi di governo: C. PINELLI, *op. cit.*. Si tratta però di una dimensione dell'imparzialità attinente all'attività, non all'organizzazione.

¹⁰⁰ C. PINELLI, *op. cit.*, pp. 56 e ss.; G. CORSO, *Manuale*, cit., pp. 182 e ss.

¹⁰¹ Cfr. *supra*, par. 2.

¹⁰² Tale argomento, insieme all'universalità dell'elettorato attivo, è il fulcro della tesi di J. BRENNAN, *Contro la democrazia*, Luiss University Press, 2017. Brennan sostiene l'epistemocrazia, in antitesi alla democrazia: la limitazione dell'elettorato attivo a coloro i quali dimostrino certe competenze. Solo in questo modo, secondo Brennan, le decisioni fondamentali sono prese nell'interesse comune

slatore di introdurre requisiti soggettivi minimi di competenza per ricoprire tali organi: ad esempio, avere un titolo di studio adeguato a gestire una delle principali economie del mondo o una sua organizzata porzione (piccola o grande che sia), come una laurea. In questo modo si eliminerebbe un macroscopico paradosso della nostra democrazia: perché il Segretario Comunale del più piccolo Comune d'Italia deve essere laureato, mentre il Ministro dell'Istruzione o della Giustizia o dell'Interno può essere in teoria analfabeta (o avere solo la licenza superiore – per evocare molti esempi recenti)¹⁰³?

L'obbligo di prevedere tali *standard* minimi, derivato dall'art. 97 Cost., grava ovviamente sul legislatore. Sicché questi requisiti dovrebbero essere introdotti con legge ordinaria (o con atto che ne ha la forza). Si può tuttavia dubitare che l'attuale classe politica attui una riforma del genere.

L'attuazione del buon andamento per gli organi di governo, al livello minimo qui ventilato, è però doverosa per il legislatore: questa omissione è incostituzionale. L'assenza nel nostro ordinamento di un ricorso alla Corte costituzionale per inadempimento del legislatore impone di far valere tale omissione tramite una questione di illegittimità costituzionale della disciplina della nomina degli organi di governo nella parte in cui non prevede requisiti minimi di competenza, in un giudizio amministrativo per l'annullamento di una (o più) nomine di persone manifestamente prive di requisiti di questo genere. L'impugnazione avrebbe vita più facile (ma non strada spianata) se riguardasse nomine ad organi di governo regionali o locali, contro le quali la giurisprudenza già ritiene ammissibile la domanda di annullamento¹⁰⁴.

Si tratterebbe certamente di un tentativo coraggioso e forse non risolutivo: non tutti i laureati sono infatti sufficientemente capaci di guidare uno Stato,

¹⁰³ Su questi profili, sebbene in un'ottica diversa, S. CASSESE, *Prefazione* a J. BRENNAN, *Contro la democrazia*, cit. (pubblicata anche sul Corriere della Sera del 20 febbraio 2018). Cassese, diversamente da Brennan, sostiene che si possano eliminare le storture della democrazia limitando l'elettorato passivo. Il discorso qui condotto non giunge all'estremo di limitare l'elettorato passivo, ma ha il pregio di poter essere immediatamente applicato a Costituzione invariata ed eventualmente anche senza attendere l'intervento del legislatore – come si vedrà tra poco nel testo.

¹⁰⁴ La giurisprudenza, infatti, ritiene che la nomina degli assessori non sia un atto politico e che dunque essa sia soggetta alla giurisdizione del g.a.: cfr. *expressis verbis*, Cons. Stato, sez. V, 10 luglio 2012 n. 4057; TAR Lazio, Roma, sez. II, 5 maggio 2014 n. 4637; TAR Puglia, Bari, sez. I, 13 gennaio 2015 n. 34; presuppongono che non si tratti di un atto politico (perché la assoggettano a sindacato, spesso per violazione della c.d. parità di genere), tra le tantissime, Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2012 n. 3670 (a proposito della nomina degli assessori regionali), TAR Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 26 gennaio 2016 n. 70 (sulla nomina degli assessori provinciali), TAR Veneto, sez. I, 30 marzo 2016 nn. 334 e 335 (sulla nomina degli assessori comunali – ove si precisa che la legittimazione ad impugnare spetta a ciascun cittadino elettore del Comune).

una Regione o un ente locale. Tuttavia, qualora andasse a buon fine, questa iniziativa escluderebbe quantomeno i meno adatti a governare: forse non eliminerebbe, ma perlomeno arginerebbe il «dilettantismo» di cui Max Weber rappresentava il pericolo nel 1922 e di cui oggi sperimentiamo quotidianamente le gravi conseguenze.

ALBERTO CLINI

Professore associato di Diritto processuale amministrativo presso il Dipartimento di
Giurisprudenza Università di Urbino Carlo Bo
alberto.clini@uniurb.it

ORDINAMENTO SEZIONALE DEL CREDITO E DIRITTI FONDAMENTALI DELLA PERSONA

SECTIONAL SYSTEM OF CREDIT AND FUNDAMENTALS RIGHTS OF THE PERSON

SINTESI

L'ordinamento sezionale del credito è stato oggetto di letture dottrinarie risalenti, per descrivere sotto diverse angolazioni, le speciali esigenze che giustificavano un'amministrazione derogatoria per la rilevanza dello specifico settore nel contesto economico di crescita e di sviluppo del Paese.

Analisi più recenti hanno messo in luce una continuità dei tratti di supremazia speciale che hanno caratterizzato, anche dopo la riforma bancaria degli anni Novanta del secolo scorso, il settore creditizio, reiterando delle caratteristiche sezionali non conformi all'assetto dei poteri pubblici previsto nella cornice costituzionale.

Le indagini sui rilievi e sulle incidenze di un ordinamento sezionale paiono perdere d'attualità in seguito all'espansione del diritto europeo nei campi di interesse economico, nella prospettiva di creazione di un mercato unico ispirato alle regole della libera concorrenza.

Dopo le recenti crisi sistemiche, il processo di espansione ha portato ad un rafforzamento del ruolo sovranazionale, attraverso l'introduzione di meccanismi unici di vigilanza bancaria e di risoluzione delle crisi, accentrando a livello europeo le funzioni precedentemente esercitate da autorità regolatrici nazionali. Pertanto, se la nuova fase di verticalizzazione europea, nonostante le molteplici difficoltà di avvio dei nuovi meccanismi e di omogeneizzazione delle procedure, dovesse entrare a regime – nell'ottica di assicurare una gestione "neutrale" all'insegna del principio di libera concorrenza -, permane il rischio non solo di ritrovare, ad un livello sovraordinato, la reiterazione dei tratti e dei limiti propri di un ordinamento sezionale – per come si è cercato di analizzarlo – ma soprattutto di perpetrare un sistema inadeguato al perseguimento degli interessi pubblici primari, quali il controllo di stabilità e la tutela del risparmio.

Il tentativo di riorganizzare il settore di regolazione bancaria non può quindi essere disgiunto dal recupero della fiducia nelle iniziative economiche (verso i mercati, nell'assumere rischi imprenditoriali, nel concedere il credito e via dicendo) che a sua volta è reso possibile – si crede – non attraverso raffinate e

tecnicamente sofisticate sovrastrutture ordinamentali, bensì ponendo al centro del sistema dei pubblici poteri- anche europei – la sovranità della persona.

ABSTRACT

The sectional credit system has been the subject of doctrinal readings dating back, to describe under different angles, the special needs that justified an administration derogating for the relevance of the specific sector in the economic growth and development context of the country.

More recent analyzes have brought to light a continuity of the traits of special supremacy that have characterized, even after the banking reform of the nineties of the last century, the credit sector, reiterating the sectional characteristics not entirely consistent with the structure of the pub powers provided for in the constitutional framework.

Surveys on the findings and incidences of a sectional order appear to be losing its relevance following the expansion of European law in the fields of economic interest, with a view to creating a single market inspired by the rules of free competition.

After the recent systemic crises, the expansion process has led to a strengthening of the supranational role, through the introduction of unique mechanisms of banking supervision and crisis resolution, centralizing at European level the functions previously exercised by regulatory authorities national. Therefore, if the new phase of European verticalization, despite the many difficulties of starting up the new mechanisms and homogenizing the procedures, should be fully implemented - with a view to ensuring “neutral” management based on the principle of free competition - the risk remains not only of finding, at a higher level, the repetition of the traits and limits of a sectional order - as we have tried to analyze it - but to perpetuate an inadequate protection of savings.

The attempt to reorganize the banking regulation sector cannot therefore be separated from the recovery of confidence in economic initiatives (towards markets, in taking on entrepreneurial risks, in granting credit and so on) that in turn is made possible - it is believed - not through sophisticated and technically sophisticated superstructures, but by placing the sovereignty of the person at the center of the system of public powers - even European ones.

PAROLE CHIAVE: ordinamento sezionale, politiche monetarie e del credito, banche, sovranità della persona.

KEYWORDS: sectional system, monetary and credit policies, banks, sovereignty of the person.

INDICE: 1. Premessa. – 2. L’ordinamento sezionale del credito nella centralità del potere pubblico. – 2.1. Risparmio, credito e moneta nella Costituzione. – 3. I nuovi sistemi unitari europei in materia bancaria. – 3.1. Il *Single Supervisory Mechanism* e il *Single Resolution Mechanism*. – 3.2. Criticità dei sistemi unitari europei. – 4. Dall’ordinamento sezionale del credito ai meccanismi unici europei: quali prospettive per la tutela del risparmio?

1. Premessa

Lo scenario economico e finanziario di questi ultimi anni si è connotato per un profondo rivolgimento del settore bancario, evidenziando - quanto al piano della riorganizzazione - rivendicazioni autoctone contrapposte a processi di innovazione centripeta: a grandi linee, si coglie una prospettiva che, da un lato, sembra involuta nella protezione di situazioni locali attraverso il ricorso (non coordinato) di interventi pubblici nazionali (legati al più ampio sistema di *home country control*), in risposta alle recenti crisi di liquidità e stabilità degli istituti di credito¹; dall'altro, il contesto multilivello europeo ha compiuto un ulteriore passo verticistico, introducendo un inedito modello di accentramento delle competenze di vigilanza e risoluzione bancaria, per addivenire alla costituzione di una *Union banking*².

Dal rilievo dell'evidente divergenza di tali dinamiche, emerge in modo altrettanto palese l'importanza di avviare una rinnovata riflessione sui fondamenti che alimentano, tradizionalmente, i complessi raccordi tra potere pubblico (nazionale e sovranazionale) e autonomia privata³.

Rispetto alla complessità del panorama generale, peraltro per molti aspetti non ancora stabilizzato, si ritiene utile riprendere una riflessione oramai risalente sulla descrizione dell'originario sistema ordinamentale bancario nazionale, come modello di organizzazione connotato da tratti di specialità e sezionalità, per poi procedere con una ipotesi di verifica, nella lettura delle crisi consumate negli ultimi dieci anni, sulla validità di questo assetto e delle risposte che, a livello nazionale ed europeo, ne hanno colto i limiti e prospettato una via neutrale alternativa di gestione.

Di qui l'interesse ad una verifica orientata a stabilire se il parametro tecnico-economico finalizzato ad assicurare una gestione quanto più neutrale pos-

¹ Sulla reazione alla crisi finanziaria globale attraverso il ricorso ad un massiccio intervento pubblico, G. NAPOLITANO, *L'intervento dello Stato nel sistema bancario e i nuovi profili pubblicistici del credito*, in *Gior. dir. amm.*, 2009, p. 429; per un inquadramento complessivo sulle componenti che hanno contribuito a diffondere una crisi finanziaria sistemica e sui relativi effetti, F. CAPRIGLIONE, *Globalizzazione, crisi finanziaria e mercati: una realtà su cui riflettere*, in *Mercato e banche nella crisi: regole di concorrenza e aiuti di Stato*, a cura di G. COLOMBINI, M. PASSALACQUA, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, pp. 14 ss.; ID., A. TROISI, *L'ordinamento finanziario dell'UE dopo la crisi*, Torino, Utet, 2014, pp. 81 ss.; S. AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, Milano, Giuffrè, 2016.

² Sul quale, per tutti, F. CAPRIGLIONE, *L'Unione Bancaria Europea. Una sfida per un'Europa più unita*, Torino, Utet Giuridica, 2013.

³ Le complesse controversie tra pubblici poteri e attività di impresa bancaria vengono analizzate con la consueta accuratezza da F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, Giappichelli, 2013.

sibile di questi fenomeni possa costituire il percorso migliore per arginare le criticità che connotano la specialità sezionale del credito e, di conseguenza, se la riorganizzazione del settore creditizio attraverso l'introduzione dei vari meccanismi unici di vigilanza e di risoluzione possa innalzare forme di presidio più sicure per incoraggiare il risparmio, come prescritto più di settant'anni addietro dalla nostra Costituzione⁴.

2. L'ordinamento sezionale del credito nella centralità del potere pubblico

La commistione che ha legato la storia bancaria e del credito con l'evoluzione dei poteri pubblici ha radici antiche (si rammenta l'istituzione nel 1407 della "Casa delle compere e dei banchi di San Giorgio" di Genova, che grazie alle esigenze finanziarie richieste del governo ligure poteva amministrare vaste colonie d'oltremare e proprietà sulla terraferma, date in garanzia, facendo ricorso ad una speciale autonomia di gestione e all'esercizio della giurisdizione civile e penale nelle materie di sua competenza: si realizzava così il primo modello bancario derogatorio, integrato nel sistema di potere repubblicano)⁵.

Come altrettanto noto, nelle vicende di inizio del secolo scorso il rapporto tra attività economiche private e autorità dello Stato, si è costruito sul costante assorbimento all'interno di quest'ultima di ogni iniziativa dei singoli che mostrasse una consistenza per il pubblico interesse⁶.

In breve, lo Stato, cui spettava la sovranità, riconduceva a situazioni di monopolio pubblico ogni vicenda privata che mostrasse un interesse di valore per la sfera pubblica; sicché attraverso l'esercizio di poteri autoritari, veniva ricondotta al perimetro della pubblicità ogni interesse privato che vi rilevava.

⁴ Sul tema del controllo pubblicistico delle attività finanziarie sono imprescindibili le letture di L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, Cedam, 1992; N. MARZONA, *L'amministrazione pubblica del mercato mobiliare*, Padova, Cedam, 1988; S. AMOROSINO, *Banca (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, IV, *Agg.*, Milano, 2000, p. 141; I. BORRELLO, *Il controllo del credito*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, II ed., a cura di S. CASSESE, III, Milano, Giuffrè, 2003, p. 2791.

⁵ L'episodio è tratto da C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*, Bologna, Il Mulino, 2016, p. 25; sul piano dell'evoluzione storica della disciplina di settore, si veda L. CRISCUOLO, *Gli intermediari finanziari non bancari*, Bari, Cacucci, 2003; U. BELVISO, *Gli "intermediari finanziari" (tra storia e nomenclatura)*, in *Giur. comm.*, 2000, p. 181.

⁶ Le fasi di incorporazione statale delle attività private rilevanti per il pubblico interesse, vengono analizzate diffusamente da L. MANNORI e B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, Laterza, 2001, nonché P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 3 La civiltà liberale*, Bari, Laterza, 2001.

La contrapposizione si mantiene netta tra apparati pubblici e soggetti privati, senza, da un lato, una forma di ibridazione tra i due insiemi (non ricorrendo ad esempio ad alcun riconoscimento di *munera* pubblici affidati ai privati o della soggettività pubblica a individui o enti privati), e dall'altro, con la sovrapposizione dell'autorità sulle libertà dei soggetti singoli e associati (dalla sovranità spettante all'autorità, si agisce in posizione di supremazia sulle posizioni del privato, ogni volta che si assume la rilevanza di un interesse pubblico; e quindi la legge statale assegna ad un'amministrazione statale un potere che si ritiene adeguato)⁷.

Conseguentemente, la relazione che lega i poteri pubblici all'impresa privata, si esaurisce, nell'assoggettamento evidenziato, nella supremazia di dettare le regole ed applicarle discrezionalmente, in un ambito riservato dello Stato; in tale contesto, non trova alcuna centralità la persona, i cui interessi, in contrapposizione all'emersione di una rilevanza pubblica, vengono confinati nella sfera egoistica e non possono, quindi, godere di autodeterminazione.

Procedendo sempre per rapidi tratti, anche il settore bancario e finanziario, non è immune a questa dinamica dei primi del '900, come confermato dal quadro di fondo dell'impianto pre-costituzionale composto dalla legge bancaria del 1936.

Non muta in questa prospettiva la natura speciale dell'organizzazione del settore bancario, sulla base di un impianto normativo, che ha modellato il sistema bancario nazionale per oltre cinquant'anni, sorto sulle trasformazioni politiche dello Stato italiano in senso autoritario, in un ambito di politica economica fortemente dirigistica e connotata da un diffuso sistema di partecipazioni statali e dalla proprietà pubblica delle banche (con la nascita di una fitta rete di legami tra banche e politica).

L'intera attività bancaria è ricondotta all'esercizio di una funzione pubblica, e dunque sottratta all'autonomia del diritto comune.

Il vertice del sistema è rappresentato dalla Banca d'Italia, che gode di un'autonomia normativa fortemente integrativa della legge ed al tempo stesso dotata di un ampio potere che contempla la predisposizione delle disposizioni, la verifica della loro osservanza, l'indirizzo dei comportamenti e l'ammissione o esclusione dei soggetti che possono operare nel settore bancario (si tratta, come di seguito spiegato, di una chiara relazione tra ordinamento sezionale ed esercizio di una supremazia speciale)⁸.

⁷ Per una complessiva ricostruzione del fenomeno, L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2004.

⁸ I riferimenti tradizionali ai principali studi sull'idea di supremazia speciale e dell'ordinamento sezionale del credito si devono a M. S. GIANNINI, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Scritti per Santi Romano*, II, Padova, Cedam, 1939, p. 707; G.

2.1. Risparmio, credito e moneta nella Costituzione

Nel nuovo contesto costituzionale, l'art. 47 Cost. riassume, come noto, la centralità del sistema nei rapporti bancari, trattando di risparmio e di credito.

Abbiamo già avuto modo di spiegare l'inversione interpretativa che è stata rivolta alla disposizione costituzionale, ponendo in rilievo le esigenze di protezione del credito (e delle correlate politiche monetarie), per lasciare indirettamente un margine di tutela al risparmio, rispetto al governo esercitato sempre e con connotati immutati dalla Banca d'Italia⁹.

Non è casuale, difatti, che molti autori hanno fatto emergere nell'art. 47 una trasposizione dell'impianto legislativo contenuto nella fonte del 1936¹⁰.

L'art. 47 della Costituzione, invece, chiaramente investe la Repubblica a tutelare ed incoraggiare il risparmio in ogni sua forma, mentre prevede la regolazione del credito attraverso tre azioni (disciplina, coordinamento e controllo). Quanto al risparmio, la dottrina ha sempre sostenuto unanime la componente valoriale – seppure mai espressa nella sua centralità¹¹ – mentre nelle meno numerose ricostruzioni della nozione giuridica di risparmio, si è sempre collocato in un cono d'ombra sia la declinazione ad una pretesa sociale verso determinati beni (c.d. risparmio popolare¹²) sia soprattutto la ricognizione di un diritto fondamentale posto dalla Costituzione a protezione del risparmiatore¹³.

VIGNOCCHI, *Il servizio del credito nell'ordinamento pubblicistico italiano*, Milano, Giuffrè, 1968, M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Milano, Giuffrè, 1969 e da ultimo sul tema, N. MARZONA, *Funzione monetaria*, Padova, Cedam, 1993.

⁹ Per la ricostruzione critica del dibattito dottrinario sull'art. 47 Cost, sia permesso il rinvio ad A. CLINI, *Sovranità della persona nelle determinanti di tutela del risparmio*, in questa *Rivista*, 2017, 1, p. 349 ss.

¹⁰ Secondo un autorevole approccio ermeneutico, la norma si esauriva nel dare copertura alla legge bancaria 36-38 (contenuta nel r.d.l. 12 marzo 1936, n. 375, convertito nella l. 7 marzo 1938, n. 141), in relazione anche alla assonanza lessicale con l'art. 1 della legge, sicché la disposizione costituzionale non poteva assolvere alcuna indicazione precettiva o di indirizzo per il legislatore; M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1977, p. 205.

¹¹ L'orientamento ermeneutico dominante, si è difatti limitato a cogliere la sola dimensione valoriale del risparmio, del tutto sbilanciata rispetto alla preminenza assegnata alle politiche monetarie e del credito, a scapito degli ampi spazi di protezione costituzionalmente previsti; attraverso il rilievo del carattere *relazionale* del concetto di risparmio si è affermato che la disposizione costituzionale «concentra elementi diversi che acquistano un significato solo se scomposti e inseriti in un quadro più ampio», formato dai presupposti che caratterizzano la struttura dello Stato sotto il profilo economico; F. MERUSI, (sub) art. 47, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, vol. III, Bologna, Zanichelli, 1980, p. 153.

¹² In generale, tra le analisi più attente alla poliedricità di taluni rapporti economici rispetto alla dimensione sociale, G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 3, p. 757; per la trasformazione della posizione soggettiva in forza della protezione costituzionale in un diritto sociale, L. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti*

Affermare un contenuto polidimensionale del concetto giuridico di risparmio, non vuole certamente portare ad isolare la definizione dal rapporto certamente forte e inscindibile con la moneta ed il credito; tuttavia, rispetto alle interpretazioni dominanti tratte dalla disposizione costituzionale (trasfuse poi negli assetti di regolazione del settore), non può più essere disattesa l'individuazione dei contenuti indefettibili del risparmio, per orientare – a partire da questi ultimi - le decisioni che intersecano il perimetro di protezione e che hanno rappresentato negli ultimi anni, in occasione delle ben note crisi sistemiche, forme di presidio inadeguate, per non dire fallimentari.

La dominante ermeneutica che ha investito l'art. 47 Cost., del resto, ha permesso una sopravvivenza della legge bancaria del 1936, mantenuta in vigore fino al TU del 1993; solamente con quest'ultima disciplina si sono avviati indirizzi contrapposti al precedente impianto "dirigista", con l'introduzione delle prime istanze di derivazione comunitaria verso l'apertura del sistema creditizio alla concorrenza¹⁴. È sufficiente qualche cenno: l'apparato di vertice non è più una struttura politica amministrativa, bensì un'autorità amministrativa indipendente (Banca d'Italia, anche se permane in vita il Comitato interministeriale per il credito e il risparmio); il TU fissa, seppure in modo ancora generale e vago, comunque degli obiettivi di vigilanza, mentre in precedenza la legge bancaria aveva affidato alle autorità creditizie una sorta di delega in bianco; e ancora, viene a configurarsi l'idea di banca universale, che raccoglie ed impiega risorse sia sul breve termine sia sul medio e lungo termine ed esercita tutti i crediti speciali (dal credito fondiario a quello agricolo), consentendo di operare anche sul mercato mobiliare con l'acquisto e vendita di strumenti finanziari e la fornitura di servizi di investimento al pubblico¹⁵.

fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità, in *Dir. pubbl.*, 2013, 1, p. 87.

¹³ In questo senso, la ragione di una piena protezione interna sul fronte del risparmio appare giustificata dalla riconduzione del medesimo nell'alveo di copertura dell'art. 2 Cost., alla stregua dei diritti riconosciuti al momento del costituirsi dell'ordinamento, in relazione a quel progetto di completamento materiale e spirituale della persona delineato dai principi fondanti la nostra Costituzione; A. CLINI, *Sovranità della persona nelle determinanti di tutela del risparmio*, cit., p. 364 ss.

¹⁴ Nella legge del 1936 si esprimeva l'idea di un ordinamento sezionale chiuso, attesa la marginalità delle regole concorrenziali a favore del prevalente interesse rivolto alla stabilità (ancorché non efficiente) del sistema (S. CASSESE, *La lunga durata delle istituzioni finanziaria degli anni Trenta*, in AA. VV., *Le istituzioni finanziarie degli anni trenta nell'Europa Continentale*, Bologna, Il Mulino, 1982, p. 197 ss.); solamente a seguito dell'espansione nel sistema creditizio del diritto europeo, si è attenuata nel regime interno l'impostazione dirigista a vantaggio di una sempre maggiore sensibilizzazione verso il valore concorrenziale (A. PATRONI GRIFFI, *La concorrenza nel sistema bancario*, Napoli, Jovene, 1979, pp. 68 ss.).

¹⁵ Puntualizzazioni esemplificate nella nitida analisi svolta da R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, Il Mulino, 2012, pp. 220 ss.

Nondimeno, la nuova cornice legislativa, pur rinnovando profondamente gli assetti bancari, reitera sotto il profilo dell'intrinseco esercizio dei poteri conferiti alla Banca d'Italia, specifici tratti di supremazia speciale, in ragione dei quali è comunque possibile percepire un (aggiornato) modello di ordinamento derogatorio ("neodirigistico")¹⁶.

Ciò è dimostrabile per le seguenti componenti.

Si tratta di caratteri che concernono l'esercizio di un ampio potere discrezionale caratterizzato dall'indefinizione dell'interesse pubblico (c.d. amministrativizzazione della produzione normativa)¹⁷: il Governatore della Banca d'Italia è il responsabile nella direzione del governo bancario e della moneta, attraverso, in primo luogo, il rilascio delle autorizzazioni all'accesso al mercato e alla vigilanza sull'esercizio dell'attività. Per chiarire meglio questi meccanismi di esercizio del potere, si può ricorrere, ad esempio, alle modalità di applicazione del criterio di "sana e prudente gestione" delle attività autorizzate. Si tratta di una clausola generale che come tale va interpretata ma alla quale non può essere riconosciuta la forza attributiva di un potere discrezionale, per il perseguimento di un interesse pubblico, non predeterminato dalla legge; altrimenti, le scelte discrezionali che si vogliono fare discendere dalla clausola generale, verrebbero valutate su di un interesse pubblico di volta in volta posto dalla medesima amministrazione come prevalente e rilevante, sicché la motivazione che sorregge la scelta funzionale di ogni provvedimento si identificherebbe con il fine predeterminato dall'autorità a sostegno dell'assunzione delle proprie decisioni¹⁸.

¹⁶ Anche se autorevolissima dottrina – a sostegno della Banca d'Italia, quale «madre di tutte le Authorities» - esorcizza il problema, sostenendo che «gli ordinamenti sezionali stanno alle autorità indipendenti come il diavolo all'acqua santa» (F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, Feltrinelli, pp. 46 ss.); altra autorevole opinione, ritiene oramai aver perso attualità la nozione di ordinamento giuridico sezionale, in quanto «al pari di molti settori di regolazione di attività economiche aperte sempre più alle regole paritarie del mercato e della concorrenza, anche l'ordinamento del credito caduta l'impalcatura programmatica e dirigista della legge bancaria del 1936, non si presta a essere più ricostruito in termini di ordinamento sezionale» (M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, in *Banca impresa società*, 2003, p. 59.).

Resta tuttavia necessario valutare se i nuovi assetti europei – concorrenziali e gestiti attraverso autorità di regolazione – assicurino una adeguata tutela, centrale nella lettura costituzionalmente orientata che si propone, del risparmio come prerogativa di un diritto riconosciuto e protetto ai sensi degli artt. 2 e 47 Cost.

¹⁷ G. MINERVINI, *La Banca d'Italia oggi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, p. 620.

¹⁸ Con la consueta chiarezza ricostruttiva, si è sostenuto come in fondo si tratti di una clausola generale che, come tale, risulta suscettibile d'essere interpretata senza alcuna implicita attribuzione di un potere discrezionale esercitabile alla luce dell'interesse pubblico, vale a dire di un'altra clausola generale L. R. PERFETTI, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1213.

Le medesime osservazioni valgono anche per il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria, che rappresenta la porta di ingresso al settore riservato caratterizzato da un rapporto di supremazia speciale, propria dell'ordinamento sezionale. Nel procedimento di verifica sulla sussistenza dei requisiti necessari per l'adozione del provvedimento ampliativo, si ripropone il riconoscimento di un potere discrezionale nello scrutinio dei differenti parametri (potere che si perpetua anche nel successivo rapporto di vigilanza, ai fini dell'eventuale revoca). Il meccanismo che si reitera vede sempre l'autorità preposta all'autorizzazione interpretare clausole generali, che dovrebbero esprimere significati tecnico-economici, nel perseguimento di un interesse pubblico indeterminato o meglio determinato solamente a posteriori a sostegno della decisione che viene assunta. In altri termini, non si è perseguito, secondo la natura di clausola generale propria della "sana e prudente gestione", un percorso decisorio assunto sulla base di valutazioni tecnico-economiche, privilegiando un esercizio riconducibile alla discrezionalità pura e, dunque, non neutrale.

In questo senso, se si rifugge dallo sforzo di rendere meno evanescente l'interpretazione delle clausole generali, anche il ricorso, ad esempio, a parametri obiettivi che possano a questo punto arginare il percorso delle scelte discrezionali appare poco adeguato o quantomeno tautologico. Si permane difatti sempre nel potere dell'autorità di determinare il contenuto o quantomeno di assegnare alla determinazione un limitato sindacato giurisdizionale, rappresentato dai corollari della irragionevolezza (illogicità manifesta, errore e via dicendo), sicché i parametri di oggettività dell'azione altro non rappresentano che i consueti canoni di esame giurisdizionale della discrezionalità amministrativa.

È pur vero che con la riforma della banca centrale operata dalla l. 262/2005 si è registrato un innalzamento delle misure di protezione del risparmiatore e si è aperta una frattura - in relazione agli eventi collegati alle scalate bancarie, agli interventi della magistratura e alla contrapposizione del Parlamento - con gli indirizzi della Banca d'Italia¹⁹.

Ma il sopraggiungere di lì a poco delle ben note crisi finanziarie diffuse a livello globale, con il conseguente massiccio intervento pubblico sui versanti della proprietà e della liquidità, hanno determinato l'apertura di un periodo emergenziale, contraddistinto da iniziative eccezionali e derogatorie al tentativo di riordino del sistema.

¹⁹ Tra i numerosi scritti, per un commento sistematico, *La nuova legge sul risparmio. Profili societari, assetti istituzionali e tutela degli investitori*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, Cedam, 2006; *La tutela del risparmio*, a cura di A. NIGRO, V. SANTORO, Torino, Giappichelli, 2007.

Con sembianze mutate, quindi, si è ripresentata ancora una manifestazione del potere riconducibile nei tratti essenziali ad una forma di ordinamento sezionale: si percepisce, nei connotati prevalenti, l'espressione di un ordinamento che vede soggetti partecipare ad un mercato riservato, destinatari di una particolare subordinazione nei confronti di un'autorità pubblica ordinante (vale a dire nel potere di dettare le norme, di impartire gli ordini, di applicare le sanzioni), che plasma un sistema derogatorio a quello generale²⁰.

In questo senso si mantiene inalterato il sistema di ordinamento derogatorio del credito con un assetto non pienamente conforme al principio di legalità; con una totale funzionalizzazione all'interesse pubblico il quale, tuttavia, non è determinato se non dall'autorità di vertice del sistema (e dunque difficilmente sindacabile dal momento che è conoscibile *ex post* la sua determinazione, secondo uno schema occasionalista); con l'inversione della centralità dei diritti fondamentali posti dalla costituzione; con l'algoritmo perpetuato nelle varie forme di autoritarismo, per cui l'autorità preesiste alla legge e tutto ciò che non è limitato da quest'ultima spetta al potere²¹.

Di nuovo, quindi, si registra una sorta di spinta gravitazionale nelle dinamiche dialettiche tra l'autorità e le (garanzie delle) imprese, decentrando il nucleo di interessi di rilievo pubblico che giustificano il controllo complessivo dalla migliore tutela del risparmio e del risparmiatore.

3. I nuovi sistemi unitari europei in materia bancaria

La disamina fin qui condotta se per un verso sembra dimostrare, per grandi linee, un costante adeguamento del carattere ordinamentale sezionale al mutare delle discipline di settore, non tiene tuttavia conto, per altro verso,

²⁰ Sull'attualità dell'impianto sezionale del credito anche dopo l'entrata in vigore della legge bancaria del 1993, S. AMOROSINO, *L'ordinamento amministrativo del credito: studi*, Roma, Presidenza del Consiglio dei ministri, 1995, e ID., *Gli ordinamenti sezionali: itinerari d'una categoria teorica. L'archetipo del settore creditizio*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo: scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, a cura di S. AMOROSINO, Milano, Giuffrè, 1995, p. 1 ss.

²¹ Con il perspicuo acume, vengono puntualizzati gli elementi critici del sistema «(i) completamente derogatorio della legalità, (ii) nel quale l'intero settore è funzionalizzato all'interesse pubblico e (iii) quest'ultimo non è determinato se non dall'autorità di vertice del sistema, secondo uno schema nel quale esso non è mai sindacabile semplicemente perché è conoscibile solo dopo esser stato determinato (secondo lo schema occasionalistico per il quale il concetto è ciò che di volta in volta si decide che sia), (iv) con il risultato che i diritti fondamentali (anche costituzionali) sono garantiti solo nel perimetro del prudente apprezzamento dell'autorità e (v) si riconferma lo schema base dell'autoritarismo continentale a lungo - ed anche ora - imperante, vale a dire quello per il quale l'autorità preesiste alla legge e tutto ciò che non è limitato da quest'ultima spetta al potere»; L. R. PERFETTI, *Art. 107 - Autorizzazione*, in *Commentario al Testo Unico bancario*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, Cedam, 2012, p. 1402.

dell'impatto che, come noto, viene riconosciuto all'espansione del diritto europeo e, attraverso esso, all'immanenza del principio di libera concorrenza sul settore bancario.

In particolare, in questi ultimi anni in ragione dei processi di integrazione si è attuata una graduale e sistematica trasformazione del sistema bancario di accesso e vigilanza, il quale, anche sotto il profilo del concreto esercizio, si pone in termini alternativi alle prerogative consolidate delle Banche centrali nazionali, finendo per incidere anche sui tratti derogatori del sistema ordinamentale²².

Dopo gli effetti sistemici della crisi finanziaria iniziata nel 2008, si è avviata una profonda e rapida riforma delle regole e dei controlli pubblici sul settore bancario. Si è dato impulso alla realizzazione di un'Unione Bancaria a livello europeo, progettata su tre meccanismi unici nell'ambito della vigilanza (*Single Supervisory Mechanism*) degli interventi di risoluzione delle banche in crisi (*Single Resolution Mechanism*) e di un sistema di unico di garanzia dei depositi (ancora incompiuto)²³.

L'innovazione conseguente alla convergenza dei meccanismi europei appare evidente: le basi del Sistema europeo delle banche centrali (*SEBC*) risalgono al Trattato di Maasticht del 1992, con il quale è stata istituita la BCE che aveva un limitato ruolo nella supervisione finanziarie ed in particolare nella vigilanza bancaria²⁴. Neppure successivamente si è avuto alcun trasferimento a

²² Il nuovo modello di vigilanza bancaria viene da subito accolto come «una pietra miliare nella costruzione europea, non meno importante della moneta unica e del vincolo di pareggio di bilancio» (S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 79); risultano del resto numerose le posizioni critiche verso gli assetti precedenti, risalenti alle direttive europee della fine degli anni 70, strutturate secondo il principio di *home country control*; tra i molti, V. SANTORO, E. TONELLI, *La crisi dei mercati finanziari: analisi e prospettiva*, vol. I e II, Milano, Giuffrè, 2012-2013; M. MANCINI, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, in *Banca d'Italia – Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale*, 2013, n. 73; S. ANTONIAZZI, *La banca centrale europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Torino, Giappichelli, pp. 147 ss.

²³ Le esigenze di uniformare le discipline in materia di vigilanza prudenziale e di prevenzione del *moral hazard* per attenuare i rischi delle crisi bancarie, sono confluite nelle misure regolatorie riassunte nella c.d. Unione Bancaria, articolata su tre ambiti: il Meccanismo di vigilanza unico (Reg. UE n. 1024 del 2013, SSM *Single Supervisory Mechanism*), il Meccanismo unico di risoluzione delle crisi bancarie (Direttiva n. 2014/59/UE, BRRD *Bank Recovery and Resolution Directive*) e un nuovo sistema di garanzia dei depositi (Direttiva n. 2014/49/UE, DGS *Deposit Guarantee Scheme*); in tema, la bibliografia è divenuta ormai vastissima; si veda, per tutti, F. CAPRIGLIONE, *L'Unione bancaria europea. Una sfida per un'Europa*, cit.

²⁴ Difatti, l'art. 127 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (*TFUE*) contiene una blanda e generica previsione sul ruolo del Sistema europeo delle Banche centrali (*SEBC*), limitato ad una collaborazione con le autorità nazionali competenti in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi e di stabilità del sistema finanziario per assicurare una buona conduzione di tali attività; sul funzionamento della BCE permane fondamentale la lettura di M. PERASSI, *Banca centrale europea*, in *Enc. dir., Annali*, vol. IV, 2011, p. 153 ss.

livello europeo della vigilanza bancaria con le ulteriori autorità (Autorità bancaria europea – *EBA*- o quelle inserite nel Sistema di vigilanza finanziaria – *SEVIF*).

La fase in corso di accentramento in capo alla BCE di tali funzioni rappresenta quindi una risposta mai del tutto esplicitata in passato, ma introdotta oggi audacemente per arginare i timori di effetti irreversibili causati dalla crisi avviata dopo il 2008 (o per meglio dire, dalla vulnerabilità del sistema bancario e finanziario degli stati membri).

È quindi del tutto evidente come l'interrelazione tra livello europeo e livello nazionale finisca per incidere, ai fini della tematica in esame, sull'assetto derogatorio tecnicamente sopravvissuto ad ogni palingenesi legislativa, tanto da ricordare la mitologica *Hýdra* nella capacità di rigenerarsi, mantenendo inalterato il carattere sezionale di ordinamento giuridico del credito. Occorre quindi procedere con un'analisi essenziale sul funzionamento dei vari meccanismi unici europei per poi poter procedere nella disamina delle correlate influenze che discendono sull'assetto ordinamentale interno del credito.

3.1. Il Single Supervisory Mechanism e il Single Resolution Mechanism

Il Meccanismo di vigilanza unico (*SSM*, reg. 1024/2013 e reg. 468/2014) entrato in vigore il 4 novembre del 2014, riguarda le banche più rilevanti dell'area Euro e quelle di pari importanza degli altri paesi europei che intendono aderirvi (altrimenti ricondotte al regime *SEVIF*, c.d. sistema a due cerchi concentrici). L'innovativo sistema prevede che la *BCE*, in aggiunta alle funzioni di autorità centrale preposta al governo della moneta unica, eserciti tramite il Consiglio di Vigilanza le principali funzioni di vigilanza sulle banche attraverso la c.d. regolazione prudenziale (per garantire la sana e prudente gestione dell'istituto) unitamente alla c.d. supervisione (dall'autorizzazione, al monitoraggio alla sanzione)²⁵.

Per le restanti banche – c.d. *less significant* – le funzioni di vigilanza residuano nella tradizionale gestione mantenuta a livello nazionale dalle singole au-

²⁵ Le attività riconducibili ai compiti di vigilanza bancaria vengono comunemente ricondotte, per un verso, alla c.d. regolamentazione prudenziale, volta al regime dei processi autorizzatori e alla garanzia della sana e prudente gestione delle attività bancarie; per altro verso, alla c.d. supervisione, concernente i controlli sulle operazioni relative al capitale ed il monitoraggio sul rispetto degli standard, suscettibili di sanzione in caso di violazione; S. AMOROSINO, *I modelli ricostruttivi dell'ordinamento amministrativo delle banche: dal mercato "chiuso" alla "regulation" unica europea*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2016, p. 405.

torità, in collaborazione con la Bce (quest'ultima, tuttavia, può in determinati casi decidere di assumere la vigilanza diretta).

Il Meccanismo di risoluzione unico, entrato in pieno regime il 1° gennaio 2016, interagisce strettamente con il precedente: in ottemperanza alle previsioni della *Banking Resolution and Recovery Directive* (BRRD, Dir. 2014/59), persegue uno dei principali obiettivi della unione bancaria: per recidere il vischioso intreccio che intercorre tra il disequilibrio finanziario dei bilanci bancari (in ragione dei quantitativi elevati titoli pubblici) e i debiti sovrani degli Stati dell'Eurozona.

Tra le ragioni maggiormente enfatizzate nella introduzione di tali meccanismi, figura, come già visto, la reazione rivolta alla perdurante frammentazione dei mercati finanziari a livello europeo, che rappresenta una minaccia all'integrità della moneta unica e all'intero mercato interno²⁶. Il tentativo ulteriormente perseguito, ovviamente conseguente ad ogni allocazione delle competenze *bottom-up*, vorrebbe uniformare il rapporto con gli istituti di credito, superando così quegli atteggiamenti meno rigidi da parte dei regolatori nazionali che spesso vengono riservati nei confronti delle banche di maggiori dimensioni.

Infine, per ovviare al c.d. rischio morale, si è intervenuti anche sul delicato tema degli aiuti di Stato, con l'obiettivo di limitarli al minimo necessario, mentre il beneficiario dei sostegni pubblici dovrebbe fornire un adeguato contributo destinato ai costi di ristrutturazione: si è quindi virato, da un lato, verso una minimizzazione del sostegno pubblico e, dall'altro, per l'incentivazione verso soluzioni interne e di mercato²⁷. Il compito affidato alle attività di vigilanza sarà dunque di agire tempestivamente ma non prematuramente (per tentare di ripristinare la *viability* o in alternativa assicurare un maggior valore alla

²⁶ Come da subito osservato, il meccanismo di vigilanza unico persegue immediati obiettivi di riassetto tra cui il superamento della frammentazione dei mercati finanziari, la risoluzione della c.d. *forbearance* (dei regolatori nazionali verso i maggiori istituti bancari), il contenimento nell'acquisto di titoli pubblici; non di meno, rappresenta il primo tassello per «l'obiettivo più ambizioso costituito dalla cosiddetta Banking Union», mediante la quale perseguire «non soltanto la centralizzazione della vigilanza bancaria in capo alla Banca centrale europea, ma anche l'introduzione di meccanismi efficaci di risoluzione delle crisi bancarie con effetti sistematici, con la messa a disposizione come strumento di soccorso di ultima istanza anche di fondi pubblici, e strumenti di garanzia dei depositanti armonizzati»; M. CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca Centrale Europea*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 976.

²⁷ Come previsto a partire dal 1° agosto 2013 dalla Comunicazione della Commissione sulle norme in materia di aiuti di Stato (2013/C 216/01): sicché «la banca ed i detentori del suo capitale dovrebbero contribuire il più possibile alla ristrutturazione mediante le proprie risorse e il sostegno statale dovrebbe essere concesso a condizione che rappresentano un'adeguata condivisione degli oneri da parte di coloro che hanno investito nella banca»; V. GIGLIO, *Come saranno affrontate le difficoltà delle banche nell'Unione Bancaria?*, in *Merc. conc. reg.*, 2016, p. 375.

procedura di risoluzione); d'ora in avanti, quindi, non potrà esserci risoluzione senza condivisione degli oneri ma neppure vigilanza senza risoluzione²⁸.

Sotto un profilo descrittivo è dunque chiara la corrispondenza tra la volontà di accentramento a livello europeo dei compiti di vigilanza bancaria e di risoluzione delle situazioni di crisi con l'introduzione di nuovi strumenti predisposti per assicurare il funzionamento dei meccanismi di verticalizzazione; non meno evidente appare un contestuale ridimensionamento del ruolo dell'autorità amministrativa nell'ambito nazionale, fino ad oggi centrale nella disciplina di settore creditizio.

Se dunque questo è l'orizzonte che racchiude le dinamiche, gli strumenti e le ragioni per una convergenza sovranazionale delle funzioni precedentemente allocate in sede decentrata, occorre riprendere l'analisi sul fondamento del potere pubblico e sulla fisionomia che esso assume nella prospettiva comunitaria incardinata, come detto, nella garanzia della libera concorrenza.

Segnatamente, i poteri di autorizzare e di vigilare da parte dell'autorità amministrativa vengono ricondotti non alla esclusiva direzione statale del processo economico (la cui armatura è quella della costituzione di un ordinamento sezionale), bensì verso interessi e beni estranei allo Stato che si declinano sul principio di concorrenza.

Si potrebbe pensare, con una certa rapidità, di abbandonare qualsiasi ulteriore analisi sull'ordinamento sezionale del credito o affidare alla storia, seppure di un recentissimo passato, le riflessioni sulla sua struttura e sulle sue implicanze. La tematica sembra, al contrario, mantenere inalterati alcuni profili di attualità: in questo scenario si colgono difatti importanti riflessi – come di seguito spiegati – che mantengono ancora viva l'attenzione sul fenomeno di un ordinamento derogatorio e del ruolo assunto dalla nuova autorità sovranazionale nella finalizzazione del potere esercitato.

3.2. Criticità dei sistemi unitari europei

Non poche appaiono le considerazioni critiche rivolte tanto al funzionamento dei meccanismi eurounitari, quanto all'adeguatezza di un modello accentrato²⁹.

²⁸ V. GIGLIO, *Come saranno affrontate le difficoltà delle banche nell'Unione Bancaria?*, cit., p. 384.

²⁹ Dubbi vengono sollevati quanto all'efficacia delle soluzioni proposte sia sul lato dell'effettivo rafforzamento delle tutele a presidio del risparmio, sia sull'effettivo perseguimento di una maggiore stabilità del sistema finanziario globale; S. AMOROSINO, *I*

Sul primo aspetto (funzionamento), si avverte una preliminare criticità sulla complessità organizzativa e sul rischio di sovrapposizione di competenze a livello sovraordinato: si pensi alle interrelazioni tra Autorità bancaria europea – che esercita i propri poteri nei confronti di tutti gli Stati membri – e BCE, che esercita la vigilanza solamente verso gli Stati appartenenti all'eurozona. Appare immediata la mancanza di un allineamento quanto alla estensione dei rispettivi interventi (atteso che il perimetro del mercato unico non coincide con quello della moneta unica³⁰), che si somma ad una situazione asimmetrica nel coordinamento con le altre autorità europee, quali l'*European Banking Authority* (EBA) o la *Single resolution board* (SRB)³¹.

Quanto poi ai rapporti con le autorità nazionali appare altrettanto rilevante la questione di omogeneizzare le prassi di vigilanza (uno dei benefici che dovrebbe conseguire la supervisione unica, per come espresso nel c.d. rapporto *Larosière*³²) e assicurare una parità di trattamento, dal momento che non si avranno più solo amministrazioni nazionali che applicano il diritto comunitario, ma anche amministrazioni comunitarie che applicano le singole discipline nazionali (si pensi alle significative differenze a livello di diritto civile, societario e fallimentare difficilmente armonizzabili)³³. La BCE sarà costretta a “cambiare occhiali” e mutare i parametri di valutazione in funzione del Paese in cui sono stabilite le banche (si pensi, con riferimento al nostro ordinamento, al potere *ex art. 53 bis TUB* di rimuovere gli amministratori per contrasto con la sana e

modelli ricostruttivi dell'ordinamento amministrativo delle banche: dal mercato “chiuso” alla “regulation” unica europea, cit., p. 391. Peraltro, con chiara schiettezza si sostiene che «l'accentramento in capo alla Banca centrale europea della funzione di vigilanza, in particolare sugli istituti di credito di maggior dimensione, rappresenta dunque una mossa imprevista, resa necessaria per evitare il precipitare della crisi»; M. CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca Centrale Europea, cit.*, p. 984.

³⁰ EBA e BCE esercitano poteri non allineati quanto a estensione del loro ambito di intervento, «ciò appunto perché il perimetro di mercato unico non coincide con quello della moneta unica»; M. CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca Centrale Europea, cit.*, p. 1008.

³¹ Come risaputo, EBA assieme ad altre agenzie (ESMA, EIOPA, ERSB), è parte del Sistema Europeo di Vigilanza Finanziaria (SEVIF), che rappresenta una rete integrata di autorità di vigilanza nazionali ed europee chiamate a garantire l'applicazione delle norme per preservare la stabilità finanziaria sia micro che macro-prudenziale; F. GUARRACINO, *Supervisione bancaria europea*, Padova, Cedam, 2012, pp. 34 ss.; sulla difficile armonizzazione delle competenze di vigilanza tra le diverse autorità, S. DEL GATTO, *Il problema dei rapporti tra la Banca centrale europea e l'Autorità bancaria europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, pp. 1221 ss.

³² Una sorta di *roadmap* per la riforma degli organismi di supervisione finanziaria nell'Unione commissionato a Jacques De Larosière nell'ottobre del 2008 dal presidente della Commissione Europea (*Report The High Level Group on Financial Supervision in Eu*, Bruxelles, 25 febbraio 2009).

³³ Con i conseguenti e prevedibili problemi di omogeneizzazione delle prassi di vigilanza e di garanzia della parità di trattamento; L. TORCHIA, *Unione bancaria: un approccio continentale?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, p. 13.

prudente gestione ovvero alle specificità per l'approvazione delle modifiche statutarie, ai sensi dell'art. 56)³⁴.

Complessivamente, il quadro si presenta connotato da un sistema di vigilanza estremamente diversificato e difficilmente gestibile nella prospettiva di attuazione uniformante della regolamentazione.

È necessario forse gestire l'allungamento della catena decisionale in materia di vigilanza, atteso che, come sopra ricordato, al momento i meccanismi europei assumono una unicità precipuamente formale, visto che gli ambiti delle attività conferite si intrecciano con quelli di altre Autorità e si intersecano in processi ancora in parte nazionali ed in parte europei³⁵.

Quanto poi alla scelta di concentrare nella BCE le funzioni di vigilanza assieme alle funzioni di politica monetaria, non poche sono le tensioni da stemperare³⁶.

Sotto un profilo generale, si è posto il problema della compatibilità del regolamento istitutivo del Meccanismo unico di vigilanza con il principio di sussidiarietà del Trattato nei rapporti con i Paesi e le relative autorità di controllo (soprattutto in relazione ad un assetto di rapporti tra centro e periferia ispirato a criteri propri dei sistemi gerarchici)³⁷.

Sotto il profilo organizzativo, si è invece colta una complessità difficilmente armonizzabile all'interno della "nuova" Bce, in materia di vigilanza (si pensi al coordinamento metodologico e operativo dei *Joint supervisory team*, preposti alla vigilanza di un determinato gruppo bancario)³⁸. Tali difficoltà sono

³⁴ Le incidenze di un regime giuridico parcellizzato si ripercuotono evidentemente sull'operato della BCE, fino a rappresentare difficoltà «insormontabili, se si considera che la BCE è priva di poteri normativi che le consentano di ricomporre il patchwork giuridico», con l'aggravata situazione per cui «le norme che la BCE deve applicare sono talvolta paradossalmente dettate dagli stessi enti che la BCE dovrebbe coordinare, quando la trasposizione delle direttive e l'adozione della normativa secondaria sono delegate dai parlamentari nazionali alle rispettive autorità di vigilanza»; B. BRANCOLI BUSDRAGHI, *Il meccanismo unico di vigilanza bancaria: dalla teoria alla pratica*, in *Merc. conc. reg.*, 2016, p. 467.

³⁵ D. SORACE, *I "pilastri" dell'Unione Europea*, in M. P. CHITI, V. SANTORO a cura di, *L'unione bancaria europea*, Pisa, Pacini Editore, 2016, p. 95.

³⁶ Per il dibattito sull'opportunità di fare confluire l'insieme di tali funzioni in un unico soggetto, si vedano M. PACINI, *La "vigilanza prudenziale" tra banche centrali nazionali e Banca centrale europea*, in *Banca. Impr. Soc.*, 2003, p. 355; I. SABBATELLI, *La supervisione sulle banche. Profili evolutivi*, Padova, Cedam, 2009, pp. 166 ss.

³⁷ Come osservato da L. TORCHIA, *Unione bancaria: un approccio continentale?*, cit., p. 15; e difatti, «nell'ambito del Meccanismo, vi è una separazione del lavoro, svolgendo la Banca centrale europea una funzione che può dirsi direttiva, le autorità nazionali un compito che può dirsi esecutivo, che consiste nell'obbligo di fornire informazioni, nell'assistenza e preparazione di provvedimenti e nell'agire secondo istruzioni della Banca centrale»; S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, cit., p. 80.

³⁸ I *JST* costituiscono una sorta di Conferenza, composta da soggetti appartenenti alla BCE e all'autorità nazionale interessata, preposti alla vigilanza su un determinato gruppo bancario (attualmente 129 sono le banche vigilate: «possono avere un'organizzazione molto complessa e

incrementate dal fatto che la BCE è priva di poteri normativi in materia di vigilanza, mentre l'adozione di regolamenti è limitata ai profili organizzativi e operativi delle attività affidate. Sono inoltre estranee alla vigilanza, pur rivestendo rilevanza fondamentale, materie come il contrasto al riciclaggio e la tutela del consumatore (*id est*, risparmiatore)³⁹.

Ma soprattutto occorre garantire l'indipendente esercizio delle competenze in materia di politica monetaria e di supervisione: l'esercizio contestuale delle due funzioni in capo alla Bce può portare ad una politica monetaria eccessivamente debole, per evitare effetti indesiderati sulla solvibilità delle istituzioni creditizie o di altri prevedibili conflitti di interesse (a tal fine è istituito, come visto, il Consiglio di vigilanza, che non assicura tuttavia una piena indipendenza: esso è privo di personalità giuridica e non è legittimato ad esprimere la volontà della BCE)⁴⁰.

A fronte di questi che appaiono i rilievi critici più rilevanti, possono essere avanzate due considerazioni generali.

La prima si svolge su un piano più concreto ed evidenzia le difficoltà di implementare e portare a regime il progetto europeo di *Banking Union*: potrebbe sembrare ancora prematuro svolgere un giudizio prognostico sulla riforma, ma di certo le resistenze che si avvertono (si pensi al ridimensionamento delle autorità nazionali) costituiscono un segnale di incertezza non solo sul conseguimento del venturo assetto europeo dei meccanismi eurounitari in materia bancaria, ma soprattutto sui tempi e sulle forme migliori per ottenere il risultato prefissato⁴¹.

diversificata fra loro e nei gruppi di maggiori dimensioni possono essere articolati in sottogruppi (c.d. Risk team), ciascuno dei quali vigila a livello europeo su un'area di rischio trasversale a tutte le società di un gruppo, nonché riunirsi nelle composizioni ritenute più opportune, eventualmente in seduta plenaria (c.d. full JST)»; B. BRANCOLI BUSDRAGHI, Il meccanismo unico di vigilanza bancaria: dalla teoria alla pratica, cit., p. 475.

³⁹ B. BRANCOLI BUSDRAGHI, *Il meccanismo unico di vigilanza bancaria: dalla teoria alla pratica, cit.*, p. 471.

⁴⁰ Sui compiti del Consiglio di Vigilanza, S. MICOSSI, *L'Unione bancaria in costruzione*, in G. AMATO, R. GUALTIERI (a cura di), *Prove di Europa unita. Le istituzioni europee di fronte alla crisi*, Firenze, Passigli Editori, 2013, pp. 113 ss.

⁴¹ Sui raccordi in materia di vigilanza tra Autorità europee e Autorità nazionali è stata recentemente pronunciata una sentenza del Trib. I grado UE (16.5.2017, n. 122, sez. IV) sulla natura significativa di una banca tedesca (con attività superiori ai 30 Mld) che ha dichiarato la vigilanza esclusiva della BCE, a fronte delle resistenze dell'istituto che si riteneva *non significant* e comunque già sottoposto alla vigilanza prudenziale dell'autorità nazionale, sufficiente a perseguire l'obiettivo di stabilità finanziaria. L'interpretazione adottata dal Tribunale rischia di compromettere la demarcazione necessaria per un ordinato riparto dell'esercizio delle competenze in materia di vigilanza bancaria: difatti, la decisione predilige ricondurre il rapporto ad un criterio sostanziale, in quanto afferma che la qualificazione di una banca come significativa possa essere esclusa, nonostante la presenza dei relativi presupposti, qualora emerga di circostanze specifiche l'esercizio di una vigilanza da parte dell'autorità interna tale da

La seconda considerazione, svolta su un piano più teorico, muove dall'idea che i meccanismi, a tendere, vadano effettivamente a regime ed il modello unificato trovi un suo equilibrio di funzionamento, superando l'impasse delle difficoltà appena menzionate.

Il tema di analisi diviene allora la verifica che tali assetti non ripropongano le criticità proprie dell'ordinamento sezionale, come già analizzato. Questa garanzia passa attraverso la previsione di una accentuata tecnicità e neutralità dei poteri svolti dagli organismi competenti a livello europeo, scongiurando, almeno in astratto, le coniugazioni di esercizio discrezionale scarsamente sindacabile del potere di controllo del mercato, nell'accesso, nella regolazione e vigilanza del mercato bancario⁴².

Tuttavia, sempre ragionando in termini teorici, un siffatto modello neutrale dovrebbe confrontarsi con principi che la costruzione di un ordinamento sezionale non ha tenuto in considerazione, vale a dire con la centralità del risparmio e del diritto fondamentale della persona. Per quanto tecnicamente raffinate, le principali misure introdotte finora non mancano di sollevare perplessità sul fronte delle garanzie a presidio dei risparmiatori in termini di adeguatezza o alternatività: sul piano micro-prudenziale, si pensi al risanamento bancario attraverso la condivisione degli oneri (c.d. *Bail-in*); sul piano macro-prudenziale, l'assoluta prevalenza data al superamento del circolo vizioso tra debito privato e debito sovrano. E ancora, si evidenzia come nelle fasi di avviamento dell'Unione bancaria risulti posticipato, in assenza di adeguate ragioni, proprio il terzo pilastro concernente la garanzia dei depositi; o da ultimo, si rileva come tra le varie competenze accentrate non venga inclusa nei meccanismi unici la tutela del "consumatore-risparmiatore".

Le prerogative sociali che si traggono dall'art. 41 Cost e la salvaguardia del risparmio come valore, diritto sociale e diritto fondamentale del cittadino, rischierebbero di trovarsi ancora una volta in una posizione di marginalità: in passato, sacrificati per le ragioni di una particolare organizzazione del settore bancario che viveva di una posizione non pienamente conforme alla ripartizio-

realizzare gli obiettivi ed i principi della normativa di settore; tra i primi commenti, F. MORLANDO, *Vigilanza bancaria – La valutazione della "significatività" degli enti creditizi nel meccanismo di vigilanza unico*, in *Giur. it.*, 2018, pp.1065 ss.; M. MACCHIA, *Meccanismo di vigilanza unico: il riparto di competenze tra BCE e autorità nazionali*, in *Gior. dir. amm.*, 2017, pp. 779 ss.; F. ANNUNZIATA, *Competenza della BCE in tema di vigilanza prudenziale degli enti creditizi per determinati compiti*, in *Giur. comm.*, 2017, pp. 1118 ss.

⁴² Appare del resto oramai consolidata l'idea avanzata in passato da autorevole dottrina secondo cui il processo di integrazione europea segni l'avvio di un sistema fondato sulla neutralità rispetto ai precedenti assetti di governo politico dell'indirizzo economico del settore; F. CAPRIGLIONE, *L'ordinamento finanziario verso la neutralità*, Padova, Cedam, 1994.

ne e all'esercizio dei poteri nel contesto democratico; in prospettiva, risulterebbero ancora ostracizzati dall'esercizio di poteri che, sull'altare della neutralità e delle tecnicità, non frustrino la centralità della tutela e delle esigenze sociali del risparmio.

4. Dall'ordinamento sezionale del credito ai meccanismi unici europei: quali prospettive per la tutela del risparmio?

L'accorpamento a livello europeo delle funzioni di regolazione del settore bancario e le garanzie di una gestione neutrale (tecnico-economica) delle medesime, non presenta solamente delle problematiche - comunque importanti - nell'avvio del nuovo percorso uniformante o nell'adozione di misure non ancora pienamente equilibrate.

Ciò che al fondo si è voluto sostenere nei rapidi tratti che precedono, con la critica verso ogni forma di ordinamento sezionale del credito, è il disallineamento (non solo formale) al fondamento democratico e alla centralità degli interessi del soggetto privato, nel caso di specie, assunto nella dimensione (costituzionalmente garantita) del risparmiatore. In questo senso, mettere al centro la persona nei rapporti economici e nel sistema finanziario, in particolare, non è da confondere con una scelta ideologica, bensì risponde all'impianto che la Costituzione rappresenta in ogni sua articolazione: sicché ogni scelta organizzativa o legislativa derogatoria, non si contrappone ad una singola disposizione - come l'art. 47 - ma all'intera intelaiatura repubblicana.

E dunque, ogni organizzazione che dietro ai valori tecnico-economici e neutrali di stabilità, di concorrenza e di mercato, finisca per contrapporsi all'impalcatura costituzionale antropocratica, assume - a tendere - i limiti di un ordinamento giuridico sezionale.

Nel disegno inalterato del nostro ordito costituzionale, è dal fondamento dell'appartenenza della sovranità al popolo che si dipana il riconoscimento dei diritti fondamentali dell'individuo protetti dalla Repubblica: sicché l'esercizio di ogni impresa potrà svolgersi sempre nei limiti inderogabili di volta in volta rappresentati dalle libertà e dai beni individuali fondamentali. All'interno del quadro delineato, anche i poteri di indirizzo e coordinamento, ovviamente, dovranno rispondere, nel rispetto del principio di legalità, ai fini sociali dettati dall'art. 41 Cost.: l'intero sistema dei poteri amministrativi dovrà rispondere funzionalmente al godimento dei diritti individuali, compreso il risparmio in forza peraltro dell'espressa protezione contenuta nella nostra Costituzione.

Quanto descritto precedentemente in merito all'ordinamento sezionale del credito, si regge sull'assioma di fondo per cui l'autorità risulti preesistente alla legge, perché essa è l'espressione di una sovranità sovrastrutturata. Il dogma dell'autoritarismo viene espunto dalla nostra Costituzione nel momento in cui si prende atto che la sovranità non è dello Stato, ma del popolo, e che i diritti fondamentali non sono concessi o creati dall'ordinamento, ma riconosciuti in quanto preesistenti alla costituzione del medesimo. Dunque, sovranità popolare e diritti fondamentali sono le causali legittimanti l'ordine positivo e non si esauriscono in esso perché è l'ordinamento e l'organizzazione dell'autorità a dover essere funzionale al godimento dei diritti.

Così come già detto, l'interesse pubblico non può celarsi dentro clausole generali e confezionarsi in una sorpresa, svelandosi con le determinazioni assunte e per (dare conto) delle determinazioni assunte, rappresentando un cortocircuito tra predeterminazione dei fini e scelte applicative in un unico soggetto: l'autorità è tale per una predeterminazione dei fini generali, che coincidono con la massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali. Se difatti l'autorità dispone di un potere amministrativo (discrezionale, puro o tecnico che sia) il cui esercizio è finalizzato ad obiettivi dalla stessa predefiniti (politica economica), si avrà un margine di apprezzamento molto vasto e indeterminabile, in assenza di uno scopo che la legge indica all'esercizio (e limitazione) del potere.

Peraltro, le riflessioni che sono state svolte, sulle connotazioni di un pubblico potere che si discosta dal regime costituzionale per assumere, di conseguenza, la forma di ordinamento sezionale (attraverso meccanismi che forzano le nozioni di esercizio discrezionale delle decisioni amministrative e di individuazione dell'interesse pubblico rispetto al rigoroso ossequio del principio di legalità), non possono né devono apparire dissertazioni pindariche o comunque prive di rispondenza concreta.

La ricollocazione al centro degli interessi economici del risparmio e delle tutele del risparmiatore non sono, in relazione alle vicende attuali, espressioni di concetti meta-giuridici o meta-economici.

Tutt'altro.

La crisi del 2008 si sta mostrando per la sua lunghezza e profondità: le crisi finanziarie sono differenti dalla recessione provocata da un calo della domanda o dal blocco dell'offerta, perché sono ben più longeve. Le ragioni della protrazione della durata si rinvengono principalmente nella sfiducia tra chi concede e chi richiede il credito (fiducia che è lenta ad essere recuperata). La sfiducia, causata dai traumi e dalle paure, si traduce concretamente nella minore

disponibilità ad assumersi dei rischi (il rischio è, come noto, alla base degli investimenti e della crescita di un Paese).

Non vi è via d'uscita: occorre recuperare la fiducia dei risparmiatori e collocare il perimetro dei rischi fuori dalle ipotesi di implosione del sistema bancario e finanziario. La direttrice in atto per il rafforzamento dei meccanismi di controllo ha sottoposto le banche a standard prudenziali più stringenti (in osservanza al c.d. pacchetto Basilea III), ma occorre agire nel contesto complessivo ed evitare nuovi rischi, già affiorati, in forme di sistemi paralleli e surrettiziamente alternativi (c.d. *shadow banking system*)⁴³.

Non v'è nulla di più reale e impellente che ricostruire la fiducia e la capacità di assumere rischi imprenditoriali per arginare il protrarsi della crisi, onde evitare che un'ulteriore espansione degli effetti negativi anche nella dimensione politica, creando una reazione a spirale sul prolungamento indefinito delle incertezze.

⁴³ Negli Stati Uniti d'America la reazione è stata immediata, iniettando capitali pubblici per oltre 700 mld, in un sistema bancario omogeneo e con guida unitaria: ma la crisi sembra superata, basti il dato del rendimento del capitale azionario delle banche stabilmente intorno al 10%, prova la riconquista della fiducia nei termini sopra descritti. Nell'eurozona, invece il rendimento medio del capitale bancario si assesta al 6% nel 2017, mentre l'anno precedente era al 3%. La risposta dell'Europa è stata differente: ha costruito molto rapidamente una struttura comune di supervisione: l'Unione bancaria non è ancora completata in attesa della costituzione del terzo pilastro dato da un istituto per l'assicurazione dei depositi sull'impronta della *Federal Deposit Insurance Corporation* americana. Si è agito in ordine sparso, con una furbizia nazionalistica che ha permesso, ad esempio una immediata ricapitalizzazione pubblica di alcuni stati (Francia Germania) mentre per altri, come l'Italia, è diventata un'operazione strettamente sotto osservazione. Insomma, la risposta alla domanda di protezione dei risparmiatori c'è stata, ma forse è la più semplice, la più immediata e ha presentato sin da subito i propri limiti: aumento della complessità della regolazione, crescita dei costi per l'adesione, incremento dei regolatori e delle agenzie; A. PIERINI, *L'Unione Europea verso l'unione bancaria: indicazioni e dilemmi derivanti dal confronto con il modello di vigilanza sui mercati creditizi degli Stati Uniti d'America*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017, pp.175 ss.

IPPOLITO PIAZZA

Professore a contratto di Diritto amministrativo dell'Università di Firenze

ippolito.piazza@gmail.com

**L'ORGANIZZAZIONE DEI SOGGETTI
PRIVATI INCARICATI DI PUBBLICHE FUNZIONI
E I RIFLESSI SUL REGIME DEGLI ATTI**

**PRIVATE ACTORS AND PUBLIC FUNCTIONS:
ORGANISATION AND ACTS**

SINTESI

Il contributo intende mostrare come l'organizzazione dei soggetti privati assuma un rilievo nel caso in cui questi svolgano una funzione pubblica. In particolare, ci si sofferma su due esempi di conformazione dell'organizzazione privata: l'uno, realizzato attraverso una penetrante disciplina legislativa (il caso delle SOA); l'altro, messo in atto mediante l'imposizione di uno *standard* di garanzia nello svolgimento dell'attività (il caso del responsabile del procedimento). L'analisi delle due fattispecie consente di evidenziare i profili di possibile assimilazione dell'organizzazione privata con quella pubblica, laddove il privato svolga un'attività amministrativa e laddove le esigenze di garanzia dei cittadini lo richiedano, ma si mettono in luce anche le ineliminabili differenze. Infine, si esaminano le ricadute che il rilievo dell'organizzazione produce sul regime dei vizi degli atti 'amministrativi' emanati dai soggetti privati e si suggeriscono ipotesi nelle quali, a dispetto di un'opinione molto diffusa, è rilevabile anche il vizio di incompetenza.

ABSTRACT

The paper aims to show how the organisation of private entities may be juridically relevant when they fulfill a public task. First, it analyses two examples of legislative constraints on private organisation. Then, it enquires wheter and to what extent private organisation may be compared to public one. Finally, it deals with the consequences of such organisational relevance on the vices of private actors' administrative acts.

PAROLE CHIAVE: organizzazione, garanzie, esternalizzazioni, privatizzazione, incompetenza.

KEYWORDS: organization, guarantees, contracting out, privatization, lack of competence.

INDICE: 1. Premessa. – 2. La conformazione dell'organizzazione privata e il suo rilievo. Il caso delle SOA. – 2.1. (segue) Il responsabile del procedimento. – 3. I limiti al conferimento di funzioni pubbliche a privati: un problema costituzionale. – 4. Gli atti e l'incompetenza. – 5. Conclusioni.

1. Premessa.

L'affermazione secondo cui l'organizzazione degli enti privati è rimessa alla loro autonomia ed è irrilevante all'esterno merita di essere chiarita, alla luce di numerose circostanze.

È, infatti, sufficiente considerare la mole di prescrizioni che impongono requisiti organizzativi a soggetti privati al fine di rendere la loro attività compatibile con l'interesse generale per sostenere che si tratta di un'autonomia per molti aspetti limitata¹: è questa del resto una conseguenza di quanto previsto, per le attività economiche, dall'art. 41 della Costituzione².

D'altro canto, se è vero che il rilievo giuridico dell'organizzazione è massimo nel diritto pubblico, è altresì vero – come da tempo rilevato in dottrina³ – che non è assente nel diritto privato, anche nei rapporti con i terzi⁴.

È, però, il fenomeno dell'«esercizio privato di pubbliche funzioni» che costringe a un ripensamento ancor più profondo dell'affermazione iniziale. Si tratta, come noto, di una locuzione nella quale si sono fatte rientrare le ipotesi più varie⁵. Si può tuttavia osservare che, quando l'attività di un privato costitui-

¹ Si veda, di recente, in riferimento al Codice del terzo settore A. FUSARO, *L'autonomia organizzativa negli Enti del Terzo Settore*, in P. Sirena, A. Zoppini (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da «Le autorità private» di C.M. Bianca*, Roma, Roma Tre-Press, 2018, p. 41 ss.

² Per un inquadramento della disciplina pubblica dell'impresa privata v. M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1985, pp. 179 ss. Più di recente, si vedano anche le considerazioni di G. CORSO, *Splendori e miserie dell'intervento pubblico nell'economia italiana*, in M. Cafagno, F. Manganaro (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, vol. V di L. Ferrara, D. Sorace (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, Firenze University Press, 2016, p. 604 ss.

³ Per tutti, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1988, p. 95 e N. SAITTA, *Premesse per uno studio delle norme di organizzazione*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 55 s.

⁴ Sul rapporto tra organizzazione, rappresentanza e rilievo verso i terzi negli apparati privati, v. A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 33 ss., nonché, con particolare riferimento alle associazioni non riconosciute, E. DEL PRATO, *Organizzazione associativa e rappresentanza sostanziale*, in *Quadr.*, 1991, p. 405 ss.

⁵ Tanto che M.S. GIANNINI, *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, Giuffrè, 1966, p. 686, sostenne che la locuzione «esercizio privato di pubbliche funzioni» non esprimesse una nozione giuridica propria ma fosse solo una «espressione verbale per raccogliere un insieme di figure, moduli, formule, ecc., attinenti all'organizzazione amministrativa, in cui l'organizzazione medesima non è realizzata direttamente dall'ente pubblico titolare della funzione o del servizio». Il fondamentale studio di G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, estratto da V.E. Orlando (a cura di) *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II, pt. III, Milano, Soc. Editrice Libreria, 1920, trattava anche dei diritti e dei doveri politici (azione popolare e doveri collegati all'amministrazione della giustizia, per esempio), nonché di molte professioni. Una sistemazione recente individua tre categorie di soggetti privati esercenti pubbliche funzioni: quelli che esercitano potestà amministrative nell'ambito di procedimenti che si concludono con l'adozione di provvedimenti; quelli che sono tenuti al rispetto delle

sca esercizio di una funzione pubblica e sia diretta alla realizzazione di un interesse (non soltanto generale ma) pubblico, il legislatore si preoccupa di introdurre alcune regole di conformazione della sua organizzazione. Il punto è stato rilevato, a suo tempo, da quella dottrina che più attentamente ha vagliato le fattispecie di conferimento di potestà pubbliche a soggetti privati⁶.

La ragione di simile conformazione organizzativa è facilmente riassumibile: il legislatore ritiene che, per evitare fughe dalle garanzie proprie del regime di diritto amministrativo, non sia sufficiente sottoporre l'attività dei soggetti privati incaricati di funzioni pubbliche a regole, in tutto o in parte, coincidenti con quelle seguite dalle pubbliche amministrazioni, ma sia necessario anche disciplinarne l'organizzazione. Del resto, la sola conformazione dell'attività smentirebbe la (ampiamente dimostrata) *continuità* tra organizzazione e attività nella realizzazione dei fini istituzionali di un ente e nella soddisfazione dei diritti dei cittadini⁷.

Il modo di essere dell'organizzazione determina, infatti, il modo di svolgimento dell'attività⁸, le scelte organizzative nell'amministrazione (quali caratteristiche debba avere un ufficio e quali debbano essere le sue competenze) partecipano già alla realizzazione dei fini: quando un compito pubblico venga affidato a un privato, non ci si può dunque disinteressare alla sua struttura.

regole di evidenza pubblica nella scelta del contraente; quelli che esercitano potestà pubbliche di certazione, certificazione e altre funzioni autoritative: v. A. MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, Giuffrè, 2007, p. 570 ss.

⁶ A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 406: «Il diritto positivo tende dunque a plasmare, secondo schemi che presentano alcune deviazioni rispetto al modello generale, il profilo organizzativo di soggetti privati tenuti al perseguimento di un interesse pubblico. La conformazione legislativa degli aspetti organizzativi comporta – come si è visto – una consistente compressione della sfera di autonomia privata del conferitario. (...) Il legislatore si mostra, in particolare, incline ad imprimere un particolare assetto all'organizzazione del soggetto, presupponendo, ci pare, che un intervento volto a disciplinare il solo profilo funzionale non possa garantire in modo adeguato, che l'attività sia effettivamente espletata in vista del conseguimento dell'interesse pubblico». Si vedano anche S. TORRICELLI, *I contratti tra privati come strumenti di regolazione pubblica*, in G. Falcon, B. Marchetti (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, Padova, Cedam, 2013, p. 213 ss. e S. PELLIZZARI, *Soggetti privati che esercitano funzioni procedimentali: i rapporti con l'organizzazione amministrativa tra pubblico e privato*, in B. Marchetti (a cura di), *Pubblico e privato. Oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, Padova, Cedam, 2013, p. 151 ss.

⁷ Il richiamo è in primo luogo a M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 122 s.: «Organizzazione ed attività sono invece, come sappiamo, due facce della stessa moneta, due profili (due modi di essere) dello stesso sistema di istituzione e di regolazione di strumenti e di rapporti idonei a consentire il raggiungimento di determinati fini. Questa situazione di contiguità – anzi, ci si passi l'assonanza, di vera e propria continuità – fra i due settori, rende grave il problema di porre concretamente il confine fra di essi». Con specifico riferimento al nostro tema, G. PASTORI, *Attività amministrativa e soggetti privati*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1785.

⁸ Ci si limita a rinviare a G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968, *passim*, e a G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 11 ss., nonché alla letteratura ivi citata.

Nelle pagine che seguono, si intendono mostrare due modi (§ 2) con i quali si realizza la conformazione dell'organizzazione privata e le relative finalità, interrogandosi poi su quale sia il sostrato costituzionale che consente tale limitazione all'autonomia dei privati e su quali siano i limiti al conferimento di funzioni pubbliche a soggetti privati (§ 3). Ci si soffermerà, da ultimo, sui riflessi che la conformazione organizzativa di soggetti privati ingenera sul regime degli atti da essi adottati e dei loro vizi e, in particolare, su quello che più è legato alla dimensione organizzativa: l'incompetenza (§ 4).

2. La conformazione dell'organizzazione privata e il suo rilievo. Il caso delle SOA.

Come anticipato, la conformazione dell'organizzazione di soggetti privati può realizzarsi in almeno due modi: attraverso puntuali prescrizioni organizzative, previste da norme di legge o di rango sub-legislativo; oppure attraverso l'imposizione del rispetto di *standard* nello svolgimento dell'attività, che abbiano però anche una ricaduta organizzativa.

Ci si limiterà a mostrare due casi paradigmatici.

Il primo caso, quello delle SOA, è di particolare interesse perché si tratta di soggetti privati la cui attività è qualificata dal diritto positivo come funzione «di natura pubblicistica»⁹ e ricostruita pacificamente dalla giurisprudenza in termini pubblicistici¹⁰: vi emergono, quindi, con nettezza i problemi della combinazione tra la natura privata del soggetto e quella pubblica dell'attività.

Il secondo caso, quello del responsabile del procedimento, interessa invece perché si tratta di un istituto di snodo tra organizzazione e attività, tipico del diritto amministrativo, la cui possibile estensione a enti privati consente di riflettere sui limiti del 'trapianto' della disciplina pubblicistica nel corpo di un privato.

⁹ Art. 84, c. 1, d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, come modificato dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32 (c.d. "Sblocca Cantieri"); si noti comunque che la qualificazione della funzione di attestazione come «funzione pubblicistica» era già contenuta, negli stessi termini, nell'art. 40, c. 3 del precedente codice dei contratti pubblici (d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163).

¹⁰ La natura pubblicistica dell'attività delle SOA è riconosciuta dalla giurisprudenza prevalente (tra tante, Cons. St., sez. VI, 24 gennaio 2005, n. 128), che considera, di conseguenza, le attestazioni rilasciate dalle SOA alle imprese alla stregua di atti unilaterali aventi natura pubblicistica (Cons. St., sez. VI, 14 aprile 2004, n. 2124, T.A.R. Catania, 17 febbraio 2015, n. 580). Sottolinea tuttavia l'incongruenza di questa ricostruzione S. TORRICELLI, *I contratti tra privati come strumenti di regolazione pubblica*, cit., p. 222 ss., nonché ID., *I contratti tra privati con funzioni di amministrazione pubblica*, in D. Sorace (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013, 253 ss.

Iniziamo dal primo esempio: la conformazione organizzativa delle SOA a tutela della loro imparzialità.

Un problema tradizionale¹¹ dell'esercizio privato di pubbliche funzioni è quello di rendere compatibile il perseguimento dell'interesse pubblico affidato ai privati con il loro proprio interesse (in primo luogo, lo scopo di lucro), specie se si tratti di privati autenticamente tali¹². Le SOA (Società Organismi di Attestazione), come noto, sono società che, dietro autorizzazione dell'autorità di vigilanza (oggi l'ANAC), attestano il possesso di determinati requisiti in capo alle imprese che intendono eseguire lavori pubblici¹³. La disciplina del sistema di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici, andata incontro a diversi tentativi di modifica dopo l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici¹⁴, interviene tanto sul piano dell'attività, quanto su quello dell'organizzazione delle SOA.

Il codice dei contratti pubblici prevede che l'attività di attestazione sia esercitata «nel rispetto del principio di indipendenza di giudizio, garantendo l'assenza di qualunque interesse commerciale o finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori»¹⁵. Per dare attuazione al principio, le SOA sono sottoposte a una dettagliata disciplina, che, come detto, investe anche profili organizzativi¹⁶.

¹¹ Si veda già G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, cit., p. 429 ss.

¹² Nel caso di soggetti solo formalmente privati, infatti, è meno netta la distinzione tra perseguimento dell'interesse proprio e di quello pubblico: v., con riferimento alle imprese pubbliche, V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 308.

¹³ Art. 84, d. lgs. n. 50/2016.

¹⁴ Attualmente la disciplina di rango legislativo del sistema di qualificazione si rinviene negli artt. 83 e 84 del d. lgs. n. 50/2016 (codice dei contratti pubblici). Nella prima versione del codice, era previsto un ampio rinvio, per le regole di dettaglio sul sistema di qualificazione e l'attività delle SOA, a linee guida di competenza dell'ANAC; a seguito delle modifiche introdotte dal decreto correttivo del 2017 (d. lgs. 19 aprile 2017, n. 56), le linee guida dell'ANAC sono state sostituite da un decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, da adottare su proposta dell'ANAC. Quest'ultima (che già aveva posto in consultazione le linee guida) ha quindi adottato, nel marzo 2018, una proposta di decreto (consultabile sul sito dell'Autorità all'indirizzo: www.anticorruzione.it): il decreto ministeriale non è, però, stato adottato. Da ultimo, il d.l. n. 32/2019, nel modificare il d. lgs. n. 50/2016, ha nuovamente previsto, al pari di quanto stabiliva il previgente codice (d. lgs. n. 163/2006), l'adozione di un regolamento unico di esecuzione, attuazione e integrazione del codice dei contratti pubblici, in sostituzione delle linee guida dell'ANAC e dei decreti ministeriali. Al momento resta pertanto in vigore, a livello regolamentare, il d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207.

¹⁵ Art. 84, c. 1, d. lgs. n. 50/2016.

¹⁶ Tra le altre cose, il d.p.r. 207/2010 prevede i requisiti tecnici che le SOA devono possedere, in termini di organico minimo (sia come numero che come qualificazione dei dipendenti) e di requisiti morali del personale (art. 67). Sul rispetto delle prescrizioni organizzative esercita il controllo l'Autorità di vigilanza (art. 65).

Le SOA, oltre a dover essere costituite nella forma delle società per azioni e a possedere determinati requisiti relativi al capitale sociale e al patrimonio, incontrano una rilevante limitazione statutaria. Lo statuto deve avere come oggetto esclusivo lo svolgimento dell'attività di attestazione ed è fatto divieto alle SOA di erogare servizi di qualsiasi natura a operatori economici, direttamente ovvero a mezzo di società collegate o di società in virtù di rapporti contrattuali. Del resto, il rispetto del principio di indipendenza di giudizio e l'assenza di conflitti di interessi devono essere assicurati anche dalla «*composizione*» e dalla «*struttura organizzativa*» delle SOA¹⁷.

Si tratta, come si vede, dell'imposizione di limiti statuari e di penetranti prescrizioni sull'organizzazione interna di queste società: occorre allora chiedersi come si giustificano tali limiti. Sul punto ha avuto modo di esprimersi la Corte costituzionale¹⁸.

La questione di legittimità, sollevata dal giudice amministrativo¹⁹, riguardava l'art. 40, co. 3, d. lgs. n. 163/2006, in riferimento agli artt. 3 e 41 Cost., nella parte in cui è prevista l'esclusività dell'oggetto sociale delle SOA, con i conseguenti divieti per uno stesso soggetto di svolgere contemporaneamente attività di organismo di certificazione e di organismo di attestazione e per un organismo di certificazione di detenere partecipazioni azionarie in una SOA (divieti esplicitati nell'art. 66, d.p.r. n. 207/2010).

Come noto, il sistema di qualificazione delle imprese per i lavori pubblici si basa, da un lato, sul possesso delle certificazioni di qualità aziendali (conformemente alle norme europee) rilasciate dagli organismi di certificazione e, dall'altro, sull'accertamento del possesso di tali certificazioni da parte delle SOA. In altre parole, la normativa vuole evitare che possa essere lo stesso soggetto (o che possano essere due soggetti distinti ma legati da partecipazioni azionarie) a rilasciare le certificazioni di qualità e ad accertarne il possesso da parte delle imprese.

La Corte ha ritenuto infondata la questione di costituzionalità poiché ha considerato il limite imposto alle SOA giustificato sulla base dell'art. 41 Cost., nella misura in cui la norma costituzionale consente limitazioni dell'iniziativa economica privata a tutela della concorrenza. Ha però aggiunto che il carattere dell'attività svolta determina la sottoposizione delle SOA agli «*stessi vincoli*» che

¹⁷ Tutte queste previsioni sono contenute nell'art. 64, d.p.r. n. 207/2010 ma sono riprese anche nella proposta di decreto dell'ANAC (*supra*, nt. 14).

¹⁸ Corte cost., 20 maggio 2013, n. 94.

¹⁹ Il giudizio di costituzionalità è stato promosso dal TAR Lazio con tre ordinanze analoghe dello stesso giorno, tra le quali ord., I, 13 dicembre 2011, n. 9718.

caratterizzano l'azione delle pubbliche amministrazioni²⁰: da un lato, il dovere di imparzialità, nella sua accezione di neutralità, poiché le funzioni loro attribuite sono di carattere tecnico; dall'altro, il principio di buon andamento, esteso anche a tali società private, e garantito dai controlli che su di esse svolge l'Autorità di vigilanza.

Questi vincoli si traducono in (e giustificano) regole di conformazione organizzativa. Nella pronuncia in esame, l'art. 41 della Costituzione resta il titolo sul quale si fonda la legittimità della limitazione all'autonomia privata ma la Corte la interpreta e applica alla luce dei principi di cui all'art. 97.

L'imparzialità e il buon andamento, riferiti dal testo costituzionale alla riserva di legge in materia di organizzazione, sono transitati, prima, sul piano dell'attività delle pubbliche amministrazioni e, di lì, hanno finito per imporsi anche all'organizzazione di soggetti privati. L'organizzazione diventa, dunque, un elemento di garanzia anche nel caso di enti privati: soltanto a livello organizzativo, infatti, può rimediarsi alla loro congenita parzialità. Del resto, si tratta di un caso tipico di conflitto di interessi, il quale, come noto, si materializza prima e indipendentemente dalla effettiva realizzazione di un comportamento parziale: anche nella giurisprudenza più recente si è rilevato come sia «sufficiente per l'Autorità di settore evidenziare che una determinata struttura societaria può in linea teorica influire su un assetto che vada a ledere l'imparzialità di una SOA per legittimare provvedimenti come quelli impugnati», cioè provvedimenti che impediscono l'assunzione di partecipazioni societarie o di cariche gestionali nelle SOA a soggetti portatori di potenziali conflitti d'interessi, adottati ai sensi dell'art. 66 del d.P.R. n. 207/2010²¹.

2.1. (segue) Il responsabile del procedimento.

Il secondo caso che si prende in esame riguarda il responsabile del procedimento. Si tratta, come noto, di un istituto del procedimento ma, prima ancora, di una figura organizzativa²², poiché la legge richiede alle amministrazioni di determinare per ciascun tipo di procedimento l'unità organizzativa responsabile e di assegnare, all'interno dell'unità, a una persona fisica la responsabilità dell'istruttoria e dell'adozione del provvedimento finale.

²⁰ Punto 7.3 del *Considerato in diritto*.

²¹ Si veda TAR Lazio, 16 ottobre 2017, n. 10362.

²² Tra altri, sottolineano questo aspetto M. RENNA, *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241*, in *Dir. Amm.* 2000, p. 505 ss. e M. OCCHIENA, *Il "nuovo" responsabile del procedimento, la responsabilità dei dirigenti pubblici e il labile confine tra la politica e l'amministrazione*, in *Dir. soc.*, 2006, p. 566 ss.

Per le pubbliche amministrazioni, ciò significa, quantomeno, che dev'esserci una chiara assegnazione di compiti ai dipendenti e che da tale assegnazione conseguono le rispettive responsabilità per il corretto svolgimento del procedimento e per l'adozione dell'atto conclusivo. L'istituto ha, però, anche una indubbia portata garantista nei confronti dei cittadini: il responsabile del procedimento è, infatti, il loro «*primo referente*»²³, la persona fisica con cui dialogare nel corso dell'istruttoria.

Ebbene, occorre capire come possa attagliarsi questo istituto all'organizzazione privata. Infatti, l'art. 1, c. 1-ter, l. n. 241/1990 impone l'estensione ai soggetti privati preposti all'esercizio di attività pubbliche del rispetto dei principi dell'attività amministrativa, «*con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni*».

Anche qualora si interpreti la disposizione del comma 1-ter nel senso che essa imponga il solo rispetto delle garanzie sostanziali dell'attività amministrativa, e non anche il rispetto delle forme previste dalla legge sul procedimento, è difficile negare, per quanto detto poco sopra, che l'individuazione di una persona fisica responsabile del procedimento costituisca una siffatta garanzia. Se non si voglia, quindi, ammettere che l'affidamento di una funzione pubblica a un soggetto privato possa comportare una diminuzione dei diritti dei cittadini, occorre immaginare che un responsabile del procedimento debba essere individuato anche nelle organizzazioni private quando queste svolgano un'attività procedimentalizzata²⁴ (come, per esempio, nel caso di procedure espropriative). Del resto, ciò è specificamente previsto in alcune fattispecie²⁵.

Inoltre, la Corte costituzionale²⁶, chiamata a giudicare la legittimità della legge che imponeva ai concessionari della riscossione di indicare *tassativamente* nei loro atti il nome del responsabile del procedimento, ha ritenuto che «*l'obbligo imposto ai concessionari di indicare nelle cartelle di pagamento il responsabile del procedimento, lungi dall'essere un inutile adempimento, ha lo scopo di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa, la piena informazione del cittadino (anche ai fini di eventuali azioni nei confronti del responsabile) e la garanzia del diritto di difesa, che sono altrettanti aspetti del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione predicati*

²³ M. RENNA, *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241*, cit., p. 535.

²⁴ In tal senso, già A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit., p. 483 ss.

²⁵ Di nuovo, alle SOA è richiesto di individuare il responsabile o i responsabili delle varie fasi e sottofasi delle procedure operative e dei relativi livelli di competenza (AVCP, Determinazione n. 4 del 23 aprile 2014).

²⁶ Corte Cost., ord., 9 novembre 2007, n. 377.

dall'art. 97, primo comma, Cost.». Ancora una volta, l'art. 97 Cost. finisce per incidere – indirettamente – sull'organizzazione dei privati.

Assistiamo, dunque, all'acquisizione di rilievo dell'organizzazione privata attraverso l'imposizione di uno *standard* nello svolgimento dell'attività: il privato deve garantire l'individuazione, nella sua struttura, di una persona fisica responsabile, nei confronti del cittadino, degli adempimenti procedurali.

Occorre, però, fare delle distinzioni: in primo luogo, è evidente che, nell'organizzazione privata, il responsabile del procedimento non potrà essere individuato sulla base delle previsioni degli artt. 4 e 5, l. 241/1990, che possono riferirsi unicamente alle pubbliche amministrazioni. Ancora: non tutte le implicazioni che l'istituto comporta nelle pubbliche amministrazioni, sono replicabili nel caso del privato esercente pubbliche funzioni. Basti pensare alla distinzione tra compiti istruttori e compiti decisorii, a tutela dell'imparzialità dell'amministrazione, che si ha quando il responsabile del procedimento non sia l'organo deputato all'adozione del provvedimento. In questo caso, infatti, non soltanto il dipendente privato non è assimilabile al funzionario pubblico, che rinviene la sua imparzialità nell'essere al servizio esclusivo della Nazione; ma neppure può esservi quella distinzione tra organi politici e organi amministrativi che può giustificare la separazione tra istruttoria e decisione. Insomma, tra il dipendente privato e il suo superiore non intercorrono le stesse dinamiche che la legge prescrive per gli apparati pubblici.

Ciò non toglie, tuttavia, che il responsabile del procedimento in un'organizzazione privata possa avere una funzione servente nei confronti del cittadino. Dunque, di nuovo, in virtù dell'attività svolta, l'organizzazione privata assume rilievo e, in particolare, un rilievo garantistico nei rapporti con i privati destinatari di tale attività.

3. I limiti al conferimento di funzioni pubbliche a privati: un problema costituzionale.

Il fondamento costituzionale della conformazione dell'organizzazione dei privati che svolgono funzioni pubbliche si rinviene nell'art. 41, da leggersi tuttavia insieme ai principi dell'art. 97 Cost. Tra le interpretazioni date a quest'ultima disposizione, viene in risalto, quindi, non tanto quella che vede nella riserva di legge ivi contenuta un riparto del potere di organizzare tra Par-

lamento e Governo, quanto quella che vi vede una «speciale garanzia per le posizioni soggettive dei cittadini»²⁷.

La disciplina costituzionale è fonte dell'avvicinamento tra organizzazione pubblica e organizzazione privata ma, allo stesso tempo, ne segna il limite. Abbiamo visto sopra, a titolo di esempio, come il regime costituzionale del pubblico impiego (e, in particolare, il servizio esclusivo alla Nazione di cui all'art. 98 Cost.) costituisca un confine per la riproposizione degli istituti procedurali – nel nostro caso, il responsabile del procedimento – nell'organizzazione privata.

La posizione costituzionale della pubblica amministrazione rileva, però, anche su un altro piano e per un limite diverso, quello cioè al conferimento di funzioni pubbliche a soggetti privati. Può, in altre parole, qualunque funzione essere esternalizzata in favore di un soggetto privato? Non può essere questa la sede per (anche solo) tentare di dare una risposta, ci si limiterà quindi ad alcune osservazioni.

La dottrina ha individuato limiti più o meno stringenti, tutti in qualche modo legati alla discrezionalità dell'amministrazione. Secondo una prima tesi, è da negarsi in radice la possibilità che vengano affidate a privati attività discrezionali quando queste comportino la ponderazione di interessi pubblici, poiché devono essere riservate a «soggetti istituzionalmente previsti alla tutela degli interessi pubblici»²⁸. Altri autori sono, invece, più aperti rispetto a simile possibilità: vi è, infatti, chi ritiene che «non sono ravvisabili limiti all'esternalizzazione anche di poteri amministrativi discrezionali». Quest'ultima affermazione è fondata sull'assunto che non sia facile distinguere tra attività discrezionale e attività vincolata e che, comunque, siano entrambe espressione di poteri autoritativi. Tuttavia, la stessa affermazione viene specificata nel senso che occorre comunque una autorizzazione legislativa al conferimento e, poi, che «non poche sono le difficoltà che siffatta esternalizzazione può in concreto incontrare» quando i privati conferitari debbano compiere «scelte amministrative ampiamente discrezionali o che comunque presuppongono l'adeguamento al mutevole indirizzo politico dell'ente territoriale»²⁹. Vi è, infine, chi, sempre possibilista sul conferimento di potere amministrativo «sia quello autoritativo sia quello discrezionale (autoritativo o non)», sostiene che il limite debba essere individuato in quelle potestà discrezionali che «per la loro consistenza e rilevanza,

²⁷ V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, 912.

²⁸ E. CASSETTA, *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, Utet, 1997, p. 247.

²⁹ A. MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, Giuffrè, 2007, p. 586.

siano da attribuire ad apparati politici (perché la legittimazione di tipo politico-rappresentativo non sembra poter avere equipollenti)»³⁰.

Sul confine tra accertamento e ponderazione di interessi si attestano anche le posizioni della Corte costituzionale. Le (poche) decisioni che hanno affrontato la questione della legittimità costituzionale dell'affidamento ai privati di funzioni pubbliche non individuano tanto un limite in positivo ma, sulla base di una generale presa di posizione in favore dell'esternalizzazione, ritengono non fondata la questione di costituzionalità.

Un primo caso riguarda l'ordinanza n. 157 del 21 maggio 2001, nella quale la Corte, in riferimento alla legittimità costituzionale delle disposizioni che affidavano agli ausiliari del traffico poteri di contestazione immediata, nonché di redazione e sottoscrizione del verbale di accertamento, afferma che «rientra in una scelta discrezionale del legislatore consentire che talune funzioni, obiettivamente pubbliche, possano essere svolte anche da soggetti privati che abbiano una particolare investitura da parte della pubblica amministrazione, in relazione al servizio svolto»³¹, specificando però che nel caso di specie le funzioni avevano natura di accertamento e verifica.

Nella successiva sentenza n. 234 del 1 luglio 2010 la questione è più delicata, trattandosi di un giudizio in via principale vertente sulla legittimità costituzionale di una legge regionale che consentiva al gestore del servizio idrico integrato (soggetto privato) di rilasciare le autorizzazioni agli scarichi. Anche qui, la Corte ritiene che «non [sia] fondato il presupposto da cui discende la censura della ricorrente, che sussista, cioè, nel nostro ordinamento un non superabile divieto ad affidare a soggetti privati lo svolgimento di funzioni amministrative»³².

Tanto la dottrina quanto la giurisprudenza costituzionale si mantengono su un piano generale. Del resto, le pur consistenti esternalizzazioni di funzioni pubbliche avvenute nel corso degli ultimi decenni non hanno condotto l'ordinamento italiano a soluzioni sperimentate in altri ordinamenti, per esem-

³⁰ C. MARZUOLI, *Note in punto di vizi dell'atto "amministrativo" del soggetto privato*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Vol. I, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, p. 542.

³¹ Sebbene questa più generale affermazione sia preceduta da altra che, riferita al caso in oggetto, ne circoscrive la portata «il legislatore ordinario può prevedere che l'autorità amministrativa possa attribuire specifiche funzioni di accertamento o di verifica, oltre che a propri dipendenti, anche a dipendenti di enti o società cui sia stato affidato un servizio pubblico o che siano concessionari di un servizio in senso largo, quando questo accertamento o verifica sia connesso o sia utile per il migliore svolgimento dello stesso servizio».

³² Tra le censure proposte dalla Presidenza del Consiglio vi era anche quella secondo cui vi sarebbe contrasto con l'art. 118 Cost., «in quanto non sarebbe costituzionalmente legittimo, in base al principio di sussidiarietà ed adeguatezza, conferire ad un soggetto privato una funzione amministrativa che dà il potere di creare, modificare o estinguere una determinata situazione soggettiva in relazione ad un interesse "primario" e "assoluto" come la tutela dell'ambiente, che deve essere affidato alla pubblica amministrazione».

pio nel settore carcerario³³. Inoltre, il fatto che ci si interroghi sulla stessa possibilità di esternalizzare attività discrezionale (intesa come ponderazione di interessi pubblici) dimostra come siano limitate queste ipotesi: le potestà pubbliche conferite ai privati si risolvono, in larga misura, nell'esercizio di attività tecnico-discrezionali³⁴.

Si possono allora evidenziare due elementi. Il primo: ciò che distingue l'organizzazione pubblica da quella privata è il dato costituzionale del suo inserimento nel circuito politico-democratico e da questo discende che debbano esservi funzioni riservate a soggetti per natura pubblici (o anche solo agli apparati politici, secondo una delle tesi sopra ricordate)³⁵.

Il secondo elemento consiste, invece, in un latente contrasto tra la ricerca dei limiti al conferimento di potestà pubbliche ai privati e il sistema giurisdizionale italiano. Da un lato, infatti, abbiamo dati di fatto che mostrano come le attività svolte da privati nel pubblico interesse siano in larga parte vincolate o tecnico-discrezionali e che, quindi, difficilmente vi sia una ponderazione di interessi in senso stretto, cosa che secondo parte della dottrina impedirebbe addirittura il conferimento; dall'altro, abbiamo invece un sistema giurisdizionale che, per ragioni che non si possono certo ripercorrere, spinge nell'opposta direzione di valorizzare proprio i profili di discrezionalità nell'attività dei privati conferitari, al fine di individuare posizioni di interesse legittimo e esercizio di potere amministrativo e radicare, così, la giurisdizione del giudice amministrativo³⁶. Sia sufficiente richiamare una recente pronuncia nella quale il giudice amministrativo, nel qualificare come pubblica l'attività di una banca privata incaricata di erogare finanziamenti pubblici nell'ambito di un programma euro-

³³ Si veda, in proposito, E. D'ALTERIO, *L'esternalizzazione delle funzioni di ordine: il caso delle carceri*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2008, p. 969 ss.

³⁴ Per una rassegna, si rinvia ancora a A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit., *passim*.

³⁵ Diversa è invece la questione dei limiti al conferimento di incarichi esterni: ciò che rileva, qui, è infatti soprattutto la preoccupazione che l'amministrazione si conformi al principio di autosufficienza organizzativa, come mostra S. PELLIZZARI, *Soggetti privati che esercitano funzioni procedurali: i rapporti con l'organizzazione amministrativa tra pubblico e privato*, cit., p. 177; in giurisprudenza si veda, di recente, Corte conti, sez. giurisdizionale Molise, 8 aprile 2019, n. 9.

³⁶ Sull'art. 7 del codice del processo amministrativo (d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104), secondo cui «Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni (...)», e sulle vicende che hanno portato alla sua formulazione, ci si limita a rinviare a M. RAMAJOLI, *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito*, in B. Sassani, R. Villata (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 141 ss.

peo (attività, quindi, non diversa da quella svolta solitamente dallo stesso istituto di credito), ricorre a tutte le più tipiche espressioni del ‘potere pubblico’: «*funzione di pubblico interesse*», «*ampia discrezionalità*», «*opportunità*», «*interesse legittimo del destinatario*», «*provvedimento autoritativo*»³⁷.

4. Gli atti e l’incompetenza.

Veniamo, infine, all’ultimo punto anticipato in premessa: le conseguenze del rilievo esterno dell’organizzazione privata sul regime degli atti.

Come noto, è stata a lungo dibattuta la possibilità stessa che i privati possano adottare atti amministrativi *tout court* o comunque equiparati, quanto a regime ed effetti, a quelli delle pubbliche amministrazioni. Vi è infatti una ragione storica, che lega l’idea di atto amministrativo a quella di amministrazione pubblica in senso stretto o in senso soggettivo: l’atto amministrativo è soltanto quello che promana da un’amministrazione³⁸. Del resto, è la Costituzione a stabilire che la giurisdizione amministrativa si abbia per la tutela «*nei confronti della pubblica amministrazione*» e che sia sempre ammessa la tutela giurisdizionale «*contro gli atti della pubblica amministrazione*».

Le vicende che hanno però condotto, anche per influsso del diritto europeo, ad ampliare la nozione di pubblica amministrazione sono troppo note per essere qui riportate³⁹. È sufficiente ricordare che si ammette oggi un’idea ‘oggettiva’ di amministrazione, la quale pone in primo piano il tipo di potere esercitato e la disciplina cui l’esercizio è assoggettato: emblematico è, in tal senso, l’art. 7, c. 2 del Codice del processo amministrativo, in base al quale, per pubbliche amministrazioni, «*si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo*».

È, quindi, pacificamente ammesso che possa essere impugnato, di fronte al giudice amministrativo, l’atto di un privato. Ciò che a noi interessa è, allora, il

³⁷ TAR Catanzaro, 2 febbraio 2016, n. 174.

³⁸ B.G. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza dell’imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2012, 1, p. 30: «*Se c’è una costante nella teoria dell’atto e in quella del provvedimento amministrativo, per come si sono formate nel corso del Novecento, è la provenienza da una pubblica amministrazione: il provvedimento è un atto di diritto pubblico, in contrapposizione agli atti privati, in primo luogo perché proviene da un soggetto pubblico*». Si veda anche la ricostruzione di A. LOLLI, *L’atto amministrativo nell’ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 253, secondo cui «*il solo carattere unitario della categoria degli atti amministrativi, che possa far corrispondere alla locuzione unificante utilizzata dal legislatore (“atto amministrativo”) un significato parimenti unitario*» sia il fatto che la disciplina «*evidenzia nell’atto dell’amministrazione la specificità dell’apparato amministrativo, in quanto soggetto esponenziale dell’interesse pubblico*».

³⁹ Per tutti, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 317 ss.

tipo di sindacato che il giudice svolge su tale atto e, in particolare, quali vizi possano rilevarsi.

Si tratta di un dibattito in buona parte già svolto nella letteratura amministrativa⁴⁰ e che ha condotto a due punti fermi: la rilevabilità del vizio di violazione di legge, sul quale mai ci sono stati dubbi⁴¹, e dell'eccesso di potere, ritenuto, almeno in un primo momento, più problematico⁴².

Ciò su cui ancora si discute è l'incompetenza⁴³: muovendo, del resto, dal dato dell'irrilevanza dell'organizzazione privata per i terzi, non si può che giungere a una risposta negativa all'interrogativo sulla possibile sussistenza del vizio con riguardo all'atto di un privato⁴⁴.

Eppure, se è vero, come si è cercato di mostrare, che anche l'organizzazione privata rileva all'esterno, il vizio di incompetenza non può essere escluso in radice. Occorrerà, piuttosto, operare anche qui delle differenze. Non tutti i significati della competenza (in positivo) nelle pubbliche amministrazioni sono, infatti, riproponibili nell'atto del soggetto privato.

Anzitutto, e ancora in base alla disciplina costituzionale, non vi è – in genere – per i privati una norma di legge attributiva della competenza. È dunque assente, in generale, la garanzia per i cittadini offerta dalla riserva di legge dell'art. 97 Cost.⁴⁵ e si deve escludere la possibilità di far valere il vizio di incompetenza per l'atto del privato nelle ipotesi di mancanza di legittimazione interna (cioè, a fronte di un'attività amministrativa svolta da un soggetto privato, l'interessato non può far valere un vizio che riguardi la distribuzione interna

⁴⁰ Per un inquadramento recente, E. FOLLIERI, *Il sindacato sugli atti soggettivamente privati e oggettivamente amministrativi*, in *Giur. It.*, 2014, p. 1801 ss.

⁴¹ Tra altri, v. N. PECCHIOLI, *Soggetti privati ed esercizio di funzioni amministrative*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Vol. I, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, p. 649.

⁴² In particolare, V. CERULLI IRELLI, "Atti amministrativi" di soggetti privati e tutela giurisdizionale: a proposito della legge Merloni, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, p. 1064 s., evidenziava come l'eccesso di potere presupponesse «la rilevanza giuridica complessiva dell'attività del soggetto intesa alla produzione dell'atto finale e perciò dell'effetto, la quale non è configurabile in diritto privato, dove ciò che rileva, com'è noto, è esclusivamente l'atto finale, il negozio, salva la limitata rilevanza delle "trattative" (art. 1337 c.c.)».

⁴³ Sull'attualità, in generale, del vizio di incompetenza e del suo regime processuale, v. L. BERTONAZZI, *Il trattamento processuale dell'incompetenza e dei vizi ad essa assimilati*, in questa *Rivista*, 1/2018, p. 17 ss.

⁴⁴ In tal senso, D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Annali, III, 2010, p. 95.

⁴⁵ M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 89: «Se un apparato viene regolato da norme giuridiche i soggetti esterni possiedono delle certezze circa il modo come la cura degli interessi viene distribuita negli uffici dell'apparato e sono garantiti dal fatto che per modificare l'apparato si richiede un altro atto normativo: ove l'apparato sia quello dello Stato-organizzazione e i soggetti siano cittadini, tutto ciò si traduce in una ulteriore forma di garanzia del momento della libertà perché il cittadino sa che per agire in date materie oggetto di sue libertà garantite l'autorità deve servirsi di dati uffici e non di altri, altrimenti agisce illegalmente».

delle competenze): ciò può rilevare soltanto, infatti, ai fini dell'imputazione dell'atto al soggetto.

È necessario tuttavia accertare se vi siano altri ambiti o ipotesi nelle quali il difetto di competenza possa adattarsi al modulo privatistico e soddisfare specifiche esigenze di garanzia dei destinatari dell'azione.

Si pensi, in primo luogo, alle ipotesi della delega nelle procedure espropriative⁴⁶ o dell'attribuzione di poteri a un soggetto ben preciso nell'ambito organizzativo del privato (ad esempio, il presidente e legale rappresentante di una società concessionaria legittimato a emettere un atto sostanzialmente amministrativo). In simili casi, ragioni di tutela dei destinatari dell'azione portano a ritenere che la questione della competenza non sia irrilevante ai fini della validità dell'atto amministrativo, pur posto in essere da un soggetto privato⁴⁷. Conferme di tale impostazione non mancano in dottrina⁴⁸. Possono, dunque, darsi ipotesi nelle quali il profilo della competenza assume rilievo, ai fini del giudizio di legittimità dell'atto, perché è lo stesso soggetto pubblico che, nell'assegnare una competenza, pone al privato alcuni vincoli o vuole che sia un certo organo, e proprio quello, ad adottare l'atto: la natura privata del soggetto, quindi, non determina l'irrilevanza di quei vincoli quando ragioni specifiche di garanzia inducono il legislatore o l'amministrazione a introdurli.

In secondo luogo, esistono casi nei quali l'organizzazione dei soggetti privati è conformata da vincoli normativi, che possono rilevare come parametro di legittimità dell'atto. Nella disciplina degli appalti, per esempio, alcune norme ripartiscono funzioni e poteri tra soggetti diversi, quali il responsabile del procedimento o la commissione giudicatrice⁴⁹.

Non sempre, insomma, mancano norme che, nell'ambito dell'esercizio privato di pubbliche funzioni, determinano la competenza del soggetto agente. A questo riguardo, si devono allora distinguere le ipotesi nelle quali la regola di competenza è funzionale solo all'imputazione dell'atto da quelle nelle quali alla regola si accompagna la finalità di tutela di un interesse protetto, che, conseguentemente, deve poter essere azionato in sede giudiziale. In definitiva, laddove il dato organizzativo interno sia vincolato da previsioni di rilievo pubbli-

⁴⁶ Art. 6, c. 8, d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327.

⁴⁷ Qualora poi il potere di emanare l'atto manchi, per esempio quando si ecceda la delega di poteri espropriativi, sembrerebbe potersi parlare addirittura di incompetenza assoluta, poiché vi è un difetto di attribuzione in capo al privato e l'atto dovrebbe essere nullo alla stregua dell'art. 21 *septies*, l. 241/1990.

⁴⁸ A. MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, cit., 593.

⁴⁹ E. FOLLIERI, *I vizi di legittimità dell'azione amministrativa della stazione appaltante privata*, in *Urb. e app.*, 2007, 385; dello stesso A. si veda anche *Il sindacato giurisdizionale sugli atti soggettivamente privati e oggettivamente amministrativi*, in *Giur. it.*, 2014, 1801.

cistico e da finalità specifiche di tutela dei destinatari dell'atto, la sua violazione può comportare la lesione di una situazione giuridica soggettiva⁵⁰.

5. Conclusioni.

L'esercizio privato di pubbliche funzioni è un fenomeno da sempre noto al diritto amministrativo ma, con la riduzione dell'ambito di intervento diretto della mano pubblica occorsa negli ultimi decenni, esso ha acquisito un ruolo decisivo nel passaggio a un'idea oggettiva di amministrazione pubblica, nella quale cioè perde centralità la natura pubblica del soggetto agente in favore di quella dell'attività svolta. Si tratta, pertanto, di una cartina al tornasole capace di rivelare quali profili e categorie del diritto amministrativo siano inestricabilmente legati alla soggettività pubblica e quali, invece, possano riferirsi anche a enti privati. Nelle pagine che precedono si è mostrato, seppur per cenni, come l'organizzazione privata sia – per certi aspetti, ad esempio il rilievo della competenza – assimilabile a quella pubblica, mentre quest'ultima conservi alcuni elementi di specialità; e come tanto l'assimilazione, quanto la differenziazione possano derivarsi dai principi costituzionali.

In particolare, quando abbia una portata garantistica per il cittadino, anche l'organizzazione privata è destinata ad assumere rilievo esterno⁵¹. Ciò conferma, del resto, il nesso ineludibile tra organizzazione e attività. Se la prima è origine e matrice della seconda e se già nel momento organizzativo si realizza la tutela degli interessi rilevanti, ciò deve valere anche per l'esercizio privato di pubbliche funzioni: l'autonomia organizzativa privata incontra, di conseguenza, una serie di limiti derivanti dal tipo di attività svolta.

⁵⁰ Come per le pubbliche amministrazioni, quindi, la violazione della regola di competenza non è una semplice «*trasgressione interna*» ma determina una lesione di situazioni giuridiche: v. F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana*, Padova, Cedam, 1996, p. 161.

⁵¹ Secondo un ordine di idee già prefigurato da C. MARZUOLI, *Note in punto di vizi dell'atto "amministrativo" del soggetto privato*, cit., p. 537.

ANDREA CARBONE

Professore associato di diritto amministrativo presso la Sapienza Università di Roma
andrea.carbone@uniroma1.it

**PRIME CONSIDERAZIONI SU SITUAZIONI GIURIDICHE
PROCEDIMENTALI, ORGANIZZAZIONE, FUNZIONE. A
MARGINE DELLA RILEVANZA DELL'ART. 6 CEDU**

**FIRST CONSIDERATIONS ON SUBJECTIVE
PROCEDURAL POSITIONS, ORGANIZATION,
FUNCTION. THE RELEVANCE OF ARTICLE 6 ECHR**

SINTESE

La concezione delle situazioni giuridiche soggettive nell'ambito del diritto amministrativo merita una rimediazione in relazione al rapporto in cui esse si pongono rispetto alla funzione, la quale, nella sua considerazione quale farsi della decisione, è punto di sintesi tra il piano organizzativo e procedurale, da un lato, e quello teleologico, che la stessa struttura della funzione esprime, dall'altro.

Sotto tale profilo, si è già avuto modo di considerare come, in relazione alle situazioni giuridiche prettamente procedimentali, il nostro assetto ordinamentale consenta di ricavare una connotazione della funzione, riferita all'attività posta in essere dalla P.A., che, appunto nell'ambito in relazione al quale le situazioni procedimentali trovano riscontro, prenda le mosse dal rilievo teleologico attribuito in tal senso alla partecipazione. Questo si verrebbe a ricavare dal modello procedimentale fatto proprio dal diritto positivo in quanto espressione di un dato ordinamentale, sia sotto il profilo costituzionale sia in relazione al diritto europeo.

In questo modo, risulta possibile procedere alla ricostruzione di differenti modelli procedimentali, tra cui in particolare quello dell'azione generale dell'Amministrazione, che è caratterizzato nel senso di un contraddittorio misto collaborativo/garantisco, e come tale si differenzia da un modello che si connota in senso prettamente garantistico.

Al fine della considerazione dei diversi modelli sotto il profilo strutturale, un ruolo di particolare importanza riveste l'art. 6 CEDU, sul canone del giusto processo, il quale, nella sua interpretazione giurisprudenziale, consente di collocare le garanzie procedurali degli amministrati in un più ampio quadro di relazione tra procedimento e processo, così da individuare la possibilità di differenti modelli procedurali sotto il profilo strutturale. In questo senso, si è

allora ritenuto di poter procedere alla ricostruzione dei vari modelli procedimentali, considerandone gli aspetti nell'intima correlazione che si verifica tra profilo organizzativo e modalità di esplicazione del contraddittorio.

Le situazioni giuridiche procedimentali si vengono a declinare di conseguenza, in modo differente, quindi, in relazione al diverso modello preso in considerazione; modello che, come visto, risulta per tale via idoneo a far rilevare il dato teleologico su un piano strutturale.

Particolare rilievo è stato dato all'analisi della possibilità che la violazione delle situazioni procedurali sia idonea ad invalidare la decisione adottata. Sotto tale aspetto, si è ritenuto che l'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, lungi dal rappresentare un *vulnus* alle esigenze partecipative, risulta invece idoneo ad integrare, sotto un profilo strutturale, la regola propria della violazione del contraddittorio il cui modello procedurale sia improntato ad una modalità partecipativa di stampo collaborativo/garantistica, giacché l'invalidità del provvedimento, alla luce di tale disposizione, può essere posta in diretta correlazione con la violazione della momento teleologico che la partecipazione riveste nell'ambito del procedimento.

Si sono poi considerate le Autorità amministrative indipendenti, e se il modello di funzione espresso dall'ordinamento in relazione ad esse possa essere considerato, sotto il profilo strutturale, di stampo prettamente garantistico.

ABSTRACT

In our approach, subjective juridical positions in administrative law must be considered in the light of the function, representing the conjunction between the structural side and the teleological side expressed by the function itself.

In this regard, Article 6 ECHR has a preeminent role, considering its aptitude to include different structural models of procedure, depending on the placing of the procedural guarantees in the administrative procedure or in the *ex post* judicial proceedings.

Subjective procedural positions reflect the model they belong to, having a different content – and being the consequences of their violation different – in a collaborative/guarantistic model compared to the ones in a strict guarantistic model.

In this view, the analysis is focused on the different procedural models that can be found in the Italian administrative law system.

PAROLE CHIAVE: diritto amministrativo; procedimento amministrativo; situazioni giuridiche procedimentali; art. 6 CEDU.

KEYWORDS: administrative law; subjective juridical positions; Article 6 ECHR.

INDICE: 1. Situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo: sintesi dell'attuale quadro di riferimento. - 2. Situazioni giuridiche procedimentali e struttura della funzione. - 3. Modelli strutturali della funzione e pretese procedimentali. - 4. (*segue*) Differenti modelli strutturali. - 5. Cenni (non) conclusivi e spunti per il proseguo dell'indagine.

1. Situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo: sintesi dell'attuale quadro di riferimento

Nell'esperienza del nostro ordinamento, può dirsi che il problema della situazione giuridica che si confronta con il potere amministrativo ha racchiuso, per così dire, l'intero paradigma delle questioni che ruotano intorno alla giustizia amministrativa.

Il dibattito intorno ad essa, lungi dall'essersi assopito pur dopo svariati anni dall'affermazione della risarcibilità dell'interesse legittimo, o con le importanti riforme intervenute sulla disciplina del processo amministrativo, conserva intatta la sua attualità, come testimoniato dal fatto che esso non si sia arrestato neppure di fronte alla grandiosa opera di sistemazione storica e teorica effettuata da F.G. Scoca¹.

In estrema sintesi, può dirsi, in proposito, che la visione maggiormente accreditata dell'interesse legittimo risulta essere quella per cui oggetto della situazione giuridica è l'interesse del privato al c.d. bene della vita, rappresentato dalla situazione effettuale che attraverso il provvedimento si vuole che venga posta in essere o che non venga posta in essere da parte dell'Amministrazione; un interesse che, tuttavia, non gode di sicura soddisfazione a fronte dell'attribuzione, in capo all'Amministrazione, di un potere di carattere discrezionale, cosicché ad esso non potrebbe attribuirsi la qualifica di pretesa in senso tecnico. È questa la versione più avanzata della declinazione che si può definire classica di interesse legittimo, e, si ripete, comunemente accettata in questa moderna accezione, che vede espunto dall'interesse del titolare qualsiasi legame con l'interesse alla legalità dell'azione amministrativa e, con esso, il carattere di 'occasionalità' della sua protezione.

A tale concezione se ne oppone attualmente un'altra², ove la situazione giuridica del privato si viene a configurare all'interno di un rapporto strutturato

¹ F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017, ed ivi pp. 377 ss. sui contributi successivi all'entrata in vigore del Codice. Dopo tale opera, l'interesse legittimo è stato oggetto di ulteriori elaborazioni in particolare da parte di M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale. Neutralità metodologica e giustizia amministrativa*, Rimini, 2017; P. COTZA, *L'"interesse legittimo" alla luce di un discorso teoretico-giuridico sul rapporto amministrativo ed il suo processo*, Napoli, ESI, 2017.

² Nell'ambito di questa diversa prospettiva, la più rilevante declinazione della situazione giuridica soggettiva si ritrova nella ricostruzione di L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003; ID., *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna ad un facere*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 617 e ss., la quale si colloca all'interno della più generale impostazione propria della Scuola fiorentina, di cui in particolare si veda A. ORSI BATTAGLINI, *"L'astratta e infelice idea". Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (a*

quale obbligazione di mezzi, ovvero quale obbligazione senza prestazione, in ragione degli obblighi di protezione che scaturiscono dalle norme di produzione. In questo ordine di idee, si riconduce l'interesse legittimo ad un diritto di credito concernente l'obbligazione di mezzi, o si considera, comunque, la posizione del privato a fronte dei relativi obblighi di protezione.

Non può entrarsi, in questa sede, in modo più approfondito all'interno di tale indirizzo teorico. Ci si può limitare a rilevare che, se l'aspetto considerato lo si intende nel senso che detti obblighi di protezione siano idonei a coprire l'intera esperienza del rapporto tra potere pubblico e soggetti privati, i risultati a cui si giungerebbe non risulterebbero condivisibili, in quanto verrebbe ad essere svalutato, in tal modo, il profilo assiologico che, nell'individuazione della situazione giuridica soggettiva, lega il soggetto con la situazione effettuale³. A ciò si può aggiungere che, sotto il profilo normativo-strutturale, l'ordine di idee appena descritto rischia di non tenere adeguatamente in conto il rilievo strutturale che la funzione assume nella rappresentazione delle situazioni giuridiche coinvolte nell'esercizio del potere amministrativo.

Tali considerazioni necessitano di un più ampio inquadramento, al fine di collocarle in un'ottica sistematica che consenta di rapportarsi alle tematiche più strettamente connesse all'oggetto della nostra trattazione.

In proposito, non pare inutile ricordare come, nel periodo intercorrente essenzialmente tra gli anni '60 e gli anni '90 del secolo scorso, il tentativo di conferire al potere amministrativo una legittimazione che non pervenisse dalla rappresentatività popolare degli organi politici, già allora in crescente crisi, sia passato per una sostanziale svalutazione del soggetto e una corrispondente oggettivizzazione del modello di produzione giuridica, il quale, attraverso l'elaborazione della funzione quale procedimento neutrale e obiettivo, idoneo a far emergere l'interesse pubblico concreto sotteso alla decisione amministrativa, fosse in grado di rispondere all'istanza partecipatoria della società e di attribuire alla decisione una fonte obiettiva di legittimazione⁴.

La totale espunzione del valore del soggetto dalla dinamica della produzione, che in talune delle impostazioni riconducibili a tale ordine di idee ha tro-

proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico), in *Quad. fior.*, 1989, ora in ID., *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2007, 1307 ss., spec. 1328 ss.; ID., *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, Milano, Giuffrè, 2005.

³ Per questa critica, cfr., in particolar modo, A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, pp. 273 e ss.

⁴ Si veda, in proposito, quanto affermato da A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Ann. Fac. Econ. e comm. dell'Università di Messina*, 1981, 405 ss. Cfr. comunque ampiamente *infra*, al paragrafo seguente.

vato riscontro, non ha avuto però una generale accettazione. Piuttosto, la svalutazione del carattere psicologistico e volontaristico del potere pubblico si è rivolta verso la configurazione della funzione, più che come farsi del potere (della situazione effettuale), come farsi della decisione (della scelta sottesa all'esercizio del potere); e nell'ambito di tale impostazione si è cercato di rappresentare la complessità soggettiva che, nella procedimentalizzazione dell'azione amministrativa, e nel nuovo assetto strutturale che la l. n. 241/1990 ha portato con sé in ordine alle relazioni organizzative proprie del momento della produzione, veniva necessariamente in rilievo⁵. Rispetto a tale ricostruzione, tuttavia, si è riscontrata in dottrina, nel periodo immediatamente successivo all'adozione della legge sul procedimento, anche in ragione della particolare valorizzazione degli accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento da quella normativa introdotti, la tendenza a ricondurre la riferita complessità soggettiva ad un'ottica, più o meno sfumata, ma comunque tendente alla co-decisione, così tuttavia venendo a scontrarsi con l'obiezione per cui il soggetto a cui è rimessa la scelta finale rimane comunque l'Amministrazione⁶.

Si è allora iniziato ad assistere ad un'altra tendenza, la quale ha preso le mosse dalla circostanza che, a partire dagli anni '90 dello scorso secolo, è divenuto evidente, complici anche i ben noti mutamenti a cui si è assistito soprattutto in quel periodo, come il tendenziale dissolversi dello Stato nella società civile stesse portando ad una neutralizzazione della sfera di autoritatività dell'Amministrazione attraverso una ricomposizione della divaricazione tra diritto privato e diritto pubblico, e tra le rispettive categorie concettuali⁷; ricomposizione resa possibile dal contestuale avvicinamento dello stesso modello privatistico a quello pubblicistico, con una sempre maggiore compressione della sfera interna del soggetto di diritto privato, tradizionalmente considerata in termini di autonomia.

L'impostazione di cui si dà riscontro ha così riconsiderato, in tale contesto, il rapporto tra Amministrazione e privato, per configurarlo, come detto, quale obbligazione senza prestazione, ovvero quale obbligazione caratterizzata da una prestazione di carattere strumentale, in ragione della sfera discrezionale

⁵ Cfr. ampiamente *infra*, al paragrafo seguente.

⁶ Sia consentito rimandare in proposito a quanto considerato in A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, Giappichelli, 2016, 5 ss., ed ivi i relativi riferimenti.

⁷ Sul punto si veda, su tutti, la lucida analisi che, già all'inizio degli anni '90, compiva G. DI GASPARÉ, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1992, 376 ss., rilevando (385) la «crisi, in ultima analisi, di una categoria giuridica come crisi di un metodo e di una scienza, quella del diritto amministrativo e del diritto pubblico».

dell'agire amministrativo, e in tal modo, come pure si è accennato, ha potuto inquadrare le corrispondenti situazioni giuridiche nell'ambito delle categorie di diritto comune.

Ora, certamente non è nell'orizzonte di idee di scrivere ricorrere ad un aprioristico utilizzo di categorie tradizionali, ovvero a deroghe agli ordinari modelli concettuali che, nell'invocata specialità della vicenda pubblicistica, troverebbero il loro fondamento; si è in più occasioni avuto modo di stigmatizzare tale approccio⁸, ed è da tale ordine di considerazioni che anche la presente trattazione deve prendere le mosse. Tuttavia, ciò non porta necessariamente all'accettazione di un modello che incentri la relazione sostanziale tra P.A. e privati sull'obbligo di protezione.

Opinando nel senso descritto, infatti, non soltanto si slega, come già riportato, la posizione del privato dal profilo assiologico che la caratterizza nel suo confrontarsi con il potere, ma si perviene anche ad una ricostruzione che sembrerebbe comportare un appiattimento del momento procedurale dell'azione amministrativa su quello sostanziale. Nel senso che, parrebbe, nel rapporto tra soggetto e potere, la struttura procedimentale dell'esplicazione di quest'ultimo tende ad essere relegata ai profili di rilevanza che essa viene a rivestire sul rapporto sostanziale, inteso nei termini di cui si è detto, e quindi, nella sostanza, ad un piano soltanto esterno rispetto alla stessa realtà procedurale. Mentre è proprio all'interno di questa realtà strutturale che le situazioni giuridiche coinvolte nel rapporto concernente il potere devono trovare la loro ricostruzione.

2. Situazioni giuridiche procedimentali e struttura della funzione

Non è questa la sede per tentare, non solo una ricostruzione, ma anche soltanto un abbozzo della sistematica delle situazioni giuridiche soggettive inerenti al potere amministrativo. Tuttavia, va rilevato come l'oggetto della nostra riflessione, concernendo il legame tra quelle che definiamo situazioni giuridiche di carattere procedurale e il paradigma della funzione e dell'organizzazione, vada necessariamente ad interessare tematiche di più ampio spessore generale, che in tale quadro si vengano a collocare.

L'ambito di rilevanza dell'oggetto della presente trattazione, infatti, presuppone una considerazione della funzione nella prospettazione del dato strut-

⁸ Cfr. A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*, Napoli, Jovene, 2018, ed ivi in particolare l'*Introduzione* di V. CERULLI IRELLI.

turale ad essa inerente⁹, in ordine al quale si viene quindi a porre la stretta connessione tra attività e organizzazione¹⁰. E, rispetto a detto dato strutturale, la

⁹ La problematica si situa nel solco della più ampia considerazione della soggettività dello Stato, nel momento in cui viene meno, con il passaggio dallo Stato monoclasse borghese allo Stato pluriclasse, la possibilità di una contrapposizione dialettica tra lo Stato, da un lato, e il Parlamento, quale rappresentanza della società civile, dall'altro, risultando questo, nella nuova considerazione istituzionale, inglobato nello stesso Stato: cfr. P. COSTA, *Lo stato immaginario. Metafore e paradigmi della cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento*, Milano, Giuffrè, 1986, 9 ss.; M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 3 e ss.; A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, I, *Stato ed organo amministrativo. Profili storico-dogmatici*, Milano, Giuffrè, 1986, 10 ss. e 193 ss.; G. DI GASPARÈ, *Il potere nel diritto pubblico*, cit., pp. 12 e ss., ed ivi i relativi riferimenti alla giuspubblicistica tedesca, tra cui in particolare Gerber, Laband, G. Jellinek, e italiana, dell'epoca.

Si pone il problema, in questo quadro, del rilievo giuridico di ciò che veniva definito, non trovando un rapporto intersoggettivo regolato dalla legge, come 'potere di supremazia speciale' (cfr. quanto riportato in F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, Giuffrè, 1965, 139 ss.) e in generale della giuridicità dell'organizzazione, che la dottrina tradizionale è stata costretta a risolvere all'interno del paradigma pandettistico del rapporto giuridico: si vedano in particolare il ricorso alla scissione tra personalità giuridica e personalità reale dello Stato da parte di D. DONATI, *La persona reale dello Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1921, ora in *Scritti di diritto pubblico*, II, Padova, CEDAM, 1966, pp. 227 e ss.; l'utilizzo della coordinazione come nozione in grado di fondare i rapporti organizzativi ad opera di A. DE VALLES, *Teoria giuridica della organizzazione dello Stato*, Padova, CEDAM, 1931, spec. pp. 83 ss.; l'impostazione di U. FORTI, *Teoria dell'organizzazione e delle persone giuridiche pubbliche*, Napoli, Jovene, 1948, pp. 50 e ss. e 128 e ss., che considerava la giuridicità delle norme organizzative sulla competenza in ragione della loro idoneità a regolare in modo potenziale futuri rapporti giuridici.

L'alternativa era accedere all'impostazione istituzionistica, e risolvere la giuridicità nella pluralità degli ordinamenti (SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1948, pp. 219-221, ed ivi anche la risoluzione del potere di supremazia speciale nella teoria degli ordinamenti). Rispetto ad essa, la dottrina successiva che si è collocata nella medesima ottica dimostrerà invero un approccio tendenzialmente sempre più sfumato rispetto alla originaria concezione dell'istituzionismo: si vedano in particolare E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1950, pp. 1 e ss. e 39 e ss.; V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1992, 91 ss.; F. BASSI, *La norma interna. Lineamenti di una teoria*, Milano, Giuffrè, 1963, 207 ss.; si veda inoltre M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1965, 103 ss. e 180 ss., il quale rilevava come il progressivo ampliamento dell'ordinamento generale avesse portato al venir meno dell'ordinamento organizzatorio riferibile alla P.A.

Facendo invece riferimento alla teorizzazione gradualistica kelseniana (come in F. Benvenuti, di cui subito *infra*), si è potuta fornire, rimanendo in una chiave di lettura normativistica, una giustificazione della giuridicità che prescindendo dal tradizionale riferimento al rapporto giuridico intersoggettivo, sulla cui base fondare una ricostruzione della teoria dell'organizzazione.

In ordine agli sviluppi del quadro di riferimento soggettivo, sotto il profilo organizzativo-strutturale, a cui del resto si è già accennato, si avrà modo di fare riferimento *infra*, nel testo.

¹⁰ In relazione al diverso fondamento da cui si sono prese le mosse si è venuto infatti a costruire il legame tra organizzazione e attività.

Questo ha trovato una compiuta sistemazione, in un'ottica riconducibile ai termini della costituzione materiale mortatiana, nelle pagine di M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice*

considerazione delle situazioni giuridiche procedurali si inserisce all'interno di una complessiva teorizzazione delle situazioni giuridiche che si confrontano nel quadro dell'esercizio del potere.

Sul punto, conviene prendere le mosse dalla concezione di Benvenuti della funzione. Di questa può ricordarsi come, rispetto alla diffusa impostazione che ha identificato la funzione sotto il profilo teleologico¹¹, vi sia invece una declinazione della funzione come concretizzazione del potere nell'atto¹², che,

della pubblica amministrazione, Milano, Giuffrè, 1966, spec. pp. 114 e ss. e 122 e ss., il quale, prendendo le mosse dall'interpretazione dell'art. 97 Cost., considera l'organizzazione come sviluppo logico del corpo sociale, quale differenziazione in seno ad esso, strumentale alla cura di certi interessi della collettività; la struttura prodotta, in questo modo, nel farsi dell'organizzazione, partecipa, non può che partecipare, alla considerazione dei fini dell'attività, è posizione del canone valutativo della futura attività, in un processo continuo organizzazione-attività-interessi: la decisione organizzativa si rivela, infatti, necessariamente come decisione d'indirizzo dell'attività, in una continuità tra organizzazione e attività amministrativa ove l'assorbimento fra le due è precluso (cfr. p. 125, n. 54, per la critica alla tesi di Berti) proprio dalla circostanza che è dalla loro contrapposizione dialettica che scaturisce l'esperienza giuridica.

Per la differente impostazione di G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, CEDAM, 1968, si veda subito *infra*, nel testo e in nota.

Cfr. anche G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Padova, CEDAM, 1969, pp. 81 e ss., in cui la qualificazione normativa interviene a formare i rapporti organizzativi e quindi la struttura organizzativa nel suo aspetto statico, la quale si lega all'azione concreta nella sua dinamicità attraverso l'interposizione dell'attività, di carattere mediato, di direttiva, che interrompe il gradualismo normativo.

In ottica legata all'istituzionalismo, M.S. GIANNINI, *Corso*, II, cit., pp. 116 e ss. e pp. 133 e ss., considera la norma organizzativa come norma che dà rilievo giuridico nell'ambito dell'ordinamento generale ad un centro di riferimento di interessi già esistente sul piano sociale, il quale assume in tal modo la connotazione di 'figura soggettiva': le figure soggettive sono espressione dell'interesse incorporato nella relativa norma organizzativa, quali norme di identificazione di interessi come pubblici, e sono individuate dall'ordinamento generale quali entità, anche prive di personalità giuridica, la cui azione faccia derivare la produzione di effetti giuridici (produzione che quindi avviene nell'ottica soggettiva propria di una concezione dualista del potere).

Sugli sviluppi ulteriori si veda *infra*, nel testo.

¹¹ Il riferimento è alla tradizionale posizione di SANTI ROMANO, *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1949, pp. 179 e ss. Cfr. in tal senso quanto affermato da F. BENVENUTI, *Funzione*. I) *Teoria generale*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, Treccani, 1989, 2-3.

Per le differenti ricostruzioni del concetto di funzione, nella pluralità di significati che il termine assume, cfr. in particolare F. MODUGNO, *Funzione*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 301 e ss.; F. BENVENUTI, *Funzione*, cit., pp. 1 e ss.; G. MIELE, *Funzione pubblica*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, UTET, 1961, pp. 686-687; G. NAPOLITANO, *Funzioni amministrative*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, Giuffrè, 2006, 2631 ss.; G. MARONGIU, *Funzione*. II) *Funzione amministrativa*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, Treccani, 1989, pp. 1 e ss.; F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 1 e ss., su cui *infra*, in nota; M.A. CARNEVALE VENCHI, *Contributo allo studio della funzione pubblica*, I-II, Padova, CEDAM, 1969-1974.

¹² F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, VeP, 2006, pp. 1117 e ss.; ID., *Eccesso di potere*

come tale, si pone nell'ottica gradualistica propria della ricostruzione kelseniana.

Va notato peraltro come nell'impostazione di Benvenuti, pur ponendosi le basi per il superamento, secondo quanto già sopra ricordato, della tradizionale concezione volontaristica e psicologistica del potere attraverso la sua oggettivizzazione nella riferita caratterizzazione della funzione, non si determina anche la totale espunzione del versante soggettivo dall'ordine della produzione dei fenomeni giuridici. Nell'ottica di questo illustre Autore, il soggetto rimane legato alla produzione giuridica della situazione effettuale, e la funzione è ciò che descrive l'esercizio del potere, la cui manifestazione sensibile avviene nel procedimento, che della funzione rappresenta la forma.

Parte della dottrina immediatamente successiva a tale elaborazione, nel rapportarsi con la concezione della funzione appena riferita, tenderà tuttavia a superare il delicato equilibrio che nella formula benvenutiana si era raggiunto, estromettendo completamente, nell'ottica di una concezione prettamente oggettivistica del potere¹³, il soggetto dall'orizzonte della produzione giuridica, relegandolo al distinto piano dell'imputazione¹⁴.

amministrativo per vizio della funzione, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, ora in *Scritti giuridici*, II, cit., pp. 991 e ss.

¹³ La concezione oggettivistica del potere si ritrova in G. MIELE, *Potere giuridico, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, 114 ss.; ID., *Principi di diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 1950, 58 ss., ed ivi la nota definizione secondo cui «il potere giuridico è non già una posizione, ma una forza attiva di cui è investito un soggetto dell'ordinamento giuridico, in guisa da produrre o concorrere a produrre, mediante un suo comportamento volontario, una modificazione giuridica». Invero, a questa declinazione del potere è stato tradizionalmente opposto che essa non negherebbe comunque l'attrazione del potere alla sfera di azione del soggetto giuridico: non è un caso che essa sia stata recepita anche da chi, come E. GARBAGNATI, *Diritto soggettivo e potere giuridico*, in *Jus*, 1941-1942, 226 ss. (1942), spec. 228, n. 2 (riprodotto in ID., *La sostituzione processuale*, Milano, Giuffrè, 1942, pp. 75 e ss., spec. 78-79, n. 134); E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1950, pp. 82 e ss. (che cita espressamente Miele e Garbagnati), ha qualificato il potere come situazione giuridica soggettiva; cfr. anche E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 296, secondo cui il potere è una forza (esplicito il richiamo a Miele e Garbagnati), invero misteriosa, che, proprio in quanto tale, deve sussistere in potenza in capo al soggetto a cui è attribuita la titolarità dell'atto in cui il potere stesso si concreta (tale affermazione viene giustificata sulla base della stessa rappresentazione energetica del potere, facendo cioè riferimento al principio fisico di conservazione dell'energia, per cui questa deve preesistere al suo uso, sia pure sotto altra forma). In effetti, il merito della concezione appena descritta risiede piuttosto nell'aver individuato il potere nella sua oggettiva consistenza (ancorché, nella considerazione di 'forza' o 'energia', non esente da ambiguità), il che consente di porsi nel senso della giuridicità in relazione alla norma ipotetica.

Sostanzialmente in senso analogo sulla considerazione oggettiva del potere e della sua correlazione tra piano soggettivo e piano oggettivo, una concezione più rigorosa si ha in G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli, Jovene, 1990 (rist. da *Rass. dir. pubbl.*, 1949), pp. 21 e ss., secondo cui il potere è la fattispecie normativa di un comportamento libero, che si pone come espressione della volontà di un precetto; il profilo dell'*an* è ad essa esterno,

In questo quadro si viene a collocare la teorizzazione di chi, avvertita l'inadeguatezza della personalità giuridica a porsi quale referente del fenomeno

attenendo al diverso piano delle situazioni giuridiche soggettive, le quali hanno invece ad oggetto il rapporto, considerato dalla norma, tra un soggetto e lo schema di un comportamento normativo dello stesso soggetto (in particolare, nel caso del potere, vi è una situazione giuridica dinamica, diritto o dovere, che ha come contenuto la fattispecie dinamica del potere): rispetto al potere, cioè alla relativa fattispecie, che concerne l'atto, il soggetto, considerato in astratto, individua un elemento interno ad essa che interviene come termine del rapporto; rispetto alla situazione giuridica, che concerne invece il rapporto, il soggetto interviene come elemento estraneo alla fattispecie dinamica. Anche in questo ordine di idee non si pone una netta separazione del potere dal soggetto, ma solo una considerazione del potere stesso sul piano della sua oggettiva consistenza normativa: si vedano in proposito i rilievi di F. CORDERO, *Le situazioni giuridiche soggettive nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 1956, pp. 75, n. 72, 94-96 e 218-219, secondo cui muovendosi, come fa Guarino, dalla legittima esigenza di una rigorosa differenziazione tra la situazione soggettiva e la fattispecie dinamica, risulterebbe tuttavia una rappresentazione deformata della realtà giuridica ravvisare nel requisito soggettivo un semplice elemento della fattispecie e non la proiezione di una preesistente situazione soggettiva, cosicché, di fatto, la derivazione dell'atto dal soggetto legittimato, di cui parla Guarino, non potrebbe che risolversi nella titolarità della situazione giuridica riferita al potere; analogamente F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello stato*, cit., p. 102; A. ROMANO TASSONE, *Note*, cit., p. 424. Come si vedrà (subito *infra*, in nota), nella prospettiva in esame, la separazione potrebbe avvenire solo distinguendo, come in F. Bassi, la fattispecie normativa del potere, da cui è espunto il riferimento soggettivo, da quella dell'atto, ove invece è presente nei termini dell'imputazione.

¹⁴ Si veda G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., pp. 209 e ss., spec. 219 e ss., nella cui elaborazione i fenomeni giuridici, distinti in quelli che attengono all'ordine della produzione e quelli che concernono l'ordine dell'imputazione, sono rappresentati, in relazione al primo dei due ordini, dal potere e dal procedimento, e, con riferimento al secondo, dalla persona giuridica e dalla responsabilità; figure intermedie, di sintesi, che descrivono gli aspetti terminali del campo della produzione e quelli iniziali dell'imputazione, sono l'organo e l'atto. In tale prospettiva, il potere è energia (non potenziale, bensì) attuale che si inserisce nello spazio compreso tra la norma e la sua attuazione «*e cioè nel gioco di elasticità della volontà normativa rispetto alla disciplina della fattispecie concreta*» (228), secondo il modello di cui subito *infra*, alle note successive. Da tale rappresentazione della produzione giuridica (pp. 266 e ss.) è espunta quindi la categoria del soggetto, a cui non potrebbe essere ascritta la titolarità del potere quale energia potenziale (che come tale rilevarebbe quale situazione giuridica appartenente al soggetto stesso), giacché, nella costruzione oggettiva delineata, il potere non potrebbe determinarsi su un piano di potenzialità, ma soltanto di attualità; il soggetto è quindi relegato alla realtà dell'imputazione, cioè all'atto, i cui elementi (273) «*non sono, sotto il profilo della produzione, che la scomposizione, fittizia giacché a posteriori, e retrospettiva, dei fattori, dalla cui confluenza è appunto scaturita l'energia riversata nella produzione*».

Nella ricostruzione di F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello stato*, cit., pp. 95 e ss., per estromettere completamente il soggetto dall'ordine della produzione giuridica, si porta alle sue estreme conseguenze la contrapposizione tra detto ordine e l'ordine dell'imputazione. La distinzione avviene, rimanendosi in un'ottica prettamente normativista, considerando separatamente, attraverso il metodo della pluriquificazione normativa, la fattispecie normativa procedimentale e la fattispecie normativa dell'atto. La prima si rapporta alla modalità di attuazione del potere, considerata rilevante dall'ordinamento, attiene al momento della produzione e rispetto ad essa il soggetto è estraneo; la seconda attiene invece al momento statico dell'imputazione, e riguarda l'atto quale esito dell'attuazione del potere, attraverso il quale il potere si subiettivizza mediante, appunto, imputazione dell'atto stesso all'organo che sia competente alla sua emanazione.

della produzione, descrive quest'ultima come energia giuridica attuale, identificabile nel potere, che scaturisce dal continuo contatto tra realtà normativa e realtà istituzionale¹⁵, attraverso il quale avviene il progredire dell'ordinamento. Questa complessa teoria, che in definitiva sembra costituire una rimediazione critica dal punto di vista normativistico della teorizzazione istituzionistica¹⁶, porta a risolvere l'organizzazione nella dinamica del potere così descritta, nel senso che il nucleo organizzatorio essenziale scaturisce dalla composizione di

¹⁵ G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., pp. 253 e ss., il quale, considerando che le forze dell'ordinamento sono da un lato la norma e dall'altro una determinata espressione istituzionale, riferibile agli ordinamenti particolari in cui si esprime la collettività, afferma che (pp. 259-260) nella produzione, tra questi ordinamenti e l'ordinamento complessivo come ordinamento normativo, non si frappone lo schermo della personalità, non opera cioè la separazione che rende distinguibili gli ordinamenti particolari da quello complessivo, ma «*queste entità partecipano alla produzione giuridica apportando ad essa la loro forza di ordinamenti e cioè integrando sotto tale profilo la forza dell'ordinamento normativo*». In questo quadro, (pp. 262 e ss.) la presenza degli ordinamenti particolari all'interno dei processi produttivi è dogmaticamente possibile attraverso la divisione tra la produzione e l'imputazione, delineando una fase o un momento della produzione dove gli ordinamenti, non presentandosi nella loro veste soggettiva, non si contrappongono all'ordinamento complessivo, ma si integrano in esso; tra i due livelli tra i quali si svolge la produzione giuridica, quello dell'ordinamento normativo e quello degli ordinamenti particolari, vi è corrispondenza nel senso che ad una norma o ad un gruppo di norme sull'attività corrisponde un ordinamento particolare ovvero una riunione di ordinamenti particolari. Il movimento giuridico si attua attraverso continui contratti tra tali poli, attraverso una composizione tra valore normativo e valore istituzionale, nel senso (pp. 266-267) che «*l'ordinamento particolare o l'istituzione si esprime (...) mediante impulsi nei confronti della norma, basati sulla percezione e sull'espressione di un interesse, la cui ricorrenza è potenzialmente ed ipoteticamente assunta nel contenuto della norma stessa*»: la forza o l'energia che regge l'attuazione dei processi produttivi è il potere, che «*non è dunque energia potenziale, ma attuale*», giacché «*l'ordinamento non è in se stesso mai potenziale, ma (...) esprime sempre una forza attuale*». Il potere, cioè, non può descriversi allo stesso modo della norma quale proposizione ipotetica; infatti (pp. 275-276) «*non tutte le espressioni obbiettive dell'ordinamento si possono trasferire in termini di proposizioni di dover essere. Il mondo obbiettivo non coincide cioè in tutto con la norma, in quanto contenente una proposizione circa il dovere di osservare un dato comportamento: l'ordinamento si afferma anche per la sua esistenza e cioè come modo di essere di una comunità e, così come vi sono figure che riproducono e ripetono il contenuto normativo dell'ordinamento, vi sono anche figure che riproducono il momento esistenziale dell'ordinamento stesso. Il potere appartiene a tale seconda categoria e, dominando e reggendo la produzione (...), è alcunché di esistenziale e non di normativo*»: ne consegue che i suoi risultati si definiscono in quanto esistenti e non come validi, cioè conformi al dato normativo.

¹⁶ In questo senso L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, CEDAM, 1986, 170, n. 130.

La caratterizzazione, nell'un senso o nell'altro, della teoria di Berti, è peraltro discussa, in ragione della complessità che strutturalmente la caratterizza: la iscrive nel più ampio filone dell'istituzionismo A. ROMANO TASSONE, *Note*, cit., 429; ne considera invece l'approccio normativista G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, cit., pp. 187 e ss., ed ivi n. 84, anche in relazione al confronto con il precedente lavoro dello stesso G. BERTI, *Il principio organizzativo del diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1986 (ristampa di una prima edizione provvisoria de *La pubblica amministrazione come organizzazione* del 1961, poi profondamente modificata per l'impianto e per buona parte del contenuto e delle argomentazioni nella successiva opera omonima), che invece si muoverebbe in un ambito caratterizzato da un forte tentativo di conciliazione teorica dei punti di vista istituzionista e normativista.

un valore istituzionale e di un valore normativo che dà luogo al potere¹⁷, per cui l'organizzazione amministrativa può concepirsi in senso dinamico come complesso di poteri¹⁸. In tale ambito, la funzione rappresenta il procedimento sostanziale attraverso il quale il potere si trasforma¹⁹.

¹⁷ G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., pp. 369 e ss., secondo cui l'organizzazione in confronto al momento di imputazione della responsabilità dell'atto al soggetto, oltre a stabilire la misura del riferimento dell'atto all'organo, non è che un riflesso più prossimo e più netto della vera organizzazione giuridica, che fa riferimento al potere. Tra l'ordinamento complessivo e le istituzioni minori in esso ricomprese non si instaura un rapporto interpersonale, ma il rapporto scaturisce dalla circostanza che l'istituzione sia in grado di esprimere un valore istituzionale in grado di subire il confronto con la norma, idoneo, cioè, a comporsi con il valore normativo espresso dall'ordinamento complessivo, così da dar vita ad un potere. In questo senso, (383) «*la posizione di un ordinamento istituzionale verso l'ordinamento normativo è già un dato organizzatorio. Se organizzazione è ordine di una giustapposizione costante di elementi strutturali, la relazione tra l'istituzione e la norma, in quanto espressione di un ordinamento normativo, è organizzazione*»: (ivi, n. 18) «*L'organizzazione entra nella realtà giuridica per così dire a pieno titolo, essendo appunto il risultato di un momento giuridico liminale quale è l'istituzione e di un momento giuridico più razionalizzato ma anch'esso originario, quale la norma*». Poiché (384 ss.) il potere nasce da questa organizzazione, è anch'esso un fatto di organizzazione: esso porta in se stesso la soluzione della pluralità degli ordinamenti istituzionali (e degli interessi differenziati di cui essi sono espressione) nell'unità dell'ordinamento complessivo (e dell'interesse generale della comunità), e lo scioglimento dell'unità nella pluralità; in quanto formula organizzatoria di base, rende organizzazione la produzione stessa.

¹⁸ G. BERTI, *op. ult. cit.*, pp. 398-399, che in questo senso afferma che l'esercizio della competenza non è che la descrizione retrospettiva di una attuazione di potere, interpretata secondo gli strumenti dell'imputazione, ma, «*poiché l'organizzazione giuridica ha un senso in quanto si traduca nell'attività giuridica e perciò è organizzazione in senso eminentemente dinamico, si può concludere affermando che il nucleo organizzatorio essenziale è il potere e che l'organizzazione amministrativa è una organizzazione di poteri, quali i soli elementi idonei, in quanto energie giuridiche, a interpretare e realizzare l'unità dell'ordinamento nella pluralità delle forze di cui esso si compone*».

¹⁹ G. BERTI, *op. ult. cit.*, pp. 279 e ss., per cui la funzione è un modo di attuazione del potere, da non confondere con la sua forma, cioè con il procedimento in senso formale, che corrisponde invece alla realizzazione della descrizione normativa dello svolgimento della funzione, la quale ha lo scopo di consentire il riscontro della validità del risultato della funzione (l'atto).

Ancora più netta la posizione di F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello stato*, cit., pp. 123 ss., che abbandona la concezione del procedimento in senso formale contrapposta al procedimento sostanziale, per identificare la funzione in un modo tipizzato di attuazione del potere, con un'identificazione, quindi, della funzione nel procedimento; nel senso che di funzione, quale appunto modo tipizzato di attuazione del potere, può parlarsi solo in presenza di una fattispecie normativa che non è poi altro che la stessa fattispecie procedimentale, per come si ricava dall'ordinamento.

In generale può richiamarsi anche G. SALA, *Il principio del giusto procedimento nell'ordinamento regionale*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 40 e ss., p. 42, secondo cui «*non è possibile considerare il procedimento come una forma, un recipiente che preesiste indipendentemente dal suo contenuto: la funzione. (...) Non esiste cioè un potere che si manifesta in più forme ma tanti poteri ciascuno con una propria disciplina procedimentale e quindi con una propria configurazione "formale". La disciplina del procedimento infatti indicando quelli che sono gli interessi da considerare connatura, sul piano materiale, il potere stesso*»; in questo senso la formula di Benvenuti del procedimento come forma della funzione deve essere intesa (p. 43) come «*un modo di percezione e insieme di qualificazione, attraverso il procedimento, del potere nella sua trasformazione, piuttosto che una vera contrapposizione di due realtà, formale e materiale, distinte*».

La generale mancanza di accettazione di tale radicale declinazione del paradigma oggettivistico²⁰, di cui pure si è ricordato, non ha posto comunque in ombra la sua valenza critica nei confronti di un'idealistica concezione dell'unitarietà del soggetto pubblico, e la necessità di confrontarsi con una pluralità di centri di interessi all'interno dell'ordinamento complessivo. Tali esigenze, tuttavia, sono state piuttosto incanalate, per così dire, in una più complessa determinazione strutturale del dato soggettivo, nell'ambito della globale esplicazione della funzione; la quale determinazione, si aggiunge, ha ricevuto riscontro nell'assetto della l. n. 241/1990²¹, con una nuova considerazione dell'impianto organizzativo proprio del momento della produzione²².

I rilievi appena effettuati trovano una compiuta affermazione nello sviluppo che ha avuto il concetto di funzione, il quale, come già accennato, rispetto al generale canone fornito da Benvenuti del farsi del potere, ha dovuto rispondere alla necessità di porre in risalto l'aspetto contenutistico della riferita attività di trasformazione, di modo da caratterizzarne compiutamente l'aspetto sostanziale, ed effettuare così una distinzione tra il momento che si riferisce in senso proprio alla modificazione della realtà giuridica (la costituzione degli effetti) e il momento che attiene al venir in essere della determinazione ad essa corrispondente.

La funzione è stata quindi declinata quale processo formativo di una decisione²³, intesa come una scelta tra le diverse alternative che sulla base dell'indagine compiuta rappresentano altrettanti modi di soluzione del problema amministrativo²⁴, secondo un'impostazione che fa leva sugli studi che han-

²⁰ Si è parlato di assoluta inutilizzabilità di tale figura una volta che essa si definisca in termini di effettività pura, sfuggente a qualsiasi riscontro di validità normativa: A. ROMANO TASSONE, *Note*, cit., 431; in senso analogo M.S. GIANNINI, *Recensione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, 318-319. Si è pure evidenziato il trascorrere dal piano normativo al piano descrittivo, e cioè sostanzialmente sociologico, della costruzione in esame: così M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice*, cit., p.72, n. 10, secondo un ordine di idee non accolto tuttavia da M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, 318; G. DI GASPARE, *Il potere*, cit., p. 191.

²¹ Nell'assetto che si è venuto determinando, e che nella l. n. 241/1990 trova riscontro, il criterio di organizzazione non può leggersi infatti nel senso della separazione tra momento della produzione e momento dell'imputazione: cfr. G. DI GASPARE, *Il potere*, cit., pp. 407 e ss.

²² Sulle implicazioni che la legge sul procedimento amministrativo, e la previsione in essa del responsabile del procedimento, ha avuto rispetto all'assetto organizzativo complessivo e sulla considerazione del concetto di organo, si rimanda a quanto riportato in A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., pp. 204 e ss.

²³ F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Rimini, 1987, ora in *Scritti giuridici*, Padova, CEDAM, 2002, p. 242.

²⁴ F. LEDDA, *op. ult. cit.*, p. 243. La decisione riveste il ruolo corrispondente a tale modello concettuale. Come tale, si differenzia dal provvedimento in cui la decisione stessa si riversa: l'uno rappresenta infatti l'esplicazione del potere, inteso come situazione giuridica

no valorizzato il profilo di razionalità proprio del processo decisionale²⁵, nella loro applicazione all'attività amministrativa²⁶.

Sotto il profilo strutturale, la decisione trova nell'ambito del procedimento amministrativo il luogo di espressione della rilevanza giuridica della formazione della/e scelta/e: il procedimento costituisce infatti lo strumento che pone in correlazione il farsi della decisione con l'assetto organizzativo amministrativo, nella pluralità di centri decisionali coinvolti nello svolgimento dell'azione, e con i privati portatori di possibili soluzioni conformi agli interessi da essi stessi rappresentati. In questo quadro, è dunque nella caratterizzazione dell'attività valutativa esplicitantesi in un processo decisorio così delineato che l'azione amministrativa trova la sua oggettivizzazione, venendo meno, in relazione ad essa, possibili residui volontaristici e psicologistici.

3. Modelli strutturali della funzione e pretese procedurali

Le importanti implicazioni che derivano dalle considerazioni appena effettuate non possono essere indagate in tutti i loro aspetti. Ai fini del presente contributo, sarà sufficiente porre in rilievo alcuni punti, idonei a fornire gli elementi necessari per il progredire della nostra analisi.

Sotto un primo profilo, la concezione della funzione come trasformazione del potere nell'atto ne pone in ombra l'elemento teleologico, in maniera più

produttiva della situazione effettuale; l'altra si collega invece alla funzione, concepita nei termini descritti. Il collegamento tra i due termini è nel senso che il provvedimento, nel porre in essere la situazione effettuale, rappresenta la manifestazione (una delle possibili forme di manifestazione) della decisione (cfr. F. LEDDA, *op. ult. cit.*, 248-249, che sul concetto di manifestazione richiama l'impostazione di A. FALZEA, *Manifestazione (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 442 e ss.).

²⁵ Questi studi, che si situano in generale nell'ambito dell'ottica del razionalismo limitato, hanno considerato come il processo di decisione si caratterizzi per l'elaborazione e il confronto di alternative che, a fronte di una determinata scala di valori – fissata nel corso dell'attività decisoria ovvero precedentemente determinata – consente di superare l'indeterminatezza iniziale e addivenire ad una soluzione del problema che concretamente si è venuto a porre nella realtà materiale. Si vedano in particolare H.A. SIMON, *Il comportamento amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2001 (ediz. orig. 1947); ID., *Causalità, razionalità, organizzazione*, Bologna, Il Mulino, 1985; J.G. MARCH, *Decisioni e organizzazioni*, Bologna, Il Mulino, 1993 (ediz. orig. 1988); J.G. MARCH, H.A. SIMON, *Teoria dell'organizzazione*, Milano, Etas, 2003 (ediz. orig. 1958).

²⁶ Cfr. in particolare M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 131 e ss.; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, ESI, 1997, pp. 77 e ss.; A. ROMEO, *L'impugnabilità degli atti amministrativi*, Napoli, ESI, 2008, pp. 221 e ss.; da ultimo, nell'ottica della generale ricostruzione del concetto di comportamento amministrativo, E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 215 e ss.

o meno marcata in ragione delle differenti teorizzazioni, così fondando una distinzione delle differenti procedure che sia riferibile al loro dato strutturale²⁷.

Sotto un secondo profilo, la rappresentazione della funzione come farsi della decisione consente una più specifica considerazione degli aspetti sostanziali ad essa inerenti, che dunque tendono ad emergere sotto il profilo strutturale²⁸.

Sotto un ulteriore profilo, può aggiungersi che, in tale quadro, l'emersione dei relativi rilievi contenutistici dipende dalla considerazione che l'ordinamento attribuisce ad una determinata attività sotto il profilo della funzione, e, conseguentemente, alla forma in cui essa, in considerazione di questo elemento strutturale, si viene a svolgere²⁹.

Tali elementi devono essere correlati al rilievo che assumono in ordine all'oggetto della nostra trattazione, concernente le situazioni giuridiche di carattere procedurale.

Ora, come si è avuto modo di considerare ampiamente in altra sede³⁰, il nostro assetto ordinamentale consente di ricavare una connotazione della funzione, riferita all'attività posta in essere dalla P.A., che, appunto nell'ambito in relazione al quale le situazioni procedimentali trovano riscontro, prenda le mosse dal rilievo teleologico attribuito in tal senso alla partecipazione. Questo si verrebbe a ricavare dal modello procedimentale, fatto proprio dal diritto positivo quale espressione di un dato ordinamentale sia in relazione al profilo costituzionale sia in considerazione del diritto europeo.

²⁷ Si entra in questo modo nell'ambito della tradizionale problematica della distinzione tra procedimento e processo, in ordine alla quale sia consentito rimandare all'analisi effettuata in A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., *passim*, ed ivi i relativi riferimenti. Cfr. ora anche F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, Ed. Scient., 2017, *passim*.

²⁸ Si pensi, in proposito, ai profili che in tal senso emergono negli studi concernenti la decisione. In particolare, la dottrina che si è soffermata sull'argomento ha solitamente considerato che il processo decisorio null'altro costituirebbe se non la rappresentazione, nel senso della funzione, dell'esercizio della discrezionalità amministrativa, prendendo così come paradigma del modello decisorio quello proprio dell'attività discrezionale: cfr. ad es. A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., *passim*, spec. 90; M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione*, cit., *passim*. Per un approccio strutturale differente e riferibile al fenomeno dell'accertamento si veda l'impostazione di B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, CEDAM, 2001, spec. pp. 75 e ss.; nonché, nella sostanza, anche quello di M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, I, *Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, CEDAM, 2012, pp. 92 e ss.

²⁹ Sotto questo profilo di ordine prettamente generale, non ci sembra di essere distanti dall'approccio di L.R. PERFETTI, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Meta-teoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 53 e ss., nel suo tentativo di coniugazione del momento strutturale e di quello teleologico della funzione.

³⁰ Cfr. A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., *passim*.

In particolare, tale modello andrebbe ricercato, in relazione alla considerazione dell'azione amministrativa in via generale, in quello della l. n. 241/1990, come suffragato dalla giurisprudenza costituzionale (che ha valorizzato in tal senso il combinato disposto degli artt. 97 e 24 Cost.), secondo un'impostazione, si aggiunge, che non dà motivi di contrasto con il diritto europeo³¹. Il modello in questione può dirsi caratterizzato da una modalità partecipativa di stampo misto collaborativo e garantistico³², la quale deve essere de-

³¹ Si deve rimandare, per gli opportuni riferimenti, a quanto detto ne *Il contraddittorio procedimentale*, cit., pp. 69 e ss. e pp. 101 e ss.

³² Secondo il senso che se ne è dato ne *Il contraddittorio*, cit., pp. 5 e ss.

In questo senso, i modelli che in quella sede si sono ipotizzati costituiscono la declinazione, sotto il profilo strutturale, del rilievo teleologico che la partecipazione riveste nel procedimento amministrativo, inquadrati secondo le tradizionali modalità partecipative: si è parlato quindi di modello misto collaborativo e garantistico, che costituisce il modello generale dell'azione amministrativa, e modello prettamente garantistico (di cui si veda per la sua applicazione *infra*, al paragrafo successivo).

Questi modelli possono trovare corrispondenza nell'ambito della più ampia riflessione che la dottrina processualistica ha dedicato al principio del contraddittorio, rispetto al quale sono ravvisabili, con riferimento al processo civile, impostazioni che declinano il contraddittorio in maniera prettamente garantistica, e tesi che invece si rifanno a canoni maggiormente sostanzialistici, come quelle di stampo difensivo che tuttavia del contraddittorio pongono in rilievo la valenza conoscitiva, nonché l'ulteriore indirizzo che valorizza il ruolo più propriamente epistemico che esso verrebbe ad assumere, insieme a tutte le differenti varianti intermedie: per una sintesi esaustiva, si veda C. GAMBA, *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. dir.*, Ann., IX, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 138 e ss., ed ivi i relativi riferimenti.

I differenti modelli trovano attualmente considerazione soprattutto in relazione all'obbligo del giudice di rimettere al contraddittorio delle parti le questioni rilevate d'ufficio, ora sanzionato con la nullità della sentenza dall'art. 101, co. 2, c.p.c., come modificato dalla l. n. 69 del 18 giugno 2009. Rispetto a tale nullità, infatti, si discute se, perché essa possa essere fatta valere, debba dimostrarsi, e in quali limiti, la possibilità per le parti pretermesse di influire sul contenuto sostanziale della decisione; si discute cioè se, nella sostanza, si possa seguire una *ratio* simile a quella di cui all'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990 relativa all'invalidità del provvedimento. La questione è oggetto di attenzione anche in relazione al processo amministrativo: cfr. G. CREPALDI, *Le pronunce della terza via. Difesa e collaborazione nel processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 163 e ss.; F. SAITTA, *La "terza via" ed il giudice amministrativo: la "questione rilevata d'ufficio" (da sottoporre al contraddittorio) tra legislatore e giurisprudenza*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 827 e ss.; L. BERTONAZZI, *Forma e sostanza nel processo amministrativo: il caso delle sentenze a sorpresa e dintorni*, *ivi*, 2016, pp. 1048 e ss.

Da parte nostra, si è riferito al processo giurisdizionale il modello prettamente garantistico; mentre, come detto, si è dato differente rilievo al profilo teleologico della partecipazione nel modello generale di azione amministrativa, che assumerebbe carattere misto collaborativo/garantistico, rispetto al quale si viene a connotare la relativa funzione. In questo senso, si è potuta anche considerare la questione dell'invalidità dell'atto decisorio in ragione del mancato rispetto delle garanzie procedurali. Essa è stata posta in correlazione con il differente scopo a cui dette garanzie risultano preposte nei due diversi modelli, e quindi al conseguente differente declinarsi, in essi, della regola del raggiungimento dello scopo al fine di escludere l'invalidità: se in un modello prettamente garantista lo scopo che viene in questione è quello che la partecipazione possa avvenire, in un modello misto collaborativo/garantista lo scopo va riferito alla possibilità di partecipare al fine di esercitare un'effettiva influenza sul contenuto della decisione da adottare. Cfr. ampiamente *infra*, nel testo e in nota.

clinata in senso strutturale in ordine all'assetto complessivo di esplicazione della funzione.

A tal fine, riveste un ruolo di particolare importanza l'art. 6 CEDU, sul canone del giusto processo³³. Tale norma, infatti, nella sua applicazione ai rapporti di diritto amministrativo, lungi dall'imporre in via generale allo svolgimento dell'attività amministrativa un'equivalenza delle garanzie giurisdizionali espresse nel contenuto della disposizione, consente invece di collocare dette garanzie in un più ampio quadro di relazione tra procedimento e processo, così da individuare la possibilità di differenti modelli procedurali sotto il profilo strutturale³⁴. In questo senso, si è allora ritenuto di poter procedere ad una ri-

³³ Si rimanda ancora, anche per i relativi riferimenti, ad A. CARBONE, *Il contraddittorio*, cit., pp. 110 e ss.; cfr. anche ID., *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (A margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 483 e ss., nonché a quanto verrà detto subito *infra*, alla nota successiva.

³⁴ In particolare, si è avuto modo di considerare (A. CARBONE, *Il contraddittorio*, loc. ult. cit.; ID., *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU*, loc. ult. cit., ed ivi un ampio approfondimento delle tematiche qui sintetizzate, con i relativi riferimenti) come invero non vi sia, in ambito CEDU, un'autonoma rilevanza del diritto amministrativo, né sotto il profilo di specifiche garanzie per situazioni di carattere sostanziale, né sotto quello di una garanzia generale di carattere procedurale, atteso che l'art. 6, che di tale garanzia generale si fa portatore, si riferisce espressamente soltanto alle sanzioni penali e ai diritti civili. Tuttavia, l'analisi dell'interpretazione che ai concetti di *civil rights and obligations* e di *criminal offence* ha dato la Corte europea dei diritti dell'uomo consente di affermare che la rilevanza della materia amministrativa, tutt'altro che trascurabile, si esprime attraverso la sua emersione nell'ambito dell'art. 6 CEDU ascrivibile alle situazioni civili e penali, all'interno delle quali risultano incluse le situazioni ricomprese nei rapporti che, nell'ordinamento nazionale, sono riferibili al diritto amministrativo. Si esprime, inoltre, nei casi in cui il diritto sostanziale tutelato dalla Convenzione riguardi rapporti di diritto amministrativo. La rilevanza CEDU del diritto amministrativo si divide così in tre settori: ciò che rientra nelle *criminal charges* (che gode della protezione procedurale di cui all'art. 6, §§ 1-3, CEDU); ciò che rientra nei *civil rights and obligations* (per i quali valgono le previsioni di cui al § 1 del medesimo art. 6, nonché in via giurisprudenziale talune garanzie dei §§ 2-3 i cui principi siano applicabili nel caso di specie, ancorché sia stato notato come esse possano poi trovare differente applicazione rispetto alla materia penale: cfr. D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, E.P. BATES, C.M. BUKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, 246); ciò che assume rilevanza sotto il profilo sostanziale in relazione ad un diritto garantito in ambito convenzionale (come ad es., il diritto di proprietà di cui all'art. 1, Protocollo addiz. CEDU).

Tanto considerato, si è poi pure evidenziato come, nonostante il dato letterale dell'art. 6 CEDU faccia riferimento al giusto processo (*fair trial*), la sua interpretazione da parte della Corte europea consenta di rapportare tale norma non solo al processo, ma anche al procedimento amministrativo. Tuttavia, si specifica ulteriormente, ciò non significa che il procedimento debba essere strutturato con le medesime garanzie che l'art. 6 prescrive per il processo giurisdizionale; che, cioè, la determinazione del diritto o l'irrogazione della sanzione debbano essere 'giuste' nell'ambito del procedimento e del processo, ognuno in sé considerato. Ai fini del rispetto della Convenzione, ciò che conta è che la vicenda, nella sua complessiva considerazione della parte procedimentale e di quella processuale, sia conforme ai canoni di cui all'art. 6: il principio accolto può dirsi che sia quello della *giusta determinazione del diritto/giusta irrogazione della sanzione nel suo complesso, attraverso la complessiva valutazione della vicenda processuale e procedimentale*. In questo senso, è sufficiente che vi sia, nella successiva fase giurisdizionale, una

compensazione *ex post* delle mancanze riscontrate nella fase amministrativa; è sufficiente quindi che la decisione adottata in sede amministrativa sia soggetta al sindacato di un organo conforme ai requisiti di cui all'art. 6 CEDU, purché detto organo possa effettivamente ed efficacemente influire sulla decisione già adottata, esercitando un sindacato di *full jurisdiction*.

Ora, rispetto a tali considerazioni di ordine generale, va detto che la dottrina italiana si sia sostanzialmente caratterizzata per un approccio critico rispetto alla realtà del nostro ordinamento: cfr. in particolare M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Edit. Scient., 2012, *passim*; ID., *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 569 e ss.; ID., *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, pp. 267 e ss.; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2015, *passim*; ID., *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, pp. 79 e ss.; ID., *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, *ivi*, 2014, pp. 337 e ss.; ID., *Garanzie procedimentali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, pp. 1338 e ss.; ID., *Un'analisi critica delle tutele procedimentali e giurisdizionali attraverso la potestà sanzionatoria della Pubblica Amministrazione, alla luce dell'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, *ivi*, 2013, pp. 669 e ss.; ID., *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, *ivi*, 2015, pp. 546 e ss.; ID., *La Full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, 1 ss.; E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 685 e ss. Da un lato, infatti, si richiede il tendenziale rispetto (quantomeno in materia penale, ove, va detto, la Corte europea si è sempre mostrata più rigorosa) delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU già nel procedimento davanti all'autorità amministrativa, giacché, si dice, la compensazione *ex post* sarebbe comunque una situazione peggiore rispetto alla presenza di tutte le garanzie già nel procedimento originario, anche in ragione dell'atteggiarsi di alcune di esse. Dall'altro, sotto il profilo della stessa compensazione *ex post*, si afferma che il sindacato effettuato dal nostro giudice amministrativo in sede di giurisdizione di legittimità non sarebbe compatibile con i requisiti della *full jurisdiction*, che, secondo quanto si ritroverebbe nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, richiederebbe – salvi soltanto i casi di *wide policy aims*, da considerarsi residuali – una piena sostituzione del giudice a quanto stabilito dall'Amministrazione, sostituzione che necessiterebbe degli strumenti propri della giurisdizione di merito (in disparte, invero, le perplessità che possono sorgere in relazione all'effettivo declinarsi di questa nella nostra attuale esperienza). Più complessa invece la posizione di C. FELIZIANI, *Giustizia amministrativa, amministrazione e ordinamenti giuridici. Tra diritto nazionale, diritto dell'Unione europea e Cedu*, Napoli, Edit. Scient., 2018, pp. 159 e ss. e pp. 226 e ss.; ID., *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in corso di pubbl. in *Dir. proc. amm.*, 2019, la quale ritiene che le garanzie CEDU dovrebbero trovare riscontro soprattutto in sede procedimentale.

Da parte nostra, si è ritenuto di non dover in generale condividere il duplice ordine di rilievi appena descritto. Sotto il primo dei due profili, infatti, come risulta evidente già dal caso *De Cubber v Belgium*, 26 ottobre 1984, poi oggetto di sostanziale riscontro nella successiva giurisprudenza europeo-convenzionale, nei casi in cui venga in questione una decisione adottata da un'autorità amministrativa la Corte considera normale evenienza quella della compensabilità *ex post* (*Il contraddittorio*, cit., 127 ss.), mentre differente è l'approccio utilizzato con riferimento alle varie fasi processuali di una controversia giurisdizionale, ove la compensazione viene normalmente limitata alle violazioni concernenti le carenze in cui è incorso il singolo procedimento in concreto, ed è contenuta in limiti più rigorosi (*op. ult. cit.*, pp. 133 e ss.). Qualche ambiguità pare rimanere in materia penale in ordine a quelle che vengono definite *minor offences* e alla possibilità di compensazione al di fuori delle ipotesi ad essere

relative; anche se invero il tratto scriminante, al fine di ammettere una generale compensazione *ex post* anche quando sarebbe arduo parlare appunto di *minor offence*, sembrerebbe risiedere proprio nella circostanza che la sanzione sia irrogata da un'autorità amministrativa, non venendo in questione sanzioni *belonging to the traditional categories of criminal law* (*Il contraddittorio*, cit., 133, spec. n. 93, ed ivi il riferimento a *Jussila v Finland*, 23 novembre 2006, par. 43). Ai fini della compensabilità, assume inoltre rilievo come il nostro sistema di raccordo tra procedimento e processo, vale a dire la fase cautelare propria di quest'ultimo, non paia porsi in contrasto con l'esigenza di evitare che, nelle more della decisione davanti all'organo conforme all'art. 6 CEDU (il giudice), la decisione adottata in sede amministrativa sia idonea a determinare la situazione giuridica del privato (*Il contraddittorio*, cit., pp. 146 e ss., ove si dà comunque riscontro del maggiore rigore richiesto dalla Corte europea quando si verte in materia penale).

In ordine al secondo dei due rilievi sollevati, cioè l'idoneità del sindacato del giudice amministrativo di legittimità ad integrare gli standard della *full jurisdiction*, si deve considerare (*Il contraddittorio*, cit., 128 ss. e 140 ss., ed ivi la giurisprudenza cit., spec. a p. 130, n. 84, e p. 145, n. 122, nonché a p. 141, n. 116, e in quest'ultima il riferimento anche alla sentenza *Placi v Italy*, 21 gennaio 2014) che ciò che la Corte europea sembra richiedere ai fini del sindacato giurisdizionale compensativo è che questo sia un sindacato pieno in fatto e in diritto, un esame, cioè, *point by point of all questions of fact and law relevant to the dispute before it*, senza che ciò comporti una sostituzione dell'opinione del giudice a quella della P.A. (*«it can be derived from the relevant case-law that it is not the role of Article 6 of the Convention to give access to a level of jurisdiction which can substitute its opinion for that of the administrative authorities»*: *Fazja Ali v UK*, 20 ottobre 2015, par. 77; *Sigma Radio Television v Cyprus*, 21 luglio 2011, par. 153). In questo senso, particolare rilievo è stato dato alla circostanza che ci si trovi al cospetto di ciò che viene definito come *classic exercise of administrative discretion*, nonché al modo in cui la decisione amministrativa è stata adottata, in considerazione delle garanzie di cui comunque si è usufruito nell'ambito del procedimento, ai fini dell'esame complessivo della vicenda (cfr. *ex multis Fazja Ali v UK*, par. 78; *Sigma Radio Television v Cyprus*, par. 154). Il concetto di *classic exercise of administrative discretion*, inoltre, pare essere riferito dalla Corte sia alla discrezionalità amministrativa in senso proprio, sia anche a casi che potremmo definire di c.d. discrezionalità tecnica (cfr. la giurisprudenza cit. in *Il contraddittorio*, cit., 130, n. 84). Su tali basi si è quindi potuto concludere nel senso che la giurisdizione di legittimità permette un sindacato compatibile con i canoni europeo-convenzionali ove concepita, e concretamente esercitata, come giudizio di piena giurisdizione; ove cioè, rispetto ad un sindacato sul vizio di discrezionalità, che nella nostra esperienza si è venuto caratterizzando per l'utilizzo di parametri che permettono al giudice di andare a verificare compiutamente la correttezza dell'assetto di interessi posto in essere dalla P.A., il giudice non attui, come spesso ancora avviene, un criticabile *self-restraint*. Per la medesima conclusione, vedi ora anche F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, in B. GILIBERTI (a cura di), *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi*, Napoli, Giapeto, 2019, 243 ss., 273; in precedenza, sostanzialmente in senso analogo anche F. CINTIOLI, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 533 ss. Si noti in proposito come anche chi, nella nostra dottrina, si è espresso nel senso della necessità di un sindacato pienamente sostitutivo ai fini CEDU, più di recente ha considerato ambigua la giurisprudenza della Corte: si vedano M. ALLENA, F. GOISIS, *'Full Jurisdiction' under Article 6 ECHR: Hans Kelsen v. the Principle of Separation of Powers*, in corso di pubbl.

Anche la decisione da ultimo adottata dalla *Grand Chamber* della Corte europea, *Ramos Nunes de Carvalho v Portugal*, 6 novembre 2018, parr. 176 ss., che sembra richiedere uno scrutinio più rigoroso in ordine alla *full jurisdiction*, specifica tuttavia che ciò si può avere in quanto *«in the instant case, the assessment of the facts and the review of the disciplinary sanctions imposed did not require specialised knowledge or specific professional experience, but could have come within the jurisdiction of any court. This was not a classic exercise of administrative discretion in a specialised area of law»* (si trattava di una procedura disciplinare nei confronti di un giudice, in ordine alla quale si lamentavano gravi

costruzione del modello procedimentale proprio in generale dell'azione amministrativa che prendesse le mosse dalla legge generale sul procedimento, valorizzandone gli aspetti sia sotto il profilo organizzativo, in ordine al particolare ruolo rivestito dal responsabile del procedimento nel suo rapporto con l'attività di decisione, sia in relazione alle modalità di esplicazione del contraddittorio³⁵.

Così sintetizzato il quadro di riferimento, può ora procedersi all'esame delle situazioni giuridiche di carattere procedimentale che in relazione a detto quadro trovano riscontro.

Si è accennato come le situazioni giuridiche di carattere sostanziale che si confrontano nel quadro dell'esercizio del potere si vengano a porre sul piano procedurale. Sulla loro puntuale declinazione non è possibile in questa sede

mancanze in relazione all'accertamento dei fatti). Peraltro, la *opinion* del Presidente Raimondi e dei giudici Nussberger, Jäderblom, Møse, Poláčková e Koskelo si pone anche in senso più permissivo, ritenendo la lettura della maggioranza eccessivamente intromissiva nei confronti della competenza dell'autorità disciplinare.

In questo contesto, può anche stemperarsi il presunto contrasto con il diritto CEDU – denunciato ad es. da F. GOISIS, *Il canone della Full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessioni critiche sull'art. 7, co. 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, in B. GILBERTI (a cura di), *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi*, cit., 317 ss. – dell'art. 7, co. 1, seconda parte, d.lgs. n. 3 del 19 gennaio 2019, che, nel recepire la direttiva sul risarcimento del danno da illecito antitrust, ha stabilito che «il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima». Tale contrasto non avrebbe ragion d'essere, purché si interpreti tale disposizione non come un ritorno ad un sindacato soltanto esterno sulle valutazioni tecniche opinabili, ma nel senso di ammettere un pieno riscontro dell'attendibilità della decisione anche opinabile, con effettiva valorizzazione del sindacato confutatorio, come del resto viene affermato da quella giurisprudenza da cui il legislatore sembra aver ripreso la formula utilizzata nell'art. 7: cfr. in questo senso, condivisibilmente, F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7, d. lgs. 19 gennaio, n. 3)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1207 ss.; M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all'AGCM*, in *Federalismi.it*, 2018, pp. 26 e ss., i quali pure evidenziano, tuttavia, l'ambiguità in questo senso del testo normativo.

Nel quadro delineato, può allora ribadirsi quanto già sostenuto in precedenza, che cioè l'art. 6 CEDU, nella sua particolare modalità di applicazione attraverso la compensazione *ex post*, permette di inquadrare, sotto il profilo strutturale, la modalità procedimentale della funzione che risulta espressa nel rilievo teleologico attribuito, in un determinato ordinamento in relazione ad un particolare attività, alla partecipazione. Ciò appunto in ragione delle diverse possibilità di modulazione delle garanzie che nella norma europeo-convenzionale in esame trovano espressione.

³⁵ A. CARBONE, *Il contraddittorio*, cit., pp. 202 e ss.

In particolare in quella sede, in ordine alla figura del responsabile del procedimento, si è avuto modo di specificare come la mancanza di una piena separazione dell'autorità decidente dalle parti rappresenti l'espressione, sotto il profilo strutturale, del modello di funzione in esame, che dunque, sotto tale aspetto, si declina strutturalmente in questa più limitata modalità di separazione, comprensiva della sua eventualità.

soffermarsi, ma può dirsi che in capo al privato sia da ravvisare una situazione giuridica sostanziale, espressa nella relativa pretesa, che si relaziona con una situazione effettuale, concernente il potere, che si vuole che la P.A. ponga o non ponga in essere. Rispetto a detta situazione soggettiva, vengono riconosciuti strumenti procedimentali al fine, appunto, di mettere il privato in condizione di poterne affermare la sussistenza nel procedimento. Questi strumenti, in relazione al soggetto che si afferma titolare della situazione di carattere sostanziale, si pongono come pretese procedimentali aventi ad oggetto beni strumentali (nello specifico, le garanzie del contraddittorio, la conclusione del procedimento entro un termine, ecc.) rispetto all'interesse sotteso alla pretesa sostanziale stessa.

Le pretese procedimentali, così individuate, sono quindi strumentali a far valere la situazione giuridica sostanziale in ambito procedimentale. Esse rilevano, tuttavia, autonomamente quali situazioni giuridiche di carattere procedurale³⁶, la cui lesione può essere fatta valere davanti al giudice amministrativo, di modo da ottenere i rimedi giurisdizionali idonei a conferire la tutela che ad esse deve essere riconosciuta in relazione al modello procedurale corrispondente.

In proposito, può aderirsi quindi a quell'impostazione secondo cui le pretese procedimentali debbano essere considerate in maniera analoga alle pretese processuali in ambito giurisdizionale³⁷, purché – si badi – si tengano in dovuta considerazione le differenze presenti nel nostro ordinamento tra modello

³⁶ La categoria degli interessi procedimentali, come noto, ha trovato un'elaborazione a partire da M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, ora in *Scritti*, V, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 275 e ss.; ID., *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1970, p. 926, quali situazioni soggettive strumentali, autonome dall'interesse legittimo. L'autonomia di tale figura non fu però in generale accettata (cfr. E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, Giuffrè, 1972, 21; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., 300, n. 80, secondo cui, in mancanza di una disciplina della partecipazione del privato all'azione amministrativa, la posizione di quest'ultimo non si sarebbe potuta trasferire sui rapporti tipici della procedura; lo stesso M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, p. 929, affermava che il modulo di tutela degli interessi procedimentali era quello degli interessi legittimi) e in generale fu messa in discussione da chi ha configurato gli interessi procedimentali come facoltà che tipicamente attengono, nel procedimento amministrativo, allo stesso interesse legittimo: M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 114; F.G. SCOCA, *Contributo alla figura dell'interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1990, 34. Dopo l'adozione della l. n. 241/1990, la dottrina si è divisa tra chi ha continuato a considerare le situazioni procedimentali quali appunto facoltà inerenti agli interessi legittimi, chi le ha configurate come veri e propri diritti soggettivi, e chi come interessi c.d. partecipativi: sul punto, per le varie ricostruzioni, non si può che rimandare alla disamina compiuta in A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., 282 ss., spec. in nota; sul punto si veda in ogni caso anche M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002, 133 ss.

³⁷ Cfr. in tal senso, in via generale, L.R. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 874-875.

procedimentale amministrativo e modello procedimentale giurisdizionale, nel senso chiarito dell'ottica della funzione. Il modello accolto in generale in ordine all'azione amministrativa, come visto, è infatti caratterizzato da una modalità partecipativa di stampo misto collaborativo e garantistica, ed è quindi differente rispetto a quello proprio del processo giurisdizionale, che deve considerarsi improntato ad un contraddittorio prettamente garantistico³⁸.

In tale quadro, si devono allora considerare anche i rimedi a dette pretese ascrivibili.

In generale, rispetto ad esse si tende ad ammettere la risarcibilità attinente alla violazione procedurale in sé; salvo aggiungersi, da parte degli autori più avvertiti, che ben difficile risulta la dimostrazione e la quantificazione di un danno siffatto. Per tale motivo, si auspica solitamente l'introduzione di rimedi particolari per le singole situazioni procedimentali lese³⁹.

Questi possono essere rimedi in forma specifica, come ad es. avviene per i rimedi tipici avverso il diniego di accesso, ora anche in relazione al c.d. accesso civico⁴⁰, ovvero – secondo un'opinione che poteva essere condivisibile al tempo in cui fu formulata, cioè prima che la l. n. 80/2005 riconducesse il rimedio all'alveo dell'azione di adempimento⁴¹ – per il ricorso avverso il silenzio. Possono anche essere rimedi per equivalente, attraverso la previsione di un indennizzo, come si verifica per il danno da mero ritardo, in forza del co. 1 *bis* dell'art. 2 *bis*, l. n. 241/1990, introdotto dalla l. n. 98 del 9 agosto 2013.

Una particolare considerazione meritano, in tale ambito, i rimedi concernenti le situazioni inerenti al contraddittorio, in relazione alla possibilità che la

³⁸ Cfr. *supra*, nota 32.

³⁹ Cfr. tra gli altri F. FRACCHIA, *Osservazioni in tema di misure cautelari di carattere dispositivo nel giudizio amministrativo*, in *Foro it.*, 1998, III, c. 312; ID., *Vizi formali, semplificazione procedimentale, silenzio-assenso e irregolarità*, in *Dir. econ.*, 2002, 451-453; M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche*, cit., pp. 455 e ss.; A. ROMANO TASSONE, *Vizi formali e vizi procedurali*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, Jovene, 2007, p. 232.

⁴⁰ Cfr. l'art. 5, co. 7 e 8, d.lgs. n. 33/2013, nonché il testo dell'art. 116 c.p.a. come dal medesimo d.lgs. n. 33/2013 modificato.

⁴¹ Ci si riferisce ad A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 246 e ss., che descriveva la situazione successiva alla presa di posizione del Cons. St., Ad. Plen., 9 gennaio 2002, n. 1, il quale aveva ritenuto che il ricorso avverso il silenzio, introdotto dalla l. n. 205/2000 attraverso l'inserimento dell'art. 21 *bis* della l. TAR, avesse ad oggetto unicamente il silenzio-inadempimento dell'Amministrazione e non potesse estendersi all'accertamento della fondatezza della pretesa, prima di essere sconfessato sul punto dalla modifica apportata dalla l. n. 80/2005 all'art. 2, l. n. 241/1990. Al riguardo, per la considerazione del ricorso avverso il silenzio nell'ambito dell'azione di adempimento si rimanda ad A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 105 e ss.; ID., *L'azione di condanna ad un fare. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, in A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*, cit., pp. 98-99, n. 91.

loro violazione sia idonea ad invalidare la decisione adottata. Viene in evidenza, in proposito, la norma di cui l'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, la quale, come noto, pone limiti all'annullabilità del provvedimento in relazione alla idoneità del vizio ad influire sulla determinazione del contenuto della decisione.

Ora, va detto che tale norma, lungi dal rappresentare un *vulnus* alle esigenze partecipative, come da più parti ritenuto, risulta invece idonea ad integrare, sotto un profilo strutturale, la regola propria della violazione del contraddittorio il cui modello procedurale sia improntato ad una modalità partecipativa di stampo collaborativo/garantistica, giacché l'invalidità del provvedimento, alla luce di tale disposizione, può essere posta *in diretta correlazione con la violazione del momento teleologico* che la partecipazione riveste nell'ambito del procedimento⁴².

Perché tale impostazione possa risultare accoglibile, tuttavia, deve potersi configurare una tutela autonoma di annullamento dell'atto in ordine alla violazione riferita, che partecipi dei caratteri propri del momento teleologico desumibile dal dato strutturale del modello di riferimento. Se così non fosse, se non fosse cioè configurabile una tutela di annullamento della decisione autonoma rispetto ai profili sostanziali a quest'ultima inerenti, lo svolgimento della funzione potrebbe sostanzialmente prescindere dall'esplicazione del momento partecipativo, che della funzione stessa rappresenta invece espressione.

A tal fine, riveste rilievo fondamentale la negazione della possibilità di procedere, in relazione ad essa, ad un'integrazione postuma della motivazione in giudizio da parte dell'Amministrazione.

La violazione del contraddittorio procedimentale, infatti, ancorché non rilevi in sé e per sé in ragione della natura e della struttura dello modello di contraddittorio considerato, ma vada riferita alla sua idoneità ad influire sul

⁴² Cfr. ampiamente A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., 220 ss., spec. 230-231, ove in particolare si è considerato che l'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, costituisce la *precisa modalità di esplicazione*, ai fini della valutazione dell'invalidità dell'atto, *della regola del raggiungimento dello scopo* delle garanzie procedurali nei procedimenti che esprimono una funzione sostanziale che si caratterizza nel senso descritto. In presenza di un rilievo teleologico della partecipazione in senso misto collaborativo-garantistico, infatti, lo 'scopo' che viene in questione non è quello che la partecipazione possa semplicemente avvenire, ma che essa possa avvenire al fine di esercitare un'effettiva influenza sul contenuto della decisione da adottare. Come tale, la modalità di esplicazione della regola del raggiungimento dello scopo, in questo caso, si declina in modo differente rispetto a quella che caratterizza l'applicazione della regola di cui all'art. 156, co. 3, c.p.c. nel processo civile, in ragione appunto del modello differente a cui quest'ultimo si deve ritenere faccia riferimento, un modello, cioè, ove il rilievo teleologico della partecipazione deve considerarsi essenzialmente garantista.

Sul punto cfr. anche quanto detto *supra*, in nota, in ordine all'espressione dei differenti modelli di contraddittorio.

contenuto sostanziale della decisione, non investe in pieno la situazione giuridica sostanziale del ricorrente laddove la forma di tutela non comporti la possibilità, per la P.A., di addurre motivi ulteriori, rispetto a quelli fatti valere nella motivazione dell'atto, al fine di escludere che il contenuto di quest'ultimo potesse essere in concreto differente. In questo modo, il vizio procedurale non perde la sua rilevanza all'interno della valutazione sostanziale dell'azione amministrativa, come invece necessariamente avverrebbe laddove fosse possibile portare alla cognizione del giudice un assetto di interessi alternativo non ricompreso negli elementi individuati nel quadro motivazionale della decisione⁴³.

Così ricostruita la violazione del contraddittorio, la valutazione del profilo sostanziale concerne soltanto l'influenza del vizio, come aspetto a quest'ultimo correlato in ragione del profilo teleologico della funzione; ed in questo senso dovrebbe essere quindi costruito l'oggetto del relativo giudizio⁴⁴.

La pretesa ad un procedimento in contraddittorio può in tal modo assumere la rilevanza di bene autonomo, distinto da quello sostanziale: quest'ultimo, infatti, se fatto valere attraverso la relativa domanda, se dunque portato ad oggetto del giudizio, consente (dovrebbe consentire) invece la possibilità di valutare la pretesa sostanziale al di fuori dei limiti degli elementi presi in considerazione nel procedimento, secondo un'impostazione più volte da chi scrive sostenuta⁴⁵.

Ciò che rileva è dunque la necessità di accogliere un'interpretazione della norma che non consenta, nel caso si voglia far valere la pretesa procedimentale al contraddittorio, di estendere la motivazione in giudizio; rispetto alla quale si viene peraltro a stemperare il riferimento all'attività vincolata ovvero discrezionale dell'Amministrazione, di cui alle due differenti proposizioni dell'art. 21 *oc-*

⁴³ Cfr. *Il contraddittorio*, cit., pp. 245 ss.

⁴⁴ Si impone dunque una considerazione dell'oggetto del giudizio in relazione all'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, per cui, in caso di vizio inerente al contraddittorio, esso non venga di fatto a consistere nella pretesa sostanziale del privato. Nel senso dell'estensione alla pretesa sostanziale cfr. invece, da ultimo, S. VACCARI, *Atti vincolati, vizi procedurali e giudicato amministrativo*, in corso di pubbl. su *Dir. proc. amm.*, 2019.

⁴⁵ Cfr. *L'azione di adempimento*, cit., 254 ss.; *L'azione di condanna ad un facere*, cit., pp. 123 ss.

Va rilevato che, in tal modo, il vizio procedurale che si fa valere deve essere considerato in relazione di condizionamento rispetto alla ulteriore ed eventuale domanda concernente la pretesa sostanziale, ché, altrimenti, se ne verificherebbe necessariamente la perdita di rilievo rispetto a quest'ultima (cfr. *Il contraddittorio*, cit., 246-247). La prospettiva adottata può considerarsi simile a quella stabilita in ordine al vizio di incompetenza da parte di Cons. St., ad. plen., n. 5 del 27 aprile 2015, ancorché va detto come tale sentenza abbia invero negato l'applicabilità della medesima regola dell'assorbimento ad una censura di carattere sostanziale rispetto al vizio relativo alla comunicazione di avvio del procedimento.

ties, co. 2, l. n. 241/1990, in ragione del fatto che la vincolatezza è elemento che deve comunque essere valutato in concreto.

Può, poi, ulteriormente aggiungersi che, se il rimedio in esame non si ritiene sufficiente al fine di evitare comportamenti elusivi da parte dell'Amministrazione, come solitamente viene denunciato, la strada è quella di prevedere un rimedio particolare; il quale, in forma specifica, potrebbe in via generale essere individuato in una generalizzazione del ricorso in opposizione per il caso di violazione del contraddittorio, così da lasciare all'interessato la possibilità di scegliere se ripristinare il contraddittorio in sede procedimentale o instaurare il ricorso giurisdizionale⁴⁶.

4. (segue) Differenti modelli strutturali

Si è visto, quindi, come la caratterizzazione delle situazioni giuridiche procedurali dipenda dal relativo modello procedimentale in quanto riferibile alla funzione sostanziale nel senso chiarito, nel senso, cioè, di un rilievo contenutistico della funzione che viene in considerazione in quanto si impone su un piano strutturale. In ordine all'analisi delle situazioni procedurali, si è quindi considerata una connotazione della funzione che prenda le mosse dal rilievo teleologico attribuito alla partecipazione, che si venga come tale ad imporre, sotto il profilo strutturale, sia sul versante organizzativo sia in relazione alle modalità di esplicazione del contraddittorio.

Nel paragrafo precedente, il riferimento è stato al modello generale dell'attività amministrativa, ma, come è ovvio, differenti modelli si possono venire a configurare in ragione di un diverso declinarsi dei caratteri appena considerati.

⁴⁶ Cfr. quanto detto ne *Il contraddittorio procedimentale*, cit., pp. 255 e ss., ove si è anche aggiunto come non si vede quale altra utilità potrebbe ricavarsi da un rimedio (peraltro, ormai del tutto desueto) come quello in esame, rivolto alla medesima autorità che ha emanato l'atto, se non quella di permettere un contraddittorio che era altrimenti mancato.

Nel senso descritto nel testo, di fronte ad una violazione del contraddittorio la parte avrebbe quindi a disposizione due rimedi: uno volto a ripristinare il contraddittorio mancato, dinnanzi allo stesso organo che ha emesso la decisione, l'altro volto a denunciare la sua violazione, che in tanto rileva in quanto potenzialmente influente sulla determinazione amministrativa. Si avrebbe, in altri termini, un rimedio amministrativo, per cui il contraddittorio può essere recuperato direttamente all'interno della realtà procedimentale, e un rimedio giurisdizionale, che si pone invece nel senso dell'integrazione tra procedimento e processo, senza che tuttavia ciò possa comportare in ogni caso la sostituzione del contraddittorio processuale a quello procedimentale.

Un rimedio per equivalente potrebbe invece consistere, per particolari violazioni, nella previsione della corresponsione di un indennizzo al verificarsi di determinati presupposti (similmente a quanto avviene con il silenzio), su cui tuttavia potrebbero nutrirsi perplessità in ordine alla sua opportunità generale.

In questo senso, può essere utile richiamare nuovamente l'art. 6 CEDU, quale canone generale di relazione tra procedimento amministrativo e processo giurisdizionale nella complessiva valutazione del principio della giusta determinazione del diritto/giusta irrogazione della sanzione per le situazioni di diritto amministrativo. In proposito, riprendendosi un'autorevole categorizzazione dottrinale⁴⁷, è stato infatti possibile a chi scrive considerare come il sistema della CEDU, nella garanzia procedurale di cui all'art. 6, consenta di porre il rapporto tra realtà processuale e realtà procedimentale in termini sia di *alternatività* sia di *integrazione* dell'una rispetto all'altra⁴⁸.

Oltre quindi al modello dell'integrazione, che caratterizza il modello generale dell'azione amministrativa, ove come visto non vi è necessità che la pienezza delle garanzie sia assicurata nel corso del procedimento, può aversi un modello in cui il procedimento amministrativo, in sé considerato, sia rispettoso delle prescrizioni di cui all'art. 6 CEDU, cosicché, in questo senso, possa essere considerato alternativo al processo giurisdizionale⁴⁹; si precisa, solo in questo

⁴⁷ Ci si riferisce all'impostazione di M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 1427 e ss.

⁴⁸ A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., pp. 149 e ss.

⁴⁹ È considerazione comune che, infatti, – si badi, ai soli fini CEDU – non essendo assicurato in via generale un doppio grado di giudizio (cfr. *ex multis* quanto stabilito dalla Corte europea in *Delcourt v Belgium*, 17 gennaio 1970, par. 25), salvo quanto previsto dall'art. 2, Prot. addiz. VII CEDU in materia penale, neppure sarebbe necessario un successivo rimedio giurisdizionale, laddove il procedimento dinanzi ad un'autorità amministrativa sia, in sé, rispettoso dei canoni di cui all'art. 6 CEDU.

Da ultimo, un'interessante ricostruzione alternativa a tale ordine di idee è stata sostenuta da F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo*, cit., 258 ss., spec. 270 ss., la quale ha ritenuto che la necessità di un rimedio giurisdizionale, anche a fronte di un procedimento amministrativo ipoteticamente rispettoso, in sé, dei canoni di cui all'art. 6 CEDU, sarebbe riscontrabile anche in ambito europeo-convenzionale: ciò in forza dell'art. 13 CEDU, che stabilisce il diritto ad avere un rimedio interno effettivo avverso la violazione di un diritto garantito dalla Convenzione. Tale interpretazione si basa sulla considerazione che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha dato ai rapporti tra l'art. 6 e l'art. 13 CEDU in ordine alla violazione della ragionevole durata del processo. Nella giurisprudenza europeo-convenzionale, infatti, l'art. 6 CEDU è sempre stato considerato norma speciale rispetto all'art. 13, in quanto il suo specifico contenuto rimediabile assorbirebbe in sé quello di cui a quest'ultima disposizione; tuttavia, tale approccio, come è noto, ha subito una deroga per quanto concerne la violazione della prescrizione della ragionevole durata del processo (prescrizione contenuta nell'art. 6, par. 1, CEDU), rispetto alla quale la Corte ha considerato come la mancata previsione di un rimedio interno, attraverso il quale far previamente valere la violazione, costituirebbe una violazione dell'art. 13 (cfr. *Kudla v Poland*, 26 ottobre 2000, parr. 146 ss.). Rispetto a tale impostazione, P.A. richiamata ritiene allora che l'art. 13 dovrebbe interpretarsi, in generale, nel senso di imporre che gli atti non giurisdizionali potenzialmente violativi delle garanzie convenzionali debbano poter essere contestati attraverso un rimedio effettivo, che si avrebbe appunto con la possibilità del successivo sindacato giurisdizionale; ciò che non implicherebbe,

senso, giacché le garanzie di tutela giurisdizionale previste dagli artt. 24 e 113 Cost. non consentirebbero comunque di impedire il successivo ricorso al giudice⁵⁰.

Sotto tale profilo, può dirsi dunque che in quei casi in cui l'ordinamento esprime un modello che, sotto il profilo teleologico che viene in rilievo ai nostri fini, sia in sé considerato improntato al rispetto della garanzia europeo-convenzionale del giusto processo, allora rispetto ad esso si dovrà valutare il dato strutturale che caratterizza la funzione, e le sue implicazioni, quali in particolare quelle concernenti le situazioni giuridiche procedimentali.

Queste ultime, lo si è visto, si vengono infatti a declinare, appunto, in ordine alla funzione in relazione alla quale si esprimono, e, come tali, presentano

tuttavia, la generale previsione anche di un doppio grado di giurisdizione (che come visto la giurisprudenza della Corte europea in generale esclude). Ora, ancorché non possa negarsi che un sindacato successivo possa in generale essere utilizzato al fine di sopperire a violazioni contingenti del contraddittorio, a noi sembra che, accedendosi all'impostazione descritta, per cui detto rimedio sarebbe in ogni caso necessario ai sensi dell'art. 13, essa dovrebbe poi finire per applicarsi anche al rapporto tra i gradi del processo giurisdizionale. In effetti, pare potersi ritenere che, a differenza della violazione della ragionevole durata del processo, che è in qualche modo *esterna* rispetto al processo stesso (ed in tal senso rende più semplice il riferimento all'art. 13 CEDU: cfr. *Kudla v Poland*, cit., par. 154), ritenere applicabile l'art. 13 anche per una mancanza *interna* al processo (una mancanza, quindi, astrattamente idonea ad incidere sulla decisione), ed utilizzare di fatto in questo senso la compensazione *ex post* (anche quando, cioè, il procedimento risulta nella sua struttura rispettoso dell'art. 6 CEDU, al solo fine di far valere possibili mancanze che si sono in concreto verificate nel singolo procedimento), renderebbe necessaria in ogni caso l'astratta possibilità della compensazione stessa, che in ambito giurisdizionale avverrebbe appunto attraverso la predisposizione vari gradi di giudizio. La soluzione dovrebbe quindi valere, senza distinzioni, sia per i vari gradi del processo giurisdizionale sia per il rapporto tra procedimento amministrativo e processo giurisdizionale, identica essendone la *ratio*. Ciò però si presta all'obiezione che la conclusione appena riferita è proprio quanto la Corte europea esclude, non ritendo, come detto, imposto dalla Convenzione il doppio grado di giudizio.

⁵⁰ Si intende che dette previsioni impediscono in ogni caso un modello basato sull'alternatività-obbligatorietà, in relazione al quale, cioè, non sia possibile adire l'autorità giudiziaria, mentre l'alternatività-facoltatività, cioè un'alternatività che si basi su una scelta dei soggetti coinvolti, si ritrova nel caso del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (e su questa base, cioè quella della facoltatività per le parti, si è giustificata la compatibilità costituzionale dell'alternatività; cfr. Corte cost., n. 148 del 29 luglio 1982), anche nel quadro attuale, qualora non si ritenga che, dopo la riforma intervenuta ad opera della l. n. 69/2009, il ricorso straordinario abbia assunto carattere giurisdizionale, ma si propenda invece per la sua qualifica di rimedio giustiziale in senso proprio (cfr. quanto detto in A. CARBONE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica come rimedio giustiziale alternativo alla giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 54 ss.). Nell'accezione ora utilizzata, ad ogni modo, l'alternatività si riferisce al suo rilievo come rimedio in rapporto a quello giurisdizionale (come tale, essa si contrappone alla cumulatività, anch'essa declinabile nel senso dell'obbligatorietà o della facoltatività, come nel caso del ricorso gerarchico rispettivamente prima e dopo l'entrata in vigore della l. TAR). Altro è il problema, nel caso del ricorso straordinario, della correlazione con l'alternatività nel senso del rispetto in sé delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU (su cui si rimanda a quanto detto ne *Il contraddittorio*, cit., 187-188 e 198).

caratteri diversi a seconda del modello di riferimento. Così, in particolare, per quanto concerne le conseguenze della violazione delle regole del contraddittorio, il differente profilo teleologico concernente la partecipazione non renderebbe applicabile l'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990 nel modello che viene ora in esame.

Occorre allora considerare quando possa dirsi che l'ordinamento esprima detto modello, anticipando sin da subito come un ruolo fondamentale giochi in tal senso l'assetto organizzativo dell'organo decidente.

In proposito, un particolare rilievo assume la rivalutazione che si è verificata in ordine a quella che viene definita attività amministrativa contenziosa e al correlato concetto di decisione⁵¹, la quale, se originariamente venne legata al generale svolgimento dell'attività in contraddittorio con i soggetti interessati in ordine alla soluzione di un generico conflitto di interessi⁵², è stata successivamente riferita ai ricorsi amministrativi⁵³, per essere da ultimo ricondotta ad un'attività di decisione della lite a cui siano estranei fini ulteriori se non quello di assicurare giustizia da parte di un soggetto indipendente dall'Amministrazione la cui attività è oggetto del giudizio (soggetto neutrale)⁵⁴. In questa ricostruzione, i due elementi, teleologico e strutturale, risultano strettamente connessi tra loro: in tanto l'attività è qualificabile come contenziosa in

⁵¹ Cfr. *Il contraddittorio*, cit., pp. 49 e ss. e pp. 184 ess., ed ivi anche i riferimenti sulle diverse tesi riferibili al concetto di amministrazione contenziosa e di decisione.

L'evoluzione riferita segue lo sviluppo della procedimentalizzazione dell'azione amministrativa, e l'estensione in via generale del contraddittorio procedimentale nei termini in cui si è verificata con la l. n. 241/1990. Si è infatti avuto modo di rilevare come tale fenomeno abbia portato, nella sostanza, ad un'emersione ed una netta separazione di due accezioni riferibili alla decisione. Quando, cioè, si è giunti alla generale concezione del procedimento in contraddittorio secondo i canoni statuiti dalla legge generale del procedimento (quindi, ad una generale costruzione del procedimento su un modello in senso lato contenzioso), si è abbandonato il riferimento della decisione ad un'attività genericamente contenziosa: da un lato si è iniziato in dottrina a cercare di identificare un'attività giustiziale in senso stretto, svincolandola dal legame con la funzione di amministrazione attiva, e ad essa si è rapportato il concetto di decisione; dall'altro sono riemerse le tesi volte a considerare la decisione amministrativa in termini unitari, valorizzandosi il momento di determinazione della scelta, secondo la concezione della decisione fatta propria da Ledda, di cui si è ricordato *supra*, nel testo e in nota.

⁵² In questo senso si veda l'impostazione di M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, cit., pp. 36 e ss. e 49 e ss.; ID., *Decisioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 810 e ss., spec. p. 812.

⁵³ A. TRAVI, *Decisione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Torino, UTET, 1989, 524 ss.; F. MERUSI, G. TOSCANO, *Decisioni amministrative*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, Treccani, 1989, pp. 1 e ss.

⁵⁴ Cfr. A. PAJNO, *Amministrazione giustiziale*, in *Enc. giur.*, II, Roma, Treccani, 2000, pp. 9 e ss.; M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, Bologna, BUP, 2007, pp. 98 e ss.; M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2012, 33 ss.

senso proprio, cioè diretta unicamente ad assicurare giustizia, in quanto l'autorità procedente sia connotata dal carattere della neutralità; ché, se così non fosse, se cioè non si fosse al cospetto di un'autorità "neutrale", l'attività di questa sarebbe necessariamente volta alla cura di un interesse ulteriore rispetto a quello meramente giustiziale⁵⁵.

Ora, risulta evidente che, per tale via, si addivene ad una concezione di attività giustiziale che si collega direttamente al profilo strutturale del modello procedimentale. Tale profilo strutturale deve essere da noi valutato nel senso che si è già avuto modo di descrivere, considerando, cioè, il rilievo teleologico della partecipazione che emerge dal modello strutturale di riferimento, così da poterlo correlare con la declinazione delle situazioni giuridiche di carattere procedimentale.

Il rilievo strutturale relativo all'organo decidente va dunque strettamente collegato con gli aspetti di ordine teleologico che caratterizzano il modo con cui le parti si relazionano nello svolgimento dell'attività; l'emersione del piano teleologico dell'attività sul piano strutturale della funzione, ai fini che qui interessano, non può infatti che passare, è evidente, per la considerazione dell'assetto organizzativo relativo allo svolgimento della funzione stessa.

Se, a tal fine, si tiene presente quanto considerato in ordine al ruolo che l'art. 6 CEDU riveste in proposito, può allora concludersi nel senso che la qualificazione di un procedimento come giustiziale derivi dalla conformità dello stesso, in sé considerato, a detta norma, sia in relazione alla struttura dell'autorità decidente, nel senso appena chiarito, sia con riguardo alle modalità di esplicazione della funzione.

⁵⁵ La considerazione del legame tra profili teleologici e profili strutturali della funzione in ordine al rilievo della neutralità dell'attività si riscontra nella tradizionale ricostruzione di A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, ora in *Scritti giuridici*, II, Napoli, Jovene, 1990, pp. 261 e ss. In particolare l'illustre A. riconosceva la definizione di attività neutrale a quelle attività decisorie in cui l'autorità amministrativa decidente non fosse parte della contesa o non si trovasse in un rapporto di gerarchia o quasi-gerarchia con una delle parti. Nondimeno, la qualificava come neutralità impropria, in quanto questa si esaurirebbe nell'ambito e nelle finalità proprie della pubblica Amministrazione; ciò, a sua volta, si ricaverebbe dalla configurazione che di detta attività ne dà l'ordinamento, sottoponendo le relative decisioni al sindacato giurisdizionale. Si dovrebbe, invece, riconoscere il carattere di neutralità piena ed assoluta a quelle attività che, da un lato, provengano da un organo in posizione di indipendenza, e che, dall'altro, in diretto collegamento con tale provenienza, si collochino in una posizione di estraneità e di indifferenza assoluta rispetto agli interessi al cui regolamento l'attività stessa è diretta (viene fatto l'esempio dell'attività consultiva del Consiglio di Stato e quella di controllo della Corte dei conti). All'interno di tale seconda categoria, l'unico criterio valido nel nostro ordinamento per identificare l'attività giurisdizionale sarebbe quello, di carattere formale-strutturale, concernente la forza dei relativi atti, i quali non possono essere revocati o modificati o comunque dichiarati illegittimi se non mediante altre pronunce giurisdizionali.

In tale quadro ricostruttivo, una posizione di primo piano rivestono le Autorità amministrative indipendenti. Il canone che esse esprimono, in ragione del ruolo che viene loro assegnato nel complessivo assetto dell'ordinamento, si ripercuote infatti sul relativo modello strutturale della funzione, sotto i diversi profili ad esso attinenti. Il punto è allora quello di valutare quando questo canone si venga a caratterizzare in modo tale da inserirsi compiutamente nel modello strutturale ora in esame, e, come tale, richieda il rispetto, integralmente già nella fase amministrativa, delle garanzie della CEDU, senza il ricorso alla successiva compensazione nella fase giurisdizionale.

In proposito può essere utile ricordare la vicenda si è verificata in ordine alla CONSOB. In quell'ipotesi il legislatore nazionale aveva esercitato un'esplicita scelta per un modello prettamente garantistico di irrogazione delle sanzioni, con una netta separazione tra l'organo istruttore e l'autorità decidente, prevedendo che «*il procedimento sanzionatorio è retto dai principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie*»⁵⁶. Tale scelta, tuttavia, è risultata disattesa dalla stessa CONSOB in sede di attuazione della normativa attraverso l'adozione del proprio regolamento procedurale. Come noto, infatti, la Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Grande Stevens* ha riscontrato la non conformità all'art. 6 CEDU di detto regolamento, in relazione a taluni profili concernenti il contraddittorio, tra cui la mancanza di una piena separazione strutturale tra organo investigativo e organo decidente. La Corte ha pure affermato, tuttavia, come tale circostanza non comportasse automaticamente anche la violazione della norma europeo-convenzionale richiamata, purché, come da suo costante insegnamento giurisprudenziale, al procedimento dinnanzi all'autorità amministrativa seguisse un successivo sindacato dinnanzi ad un'autorità giurisdizionale che rispettasse le garanzie di cui allo stesso art. 6⁵⁷.

Il Consiglio di Stato, successivamente adito in merito alla medesima vicenda, ha potuto così sostenere che la non rispondenza del procedimento di irrogazione di una sanzione CONSOB ai canoni dell'art. 6 CEDU, rilevata dai

⁵⁶ Artt. 187 *septies*, co. 2, e 195, co. 2, TUF. La stessa previsione si ritrova solitamente nelle normative che riguardano le Autorità amministrative indipendenti (cfr. ad es. l'art. 45, co. 6, d.lgs. n. 93 del 1° giugno 2011 sull'ARERA, ecc.). In relazione all'AGCM, peraltro, l'art. 10, co. 5, l. n. 287/1990, considera la regolamentazione delle «*procedure istruttorie che garantiscono agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio e la verbalizzazione*», senza riferimento alla separazione di funzioni istruttorie e decisorie, e le relative attività trovano poi disciplina nella stessa l. n. 287/1990, agli artt. 12 ss., e nel d.p.r. n. 217 del 30 aprile 1998, adottato appunto in forza dell'art. 10, cit.

⁵⁷ *Grande Stevens v Italy*, 4 marzo 2014, che ha comunque dichiarato la violazione dell'art. 6 CEDU in ragione dell'assenza di un'udienza orale nella fase giurisdizionale.

giudici di Strasburgo, non integrava, di per sé, una violazione di tale norma, ben potendo le garanzie convenzionali essere rispettate attraverso il successivo sindacato giurisdizionale⁵⁸. Tuttavia, poiché la normativa interna stabiliva prescrizioni precise in ordine ai principi a cui la struttura del procedimento sanzionatorio deve conformarsi, il relativo regolamento non poteva comunque considerarsi legittimo⁵⁹.

In ragione della disciplina legislativa richiamata, anche in assenza di una violazione della Convenzione, il procedimento di irrogazione delle sanzioni doveva dunque essere strutturato secondo i canoni di un contraddittorio prettamente garantistico. In questo quadro, in presenza cioè di una statuizione legislativa che prescrive questo tipo di contraddittorio, l'art. 6 CEDU, a ben vedere, risulta allora idoneo a svolgere una funzione interpretativa integratrice, nel senso che fornisce di fatto il canone di confronto per valutare la rispondenza della normativa regolamentare ai principi enunciati dalla legge.

Degli aspetti di criticità che emergevano in ordine alla CONSOB nella pronuncia *Grande Stevens*, va detto, peraltro, che la considerazione del profilo strutturale concernente il rapporto che intercorre tra organo inquirente e orga-

⁵⁸ Cons. St., Sez. VI, 26 marzo 2015, nn. 1595 e 1596, ove il giudice amministrativo era stato adito da un'impresa sottoposta a procedimento sanzionatorio da parte della CONSOB al fine di far rilevare l'illegittimità della procedura a cui era assoggettata per violazione dell'art. 6 CEDU, come riscontrata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella pronuncia *Grande Stevens*. Ha ritenuto allora il Consiglio di Stato che la compensazione offerta dalle garanzie della fase processuale non costituirebbe «una sorta di sanatoria postuma dell'illegittimità non consentita dall'ordinamento italiano»; la prospettiva da cui parte la giurisprudenza europeo-convenzionale sarebbe infatti differente: «non vi è alcun obbligo di estendere le garanzie del giusto processo alla fase amministrativa. La fase amministrativa eventualmente priva delle garanzie del giusto processo giurisdizionale non deve, pertanto, essere considerata ontologicamente illegittima: essa è soltanto inidonea a soddisfare già nella fase amministrativa le garanzie di tutela di cui all'art. 6, par. 1, della CEDU». Cfr. in proposito quanto già affermato *supra*, in nota, in ordine al rilievo della compensazione *ex post* nell'ambito del diritto europeo-convenzionale.

⁵⁹ Lo stesso Consiglio di Stato, nelle sentt. nn. 1595-1596/2015, ha infatti reputato illegittima la disciplina del procedimento sanzionatorio contenuta nel regolamento CONSOB, delib. n. 15086 del 21 giugno 2005, perché essa «sebbene non presenti direttamente profili di contrasto con l'art. 6, par. 1, CEDU, né con gli artt. 24 e 111 Cost., non risulta, tuttavia, conforme ai principi del contraddittorio, della piena conoscenza degli atti e della distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie che, con specifico riferimento ai procedimenti sanzionatori di competenza della Consob, sono espressamente richiamati dalla legge nazionale (in particolare dagli artt. 187-septies e 195 T.U.F. e nell'art. 24 della legge 28 dicembre 2005, n. 262 ...)», sulla base, cioè, di un principio del contraddittorio improntato ad un modello procedimentale prettamente garantistico, fatto proprio dal legislatore nazionale nel delineare i principi a cui la CONSOB si sarebbe dovuta attenere nell'adozione della disciplina relativa al proprio procedimento sanzionatorio. Nel senso che il regolamento della CONSOB avrebbe dato comunque luogo alla violazione della disciplina legislativa interna si erano già espressi V. ZAGREBELSKY, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1199; M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi CEDU*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p.1063.

no decidente, e quindi l'esplicarsi in maniera piena del contraddittorio c.d. orizzontale (tra le parti in rapporto alle loro posizioni), è questione comune al modello delle Autorità indipendenti, e che ha interessato, in particolare, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, la cui mancanza di separazione tra i relativi organi è stata da più parti denunciata⁶⁰.

In particolare, tale aspetto si è da ultimo rivelato scriminante al fine di negare, da parte della Corte costituzionale, la possibilità di considerare l'AGCM quale soggetto deputato a sollevare questione di legittimità costituzionale⁶¹.

In proposito, la Corte ha infatti stabilito che requisito per poter rivestire la qualità di giudice *a quo*, nell'ambito del procedimento incidentale di costituzionalità delle leggi, è la terzietà dell'organo decidente, anche a prescindere dall'incardinamento di esso in un ordine giudiziario. Nel caso dell'Autorità antitrust questo requisito tuttavia mancherebbe, in ragione della circostanza che la legittimazione ad essere parte nel giudizio amministrativo, riconosciuta all'Autorità (sia in veste di parte resistente sia, da ultimo, come parte ricorrente⁶²), contrasta con l'estraneità alla definizione della situazione sostanziale che un organo terzo dovrebbe possedere. La legittimazione, sottolinea la Corte, spetta infatti all'Autorità, e non ai suoi uffici inquirenti, non potendosi riscontrare, tra detti uffici e il Collegio giudicante, quella netta separazione che consentirebbe di ravvisare, in capo a quest'ultimo, la terzietà necessaria ai fini dell'ammissibilità a sollevare questione di legittimità costituzionale.

⁶⁰ Sulle possibili criticità concernenti la rispondenza del procedimento sanzionatorio dell'AGCM alle prescrizioni di cui all'art. 6 CEDU si veda *ex multis* F. CINTIOLI, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, cit., pp. 515 e ss.

⁶¹ Corte cost., 31 gennaio 2019, n. 13, che si è espressa in ordine alla possibilità, appunto, di considerare giudice *a quo* l'AGCM in relazione ad un procedimento volto ad accertare la sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza in violazione della relativa normativa. In relazione all'ordinanza di rimessione si vedano in particolare i commenti di G. MAZZANTINI, M.C. MARZOCCA, *Legittimazione dell'Autorità quale giudice a quo di fronte alla Corte costituzionale e alla Corte di Giustizia europea*, in *Osservatorio AIC*, 2018; M. CLARICH, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come 'giudice a quo' nei giudizi di costituzionalità*, in *Federalismi.it*, 2018; G. DI PLINIO, *L'Antitrust alle porte della Consulta e il futuro della costituzione economica*, *ivi*; M. DE VITA, *Relazioni tra l'articolo 8 l. 287/90 e l'articolo 106 TFUE nell'Ordinanza 1/18 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, *ivi*; A. FERRARA, *L'Autorità antitrust alla ricerca di un dialogo con la Corte costituzionale*, *ivi*; L. CASSETTI, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e le vie dell'accesso al giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale*, *ivi*; M. RIDOLFI, *L'indipendenza dell'Agcm alla luce dell'ordinanza n. 1 del 3 maggio 2018*, *ivi*; S. STAIANO, *Essere giudice "a limitato fine". Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, *ivi*; F. APERIO BELLA, *"Ceci n'est pas une note de jurisprudence": riflessioni critiche a margine del tentativo dell'Agcm di farsi giudice a quo*, in *Dir. e soc.*, 2018, pp. 281 e ss.

⁶² Sulla legittimazione dell'AGCM a proporre ricorso dinanzi al giudice amministrativo, di cui all'art. 10 *bis*, l. n. 287/1990, si rimanda ad A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati e legittimazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Conc. merc.*, 2018, ed *ivi* i relativi riferimenti.

La possibilità di essere parte in giudizio, derivante dalla mancata completa separazione degli organi, risulta dunque rivestire carattere scriminante, secondo quanto già considerato in giurisprudenza⁶³, in ordine alla considerazione di organo decidente terzo rispetto alle parti, e quindi alla qualifica di giudice *a quo*. È quindi sulla base di questo elemento, un elemento, cioè, di carattere prettamente strutturale, rilevante in ordine all'effettiva esplicazione del rapporto tra le parti e l'organo decidente, che vi è (pur soltanto ai fini della legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale) la qualificazione di detto organo in ordine alla valutazione della funzione espletata.

Viene anche aggiunto, da parte della Corte costituzionale, che tale assetto dell'AGCM riflette la natura del potere ad essa attribuito: di questo, infatti, si riconosce il carattere discrezionale⁶⁴, riferito alla circostanza che l'autorità sia portatrice, al pari delle altre Amministrazioni, di un interesse pubblico specifico⁶⁵. Ciò giustificerebbe un contraddittorio, ancorché più intenso, comunque di natura verticale, confrontandosi il privato con un soggetto che, nell'irrogazione della sanzione, in quanto titolare di un ben definito interesse pubblico, non è in posizione di parità⁶⁶.

⁶³ Viene richiamata la giurisprudenza che, in ordine al Consiglio Nazionale Forense, ha escluso la sua qualità di parte in giudizio in ragione della sua terzietà: Cass., Sez. I, 21 maggio 2018, n. 12461; Sez. Un., 24 gennaio 2013, n. 1716; Corte giust. UE, 17 luglio 2014, in causa C-58/13, *Torresi*. E quella, opposta, che ha considerato il Garante della privacy parte in giudizio al fine di far valere lo stesso interesse pubblico di cui è portatore: Cass., sez. I, 20 maggio 2002, n. 7341.

⁶⁴ La questione della natura discrezionale o meno dell'attività svolta dalle Autorità amministrative indipendenti, e dall'AGCM in particolare, è stata oggetto di ampio dibattito in dottrina: è noto infatti che a fronte della tesi per cui il potere esercitato da detta Autorità non sarebbe caratterizzato da profili di discrezionalità (cfr. in particolare F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, pp. 181 e ss.; F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, *ivi*, 2008, pp. 257 e ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bianco e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 94 e ss., ma già ID., *Per uno studio sui poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, pp. 87 e ss.; C. MALINCONICO, *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 42; L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, *ivi*, 55 ss.) si contrappone l'impostazione di chi vede i profili di tecnicità uniti a quelli di discrezionalità (F. CINTIOLI, *Potere amministrativo, tecnica e mercato*, cit., pp. 372 e ss.) o di chi vi ravvisa una discrezionalità in senso proprio (tra gli altri A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 127 e ss. e pp. 245 e ss.; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 240 e ss.).

⁶⁵ Corte cost., n. 13/2019, cit., secondo cui «*la veste processuale di parte riflette, del resto, la natura del potere attribuito all'Autorità: una funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco. Essa, infatti, al pari di tutte le amministrazioni, è portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato (artt. 1 e 10 della legge n. 287 del 1990), e quindi non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale.*».

⁶⁶ In ordine alla questione concernente il rilievo del profilo teleologico con riferimento alle sanzioni amministrative, anche in relazione alla giurisprudenza della Corte europea dei

Quest'ultimo rilievo deve essere considerato secondo l'impostazione a cui in questa sede si accede. In questo senso, esso va inteso come valutazione di conformità al profilo costituzionale del rilievo teleologico che, in ordine all'attività antitrust, trova espressione nel modello strutturale della funzione previsto dalla relativa disciplina positiva. In tal modo riceve quindi giustificazione, sul piano costituzionale, l'assetto organizzativo proprio dell'AGCM; riceve, cioè, giustificazione un modello di funzione che, nell'ambito dell'attività a cui si fa riferimento, si caratterizza per la mancanza di indifferenza e neutralità in capo all'autorità a cui la funzione stessa è attribuita, quale conseguenza della sua struttura organizzativa.

Le considerazioni effettuate in ordine alla connotazione della funzione rivestono rilievo sotto il profilo che qui interessa, cioè quello delle situazioni giuridiche di carattere procedimentale, giacché esso risulta direttamente correlato, come già ripetuto, al profilo teleologico che il relativo modello procedurale, fatto proprio dall'ordinamento, esprime in termini strutturali. Dalla considerazione strutturale della funzione, come riferita, si deve ricavare infatti l'effettivo declinarsi di dette situazioni, quale espressione del corrispondente modello partecipativo.

Quanto alla caratterizzazione dell'attività come discrezionale o meno, quindi al contenuto dell'attività, essa deve rapportarsi comunque alla struttura della funzione, cioè, sotto questo aspetto, al modello decisorio proprio dell'attività amministrativa, in particolar modo in relazione alla sua possibile qualificazione come attività di accertamento. Come tale, però, la stessa può al limite avere rilievo in ordine al contenuto delle situazioni giuridiche sostanziali coinvolte nell'esercizio del potere, piuttosto che in relazione ai caratteri propri delle situazioni prettamente procedurali, di cui in questa sede ci si sta occupando.

5. Cenni (non) conclusivi e spunti per il proseguo dell'indagine

Molte sarebbero le implicazioni e le conseguenze che dalle considerazioni effettuate potrebbero trarsi in merito al rapportarsi tra procedimento amministrativo e processo giurisdizionale. Pur tuttavia, si ritiene che non occorra

diritti dell'uomo, si deve rimandare interamente a quanto riportato in A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., pp. 116 e ss., spec. in nota, e p. 142, n. 118. Da ultimo, per la rilevanza dei profili teleologici relativi alle sanzioni amministrative si è espresso S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Napoli, Edit. Scient., 2017, *passim*.

andare oltre nella nostra analisi. L'esame del legame che unisce organizzazione e funzione sotto un profilo strutturale può reputarsi infatti sufficientemente delineato ai fini che ci si era prefissati, ai fini, cioè, della sua generale considerazione in relazione al modo di declinarsi delle situazioni giuridiche di carattere procedurale, nel senso chiarito.

Le brevi riflessioni che in questa sede si è avuto modo di effettuare hanno infatti cercato di dimostrare la particolare declinazione delle situazioni giuridiche di carattere (prettamente) procedimentale in relazione al profilo strutturale della funzione, ponendo in evidenza come all'interno di detto profilo si debba considerare il rilievo teleologico idoneo ad influenzare la loro caratterizzazione.

Si ripete che quanto qui considerato rappresenta solo un aspetto di un più ampio discorso, che porta con sé necessariamente l'esame, da un lato, delle situazioni giuridiche di carattere sostanziale ricomprese nella vicenda concernente il potere; dall'altro, una più generale connotazione del modello strutturale riferibile alla funzione, per quanto concerne gli ulteriori elementi (qualificazione dell'attività effettuata, effetti della decisione, ecc.) nella loro declinazione nei diversi modelli presenti nell'ordinamento.

Su queste linee l'indagine dovrà dunque proseguire.

FLAMINIA APERIO BELLA

Dottore e assegnista di ricerca in Diritto amministrativo
presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre.
Abilitata alle funzioni di Professore di II fascia.
flaminia.aperio.bella@gmail.com

**I RIFLESSI DELL'ORGANIZZAZIONE SUL RAPPORTO TRA
LE ISTITUZIONI: L'AGCM QUALE GIUDICE *A QUO* DEL
GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE?**

**THE RELEVANCE OF THE ORGANIZATION THEORY IN
INSTITUTIONAL RELATIONSHIPS: *LOCUS STANDI* OF THE
ANTITRUST AUTHORITY IN THE CONSTITUTIONAL JUDGMENTS?**

SINTESI

L'articolo prende le mosse dall'ordinanza con cui l'AGCM, qualificandosi (per la prima volta) come autorità giurisdizionale "ai limitati fini" degli artt. 1, l. cost, n. 1 del 1948 e 23, l. n. 87 del 1953, ha sollevato questione di legittimità costituzionale in via incidentale della normativa sul notariato venuta in rilievo nell'ambito di un procedimento sanzionatorio da essa intrapreso. I passaggi della decisione in cui l'Autorità afferma la ricorrenza dei presupposti oggettivi e soggettivi della propria legittimazione quale giudice *a quo* e gli argomenti utilizzati dalla Consulta per respingere tale ricostruzione sono analizzati in chiave organizzativa, alla luce degli insegnamenti di teoria generale sulla distinzione tra giudice e amministrazione.

ABSTRACT

The essay stems from the decision of the Italian Antitrust Authority to raise (for the first time) an incidental question of constitutionality before the Italian constitutional Court during a proceeding leading to an infringement decision. The AGCM's decision stated that subjective and objective requirements of the legal standing to raise question of constitutionality are fulfilled. Dismissing the claim as inadmissible, because of the lack of *locus standi* of the Authority, Italian constitutional Court rejected those arguments. Both decisions will be analyzed in the perspective of general legal theory, focusing on the differences between judge and administration, pointing out the relevance of organization theory in institutional relationships.

PAROLE CHIAVE: Organizzazione amministrativa – Autorità amministrative indipendenti – Relazioni organizzative – Nozione di giudice – Legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale.

KEYWORDS: Administrative Organization – Authorities – Organizational Relationships – Notion of Judge – *Locus standi* in Constitutional Judgments.

INDICE: 1. Premessa; 2. Il caso da cui origina la rimessione; 3. La nozione di giudice in senso soggettivo: le argomentazioni dell’Autorità a confronto con le categorie tradizionali; 4. L’AGCM come giudice in senso oggettivo: analisi critica dell’ordinanza; 5. La soluzione della Consulta come dimostrazione della rilevanza dell’organizzazione nei rapporti tra le Istituzioni.; 6. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

L’organizzazione dei poteri è, in termini generalissimi, il mezzo principale per saldarli tra loro attraverso un sistema appropriato a renderli indipendenti dalla società e quindi a farli prevalere su di essa¹. Tutte le volte che un provvedimento normativo conferisca ordini, poteri e competenze, si dice, rinforza l’autorità, giacché la libera da impacci di scopi o contenuti nel formare la sua volontà, facendo prevalere il peso dello Stato sulla società.

La peculiare forma di organizzazione rappresentata dall’organizzazione amministrativa si connota per essere, per definizione, destinata alla cura concreta dell’insieme degli interessi pubblici² e si manifesta sotto due profili: nell’accezione statica, come “organizzazione-ente” (i.e. di struttura o apparato) e nell’accezione dinamica, come “organizzazione-attività”³.

¹ G. BERTI, *Interpretazione costituzionale, Lezioni di diritto pubblico*, 4°, Padova, Cedam, 2001, 192. Sui principi generali dell’organizzazione della p.A. DE VALLES, *Teoria giuridica dell’organizzazione dello Stato*, Padova, Cedam, 1931-1936; P. VIRGA, *L’organizzazione amministrativa*, Palermo, 1958; V. BACHELET, *Profili giuridici dell’organizzazione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1965; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968; G. PALEOLOGO, *Organizzazione amministrativa*, in *Enc. dir.*, XXXI, 1981, Milano, Giuffrè, 135 ss.; M.S. GIANNINI, *Organi (Teoria gen.)*, *ivi*, 37 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 15°, Napoli, Jovene, 1989, I, 214 ss..

² F.G. COCA, *I modelli organizzativi*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, I, Bologna, 2005, p. 359.

³ G. SCIULLO, *L’organizzazione amministrativa. Principi*, in F.G. Scoca, F.A. Roversi Monaco, G. Morbidelli (diretto da) *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, Giappichelli, 2013. Simile impostazione si trova in M. NIGRO, *L’azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato, A. Barbera, Bologna, Il Mulino, 1984, in cui si evidenzia come il profilo organizzatorio della funzione amministrativa debba essere inteso come afferente non solo i centri di provenienza e di imputazione dell’attività amministrativa, ma anche il modo stesso di svolgimento di questa attività, giungendo alla definizione della nozione di amministrazione come nozione “indissolubilmente” strutturale e strumentale; nonché in C. FRANCHINI, *L’organizzazione*, in S. Cassese (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 2003, 251, in cui si legge che la locuzione “organizzazione amministrativa” ha due significati distinti descrivendo, da un lato, il complesso dei soggetti e delle strutture che svolgono attività di pubblica amministrazione, dall’altro, l’esercizio della funzione organizzativa dei pubblici poteri, con valorizzazione dei suoi caratteri funzionali e dinamici. In G. PALEOLOGO, *Organizzazione amministrativa*, cit., 135, si dà conto che all’interno

La dottrina che ha fatto dell'organizzazione una chiave di lettura e di comprensione del sistema amministrativo, ha ricondotto a tale nozione istituti profondamente diversi, come le nozioni di organo e ufficio, il procedimento amministrativo, nonché il potere e le situazioni relazionali come la competenza e l'autonomia⁴. Tutti questi elementi, evidentemente difformi secondo l'usuale descrizione dei fenomeni pubblici, divengono riconducibili a una matrice comune postulando una nozione composita di organizzazione⁵.

L'intuizione trova riscontro dal dettato costituzionale, che, all'art. 97, consente un "congiungimento" tra organizzazione e attività, pur senza realizzare un assorbimento della seconda nella prima. L'impostazione è efficacemente compendiata dall'affermazione che l'atto non è che organizzazione passata e l'attività è organizzazione in movimento, organizzazione presente⁶.

Il ragionamento si carica di ulteriori implicazioni quando impone di valorizzare le interazioni tra più figure soggettive, i.e. il profilo esterno dell'organizzazione⁷.

dell'ordinamento possono riscontrarsi norme di organizzazione-istituzionalizzazione e norme di organizzazione dell'attività di diretto perseguimento dei fini, per poi ridurre il campo di indagine esclusivamente alla prima accezione di organizzazione.

⁴ All'organizzazione amministrativa sono ricondotti «in varie combinazioni, varie figure e vari concetti: l'ufficio e l'organo, ed in genere le strutture abitualmente collegate con la persona giuridica; l'attività nel momento del suo formarsi, ed in special modo il procedimento; il potere e le situazioni relazionali come la competenza e l'autonomia» G. BERTI, *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1986, qui in rilievo per la parte in cui contiene la ristampa inalterata di uno scritto del 1961, pp 34 ss., spec. 121-122. In argomento, specialmente G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., 529, ove si legge che "L'organizzazione è, rispetto all'amministrazione pubblica, un momento che contiene in se stesso, potenzialmente o effettivamente, tutta la vicenda amministrativa". Pur discostandosi da una "visione panorganizzatoria del diritto amministrativo", propone una ricostruzione secondo cui "l'organizzazione equivarrebbe alla prefigurazione normativa dell'agire futuro e l'attività - ogni attività - ad organizzazione in atto" anche G. PALEOLOGO, *Organizzazione amministrativa*, cit., 149.

⁵ In tale prospettiva anche le norme sul procedimento sarebbero norme organizzative: "anche il procedimento, infatti, costituisce un presupposto della validità di un atto nell'ordinamento generale. E perciò la norma disciplinante il procedimento vale anch'essa in due tempi e con due differenti funzioni: una prima volta per costituire il procedimento e renderne effettiva l'esplicazione; la seconda volta per valutare la relazione tra il procedimento e l'atto e consentire o vietare che l'atto sia valido nell'ordinamento generale in relazione al procedimento che l'ha preceduto. Nel primo caso, la norma è effettivamente organizzatoria, in quanto tende alla composizione di varie competenze; nel secondo caso, non si ha più una norma di organizzazione nel senso proprio dell'espressione, ma una norma tra quelle che reggono le fattispecie qualificate nell'ordinamento generale" (G. BERTI, *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*, cit., 154). Non sorprende dunque che, muovendo da tale assunto, il cambio di prospettiva della dottrina contemporanea nella descrizione delle manifestazioni di diritto pubblico dall'atto al procedimento sia stato letto come una dimostrazione dell'accostamento sempre maggiore dell'attività all'organizzazione, nel senso che, anche se non del tutto consapevolmente, sarebbero stati così "messi a nudo i collegamenti profondi che intercorrono tra le strutture dell'amministrazione e i procedimenti mediante i quali assumono consistenza le manifestazioni esteriori di essa" (ivi, 8).

⁶ G. BERTI, *Il principio organizzativo* cit., 137; G. PALEOLOGO, *op. loc. cit.*

⁷ Tra le relazioni organizzative si suole distinguere tra le relazioni esterne tra strutture (o Amministrazioni) diverse da quelle interne, tra uffici della stessa struttura. Nella prima tipologia

E' proprio tale prospettiva che si intende percorrere per analizzare la vicenda originata dall'ordinanza del 3 maggio 2018, n. 1, con cui l'AGCM, qualificandosi come autorità giurisdizionale "ai limitati fini" degli artt. 1, l. cost, n. 1 del 1948 e 23, l. n. 87 del 1953⁸, ha sollevato questione di l.c. della normativa sull'ordinamento del notariato (nell'interpretazione datane dal Consiglio Notarile di Milano – CNM e dalla Corte d'appello di Milano), per la parte in cui avrebbe sottratto un intero segmento dell'attività di tale categoria di professionisti all'applicazione del nucleo essenziale delle regole in materia di concorrenza della cui tutela l'Autorità è garante. L'atto di promovimento, poi dichiarato inammissibile dalla Consulta⁹, ha suscitato immediato interesse in dottrina¹⁰,

si configurano tanto relazioni c.d. interorganiche, se le Amministrazioni interessate non hanno personalità giuridica, che a relazioni intersoggettive se sono munite di personalità (F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, in *Diritto Amministrativo*, cit. 387; stessa impostazione si ritrova, sostanzialmente, in G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, cit., *passim*).

⁸ Come meglio si illustrerà nelle pagine che seguono, la categoria del giudice "ai limitati fini della sollevabilità della questione" e la connessa individuazione di una forma di giurisdizionalità "dedicata" al solo giudizio di legittimità costituzionale è da tempo nota alla giurisprudenza della Consulta. Secondo una certa dottrina, peraltro, la teorica dei "limitati fini" e la conseguente doppiezza della figura giudiziale (a seconda che ci si muova sul piano dell'ordinamento generale o nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale), sarebbe, in realtà, più diffusa di quanto appaia dalla lettura testuale della giurisprudenza, come dimostrerebbero, ad esempio, le decisioni che, già a partire dagli anni sessanta, hanno portato a diverse declaratorie di incostituzionalità di norme riguardanti alcuni (pretesi) giudici per carenza di indipendenza e terzietà (G. ZAGREBELSKY, V. MACERNÒ, *Giustizia costituzionale, II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, il Mulino, 2018, 105).

⁹ Il riferimento è alla sentenza C. cost., 6 febbraio 2019, n. 13, di cui si dirà subito *infra*.

¹⁰ Basti menzionare l'incontro organizzato dalla Direzione della Rivista federalismi.it all'indomani della pubblicazione della pronuncia in esame, cui è seguita la pubblicazione delle relazioni e degli interventi di alcuni degli Studiosi di diritto costituzionale, europeo ed amministrativo che hanno partecipato al dibattito presso il FormAP il 21.6.2018. Si vedano i contributi di L. CASSETTI, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e le vie dell'accesso al giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale*, cit.; M. CLARICH, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come "giudice a quo" nei giudizi di costituzionalità*, *ivi*, 15/2018; M. DE VITA, *Relazioni tra l'articolo 8 l. 287/90 e l'articolo 106 TFUE nell'Ordinanza 1/18 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, *ivi*; G. DI PLINIO, *L'Antitrust alle porte della Consulta e il futuro della costituzione economica*, *ivi*, 14/2018; A. FERRARA, *L'Autorità antitrust alla ricerca di un dialogo con la Corte costituzionale*, *ivi*; M. RIDOLFI, *L'indipendenza dell'Agcm alla luce dell'ordinanza n. 1 del 3 maggio 2018*, *ivi*; S. STAIANO, *Essere giudice «a limitato fine» Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, *ivi*, 14/2018; P. CARNEVALE, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato fra legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale in via incidentale ed evocazione della "franca"*. *Primissime considerazioni alla luce della ordinanza di remissione del 3 maggio 2018 dell'AGCM*, *ivi*, 17/2018. L'ordinanza è stata altresì invocata quale esempio di incertezza dei ruoli dei poteri pubblici in M.A. SANDULLI, *Ancora sui rischi dell'incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici. Postilla a "Principi e regole dell'azione amministrativa. Riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale*, in *federalismi.it*, 11/2018, 14 ss. Da ultimo, F. APERIO BELLA, "Ceci n'est pas une note de jurisprudence": *riflessioni critiche a margine del tentativo dell'ACGM di farsi giudice a quo*, in *Dir. e soc.*, 2018, 2, 381 ss..

tanto sul piano della giustizia costituzionale, per ciò che avrebbe potuto aggiungere un nuovo tassello alla composita nozione di “giudice *a quo*” progressivamente elaborata dalla Consulta¹¹, quanto su quello della teoria generale, riaccendendo il dibattito sulla configurabilità di un potere “terzo” rispetto a quello amministrativo e giurisdizione, identificato in autorità neutrali, con funzioni “para-giurisdizionali”.

Si è trattato del primo tentativo di un’*Authority* (e, più in particolare, di quella tradizionalmente considerata l’espressione più pura del modello¹²) di accedere al giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, circostanza che spiega l’ampio spazio dedicato al profilo della legittimazione nella parte “in diritto” dell’ordinanza. Il confronto tra l’approfondita analisi operata dall’Autorità remittente sulla propria composizione, sull’attività svolta, sugli interessi perseguiti, nonché sul procedimento applicato per la cura di questi ultimi con i “contro-argomenti” utilizzati dalla Consulta per respingerne la ricostruzione, forniscono una vera e propria dimostrazione tangibile della rilevanza del fenomeno organizzativo all’interno dell’ordinamento, quale concetto giuridico complesso, che concorre a realizzare l’indipendenza di un potere nella società, producendo riflessi immediati sul rapporto tra le Istituzioni.

Grazie alla nozione di organizzazione sopra illustrata sarà possibile mettere in luce la fallacia dell’impostazione diretta ad esaminare l’Autorità quale entità giustapposta a quelle esistenti, da sottoporre unicamente a una verifica statica e atomistica in termini di relazione di indipendenza, supremazia, subordinazione ecc., dovendosi invece dare spazio – come dimostra di aver fatto la Consulta – all’aspetto delle relazioni che hanno luogo nel momento dinamico dell’esercizio dell’attività dell’Autorità medesima.

¹¹ Come si è avuto modo di illustrare in altra sede, la giurisprudenza costituzionale in tema di legittimazione al promovimento di q.l.c. in via incidentale non rappresenta base sicura per riflessioni di teoria generale sulla nozione di “giudice” né punto di arrivo definitivo per affermare o negare la natura giurisdizionale dei soggetti ritenuti legittimati a promuovere giudizi in via incidentale. I dati ricavati dalla ricerca sulle nozioni di procedimento e di processo valevoli per la Corte costituzionale (così come per le Corti UE e CEDU) dimostrano infatti che la giurisprudenza rappresenta un terreno troppo mobile per fornire risposte inequivoche sul piano della teoria generale, viste le ragioni “opportunistiche” che guidano, nei singoli contesti ordinamentali e storici, l’approccio “generoso” o “rigoroso” delle Corti medesime (si rinvia, per approfondimenti, a F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 296 ss. e spec. 306-307).

¹² Per la definizione dell’Autorità antitrust come “il modello più puro di Autorità indipendente” v. M. CLARICH, *L’Autorità garante della concorrenza e del mercato come autorità pubblica indipendente*, in C. Rabitti Bedogni, P. Barucci, *20 anni di Antitrust. L’evoluzione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, I, Torino, Giappichelli, 2010, 239.

Nelle pagine che seguono, la sintetica illustrazione della vicenda sottesa all'ordinanza di rimessione sarà seguita da un esame di dettaglio dei passaggi logico-motivazionali con cui l'AGCM ha supportato la propria legittimazione a sollevare in via incidentale q.l.c. sotto il profilo soggettivo e oggettivo, evidenziandone le criticità. Si darà poi conto della soluzione abbracciata dal Giudice delle Leggi, ponendo in luce che, nella sua sintetica motivazione, sia condensata la consapevolezza dell'importanza del profilo "esterno" dell'organizzazione, dovendosi osservare l'Autorità nelle sue interazioni con le altre figure ordinarie.

2. Il caso da cui origina la rimessione.

Nel gennaio 2017 l'AGCM avviava un procedimento istruttorio nei confronti del Consiglio Notarile di Milano (CNM), ravvisando una possibile intesa restrittiva della concorrenza ex art 2 l. n. 287/1990 nella condotta consistente nell'utilizzo strumentale di atti asseritamente prodromici all'esercizio della funzione di vigilanza del Consiglio stesso, la cui reale finalità sarebbe stata invece quella di impedire ai notai dei distretti interessati l'acquisizione di elevate quantità di lavoro (perpetrata attraverso un abbassamento dei prezzi o modalità innovative di offerta) con il fine ultimo riportare le posizioni economiche dei medesimi in linea con la media del distretto.

Nelle more dell'adozione della decisione finale, entrava in vigore l'art. 93-ter, co. 1-bis della l. n. 89/1913, introdotto con l. 27 12 2017, n. 205, ai sensi del quale *"Agli atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare si applica l'articolo 8, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287"*. Il riferito art. 8, co. 2, prevede a sua volta che le disposizioni pro concorrenziali di cui alla l. n. 287/1990 *"non si applicano alle imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati"*, sicché il risultato della novella sembrava essere quello di escludere l'operatività delle norme in materia di tutela della concorrenza in riferimento alle attività funzionali all'irrogazione di sanzioni disciplinari del CNM, finendo così per sottrarre in radice all'Autorità la competenza a occuparsi di atti funzionali all'esercizio dell'attività di vigilanza del Consiglio medesimo, in dubbia compatibilità con i principi di ragionevolezza, libertà di iniziativa economica ed esercizio della competenza legislativa nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento sovranazionale (artt. 3, 41 e 117 Cost.).

Il dubbio di legittimità costituzionale della novella del 2017 è collegato, in più passaggi dell'ordinanza, all'interpretazione della disposizione *de qua* fornita dal CNM e dalla Corte di appello di Milano (pronunciatasi con ordinanza dell'aprile 2018). Tale interpretazione, in particolare, discostandosi da precedenti posizioni giurisprudenziali più moderate nell'escludere l'intervento dell'Autorità¹³, avrebbe messo in discussione *a priori* la competenza della medesima AGCM a esercitare i propri poteri avverso condotte dei Consigli notarili, precludendole così di intervenire, a prescindere da qualsiasi valutazione circa la concreta finalità perseguita dal Consiglio precedente e per il solo fatto di vertere nel formale contesto dell'attività di vigilanza prodromica all'emanazione di provvedimenti disciplinari. Aderendo a una simile lettura (già avallata, come visto, dalla Corte d'appello), la "deroga" all'operatività dei divieti e dei controlli *antitrust* opererebbe anche quando gli atti assunti dai Consigli notarili non rispondono a finalità di tutela degli interessi pubblici (rilevando, invece, ai sensi della normativa proconcorrenziale per ciò che incidenti su attività economiche). Nelle parole dell'AGCM, è proprio tale lettura che "*mette in discussione la stessa competenza dell'Autorità in relazione ad un intero segmento di attività*", finendo per elidere la verifica di necessità e proporzionalità delle limitazioni della concorrenza tra professionisti tradizionalmente riservata all'Autorità anche nei confronti degli ordini professionali¹⁴. Sulla base di tali presupposti l'ordinanza investe il Giudice delle leggi della "*questione della sussistenza o meno della propria competenza, alla luce dell'articolato quadro normativo e giurisprudenziale coinvolto*".

¹³ In particolare Cass. civ, sez. II, 5 maggio 2016, n. 9041, ampiamente citata nell'ordinanza in analisi, in cui la Cassazione aveva affermato che il Consiglio notarile che assume l'iniziativa del procedimento disciplinare, affidatagli dalla legge notarile, esercita la gestione di servizi di interesse economico generale ed è perciò esente dall'applicabilità delle norme *antitrust*, ai sensi dell'articolo 8, comma 2, l. n. 287 del 1990.

¹⁴ L'Autorità dubita in particolare della possibilità che l'art. 8, co. 2, l. n. 287/90, interpretato in maniera conforme all'articolo 106, par. 2, TFUE, sia idoneo a costituire la legittima base legale di un intervento normativo volto a sottrarre intero segmento di attività all'applicazione delle disposizioni della l. n. 287 del 1990, in assenza di qualsiasi valutazione circa il carattere necessario e proporzionato di tale deroga, in relazione alle circostanze di un determinato caso di specie. Alla stregua dell'art. 106, par. 2, TFUE, invero, "*Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata*". Con lievi varianti, la norma nazionale sancisce che "*Le disposizioni di cui ai precedenti articoli non si applicano alle imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati*" (per una lettura parallela delle due disposizioni e per una esaltazione delle relative divergenze strutturali cfr. M. DE VITA, *Relazioni tra l'articolo 8 l. 287/90 e l'articolo 106 TFUE nell'Ordinanza 1/18 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cit., 4 ss.).

3. La nozione di giudice in senso soggettivo: le argomentazioni dell'Autorità a confronto con le categorie tradizionali.

Gran parte dello sforzo argomentativo profuso dall'Autorità si concentra nell'affermazione della ricorrenza dei due requisiti legittimanti individuati dalla giurisprudenza costituzionale: l'elemento soggettivo, ossia la propria natura di "giudice" ai sensi degli artt. 1 l. cost. n. 1/1948 e 23 l. n. 87/1953, e l'elemento oggettivo, ossia la pendenza innanzi ad essa di un "giudizio"¹⁵.

Sotto il primo profilo, l'ordinanza si sofferma sulla composizione dell'Autorità, sulle procedure di nomina dei suoi componenti, sulla durata degli incarichi e sul regime di inamovibilità e incompatibilità che li caratterizza, per suffragare l'affermazione che *"la composizione dell'Autorità è tale da porla in una posizione di indipendenza e di neutralità, sottraendola a qualsiasi condizionamento "esterno" sia da parte degli organi di indirizzo politico, sia da parte di terzi"*.

¹⁵ Si è già accennato che l'approccio della giurisprudenza costituzionale in ordine ai requisiti di ammissibilità dell'atto di promovimento in via incidentale sia stata animata, in una prima fase, dal chiaro obiettivo di aprire le vie dell'accesso alla Corte costituzionale, aumentare le possibilità di cancellare norme incostituzionali e quindi diffondere la cultura della rigidità della Costituzione repubblicana (L. CASSETTI, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e le vie dell'accesso al giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale*, cit., 5). Il Giudice delle leggi ha pertanto inizialmente ritenuto di qualificare "autorità giurisdizionale" legittimata a sollevare questioni di legittimità costituzionale ogni autorità che, pur estranea all'organizzazione della giurisdizione ed istituzionalmente adibita a compiti di diversa natura, fosse tuttavia *"investita, anche in via eccezionale, di funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge, ed all'uopo posta in posizione super partes"* (nozione di giudice in senso oggettivo), e di conferire carattere di "giudizio" a procedimenti che, quale che fosse la loro natura e le modalità di svolgimento, si compissero però alla presenza e sotto la direzione del titolare di un ufficio giurisdizionale (nozione di giudice in senso soggettivo) [così ad es. C. cost. 2 luglio 1966, n. 83]. In successivi pronunciamenti, tuttavia, la Corte ha smentito la radicale ipotesi da cui muoveva la giurisprudenza riferita, nel senso che per sollevare la questione di legittimità costituzionale sarebbe sufficiente, alternativamente, la ricorrenza del requisito soggettivo o oggettivo (V. ONIDA – M. D'AMICO, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi. Materiali di giustizia costituzionale*, I, *Il giudizio in via incidentale*, Torino, Giappichelli, 1998, 27; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2008, 142). In pronunce più recenti la Corte ha specificato la nozione di giurisdizione "in senso oggettivo" facendo trapelare la rilevanza non solo della circostanza che l'attività applicativa della legge svolta deve avere l'attributo dell'obiettività, ma che debba essere connotata anche da definitività *"nel senso dell'idoneità a divenire irrimediabile attraverso l'assunzione di un'efficacia analoga a quella del giudicato"* (C. cost. 5 novembre 1996, n. 387, punto 2.2.). Ad oggi possiamo dire che continua a restare decisamente rara l'ipotesi interpretativa dell'assunzione del criterio soggettivo come prevalente: spesso, infatti, è l'elemento oggettivo (specie nelle ipotesi in cui vi siano dubbi sul versante del presupposto soggettivo) a svolgere un ruolo decisivo per ammettere ovvero per negare la facoltà di rimettere alla Corte una questione di costituzionalità. In argomento, si veda AA.VV. *Corte Costituzionale: Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale* (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 novembre 1989), Milano, Giuffrè, 1990.

In particolare, le procedure di nomina del Presidente e dei Componenti dell'Autorità, che, come noto, non coinvolgono gli organi di Governo¹⁶, sottrarrebbero l'istituzione a qualsiasi condizionamento e controllo, collocandola al di fuori del rapporto di subordinazione gerarchica e della potestà direttiva del potere politico. L'inaMOVibilità e il regime di incompatibilità applicabile ai componenti dell'Autorità, d'altro canto, garantirebbe che essi, nell'esercizio del proprio mandato, non siano portatori di interessi diversi rispetto a quello che sono chiamati a tutelare. Da ultimo, la durata del mandato (limitata a sette anni e non rinnovabile) precluderebbe eventuali comportamenti opportunistici finalizzati ad ottenere una nuova nomina. Tutti questi elementi rivestirebbero un ruolo importante, nelle parole dell'AGCM, “*ai fini dell'indipendenza e della terzietà dell'Autorità*”, consentendole di concludere che “*la particolare e qualificata indipendenza dell'Autorità depone, senz'altro, per la sua assimilabilità ai soggetti che svolgono funzioni giurisdizionali?*”, per i quali, come noto, l'articolo 104 Cost., in combinato disposto con l'articolo 101 Cost., prevede l'inaMOVibilità, assicurando la loro soggezione solo alla legge e l'autonomia dell'organizzazione giurisdizionale.

In sede di primo commento all'ordinanza si è avuto modo di evidenziare che i concetti giuridici di indipendenza, neutralità e terzietà, cui l'ordinanza si riferisce con una certa disinvoltura, sottendono un quadro concettuale particolarmente complesso e stratificato, che non si attaglia, almeno parzialmente, alla realtà organizzativa dell'Autorità¹⁷. Il punto merita di essere approfondito in questa sede non solo per la relativa immediata attinenza alla prospettiva di indagine assunta, ma specialmente per la rilevanza che il difetto di terzietà ha giocato nell'apparato argomentativo della pronuncia di inammissibilità della Corte.

E' noto che le nozioni qui in rilievo abbiano rappresentato per anni appellativi di appannaggio esclusivo degli organi giurisdizionali e che la graduale espansione delle cc.dd. “Autorità indipendenti”¹⁸ abbia imposto di ripensare la stessa nozione di indipendenza e i concetti giuridici contermini, per fare spazio al nuovo modello organizzativo¹⁹.

¹⁶ L'art. 10 l. n. 287/1990 prevede che i componenti dell'Autorità sono nominati d'intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica tra persone di notoria indipendenza e professionalità senza alcun coinvolgimento del Governo.

¹⁷ F. APERIO BELLA, “Ceci n'est pas une note de jurisprudence”, cit., spec. 305 ss.

¹⁸ La graduale espansione delle Autorità indipendenti è stata identificata, a ragione, come uno dei maggiori fattori innovativi nel panorama del diritto costituzionale e amministrativo (M. D'ALBERTI, *Le autorità indipendenti: quali garanzie?* in *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, a cura di L. Lanfranchi, Roma, Treccani, 1997, 158). In tema, rinviando alle note seguenti per richiami più esaustivi e puntuali alla dottrina, rimangono un riferimento i contributi in S. CASSESE – C. FRANCHINI (a cura di) *I garanti delle regole*, Bologna, 1996.

¹⁹ In tema si vedano, senza pretese di completezza, G. SANTANIELLO, *Brevi note sui profili istituzionali della “nuova” Consob*, in *Foro amm.*, 1986, II, 1213 ss.; A. PREDIERI, *La posizione della*

In via di prima approssimazione, in tanto un organo può dirsi indipendente in quanto non è sottoposto ad altri né condizionato (giuridicamente o di fatto) da altri soggetti o organi in grado di influenzarlo con poteri discrezionali esercitabili in favore o in danno dell'organo stesso²⁰. Per essere pienamente compresa, però, la nozione deve essere confrontata, per differenza, rispetto alle altre assimilabili: tra queste, *in primis*, l'imparzialità.

Entrambi i tratti, già da prima della riforma costituzionale del 1999²¹, caratterizzavano costituzionalmente l'attività giurisdizionale, della quale è garantita l'indipendenza attraverso gli artt. 100, 101, 104, 105, 107 e 108 Cost. e l'imparzialità attraverso gli artt. 3, 101 e 109 Cost.. L'imparzialità gode però, come noto, di copertura costituzionale anche rispetto all'Amministrazione, *sub specie* alla sua organizzazione e, in ossequio agli approdi raggiunti in via ermeneutica, alla relativa azione (art. 97 Cost.²²). Con riferimento all'ambito amministrativo,

Consob nell'apparato amministrativo, in *Consob. L'istituzione e la legge penale*, Milano, Giuffrè, 1987, 194 ss.; A. MASSERA, "Autonomia" e "indipendenza" nell'amministrazione dello Stato, in *Studi in onore di M.S. Giannini*, Milano, Giuffrè, 1988, III, 499 ss.; C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1988, 549 ss.; G. VESPERINI, *Le funzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. banc.* 1990, I, 415 ss.; F. ROVERSI-MONACO, *Note su alcune autorità garanti e sulla tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 257 ss.; M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.* Roma, Treccani, 1995; ID. *Le autorità indipendenti: quali garanzie?* cit. 158 ss.; G. MORBIDELLI, *Procedimenti amministrativi delle "Authorities"*, in A. PREDIERI (a cura di) *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997, 209 ss.; M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, Agg., Roma, Treccani, 1997, 6 ss.; F. MERLONI, *Fortuna e limiti delle c.d. autorità amministrative indipendenti*, in *Pol. dir.* 1997, 639 ss.; V. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1997, 645 ss.; E. FAZZALARI, *Attività contenziose e garanzie giurisdizionali*, in AA.VV. *Regolazione e garanzia del pluralismo – Le autorità amministrative indipendenti*, in *Quaderni della Riv. trim. dir. proc. civ.*, Milano, Giuffrè, 1997, 79; G. VERDE, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 739 ss.; F. CORTESE, *Momenti e luoghi salienti di una transizione: la tutela giurisdizionale amministrativa e i suoi sviluppi al cospetto delle amministrazioni indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2001, 430 ss.; S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2002; G.P. CIRILLO, *Appunti per una ricerca sulla natura giuridica delle autorità amministrative indipendenti*, in *Cons. Stato*, 1, 2001, 71 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Profili della legittimazione a ricorrere avverso gli atti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Foro amm. CdS*, 2002, 2245 ss.; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica – Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, Giuffrè, 2006; D. BORSELLINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, Padova, 2006; M. SANINO, *La tutela giurisdizionale nei confronti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. amm.*, 2007, 613 ss.; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009; G.P. CIRILLO – R. CHIEPPA, *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, Cedam, 2010.

²⁰ A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, cit. 271.

²¹ Il riferimento va alla l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, rubricata "Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione", pubblicata in GU 23 dicembre 1999, n. 300, che, come noto, ha suggellato il binomio di "terzietà" e "imparzialità" della giurisdizione al comma 2 dell'art. 111 Cost. Sul concetto di terzietà si tornerà subito *infra*.

²² In argomento, per tutti, M.R. SPASIANO, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in M.A. Sandulli (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, 117 ss., cui si rinvia anche per più completi riferimenti alla dottrina.

ove lo studio del principio di imparzialità ha impegnato folta e autorevolissima dottrina²³, il relativo *proprium* è tradizionalmente identificato nel comportamento equidistante rispetto ai diversi interessi coinvolti. In termini più generali è imparziale l'organo estraneo e indifferente rispetto agli interessi in gioco. Non a caso, quando il modello delle *Authorities* ha fatto la sua prima comparsa nel nostro ordinamento, si faceva riferimento ad “*amministrazioni indipendenti ad alto tasso di imparzialità (dette altrimenti amministrazioni soggette soltanto alla legge)*”²⁴.

Come accennato, l'indipendenza si discosta dalla nozione di imparzialità, descrivendo piuttosto l'assenza di condizionamenti esterni nell'esercizio della funzione.

Nell'ambito della giurisdizione si suole affermare che la manifestazione dell'indipendenza sia duplice: sul piano esterno, esclude che la magistratura possa ricondursi alla pubblica amministrazione o al Governo, sul piano interno, impone al legislatore di affidare la tutela ultima dei diritti a soggetti comunque liberi da altri centri di potere o da influenze di varia natura²⁵. La regolazione dell'ingresso alla carriera giurisdizionale e all'inaffidabilità dei giudici sono dunque all'evidenza coesenziali al conseguimento dell'indipendenza. Quando l'indipendenza è riferita a un'autorità o a un organismo amministrativo, essa è parimenti collegata alle procedure di nomina dei soggetti chiamati a svolgere – individualmente o collegialmente – il ruolo di garanti o di responsabili degli organismi, al fenomeno dell'autonomia organizzativa degli organismi medesimi, alle garanzie complessive che devono accompagnare la provvista del personale, al regime di incompatibilità che deve caratterizzare i componenti²⁶. Si suole affermare che il modello delle Amministrazioni (o Autorità) indipendenti sia caratterizzato proprio dalla relativa sottrazione all'indirizzo politico-amministrativo dello Stato, o, con più precisione, del Governo²⁷.

²³ In punto si rinvia a U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1965; ID., *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, 2009; ID., *Procedura, procedimento, processo un'ottica di democrazia partecipativa*, in AA.VV. *Procedura procedimento e processo, Procedura, procedimento processo, Atti del Convegno, Urbino 14 e 15 giugno 2007*, Padova, Cedam, 2010, 24; S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, 1973; A. CERRI, *Imparzialità e indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1973; G. SALA, *Imparzialità dell'amministrazione e disciplina del procedimento nella recente giurisprudenza amministrativa e costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 436 ss.; F. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, XV, Milano, Giuffrè, 1989, 1 ss.. In argomento, da ultimo, A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, Torino, Giappichelli, 2018.

²⁴ Cfr. i lavori della Commissione per la modernizzazione delle istituzioni (c.d. Commissione Piga) nella Relazione sulla riforma dell'Amministrazione centrale presentata il 18 giugno 1985.

²⁵ G. SCARSELLI, *La tutela dei diritti innanzi alle autorità garanti*, cit. 251 ss..

²⁶ A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, cit., 111.

²⁷ F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, in *Diritto Amministrativo I*, cit., 372.

Anche oltre confini nazionali, allargando lo sguardo al panorama europeo, è possibile constatare che i concetti di indipendenza e imparzialità, formalmente invocati dalle Carte dei diritti quali caratteri della giurisdizione (artt. 6 CEDU e 47 Carta di Nizza), trovano, nell'applicazione datane dalle Corti UE e EDU, un ambito operativo non limitato agli organi appartenenti alla magistratura, configurandosi in modo assai simile a quello registrato a livello nazionale²⁸.

Analisi autonoma merita la nozione di neutralità, che, secondo gli insegnamenti della dottrina più autorevole, descrive la combinazione tra imparzialità e indipendenza²⁹. La neutralità sarebbe configurabile rispetto all'amministrazione soltanto in forma impropria (si parla infatti di "neutralità impropria"³⁰), in quanto l'appellativo "neutrale" soffre della circostanza di esaurire la

²⁸ I Giudici di Strasburgo hanno progressivamente definito, nell'immenso ventaglio dei casi in cui sono stati chiamati a vagliare il rispetto delle regole in cui si declina il "Diritto a un equo processo" sancito dall'art. 6 CEDU, un'autonoma nozione di "*tribunale indipendente e imparziale, precostituito per legge*" estendendo progressivamente il rispetto dei requisiti dell'equo processo anche in fase amministrativa (tra i commentari cfr. W.A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2015; D. SHELTON, *Sources of Article 47 Rights*, in S. Peers, T. Harvey, J. Kenner, A. Ward (eds.) *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford-Portland, 2014; S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, 2012, 172 ss.; S. BARTOLE – B. CONFORTI – G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, 2001, 170 ss.; per i riferimenti alla *case law* in materia di diritto a un equo processo si veda la Guida, a cura della stessa Corte "*Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a fair trial*" aggiornata ad aprile 2017 e reperibile sul sito echr.coe, oltre al *Manuale di diritto europeo in materia di accesso alla giustizia* dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali e Consiglio d'Europa, Lussemburgo, 2016; per ulteriori approfondimenti e riferimenti bibliografici sia consentito rinviare a F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 245 ss.). Nel valutare il requisito dell'indipendenza del soggetto decidente, la Corte EDU ha dimostrato di tenere conto, *inter alia*, proprio delle modalità di nomina dei membri e della durata del relativo mandato, dell'esistenza di tutele contro le pressioni esterne e della questione se l'organo dia, *ab externo*, un'immagine di trasparenza. In tale ambito, in cui la Corte riconosce rilevanza anche all'elemento dell'apparenza, due sono le verifiche operate: la prima mira a determinare il personale convincimento del decisore in un certo caso (valutazione soggettiva) e la seconda ad accertare se lo stesso soggetto abbia offerto garanzie sufficienti per escludere ogni legittimo dubbio sulla propria imparzialità (valutazione oggettiva). Quando il principio è applicato a un organo collegiale, implica la necessità di determinare se, a prescindere dalla condotta personale di ogni componente, sussistono fatti verificabili che possano mettere in dubbio l'imparzialità del collegio. Anche in tale ambito il dato "esteriore" può dunque avere una certa importanza nello stabilire se c'è una ragione legittima per temere che un certo collegio manchi di imparzialità e il punto di vista del ricorrente è importante (sia pur non decisivo) sotto tale profilo. Ciò che risulta determinante è se il timore rappresentato dal ricorrente possa essere obiettivamente giustificato (D. SHELTON, *Sources of Article 47 Rights*, cit., 1208 ss.).

²⁹ A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, cit. 265.

³⁰ A.M. SANDULLI, op. loc. cit.. Sottolineano particolarmente l'aspetto della neutralità quale tratto caratterizzante delle amministrazioni indipendenti rispetto a quelle tradizionali L.

propria rilevanza nell'ambito dell'ordine amministrativo³¹, per ciò che della relativa osservanza l'autorità decidente non “risponde” se non in tale ambito³². Diretto precipitato della valenza meramente “interna” (i.e. “impropria”) della neutralità degli organi amministrativi così identificati è l'impugnabilità in sede giurisdizionale delle relative decisioni.

Diversamente si configura la nozione di “terzietà”, identificata a livello costituzionale come *proprium* della giurisdizione (il binomio tra “terzietà” e “imparzialità” è infatti suggellato al riformato comma 2 dell'art. 111 Cost. con riferimento alla giurisdizione). È stato osservato che il requisito in parola si distingue da quello dell'indipendenza, completandolo nella descrizione della giurisdizione, e che tale carattere si attuerebbe rispettando tre principi di stretto diritto processuale: (i) il principio della domanda (ii) il principio dell'equidistanza, realizzato attraverso quell'equilibrio che solo l'assenza di interessi propri alla decisione può garantire (iii) il principio della c.d. forza della prevenzione³³. Sicché la terzietà, definendo la posizione del giudice all'interno di un processo in cui si esercita la funzione giurisdizionale non potrebbe riguardare le Autorità amministrative indipendenti, la cui *mission* istituzionale è legata al perseguimento di un interesse pubblico³⁴.

TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in Franchini, S. Cassese (a cura di) *I garanti delle regole*, cit., 63 ss.; A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, ivi 107 ss.; M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in F. Bassi, F. Merusi (a cura di) *Mercati e amministrazioni indipendenti*, cit. 115 ss.

³¹ A.M. SANDULLI, op. loc. cit., che, muovendo dal presupposto che può parlarsi di funzioni amministrative neutrali solo con riferimento a quelle attività decisorie giustiziali in cui ci si imbatte allorquando l'autorità amministrativa decidente né si identifichi con una delle parti, né si trovi con alcuna di esse in rapporto di superiorità o quasi-superiorità gerarchica, enumerava tra gli istituti espressivi dell'esercizio di funzioni amministrative neutrali (sia pure in senso “improprio”, come visto) i ricorsi gerarchici impropri, i casi in cui la contesa si svolga solo tra soggetti privati (portando l'esempio delle controversie di competenza della Commissione di vigilanza per l'edilizia popolare ed economica) e il caso del ricorso straordinario proposto contro provvedimenti estranei all'amministrazione statale.

³² A.M. SANDULLI, op. loc. cit..

³³ Che si rispetterebbe evitando, per quanto possibile, che un magistrato possa decidere nuovamente, o in nuova forma, una questione già sostanzialmente decisa dal medesimo in altro processo (G. SCARSELLI, op. loc. cit.).

³⁴ M. DE BENEDETTO, *Intorno alla pretesa terzietà delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 1183 ss., conclude sul punto, aderendo alla posizione assunta dalla Cassazione nella sentenza ivi oggetto di commento (Cass., sez. I civ., 20 maggio 2002, n. 7341) affermando che “Le autorità amministrative indipendenti non possono, pertanto, essere definite «terze»”. In tema anche U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., 165: “la terzietà è concessa al giudice perché egli non opera nella realtà concreta, ma la riesamina e sindacava dal di fuori ed ex post”.

4. L'AGCM come giudice in senso oggettivo: analisi critica dell'ordinanza.

L'illustrazione in senso "statico" delle caratteristiche dell'Autorità non potrebbe fornire un quadro completo della tematica che si intende indagare (così come dei concetti giuridici di imparzialità, neutralità, indipendenza e terzietà che, sia pure nei limiti dell'estrema sintesi, si è inteso illustrare) se non venisse completata, tenendo fede all'impostazione prescelta, con considerazioni di carattere oggettivo/funzionale.

Passando ad analizzare i passaggi dell'ordinanza dedicati al profilo funzionale – in cui significativamente il dato oggettivo si intreccia a più riprese con quello soggettivo, a dimostrazione dell'inscindibilità delle due manifestazioni del fenomeno organizzativo – ci si imbatte in primo luogo sulla qualifica dell'AGCM come autorità di garanzia (e non già di regolazione), *“che svolge funzioni analoghe a quelle giurisdizionali, consistenti nella riconduzione di atti e fatti nell'ambito delle fattispecie astratte previste dalla legge antitrust, con esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine strettamente giuridico”*. Per suffragare tale assunto, l'ordinanza precisa che, nell'esercizio della funzione di tutela della concorrenza, l'Autorità non sceglie (pondera) tra una pluralità di interessi concorrenti (a differenza della pubblica amministrazione in senso classico che, pur in modo imparziale, è tenuta a bilanciare contrapposti interessi pubblici e privati), ma si limita, al pari di un giudice, ad applicare la legge al caso concreto. In particolare, l'agire dell'Autorità non sarebbe caratterizzato da profili di vera e propria discrezionalità amministrativa, potendosi al più ravvisare una discrezionalità di tipo tecnico, derivante dall'applicazione di regole tecniche di natura economica. L'ordinanza sottolinea poi, da un canto, che la libera concorrenza e il corretto funzionamento del mercato sono considerati valori di rilevanza costituzionale, riconducibili ai principi sanciti dall'art. 41 Cost., dall'altro, che la medesima AGCM si differenzerebbe dalle altre Autorità per non regolare e controllare uno specifico settore economico né perseguire fini ulteriori rispetto a quello generale di tutela della concorrenza. In ultima analisi, l'assimilazione sul piano funzionale dell'operato dell'AGCM a quello del giudice si ricaverebbe dalla circostanza che l'attività della prima è *“volta esclusivamente a garantire, in una posizione di neutralità e di imparzialità, la riconducibilità delle condotte delle imprese nell'ambito della legge, al solo fine di tutelare un diritto oggettivo (quello della concorrenza) avente rilevanza generale”*.

L'enfasi posta dall'AGCM sul proprio carattere di Autorità di garanzia non è affatto casuale e deve essere esaminata nel prisma delle posizioni che, in-

tervenendo nel dibattito sulla critica collocazione delle *Authorities* tra i poteri di rilevanza costituzionale³⁵, hanno fatto leva proprio sulla terzietà e neutralità delle funzioni “di garanzia” dell’Autorità per ricondurla nel novero degli organi “quasi giurisdizionali”³⁶.

A tale impostazione è stato opposto l’argomento, poi risultato prevalente, che né il carattere (in tesi) neutrale o arbitrario della funzione esercitata, né l’insieme di poteri normativi, esecutivi e decisori facenti capo ad alcune *Authorities* ne contraddirebbero la natura prettamente amministrativa³⁷, avallata dai caratteri stessi delle relative attribuzioni (difettando, ad esempio, quell’“obbligo di attivarsi” tipicamente previsto per la repressione criminale all’art. 112 Cost. ed essendo prevista, invece, la decadenza dal potere di intervento) e dalla loro progressiva espansione³⁸. Peraltro il ritorno alla tesi della “quasi giurisdizionali-

³⁵ Solo per citare alcune posizioni, senza pretese di completezza, si vedano: per la collocazione delle AAI “tra i poteri a livello costituzionale” S. CASSESE, *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultra statali, relazione al convegno internazionale Francesco Saja, La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali*, in *Foro it.*, 1996, V, 7 ss.; per la relativa collocazione al di fuori dell’apparato amministrativo C. FRANCHINI, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in *I garanti delle regole*, 79; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1997, 645 ss., qui 663; per la configurabilità di alcune *Authorities*, tra cui CONSOB e AGCM, come “organi di governo di settore”, muniti di un “autonomo potere di procedere alla valutazione, inevitabilmente ‘politica’ delle esigenze di interesse generale” G. VOLPE, *Indagine sulle funzioni dell’Autorità antitrust: verso un “governo tecnico di settore”*, in *Scritti in onore di A. Predieri*, Milano, 1996, II, 1545 ss.

³⁶ C. MALINCONICO, *Le funzioni amministrative delle Autorità indipendenti*, in Franchini, S. Cassese (a cura di) *I garanti delle regole*, cit. 46; M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, 104. Sottolineano particolarmente l’aspetto della neutralità quale tratto caratterizzante delle amministrazioni indipendenti rispetto a quelle tradizionali L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in C. Franchini, S. Cassese (a cura di) *I garanti delle regole*, cit., 63 ss.; A. PAJNO, *L’esercizio di attività in forme contenziose*, ivi, 107 ss..

³⁷ In argomento per tutti, G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in A. Predieri (a cura di) *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, cit., qui 176 ss., in cui sono riportati numerosi esempi di amministrazioni tipiche, inserite nel circuito dell’indirizzo politico amministrativo del Governo, che presentano tali caratteristiche.

³⁸ Muovendo dalla rilevanza crescente che hanno assunto i poteri di regolazione nel tempo attribuiti all’AGCM in materia di ingannevolezza dei messaggi pubblicitari (a seguito della dir. 2005/29 CE recepita con d.lgs n.146 del 2007) si è parlato di un “tramonto del mito della neutralità della funzione antitrust” e quindi del suo carattere quasi o para-giurisdizionale (A. POLICE, *Il potere discrezionale dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in C. Rabitti Bedogni, P. Barucci (a cura di), *20 anni di antitrust. L’evoluzione dell’ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cit., 369 ss. e già ID. I “nuovi” poteri dell’Autorità garante della concorrenza e le prospettive in termini di tutela giurisdizionale, F. Cintioli, F. Donati (a cura di), *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, Torino, 2008, 113 ss.; in termini anche A. TESAURO – M. TODINO, *L’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano, Giuffrè, 2002, 112 ss.; contra M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, il Mulino, 2015, 110 e ss., secondo cui l’AGCM non avrebbe funzioni propriamente regolatorie, fermo che il potere di concludere i procedimenti sanzionatori con l’accettazione di impegni farebbe

tà” delle funzioni di garanzia si scontra con le evoluzioni del quadro giurisprudenziale, in cui è stata esclusa la percorribilità di una “terza via” tra amministrazione e giurisdizione³⁹.

Sotto altro profilo, si intravedono, nelle argomentazioni utilizzate dall’ordinanza, le posizioni che si sono contese il campo sulla controversa riconducibilità dell’attività dell’AGCM al perseguimento di un interesse pubblico. Pare significativa, in proposito, l’attenta scelta lessicale dell’Autorità, che opera solo riferimenti generici alla sua “funzione” e al perseguimento di un “interesse generale” alla concorrenza. Il dibattito in cui l’Autorità tenta cautamente di inserirsi (*recte* di non inserirsi) può, con una certa semplificazione, essere catalizzato intorno a due poli: la posizione di chi ha rintracciato una vera e propria “funzionalizzazione” dell’*agere* delle *Authorities* al perseguimento di un interesse pubblico specifico e la tesi di chi, al contrario, la ha negata, riconoscendo alle Autorità carattere “neutrale” o “quasi giurisdizionale”⁴⁰. Il tentativo del remittente di prendere le distanze dalla prima ricostruzione si è dimostrato

emergere, almeno potenzialmente, una dimensione regolatoria non prevista dalla legge istitutiva.

³⁹ Cass., sez. un. civ., 20 5 2002, n. 7341, in *Giur. it.* 2003, 856, con nota di V. VANACORE, *Le Autorità indipendenti tra natura amministrativa e dovere di imparzialità*, ove si esclude la configurabilità di “*un tertium genus tra amministrazione e giurisdizione*”. Le posizioni che si sono contese il campo sulla complessa collocazione costituzionale delle *Authorities* sono esaurientemente ripercorse in G. SCARSELLI, *La tutela dei diritti innanzi alle autorità garanti. Giurisdizione e amministrazione*, cit., spec. 259 ss., che, pur riconoscendo che le autorità garanti presentano delle novità indiscutibili, nega che da ciò possa discendere la creazione di un nuovo potere (263).

⁴⁰ L’impostazione che ha sostenuto la contiguità strutturale e funzionale tra l’agire dell’Antitrust e quello giurisdizionale traeva spunto dalle caratteristiche delle regole materiali della concorrenza e dall’attività di mero accertamento e di qualificazione dei fatti da essa svolta per desumerne che l’Authority perseguirebbe quale unico interesse quello, del tutto generale e generico (e dunque, per differenza, non riconducibile alla categoria dell’interesse pubblico), del rispetto della normativa da parte delle imprese (così M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell’autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di in F. Bassi, F. Merusi, Milano, Giuffrè, 1993, 115 ss., qui 129, ma anche L. TORCHIA, *La nuova Costituzione economica, L’amministrazione pubblica italiana*, a cura di S. Cassese, C. Franchini, II, Bologna, Il Mulino, 1994, 137 ss., qui 144). In termini opposti si è espresso chi, rifiutando tanto la tesi che avvicina l’attività dell’Autorità a quella tradizionalmente svolta dal giudice ordinario, quanto quella che configurava l’intervento della medesima come mero presupposto processuale di eventuali azioni giurisdizionali, ha fatto perno sulla considerazione che la disciplina antitrust esplicherebbe i suoi effetti non solo nei confronti dei soggetti privati, bensì anche nei confronti dell’Autorità, conferendole specifici poteri, per affermare la presenza di un interesse concorrenziale la cui cura è affidata, appunto, all’Autorità stessa (M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, Giuffrè, 1998, 229 ss., spec. 356 ss.; riconosce questa distinzione di piani anche P. LAZZARA *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, Cedam, 2001, che, pur muovendo dalla natura amministrativa dell’Autorità, nega che essa, nel proprio agire “definisca” discrezionalmente un conflitto di interessi, 326-327, ma anche 370).

vano in quanto, come si vedrà, la Consulta la abbraccia pienamente nella sua decisione.

Del resto, come si è avuta occasione di rilevare in altra sede, pare arduo negare l'esistenza di un "interesse pubblico" (e non già meramente generale) alla concorrenza facente capo all'AGCM, in un contesto in cui proprio da tale assunto muovono, per un verso, le posizioni che hanno negato la "terzietà" dell'*Authority* e, per l'altro, le più convincenti ricostruzioni dogmatiche sulla legittimazione straordinaria conferita all'AGCM dall'art. 21-*bis* l. 287/1990 s.m.i.⁴¹, confermate dalla giurisprudenza⁴².

⁴¹ Con riferimento a tale ultimo istituto, su cui si tornerà anche *infra*, la dottrina ha postulato la definizione dell'AGCM quale soggetto istituito per la garanzia di un determinato interesse pubblico per sostenere la tesi della soggettivizzazione di quest'ultimo interesse in capo all'Autorità medesima ("l'interesse a tutela del quale è proposto il ricorso si soggettivizza in un'Autorità pubblica", così M.A. SANDULLI, *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2013). In particolare, "il nuovo potere dell'AGCM, più che come potere di azione nell'interesse generale della legge in uno specifico settore, effettivamente di difficile riconduzione all'interesse legittimo, deve essere visto come diretta e naturale espressione dell'interesse – pubblico, ma pur sempre particolare e differenziato – alla migliore attuazione del valore "concorrenza", di cui è specifico affidatario, anche in contrapposizione con i diversi interessi, pubblici o privati, di altri soggetti, interesse leso dalla mera violazione della legge e dall'inosservanza dell'invito (parere) a rispettarla, e dunque direttamente soddisfatto dal ripristino della legalità violata nei termini all'uopo indicati" (*Ibidem*, 11). In termini diversi si era espressa altra dottrina che, analizzando a prima lettura l'istituto della legittimazione straordinaria dell'AGCM, affermava incidentalmente che "le autorità indipendenti, in quanto ricomprese nello Stato-comunità anziché nello Stato-apparato, non possono vantare la *suitas* di un interesse pubblico dato né possono corrispondentemente sostenere una peculiare e individuale posizione di interesse" (F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *giustamm*, 1, 2012, par. 7). Più in generale, sul controverso istituto della legittimazione straordinaria dell'Autorità possono essere richiamati, sin da ora M. LIBERTINI, *I nuovi poteri dell'Autorità Antitrust (art. 35, D.L. 201/2011)*, in *federalismi.it*, 24, 2011; M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21-bis L. n. 287/90*, *ivi*, 12, 2012; F. ARENA, *Atti amministrativi e restrizioni della concorrenza: i nuovi poteri dell'Autorità antitrust italiana*, contributo per la X edizione del Convegno "Antitrust fra Diritto Nazionale e Diritto dell'Unione Europea", Treviso, 17-18 maggio 2012; M. DE BENEDETTO, *Le liberalizzazioni e i poteri dell'Agcm*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2012; R. POLITI, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art. 21 della L. 287/90. Legittimazione al ricorso ed individuazione dell'interesse alla sollecitazione del sindacato. Ovvero: prime riflessioni sul nuovo protagonismo processuale dell'Autorità Antitrust, tra il Minosse di Dante ed il Giudice di De André*, tenuta al Convegno su "Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21 bis legge n. 287/90", tenutosi a Roma, il 31 maggio 2012, presso l'Auditorium dell'AGCM; R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21 bis legge n. 287/1990*, Relazione al convegno tenutosi presso l'Università degli studi di Milano il 27 settembre 2012, in *giustamm.it*.

⁴² Così ad esempio, tra le prime pronunce in tale direzione, il TAR Lazio, Roma, aveva affermato che "l'interesse di cui l'Autorità è portatrice è interesse pubblico, benché individuale e differenziato rispetto all'interesse generale o all'interesse diffuso in maniera indistinta sulla collettività: e si specifica come interesse pubblico alla promozione della concorrenza e alla garanzia del corretto esplicarsi delle dinamiche competitive, come condizione e strumento per il benessere sociale". Sicché, prosegue il TAR, "il nuovo potere dell'AGCM, più che come potere di azione nell'interesse generale della legge in uno specifico settore, effettivamente di difficile riconduzione all'interesse legittimo, diventa così, per scelta

L'ordinanza aggiunge, per suffragare il carattere asseritamente "giurisdizionale" delle funzioni svolte in materia di concorrenza, che, nel corso dei procedimenti *antitrust*, sarebbe dato ampio spazio ai principi del contraddittorio e della parità delle armi, "di chiara derivazione processuale"⁴³.

Anche tale punto impone una precisazione. Che l'articolazione procedimentalizzata dell'azione amministrativa ne garantisca l'imparzialità rappresenta un dato acquisito, e ampiamente confortato dalla dottrina⁴⁴. E' parimenti ricorrente (pur non andando esente da critiche⁴⁵) l'argomento che valorizza il contraddittorio procedimentale "rafforzato" garantito dalle *Authorities* quale elemento che consentirebbe di sopperire alla loro critica collocazione costituzionale e al *deficit* democratico imputato alla relativa sottrazione al circuito della re-

del legislatore, uno degli strumenti volti a garantire l'attuazione dell'interesse pubblico, ma pur sempre particolare e differenziato, alla migliore attuazione del valore "concorrenza", di cui è specifica affidataria l'Autorità" (TAR Lazio, Roma sez. III-ter, sent. non definitiva 15 marzo 2013, n. 2720 con nota di A. D'URBANO, *Il nuovo potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM al vaglio del giudice amministrativo*, in *federalismi.it*, 14, 2013). Nello stesso senso, da ultimo, si è pronunciato il TAR Bari, che, nell'escludere ogni contrasto tra la legittimazione straordinaria dell'AGCM e il quadro costituzionale, descrive come orientamento condiviso diffusamente dalla recente giurisprudenza amministrativa quello secondo cui le disposizioni *de quibus*, "contemplano una legittimazione straordinaria - a proporre ricorso giurisdizionale dinanzi al G.A. - di un soggetto pubblico (i.e. Autorità amministrativa indipendente), in quanto ente portatore di un interesse "qualificato e differenziato" al corretto funzionamento del mercato e quindi giuridicamente rilevante ed idoneo a fondare situazioni giuridiche soggettive" (in termini TAR Puglia, Bari, sez. III, 20 luglio 2018, n. 1097, con richiami a Cons. Stato, sez. VI, 30 aprile 2018, n. 2583; TAR Toscana, Firenze, sez. I, 7 dicembre 2017, n. 1521; Cons. Stato, sez. V, 15 maggio 2017, n. 2294; Id., 30 aprile 2014, n. 2246).

⁴³ L'ordinanza si sofferma in particolare sul diritto al contraddittorio, garantito in forma scritta e orale (art. 14 l. n. 287/1990), sull'ampio diritto di accesso riconosciuto alla parte sottoposta alla procedura sanzionatoria e sulla Comunicazione delle risultanze istruttorie, con cui vengono cristallizzati gli addebiti mossi nei confronti delle parti.

⁴⁴ Per la valorizzazione del procedimento quale strumento di individuazione degli interessi attraverso i compiti istruttori del responsabile del procedimento e dei conseguenti riflessi sulla posizione rivestita dall'amministrazione in tale contesto, cfr. E. CARDI, *Procedimento amministrativo*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, Treccani, 1991, 3 ss. e per l'affermazione che la posizione delle parti nel procedimento potrebbe raggiungere una vera e propria parità cfr. anche A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1996, spec. 97. Più in generale, sul contraddittorio procedimentale quale istituto di derivazione processuale A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004 e M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 59 ss.. L'argomento è stato affrontato da ultimo, in una prospettiva attenta al diritto sovranazionale, in A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, Giappichelli, 2016.

⁴⁵ A. TRAVI, *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, 14 febbraio 2019, in www.giustizia-amministrativa.it, 3-4: "la partecipazione al procedimento, da parte sua, non è un fattore di legittimazione, se si usa il termine 'legittimazione' in senso giuridico, come dovrebbe valere nel contesto della giurisprudenza in esame; la legittimazione procedimentale elaborata da Lübmman è tutt'altra cosa, e attiene alla legittimazione in senso sociologico, ossia nel senso di riconoscimento di un soggetto come autorità da parte di altri soggetti?".

sponsabilità politica ex art. 95 Cost.⁴⁶, sicché non sorprende che l'ordinanza valorizzi la forma dell'esercizio delle funzioni attribuite all'*Antitrust* per corroborare la tesi della sua indipendenza. Di qui ad affermare, però, che i connotati del procedimento sanzionatorio dell'AGCM lo renderebbero sovrapponibile a un processo giurisdizionale si compirebbe, come si vedrà, un salto logico difficilmente giustificabile.

Neppure convince l'argomento che fa leva sui poteri inibitori e di condanna di cui dispone l'Autorità, nonché sulla capacità dei suoi provvedimenti rimasti inoppugnati di "*produrre effetti analoghi a quelli del giudicato*". Si tratta di poteri di cui è munita anche la p.A. e di caratteri di stabilità che qualsiasi provvedimento amministrativo è suscettibile di acquisire⁴⁷, con conseguente inconferenza dell'assunto rispetto alla pretesa assimilabilità dell'Autorità a un giudice.

L'ordinanza si sofferma, da ultimo, sull'adeguata separazione che sarebbe garantita, tanto sul piano organizzativo quanto su quello delle funzioni concretamente esercitate, tra gli uffici che svolgono attività istruttoria formulando le contestazioni e l'organo competente ad assumere la decisione finale (il Collegio). Anche sotto tale profilo l'Autorità, dimostrando di avere una certa concretezza della stratificazione del dibattito interpretativo, cerca di schierarsi nettamente per l'affermazione della propria indipendenza e imparzialità⁴⁸ e, in piena

⁴⁶ In argomento, per tutti, si richiamano le parole di F. MERUSI, *Democrazia e autorità. Un romanzo quasi giallo*, cit., 26, in cui si legge "*A torto o a ragione si ritiene che garantire l'esercizio dei diritti in contraddittorio ad armi pari sia una funzione tecnica che trova in se stessa il proprio fine e che pertanto non sia bisognosa di una legittimazione politica, che, per definizione, serve a porre fini e non a rispettare un modulo procedimentale ritenuto coesistente all'esercizio di ogni tipo di diritto costituzionalmente riconosciuto (o costituzionalmente affermato) attraverso un nuovo "paradigma" costituzionale*". Parlava di una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale R. CHIEPPA, *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2005, precisando che "*tanto meno è garantita la prima per l'effetto dell'attribuzione all'Autorità di poteri che a volte sono sostanzialmente in bianco, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento nel procedimento condotto dall'Autorità di tutti i soggetti interessati*". In argomento F. GAMBARDILLA, *Autorità indipendenti, semi-indipendenti e garanzie del contraddittorio*, in *Foro amm. CDS* 2006, 11, 3154 parla di una vera e propria "democrazia procedimentale".

⁴⁷ *Amplius* F. APERIO BELLA, "Ceci n'est pas une note de jurisprudence", cit., spec. 306.

⁴⁸ In estrema sintesi, secondo una prima tesi, affinché il titolare del potere decisionale sia effettivamente indipendente e imparziale l'assenza di condizionamenti esterni e interni (che, come visto, tali connotazioni implicano) dovrebbe essere vantata anche rispetto all'"accusa" (per utilizzare la formulazione cara alla giurisprudenza di Strasburgo), ossia all'ufficio munito di poteri istruttori. Muovendo da tale presupposto, è stato osservato che il procedimento sanzionatorio dell'AGCM non integrerebbe tale condizione, per via della ridotta separazione assicurata fra l'ufficio competente allo svolgimento dell'istruttoria e il Collegio, quale l'autorità incaricata della decisione finale (A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, spec. 240 ss.; M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, cit., spec. 138 ss.; F.F. GUZZI, *Il procedimento sanzionatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in M. Allena, S. Cimini (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti, Il diritto dell'economia*, vol. 26, n. 82, 3, 2013, 172 ss.; S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni*

sintonia con tale impostazione, enfatizza la separatezza tra l'ufficio deputato all'istruttoria e il Collegio, ricavabile dalla circostanza che il primo dipende *ex lege* da un organo diverso (i.e. dal Segretario generale) nonché dalle peculiari relazioni organizzative che si instaurerebbero tra gli organi in esame. Anche tali argomentazioni, però, si espongono ai rilievi tradizionalmente opposti dai sostenitori della tesi dell'insufficienza del grado di separazione tra funzioni istruttorie e decisore in seno all'Autorità. Si intende fare riferimento alle numerose regole procedurali e meccanismi operativi interni all'Autorità che legano l'attività degli uffici a quella del Collegio⁴⁹, in prevalenza messi in luce nella (diversa) ottica di vagliare la conformità del procedimento dell'AGCM al canone giusto processo, per come interpretato dalla Corte EDU. Si tratta di elementi che, debitamente spogliati delle implicazioni fattene discendere sul piano CEDU⁵⁰, concorrono nell'escludere l'effettiva separazione affermata dall'Autorità.

pubbliche: uno studio critico, cit., 306 ss.; F. CINTIOLI, *Giusto processo, Cedu e sanzioni "antitrust"* in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2507 ss.). Le contestazioni si concentrano prevalentemente sulla circostanza che tali organi manterrebbero un collegamento troppo stretto tra loro in seno al procedimento, il che inficerebbe, di conseguenza, l'imparzialità e la terzietà del decisore. L'impostazione opposta valorizza *in primis* il dato normativo (artt. 12 e ss. l. n. 287/1990 e artt. 6 e ss. d.P.R. 217/1998), che identificherebbe due organi distinti prevedendo, peraltro, che gli uffici non rispondono direttamente al Collegio, bensì dal Segretario generale, integrando così un modello dialettico e bifasico (E. FRENI, *I poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in M. Fratini (a cura di), *Le sanzioni delle Autorità Amministrative Indipendenti*, Padova, Cedam, 2011, 787 ss., spec. 843 ss.; F.F. GUZZI, *Il procedimento sanzionatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., 177).

⁴⁹ Il Segretario generale, che sovrintende l'attività degli uffici, lungi dall'essere organo estraneo al Collegio, risponde del suo operato proprio di fronte a quest'ultimo (art. 11, co. 5, della l. 287/1990) ed è nominato su proposta del presidente dell'AGCM; sotto altro versante, tutte le principali decisioni concernenti lo svolgimento dell'istruttoria passano per il Collegio, che, ai sensi del regolamento: delibera in merito all'avvio dell'istruttoria "*sulla base delle proposte degli uffici?*" (art. 6, co. 1); decide sullo svolgimento dei principali atti dell'istruttoria, autorizzando, sempre su proposta degli uffici, ispezioni, perizie, analisi statistiche ed economiche, nonché consultazioni di esperti (artt. 10 e 11); è tenuto informato di tutti gli accertamenti svolti (art. 8, co. 3, disposizione rispetto alla quale assume l'invio di note, proposte e altri documenti preparatori che possono avere una certa importanza ai fini della formazione del convincimento del Collegio e che, al contempo, sono espressamente sottratti all'accesso, *ex art. 13, co. 5, del regolamento*) e, infine, verifica "*la non manifesta infondatezza delle proposte formulate dagli uffici in relazione agli elementi probatori acquisiti?*" (art. 14, co. 1) prima che la CRI sia inviata alle parti. (in dottrina, per la valorizzazione di tali argomenti v termini F. CINTIOLI, *Giusto processo, Cedu e sanzioni "antitrust"*, cit., 514. Lo stesso A. precisa nondimeno che la figura del Segretario generale garantirebbe, altresì, una forma di controllo endoprocedimentale sull'attività degli uffici non direttamente riconducibile al Collegio; F.F. GUZZI, *Il procedimento sanzionatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., 177).

⁵⁰ Le argomentazioni a sostegno della separatezza tra gli uffici che svolgono attività istruttoria il Collegio (e quelle opposte per la relativa confutazione), sono state in prevalenza concepite e verificate nell'ottica di vagliare la conformità del procedimento dell'AGCM al canone giusto processo, per come interpretato dalla Corte EDU. In tale ambito, come è evidente, entrano però in gioco logiche estranee allo specifico tema della legittimazione

5. La soluzione della Consulta come dimostrazione della rilevanza dell'organizzazione nei rapporti tra le Istituzioni.

La prospettiva che si è scelta di abbracciare nell'esame dell'ordinanza n. 1/2018 ha consentito di osservare con attenzione tanto il profilo interno che quello esterno dell'organizzazione dell'Autorità. Mentre sotto il primo profilo, non pare seriamente dubitabile che le regole di nomina e la modulazione delle cariche dei componenti dell'Autorità ne garantiscano una certa "neutralità" (sia pure in senso improprio, stante la contestabilità delle relative decisioni innanzi all'apparato giurisdizionale, e senza raggiungere i caratteri della terzietà), l'esigenza di dare conto anche delle interazioni che si instaurano nel momento in cui l'Autorità espleta le proprie funzioni ha aperto la strada a scenari che ne hanno escluso nettamente l'"assimilabilità" a un giudice.

Proprio in tale direzione si è mossa la Consulta, facendo ruotare la propria decisione di inammissibilità attorno al perno del difetto "*dell'essenziale requisito della terzietà*" in capo all'AGCM.

La decisione prende le mosse da un'efficace sintesi preliminare della giurisprudenza costituzionale sulle nozioni di "giudice" e di "giudizio" rilevanti ai fini del giudizio di l.c.. È noto che in un sistema costituzionale come il nostro, in cui non è previsto un ricorso diretto individuale al Giudice delle leggi⁵¹, la

dell'AGCM a sollevare questioni di l.c. sicché se, da un lato, la pregnanza delle riferite considerazioni è relativa, dall'altro nemmeno risultano dirimenti le pronunce che hanno escluso il contrasto tra il procedimento sanzionatorio antitrust e l'art. 6 della CEDU, negando la necessità della distinzione fra organi del procedimento. In ossequio all'ottica "compensativa" abbracciata dai Giudici di Strasburgo, infatti, la questione si sposta dalla verifica del rispetto delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU nella fase procedimentale alla questione della sussistenza o meno di un successivo ricorso di *full jurisdiction* ove la decisione amministrativa sia suscettibile di essere rivista "*point by point*" e sostituita (*ex multis* F. GOISIS, *Un'analisi critica delle tutele procedimentali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 3, 669 ss., qui 675 ss.; S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, cit., 175 ss. nonché le riflessioni contenute nella sezione monografica di questa *Rivista*, 2018, 2).

⁵¹ Il procedimento di promovimento della questione di costituzionalità in via incidentale (o di eccezione), si caratterizza, come noto, per essere "concreto", perché la legge viene in considerazione nel momento e a causa della sua applicazione; "generale", potendo riguardare tutte le leggi al momento della loro applicazione, e "indisponibile" perché il giudice *a quo*, quando ne ricorrano le condizioni, è tenuto a promuoverlo (G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia Costituzionale*, cit., 268). La dottrina suole individuare il giudice *a quo* quale figura posta posizione di "*intermediarietà*" tra la sfera politica e quella dei diritti individuali. Il momento della giurisdizione è infatti quello in cui vengono in contatto la "*lex*", il diritto dal punto di vista "politico", e gli "*iura*", ossia i diritti dal punto di vista dei singoli. Il giudizio diviene così il luogo di incontro tra lo Stato-autorità e lo Stato-comunità, presso un soggetto, il giudice, che è impar-

giurisprudenza costituzionale ha da sempre dimostrato di accogliere un concetto “relativo” di giudice e giurisdizione, optando per un orientamento definito “eclettico”, fatto di “spunti” o “sintomi” che si prestano a combinazioni libere e a conclusioni non rigidamente obbligate⁵². In tale contesto, da un lato, la prevalenza di certi elementi su altri può storicamente variare, dando luogo a nuove combinazioni e nuove nozioni di giudice “ai limitati fini”⁵³, dall’altro, si registra la progressiva affermazione dell’argomento della “zona franca”, la cui operatività è però stata correttamente esclusa, come si vedrà subito *infra*, dalla Corte.

Né può sorprendere che un approccio simile sia stato abbracciato dalla Corte di giustizia nell’esercizio della propria funzione di interprete dei Trattati (e degli atti compiuti dalle Istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell’Unione) attraverso il vaglio di ammissibilità dei rinvii pregiudiziali ex art 267 TFUE⁵⁴. Anche i Giudici di Lussemburgo, con un’operazione ermeneutica per certi versi sovrapponibile a quella adoperata dalla Corte costituzionale, hanno delineato un concetto autonomo di “*giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale*”⁵⁵, ben più elastico di quello comunemente accolto in abito nazionale⁵⁶.

zialmente collocato tra l’uno e l’altro, “*non essendo agente esclusivo né dell’interesse della lex né dell’interesse degli iura*” (G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, op. cit., 269).

⁵² In termini, sostanzialmente G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, cit. 273, con riferimento anche a V. ONIDA, *Giurisdizione e giudici nella esperienza della Corte costituzionale*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, il Mulino, 1982, 193 ss.. Non sorprendere, pertanto, che le pronunce costituzionali sull’argomento sfuggano a schemi concettuali rigidi, apparendo spesso ingiustificate se osservate ricercando una nozione “a priori” di giurisdizione. La circostanza che chi muove da tale approccio “aprioristico” sia destinato a rimanere insoddisfatto è evidenziata in V. CRISAFULLI, *In tema di instaurazione dei giudizi incidentali di costituzionalità delle leggi*, in Aa.Vv., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, Cedam, vol. IV, 2790 ss. Altra dottrina ha evidenziato che in un sistema “artificiale” come il nostro, creato *ad hoc* e non germinato all’interno di una spontanea evoluzione di istituti esistenti (com’è invece il caso del controllo diffuso), sia conseguenziale che nessun mezzo di accesso alla Corte abbia una qualche ragione “naturale” (in termini, sostanzialmente G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, op. cit., 267-268).

⁵³ G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, op. loc. cit..

⁵⁴ Come noto, l’istituto del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE (già art. 234 TCE e art. 177 TCEE) consente (o impone, a seconda che si tratti dell’organo di ultima istanza) di rimettere alla Corte di giustizia le questioni interpretative sorte nei giudizi pendenti innanzi agli organi giurisdizionali degli Stati membri che riguardano i Trattati o la validità e l’interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi e dagli organismi dell’Unione. a F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo*, cit., 283 ss.

⁵⁵ In argomento, senza pretese di completezza K. LENAERTS *EU procedural law*, Oxford, 2014; M.P. BROBERG, *Preliminary references to the European Court of Justice*, Oxford, 2014; N. FENGER: *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l’Union européenne*, Bruxelles, 2013; G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell’esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, Giuffrè, 2003.

⁵⁶ La Corte di giustizia ha in più occasioni affermato che “*tale nozione può riferirsi a organi che non sono organi giurisdizionali ai sensi del diritto nazionale e non fanno parte del sistema giudiziario di uno Stato membro*”, attribuendo un’importanza determinante “*non alla qualificazione giuridica dell’organo, ma piuttosto alle sue effettive caratteristiche*”. Illuminanti sul punto le conclusioni dell’Avvocato

L'elasticità delle nozioni si spiega agevolmente, in entrambi gli ambiti, ponendo mente alla funzione e agli obiettivi perseguiti dalle Corti: a livello dell'Unione, incoraggiare l'uso della procedura di rinvio vuol dire tutelare l'uniformità dell'interpretazione del diritto sovranazionale; per la giurisprudenza costituzionale, specialmente nei primi anni della sua attività, aprire le vie dell'accesso al proprio sindacato significava legittimarsi, aumentando le possibilità di cancellare norme incostituzionali, diffondendo la cultura della rigidità della Costituzione repubblicana.

Anche nelle pronunce più recenti, la Consulta, pur dimostrando un certo "irrigidimento" guidato da esigenze di filtro, dimostra di preservare un canale di accesso incidentale ove ricorra una impossibilità o difficoltà nel far giungere altrimenti al proprio vaglio determinate leggi⁵⁷. Come accennato, però, la Corte sgombra opportunamente il campo dall'argomento della "zona franca" o della "zona d'ombra", valorizzato dall'ordinanza come "decisivo" e già confutato dai primi commentatori⁵⁸. L'argomento, sempre più utilizzato dalla giurisprudenza costituzionale, nasce dall'esigenza di scongiurare il rischio che un certo settore dell'ordinamento resti sottratto al vaglio di costituzionalità e si sostanzia nell'estensione del novero dei soggetti legittimati al promovimento oltre il confine della rigida verifica della presenza dei requisiti soggettivi e oggettivi di giudice e di giudizio⁵⁹. Nella specie, il pericolo che la "zona" dell'ordinamento in

Generale Niilo Jääskinen del 7 luglio 2015 in C-203/2014, *Consorzi Sanitari del Mareme*, in cui si legge proprio che "Occorre sottolineare, a tale riguardo, che il fatto che un organo nazionale non sia considerato come un organo giurisdizionale in senso proprio in virtù del diritto nazionale non è di per sé determinante, in quanto il concetto di «organo giurisdizionale» ai sensi dell'articolo 267 TFUE costituisce una nozione autonoma del diritto dell'Unione. La Corte ha infatti dichiarato che tale nozione può altresì riferirsi a organi che non sono organi giurisdizionali ai sensi del diritto nazionale e non fanno parte del sistema giudiziario di uno Stato membro. La Corte attribuisce dunque un'importanza determinante non alla qualificazione giuridica dell'organo, ma piuttosto alle sue effettive caratteristiche, il che porta a una valutazione delle caratteristiche strutturali e funzionali dell'organo del rinvio". Per approfondimenti, sia consentito rinviare a F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo*, cit., 283 ss.

⁵⁷ Merita puntualizzare che, a livello nazionale, a fronte dell'iniziale egemonia di un approccio "generoso", guidato all'esigenza della Corte di legittimarsi, si è affermato un filone giurisprudenziale più rigoroso, temperato dall'emersione della figura di giudice "ai limitati fini", spesso utilizzata in combinazione con l'argomento della c.d. "zona franca". Si tratta di una serie di decisioni che attestano la volontà dei giudici costituzionali di ampliare le vie dell'accesso in nome di un criterio elastico nel riconoscimento della legittimazione "ai limitati fini della sollevabilità della questione di legittimità costituzionale" (L. CASSETTI, op. cit., 6).

⁵⁸ S. STAIANO, *Essere giudice «a limitato fine» Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, cit., spec. 11; F. APERIO BELLA, "Ceci n'est pas une note de jurisprudence", cit., spec. 317.

⁵⁹ Per un approfondimento sulla nozione di "zona franca", utilizzata tradizionalmente dalla giurisprudenza costituzionale intervenuta sulle leggi elettorali, cfr. P. CARNEVALE, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato fra legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale in via incidentale ed evocazione della "franca"*, cit., *passim*.

questione sfugga al vaglio di costituzionalità è però escluso, precisa la Corte, dall'esistenza di una sede giurisdizionale agevolmente accessibile che possa veicolare il promovimento della q.l.c.: il giudizio amministrativo contro l'eventuale atto di archiviazione dell'Autorità proposto dalle parti interessate all'accertamento della natura in tesi anticoncorrenziale dell'operato del CNM (i.e. il notaio segnalante o quello interveniente).

Esaminando in dettaglio i passaggi della sentenza volti ad escludere la terzietà dell'AGCM, il dato è ricavato da tre concomitanti circostanze: (i) i provvedimenti dell'Antitrust sono sottoposti al vaglio del g.a. al pari di qualsiasi altro provvedimento (ii) la stessa Autorità ha il potere di agire quale parte ricorrente ai sensi dell'art. 21-*bis* l. n. 287/1990 (iii) è assente una netta separazione tra gli uffici e il Collegio⁶⁰. Se ne fa discendere la mancanza, in capo all'Autorità, di quella “*estraneità*” alla situazione sostanziale e “*terzietà rispetto all'autorità che ha adottato la decisione oggetto del ricorso*” richiesta dalla giurisprudenza costituzionale per la configurabilità di un “giudice”.

La ricostruzione è confortata da richiami sia a precedenti dello stesso Giudice delle Leggi (che, ad esempio, proprio per il riferito difetto di “*estraneità*”, aveva negato la legittimazione del p.m. quale giudice a *quo*⁶¹) sia a decisioni di altre Corti che hanno abbracciato la medesima prospettiva, affermando l’“*ontologica incompatibilità tra la posizione di giudice e di parte processuale nel giudizio avverso i propri provvedimenti*” in riferimento al CNF⁶², nonché con la sull'Autorità per la protezione dei dati personali⁶³.

Il riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia desta particolare interesse in quanto benché, di tutta prima, sembrerebbe accorciare le distanze tra le soluzioni offerte dai giudici di Lussemburgo in sede di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE e quelle abbracciate dalla Corte, ad una più attenta analisi, si pone in continuità con l'atteggiamento di indipendenza preservato dalla Consulta⁶⁴, come dimostra il richiamo alla pronuncia della Corte di giustizia

⁶⁰ La Corte si sofferma proprio sull'art. 11, co. 5, l. n. 287 del 1990, evidenziando che esso pone un nesso funzionale tra Segretario e Presidente, cui il primo «risponde» anche del funzionamento dei servizi e degli uffici medesimi invocando a proprio supporto C. giust. UE, Grande sez., 31 maggio 2005, in C-53/03, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) e altri*.

⁶¹ C. cost., n. 40 del 1963 e ordinanza n. 249 del 1990.

⁶² C. cass., sez. I civ., 21 maggio 2018, n. 12461; Id., sez. un., 24 gennaio 2013, n. 1716 e C. giust. UE, Grande sez., 17 luglio 2014, in C-58/13, *Torresi*.

⁶³ C. cass., sez. I civ., 20 maggio 2002, n. 7341.

⁶⁴ Tra gli esempi del riferito atteggiamento di indipendenza, basti menzionare la vicenda giurisprudenziale che ha interessato il ricorso straordinario al capo dello Stato. Benché la Corte di Giustizia avesse affermato la legittimazione del Consiglio di Stato in sede consultiva a sollevare rinvio pregiudiziale sin dagli anni '90 (CGUE, 16 ottobre 1997, in C-69/96 - C-79/96,

sull'*Epitropi Antagonismou* ellenico (altra *Authority* inserita nella rete antitrust europea), operato senza alcun riferimento al potere di “avocazione” della Commissione, pure valorizzato in sede europea per negarne la legittimazione a sollevare questioni pregiudiziali⁶⁵.

Invece di arrestare a tali considerazioni la propria motivazione, la Consulta aggiunge che l'assenza di terzietà dell'AGCM è il riflesso della natura del potere attribuitole: “una funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco”. L'Antitrust è infatti portatrice di “un interesse pubblico specifico”, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato, e quindi non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale. Ciò emerge con particolare evidenza, prosegue la Corte, in riferimento agli importanti poteri pararegolatori e consultivi spettanti all'Autorità, nonché nell’“ampio margine di discrezionalità amministrativa” che connota istituti quali le autorizzazioni in deroga di intese vietate, l'accettazione degli “impegni” e i cosiddetti programmi di clemenza.

Da ultimo, la Corte aggiunge che il contraddittorio applicato dall'Autorità non si differenzia – se non per la sua intensità – da quello procedimentale classico, restando di natura “verticale”, perché il privato si confronta con un soggetto che, “nell'irrogazione della sanzione, in quanto titolare di un ben definito interesse pubblico, non è in posizione di parità”.

Garofalo, pt. 21 e ss.), il Giudice delle leggi ha per anni mantenuto un atteggiamento di chiusura, ritenendo espressamente non dirimente il pronunciamento della Corte UE ai fini del proprio vaglio di ammissibilità, in sede di rinvio pregiudiziale in quanto “il riconoscimento della natura giurisdizionale non è avvenuto ai fini della proponibilità del giudizio incidentale, retto da norme e principi su cui la Corte di giustizia CE, nella sentenza indicata, non ha avuto da pronunciarsi” (C. cost. 21 luglio 2004, n. 254).

⁶⁵ CGUE, 31 maggio 2005, in C-53/03, *Syfait*, resa con riferimento all'*Epitropi Antagonismou*, Autorità indipendente greca operante in materia di concorrenza rispetto alla quale la Corte ha dovuto verificare la legittimazione a sollevare questioni pregiudiziali. La Corte di giustizia ha rilevato preliminarmente che tale Autorità risultava soggetta alla tutela del Ministero dello Sviluppo sicché quest'ultimo poteva, entro certi limiti, controllare la legittimità delle decisioni dell'organo. Pur non dubitando che i componenti dell'Autorità godessero, ai sensi di legge, di indipendenza da un punto di vista personale e funzionale, i Giudici di Lussemburgo soffermano la propria attenzione sulla circostanza che la revoca o l'annullamento delle relative nomine non fosse soggetta a particolari garanzie, precisando che “un sistema del genere non sembra tale da costituire un reale ostacolo agli indebiti interventi o pressioni da parte del potere esecutivo nei confronti dei membri dell'*Epitropi Antagonismou*”. Ulteriore elemento ritenuto determinante per escludere la natura di “organo giurisdizionale” dell'Autorità in esame è stato il relativo rapporto con la Commissione europea: la circostanza che la Commissione potesse, con propria decisione, privare l'organo *de quo* della propria competenza, implicava che ogni volta che tale potere di “avocazione” degli atti dell'autorità nazionale fosse effettivamente esercitato “il procedimento avviato dinanzi a quest'ultima autorità non si risolverà in una pronuncia di carattere giurisdizionale” (pt. 36).

Il dato organizzativo, nelle sue molteplici sfaccettature (l'aspetto funzionale, quello dell'analisi dell'attività nel momento del suo formarsi e delle situazioni relazionali che si instaurano), sembra dunque aver rappresentato un momento fondamentale dell'argomentazione della Consulta.

6. Considerazioni conclusive.

La Corte ha scelto di prendere specifica posizione sulla terzietà dell'Autorità e sul carattere discrezionale dei poteri da essa esercitati pur non giungendo, come prevedibile, a pronunciarsi sulla relativa collocazione costituzionale. Tale impostazione è in linea con la nozione di giudice "ai limitati fini" e con la refrattarietà sovente dimostrata dalla Consulta nel trarre conclusioni sistematico-ordinamentali dall'affermata legittimazione di un certo organo a sottoporle questioni in via incidentale⁶⁶.

⁶⁶ Emblematico, in punto, il caso della legittimazione del Consiglio di Stato in sede di parere su ricorso straordinario al Capo dello Stato. Per anni la Corte ha escluso che quello innanzi alle sezioni consultive del Consiglio di Stato in sede di parere su ricorso straordinario potesse qualificarsi come "*procedimento formalmente e/o sostanzialmente giurisdizionale*" per carenza di alcune caratteristiche fondamentali dell'attività giurisdizionale (*ex multis*, C. cost. n. 298/1986). Il mutamento di prospettiva inaugurato dalla sentenza n. 73/2014 (e già dalla n. 256/2013, che aveva affermato l'ammissibilità della questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana in sede di parere sul ricorso straordinario al Presidente della Regione siciliana) si appunta principalmente sulle modifiche operate dalla novella del 2009 all'art. 13 del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 (i.e. sull'acquisita natura vincolante del parere del Consiglio di Stato), che avrebbero determinato una "mutazione" dell'antico ricorso amministrativo "*in un rimedio giustiziale, che è sostanzialmente assimilabile ad un "giudizio", quantomeno ai fini dell'applicazione dell'art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948 e dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953*". In un successivo passaggio la Corte, confermando il proprio atteggiamento refrattario al prendere posizioni decise sulla natura dell'organo legittimando, definisce il ricorso straordinario come "*rimedio giustiziale amministrativo, con caratteristiche strutturali e funzionali in parte assimilabili a quelle tipiche del processo amministrativo*" (sul punto non può che condividersi l'osservazione di A. MANGIA, *Accesso alla Corte, pareri 'vincolanti' e pareri 'decisori'. La decostituzionalizzazione dell'art. 137 Cost.*, in *Giur. cost.*, 2014, 2, 1481 ss., in cui si afferma che il passaggio della decisione per cui l'art. 69 della l. n. 69/2009 avrebbe realizzato "*la traslazione del suddetto ricorso straordinario dall'area dei ricorsi amministrativi a quella dei rimedi giustiziali*" si scontra con la circostanza che "*I ricorsi amministrativi sono sempre stati rimedi giustiziali e come tali sono sempre stati definiti proprio per distinguerli dai rimedi giurisdizionali, vista la loro collocazione tutta interna all'amministrazione*"). La legittimazione del Consiglio di Stato in sede di parere su ricorso straordinario è stata ribadita anche in altre occasioni (Cfr. C. cost. 10 giugno 2016, n. 133), ma senza ulteriore specificazione degli elementi che consentono l'assimilabilità del rimedio a un "giudizio" in costanza del quale è ammissibile sollevare q.l.c. in via incidentale. D'altro canto, il Consiglio di Stato ha dimostrato di avvalorare il riconoscimento in via legislativa della propria legittimazione a sollevare in via incidentale q.l.c. e, per affermare l'atipicità delle azioni proponibili in sede di ricorso straordinario, ha utilizzato l'argomento che, dal momento che l'art. 23 della l. n. 87/1953, che regola il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, richiede che la questione di legittimità sia sollevata, a pena di inammissibilità, da un'"autorità giurisdizionale" nell'ambito di un giudizio, il riconoscimento normativo di tale legittimazione avrebbe "*implicitamente presupposto il riconoscimento*

Anche coinvolgendo il piano della teoria generale, del resto, pareva poco convincente l'argomento che ricavava l'assimilazione sul piano funzionale dell'attività dell'AGCM a quella del giudice dalla circostanza che l'attività della prima sarebbe “*volta esclusivamente a garantire, in una posizione di neutralità e di imparzialità, la riconducibilità delle condotte delle imprese nell'ambito della legge, al solo fine di tutelare un diritto oggettivo (quello della concorrenza) avente rilevanza generale*”. Sebbene sia noto che esistono molti elementi comuni tra la funzione esecutiva e quella giurisdizionale, tra i quali figura senz'altro il rapporto con la legge (ché la giurisdizione non è altro che applicazione della legge e tende dunque naturalmente ad accostarsi all'amministrazione, la quale, a sua volta, non ha funzione diversa da quella dell'applicazione della legge, allontanandosi specularmente dalla legislazione⁶⁷); permane però una differenza rilevante: mentre la funzione esecutiva, nell'attuazione delle leggi, si svolge secondo il criterio dell'interesse da perseguire (quindi il potere che viene esercitato nell'organizzazione esecutiva è sempre alimentato da interessi che devono essere in qualche modo soddisfatti e sono individuati dal legislatore al momento del conferimento del potere), l'attuazione legislativa ad opera del giudice si caratterizza invece per il fatto che il conferimento dei poteri alla organizzazione giudiziaria non avviene mai secondo il criterio della definizione di un interesse specifico da perseguire, ma soltanto in funzione del raggiungimento “*dell'interesse generale e obiettivo della giustizia*”⁶⁸. Ora, sebbene l'esercizio di poteri sanzionatori da parte dell'Autorità sia stato tradizionalmente ascritto a quella “zona grigia” tra giurisdizione e amministrazione tradizionalmente occupata dai rimedi giustiziali, nella quale l'attuazione delle disposizioni legislative “*tende ad assumere gli stessi caratteri sostan-*

*di tale condizione nel caso di specie, ovvero una situazione dal punto di vista sostanziale tendenzialmente equivalente alla 'giurisdizionalità'” (Cons. Stato, sez. II, parere 11 giugno 2018, n. 1517). Per l'affermazione che il Consiglio di Stato, in sede di emanazione del parere “*esercita una funzione giurisdizionale ed è quindi un organo di giurisdizione ai sensi dell'art. 177 del Trattato istitutivo dell'Unione Europea*” cfr. Cons. Stato, sez. II, 16 settembre 2015, n. 2609, di remissione alla CGUE della questione di compatibilità eurounitaria dell'art. dell'art. 10, d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 e dell'art. 48 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, per la parte in cui permettono ad una sola delle parti del giudizio straordinario in unico grado dinanzi al Consiglio di Stato di ottenerne la trasposizione in primo grado dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale, senza il consenso od il concorso del ricorrente o di qualunque altra parte dello stesso giudizio.*

⁶⁷ E' stato acutamente osservato che la *iuris-dictio*, già sotto il profilo terminologico, non si confonde con la *legis-latio*: tra *dicere* e *ferre* corre infatti una differenza radicale (M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, Relazione al Seminario “*Dalla costituzione «inattuata» alla costituzione «inattuale»? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*”, Ferrara, 24-25 gennaio 2013, pubblicato in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, Napoli, 2013).

⁶⁸ G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, cit., 259.

zial⁶⁹, appare però dirimente la differenza che intercorre tra attività contenziosa e attività giustiziale⁷⁰. L'attività dell'AGCM può, al più, considerarsi perfettamente contenziosa sul piano strutturale, ma non può avvicinarsi a un processo sul piano funzionale (come accade per l'attività giustiziale), non essendo volta a dirimere un conflitto sorto su un potere amministrativo già esercitato, bensì ad esercitare poteri tipici dell'amministrazione attiva. Si tratta di un'attività di mera *adjudication*, che, pur svolgendosi in forme contenziose, non dirime un conflitto, ma è rivolta a verificare la riconducibilità dei singoli casi concreti alle ipotesi contemplate dal legislatore. Sebbene la distinzione appaia più labile se osservata dalla prospettiva del giudizio penale, le cui forme sono sostanzialmente riprodotte dal procedimento sanzionatorio, merita nondimeno di essere tenuta ferma, alla stregua della più convincente ricostruzione della nozione di sanzione amministrativa⁷¹ e della fondamentale distinzione tra garanzia

⁶⁹ *Ibidem*, 261. In particolare, l'A. pone in evidenza circostanza che “la percentuale di imparzialità che accompagna l'attività amministrativa o esecutiva verrebbe ad avvicinarla all'attività giurisdizionale, nel senso che se questa si compie con la formazione di sentenze che ad un certo punto acquistano stabilità attraverso quella specifica qualificazione che è il giudicato, anche i provvedimenti amministrativi, in quanto frutto di decisioni imparziali (ad es., tutti gli atti sanzionatori emessi da autorità amministrative, oppure gli atti giustiziali emanati a seguito di ricorsi amministrativi e relativo contraddittorio), acquisterebbero in modo naturale una stabilità, nel senso che non potrebbero essere revocati in ragione di un diverso spontaneo apprezzamento dell'interesse pubblico inerente alla materia. Vi sono poi fattispecie nelle quali l'organo amministrativo non può tornare sulla sua decisione, in quanto ne sono venuti meno i presupposti; per esempio, quando l'esercizio di una specifica funzione (ad es., funzione di controllo su atti o comportamenti di altri organi) è legato ad un determinato termine temporale”.

⁷⁰ Quando l'attività dell'amministrazione è esclusivamente preordinata a risolvere conflitti con altri soggetti, non si risolve mai nell'amministrazione attiva ed esprime una funzione tipicamente giustiziale. Il descritto carattere è ravvisabile nelle sole decisioni sui ricorsi amministrativi, ove si riscontra una controversia in senso proprio (scaturente da un conflitto attuale e qualificato) e la garanzia del contraddittorio. Più in particolare, sotto il profilo strutturale, l'attività propriamente giustiziale si differenzia da quella meramente contenziosa per la vigenza del principio dispositivo: mentre in entrambe è garantito il contraddittorio e il potere delle parti di introdurre fatti in assenza di un corrispondente potere dell'autorità decidente rispetto a fatti sui quali non ci sia stata la possibilità di contraddittorio, solo nell'attività giustiziale vige un sistema dispositivo che riserva al ricorrente ogni potere circa l'introduzione di fatti. Il rilievo implica, secondo la ricostruzione più accreditata, che l'autorità decidente opera, in tali casi, con i moduli dell'amministrazione giustiziale, senza dover dar conto, come avviene nell'esercizio dell'amministrazione attiva, di scelte effettuate in relazione a interessi concorrenti e in vista della realizzazione del cosiddetto interesse primario, ma con il solo onere di “dar conto delle soluzioni accolte in relazione alle questioni sollevate e in vista dell'interesse alla giusta realizzazione delle norme giuridiche e alla fissazione dei fatti secondo verità” (A. TRAVI, *Decisione amministrativa*, in *Dig. disc. pub.*, IV, Torino, 1989, 524 ss., qui 528-529).

⁷¹ I limiti del presente scritto impongono di svolgere il ragionamento mediante applicazioni semplificative, obbligando di rinviare, per un maggiore sviluppo di assunti e dimostrazioni, a F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo*, cit., *passim*. In questa sede preme solo rilevare che aderendo alla lettura secondo cui con la sanzione amministrativa si persegue, sia pure indirettamente, un pubblico interesse, il potere sanzionatorio può essere più correttamente collocato tra gli strumenti assegnati alla p.A. per tutelare l'interesse pubblico a

primaria e garanzia secondaria. Mentre nell'*agere* dell'Antitrust si ritrova lo schema tipico della garanzia primaria, in cui la pretesa del titolare si contrappone all'altrui obbligo di non violare quell'interesse o di cooperare alla sua realizzazione, non si riscontra invece il paradigma della garanzia secondaria, tipica della giurisdizione e della funzione giustiziale, in cui l'onere del titolare di agire a difesa del proprio interesse giuridico si contrappone al dovere di adottare il rimedio di protezione⁷².

Tracciata in modo netto la linea che separa l'attività sanzionatoria dell'AGCM e la funzione giurisdizionale, c'è piuttosto da chiedersi se i punti fermi indicati dalla Consulta possano riverberarsi sui rapporti tra queste due distinte realtà, aprendo nuovi scenari per il sindacato giurisdizionale amministrativo sull'attività in parola⁷³.

Tra gli argomenti utilizzati per calmierare l'intensità del sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Antitrust, soprattutto da parte chi accede alla tesi della *full jurisdiction* come strumento di recupero (*ex post*) delle mancate garanzie procedurali⁷⁴, sono infatti spesso figurati, da un lato, la posizione di terzietà dell'Autorità, dall'altro, il contraddittorio rinforzato da essa assicurato anche e soprattutto grazie alla separazione tra organi istruttori e decisorii. Su entrambi i profili la posizione della Consulta è parsa abbastanza chiara, escludendo la ter-

essa affidato, specularmente allontanandosi dai caratteri tipici del giudizio. Paiono pertanto condivisibili le posizioni di chi, muovendo da tale prospettiva, marginalizza la rilevanza della circostanza che l'attività sanzionatoria sia (spesso) vincolata, negando che da ciò possa derivare l'assenza di una comparazione di interessi, che, come visto, connota l'azione amministrativa anche sul piano epistemologico (L. FERRAJOLI, *Principia iuris Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2007, 862 ss.). Basti il richiamo, da ultimo, a S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, cit., *passim* e alla dottrina ivi ampiamente citata per sostenere che lo scopo della p.A. con le sanzioni amministrative non è meramente quello di punire, ma è anche quello di tutelare uno specifico interesse pubblico (il che avviene attraverso l'irrogazione di una misura amministrativa – la sanzione – al soggetto colpevole dell'inosservanza della norma). Si noti peraltro che tale aspetto connoterebbe in modo particolarmente evidente l'attività sanzionatoria delle Autorità amministrative indipendenti, in cui il potere sanzionatorio è marcatamente orientato a finalità "altre" rispetto a quella repressiva (essendo anche strumentale all'attività regolatoria e di vigilanza).

⁷² Sui concetti di garanzia primaria e secondaria L. FERRAJOLI, *Garantismo e poteri selvaggi*, "Teoria politica", XIV, 3, 1998; ID., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I, Roma-Bari, 2007, spec. 668 ss. sia vedano, *amplius*, le conclusioni raggiunte in termini di insostituibilità tra procedimento e processo raggiunte in F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo*, cit., 306 ss..

⁷³ In argomento, da ultimo, si vedano le interessanti riflessioni di M. CAPPALÀ, *Il delicato equilibrio tra full jurisdiction ed effettività del diritto antitrust nel sindacato dei provvedimenti dell'AGCM*, in *Dir. e soc.*, 2018, 4, 705 ss.

⁷⁴ Non è questa la sede per ripercorrere la vastissima letteratura sul tema, basti nuovamente il rinvio alle riflessioni contenute nella sezione monografica di questa *Rivista*, 2018, 2, dedicata alla *full jurisdiction*.

zietà dell'*Authority* e scartando l'assimilabilità del contraddittorio (rinforzato sì, ma comunque) verticale da essa assicurato a quello processuale, anche in ragione dell'assenza di una netta separazione tra uffici e Collegio. Del pari, l'affermazione dell'esistenza di un interesse specifico di cui l'AGCM è portatrice nonché del carattere discrezionale della funzione esercitata costituirebbe una ragione in più per non dubitare sull'opportunità (e necessità) di riconoscere un intenso sindacato sui provvedimenti *antitrust*, soprattutto quando espressivi di discrezionalità amministrativa (priva di un fondamento democratico).

Le molteplici implicazioni che potrebbero farsene discendere sotto il profilo dell'equilibrio tra poteri meriterebbero una trattazione autonoma, valendo nondimeno a confermare il ruolo privilegiato che la prospettiva organizzativa riveste nello svelare il rapporto tra le Istituzioni.

CLARA NAPOLITANO

Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo nell'Università del Salento

clara.napolitano@unisalento.it

PROFILI ORGANIZZATIVI DELL'AUTOTUTELA

ORGANISATION PROFILES OF THE POWER OF WITHDRAWAL

SINTESI

Un'analisi del potere di autotutela nel prisma dell'organizzazione amministrativa rivela che gli studi sulla sua natura, svolti prevalentemente avendo ad oggetto i profili funzionali, potrebbero essere meglio condotti tenendo conto della variabile delle scelte organizzative compiute dal legislatore sulla scia dei precedenti giurisprudenziali.

Invero, affermare che il potere di autotutela ha funzione di riesercizio del potere di amministrazione attiva implica che esso possa essere esercitato solo dall'organo che era stato competente all'emanazione del provvedimento primigenio, poiché unico gestore di quell'interesse pubblico specifico precedentemente amministrato e soggetto a ri-amministrazione in via di autotutela.

Viceversa, l'elaborazione del potere di secondo grado quale modalità alternativa di risoluzione dei conflitti tra interessi o, più precisamente, come rinnovata esplicazione dei poteri di controllo di legittimità *ex post* interni alla p.A., reca la conseguenza che l'organo deputato a gestire e risolvere il conflitto sia connotato da *alterità* rispetto a quello che aveva emanato il provvedimento di primo grado.

L'approccio, tuttavia, rischia in tal modo d'esser privo di una soluzione univoca: la quale, invece, potrebbe giungere dalla visione contraria per la quale è la scelta organizzativa a prefigurare la natura del potere. Che, nel nostro caso, richiedendo che il provvedimento sia annullato o revocato dallo stesso organo che ha emanato il provvedimento, è disvelatrice di una precisa scelta funzionale del legislatore: guardare all'autotutela come riesercizio del potere di primo grado e ri-amministrazione dell'interesse pubblico primigenio.

ABSTRACT

An analysis of the power to withdraw an administrative act in the prism of administrative organization reveals that the studies on its nature, carried out mainly having as its object the functional profiles, could be better conducted taking into account the variable of the organizational choices made by the lawyer in the wake of the previous ones jurisprudential.

Indeed, affirming that the withdrawal has the function of re-exercising the

power of active administration implies that it can be exercised only by the body that had been competent to issue the original provision, since it was the only manager of that specific public interest previously administered and subject to re-administration in the process of withdrawal.

On the other hand, the processing of second-degree power as an ADR or, more precisely, as a renewed explanation of the powers of legitimacy *ex post*, internal to the pA, has the consequence that the body delegated to manage and resolving the conflict is characterized by otherness compared to the one that had issued the first degree provision.

The approach, however, risks thereby lacking a single solution: which, however, could come from the opposite view, for which it is the organizational choice to prefigure the nature of power. That, in our case, requesting that the provision be annulled or revoked by the same body that issued the provision, it is the disclosure of a precise functional choice of the legislator: looking at withdrawal as a re-exercise of first-degree power and re-administration of the primeval public interest.

PAROLE CHIAVE: autotutela, organizzazione, competenza, interesse pubblico.

KEYWORDS: withdrawal, organization, competence, public interest.

INDICE: 1. L'organizzazione disvelatrice della natura del potere: profili generali. – 2. L'autotutela: potere di amministrazione attiva o prerogativa giustiziale? – 3. Per converso: la natura del potere come elemento qualificante la struttura organizzativa. – 4. L'autotutela come riesercizio del potere di primo grado: riflessi sull'organizzazione. – 5. L'autotutela come strumento giustiziale: diverse ricadute organizzative. – 6. Conclusioni: l'organizzazione come elemento qualificante la natura dell'autotutela quale potere di amministrazione attiva.

1. L'organizzazione disvelatrice della natura del potere: profili generali

Come noto, l'autotutela è stata intesa ora come potere di amministrazione attiva, ora come modalità di risoluzione di conflitti potenziali senza necessità di ricorrere all'Autorità giurisdizionale: l'alternativa ora accennata non dipende, com'è intuibile, da una scelta casuale dell'interprete; infatti, per guidare costui nell'opzione tra questi due profili funzionali, rilevano gli interessi sottesi all'esercizio del potere. In particolare uno: l'interesse pubblico alla rimozione (il contributo s'incentra sull'autotutela demolitoria) del previo esercizio del potere di amministrazione attiva.

Se si guarda a quest'ultimo fattore, è possibile guardare all'autotutela – e fornire risposta all'interrogativo circa la sua funzione – dal punto di vista *non* dell'attività, bensì da quello dell'organizzazione amministrativa; allontanandosi per un momento dalla prospettiva ravvicinata dell'autotutela e interrogandosi, in linea più generale, su quale sia il ruolo dell'organizzazione amministrativa nella gestione dell'interesse pubblico¹: se cioè i profili organizzativi

¹ Per una recente ricostruzione del concetto di interesse pubblico cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017: «Se nella concezione di Giannini gli

dell'apparato pubblico siano *strumentali e serventi* rispetto all'esercizio della funzione oppure se, invece, essi svolgano anche un ruolo d'indirizzo e *predeterminazione* dei profili funzionali. Domanda alla quale i Maestri del Diritto amministrativo hanno non di rado offerto risposte non collimanti: se per Giannini² *in principio sono le funzioni*, per Nigro³ *l'organizzazione costituisce il momento astratto della prefigurazione dell'attività*.

interessi pubblici sono dati dalle leggi, nella concezione attuale l'interesse pubblico che l'amministrazione deve effettivamente perseguire non ha più nulla di formale, cioè di normativo. L'interesse pubblico è concepito alla stregua di un'ipotesi di lavoro iniziale di una ricerca che dovrà trovare la sua giustificazione *ex post* nell'istruttoria. Altrimenti detto, l'interesse pubblico concreto è il prodotto di una sintesi "concettuale, e, *selettiva*", la quale "ha una base ed una rispondenza nei fatti ma non è essa stessa un fatto"» (p. 110). Questa lettura dell'interesse pubblico è, peraltro, fondativa della distinzione tra interesse pubblico *astratto* e *concreto*, tale per cui il primo si rinviene nell'attività legislativa – per definizione generale e astratta – ed è pertanto appannaggio del legislatore; il secondo, invece, è la risultante dell'attività ponderativa della pubblica Amministrazione, quando essa deve perseguire quell'interesse astratto secondo i principi di imparzialità e buon andamento, nel confronto con gli altri interessi concreti (E. CANNADA BARTOLI, voce *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1967, pp. 1 ss.).

Perciò l'interesse pubblico concreto è l'esito di un'attività selettiva di tutti gli interessi in gioco nella specifica fattispecie al vaglio dell'Amministrazione: una «sintesi logica», come direbbe G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, p. 162; una ipotesi di lavoro iniziale che trova giustificazione successiva nell'istruttoria, secondo G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, p. 3170.

Assumendo l'angolo visuale del privato, la configurazione dell'interesse pubblico in modo astratto o concreto ha riflessi sulla correlata configurazione dell'interesse legittimo: «L'interesse (denominato in dottrina) legittimo resta legato all'interesse pubblico, e dalla tutela di questo è ritenuto giovare in via riflessa. [...] È soltanto contrapponendo l'interesse privato all'interesse pubblico concreto perseguito dall'Amministrazione, che l'interesse legittimo potrà acquistare spessore di situazione giuridica soggettiva, nei termini di interesse privato riconosciuto e tutelato come tale dall'ordinamento giuridico» (F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo: storia e teoria*, Torino, 2017, p. 47).

² M.S. GIANNINI, *In principio sono le funzioni*, in *Amm. civ.*, 1957, n. 1, p. 11 ss.: «la forma più appariscente di questa mancanza di chiari rapporti organizzativi tra i pubblici poteri è costituita principalmente dall'assoluta empiricità della ripartizione delle funzioni. Una delle regole fondamentali di scienza dell'amministrazione è che i singoli centri organizzativi di cui si compone un apparato abbiano ciascuno una funzione *propria*, ossia, dal punto di vista delle funzioni, che queste siano assegnate secondo unità di materia ciascuna ad un suo centro d'imputazione. [...] È quindi ovvio che il primo problema, anzi il problema dei problemi, che dovrebbe porsi il legislatore che intenda provvedere in materia amministrativa non può essere che quello del riordinamento delle funzioni» (pp. 13-14).

La validità dell'assunto di Giannini può essere ancora apprezzata nella critica che, circa trentacinque anni dopo, Cassese – citando il suo Maestro – indirizzò alla legge n. 29 del 1993 nella sua prima stesura affermando che partire dalla regolazione dei rapporti di lavoro pubblico per fare una riforma generale dell'organizzazione della P.A. era errato: i primi «sono problemi seguaci, nel senso che debbono adattarsi al tipo di funzioni ed organizzazioni prescelti» (cfr. S. CASSESE, *Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego*, in *Riv. it. dir. lav.*, 3/1993, pp. 287 ss.).

³ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, p. 126.

La risposta a questa domanda, se applicata al paradigma dell'autotutela, potrebbe quindi fornire risposta all'interrogativo – di matrice più specifica e puntuale – circa la sua funzione: se di amministrazione attiva dell'interesse pubblico o di risoluzione dei conflitti tra interessi contrastanti. In altre parole: guardare all'autotutela esclusivamente nel prisma della sua costruzione funzionale ne definisce realmente il contenuto e l'aspetto teleologico? O forse quest'obiettivo può essere meglio raggiunto guardando quel potere dall'angolo visuale dell'organizzazione? Il contributo si propone proprio la dimostrazione di quest'assunto: studiare l'autotutela dal punto di vista organizzativo ne definisce anche i confini funzionali, gli obiettivi. Fornisce, insomma, risposta al quesito sulla *natura* di quel potere.

Ora, tra il piano organizzativo e quello dell'attività ci sono comunque implicazioni *reciproche*: v'è sempre – con le parole di Nigro – un rapporto di *continuità*⁴.

Banco di prova del *continuum* tra attività e organizzazione è, in questo contributo, l'autotutela amministrativa⁵, onde comprendere se la conformazio-

⁴ Secondo M. NIGRO, *Studi sulla funzione*, cit., «Organizzazione ed attività sono invece, come sappiamo, due facce della stessa moneta, due profili (due modi di essere) dello stesso sistema di istituzione e di regolazione di strumenti e di rapporti idonei a consentire il raggiungimento di determinati fini. Questa situazione di contiguità – anzi, ci si passi l'assonanza, di vera e propria *continuità* – fra i due settori, rende grave il problema di porre concretamente il confine fra di essi» (p. 123). Egli tiene tuttavia a specificare – a differenza di Giorgio Berti – che attività e organizzazione, sebbene poste in un rapporto di continuità, devono mantenere ciascuna il proprio specifico ambito giuridico d'appartenenza: non se ne deve, insomma, annullare la distinzione. In questo senso, appunto, Nigro critica l'opinione contraria di Berti (espressa nel suo celebre *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968) per il quale la distinzione tra attività e organizzazione – pur traggurdate in un rapporto di «affinità» e «compenetrazione» – tende a sfumare e ad annullarsi: il momento organizzatorio è trasformazione del potere in atto, per cui «l'organizzazione è il profondo contenuto dell'attività giuridica [120]» (cfr. sempre M. NIGRO, *op. cit.*, p. 125, *sub* nota 54).

⁵ La bibliografia sull'autotutela amministrativa è sterminata. *E plurimis*, U. BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, Torino, 1901; G. MIELE, *In tema di annullamento d'ufficio di atti amministrativi illegittimi*, in *Giur. compl. cass. civ.*, XXVI, 1947, p. 1132 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Sulla discrezionalità dell'annullamento di ufficio*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, II, p. 750; R. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1956; E. CANNADA BARTOLI, voce *Annulabilità e annullamento (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 491 ss.; F. BENVENUTI, voce *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 537 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *In tema di interesse concreto all'annullamento di ufficio*, in *Foro amm.*, 1960, I, p. 45; M. ALÌ, *Osservazioni sull'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, p. 527 ss.; P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972, spec. p. 435 ss.; F. PAPARELLA, voce *Revoca (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 209 ss. Tra i lavori più recenti v. A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991; E. FERRARI, *Revoca nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, p. 333 ss.; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001; B.G. MATTARELLA, *Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6/2007, p. 1223 ss.; M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in

ne organizzativa dell'apparato sia in grado *di per sé* di qualificare la natura di quel potere.

Due direttrici di analisi: l'una – che potremmo dire ascensionale – prende le mosse dal piano dell'attività, e dunque dalla funzione di autotutela, per inferirne il rapporto stretto e strumentale con la dimensione organizzativa dell'apparato, in quanto attributario di quel potere; l'altra – discensionale – intende osservare gli effetti delle scelte organizzative sulla natura e sulla qualificazione del potere in esame.

2. L'autotutela: potere di amministrazione attiva o prerogativa giustiziale?

Nella prospettiva funzionale l'autotutela è il potere dell'Amministrazione di tornare sulle proprie decisioni – anzi, sull'esercizio di un proprio precedente potere⁶, si pensi alle ipotesi di silenzio o di SCIA⁷ – con esiti che possono essere demolitori (revoca, annullamento) o confermativi (convalida, ratifica).

F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, p. 314 ss.; P.L. PORTALURI, *Il nuovo diritto procedimentale nella riforma della p.A.: l'autotutela (profili interni e comunitari)*, in *Federalismi.it*, 20/2016, p. 1-13. Per riferimenti più completi sia consentito il rinvio a C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, 2018.

⁶ In questo senso v. D. MARRAMA, *Le novità in tema di SCIA del biennio 2015-2016*, in *Federalismi.it*, 13/2017, spec. p. 20, per il quale la concezione atto-centrica del potere amministrativo deve ritenersi ormai superata dall'introduzione dei meccanismi di liberalizzazione e semplificazione del procedimento; ciò che si riflette anche sul potere di autotutela, non più incentrato sul riesame di un provvedimento, bensì su un precedente esercizio (anche tacito) di potere: la concezione dell'autotutela come potere incentrato su un precedente provvedimento sarebbe, secondo l'Autore, «del tutto incoerente proprio con il fenomeno della deprovincializzazione [leggasi SCIA, n.d.r.] e con i vari fermenti che, (ormai da alcuni anni) anche sulla base di pressanti sollecitazioni di matrice comunitaria, agitano il nostro diritto interno con l'obiettivo di giungere alla c.d. liberalizzazione giuridica dell'attività amministrativa. Al contrario, l'autotutela dovrebbe essere intesa più correttamente come il potere di ritornare su di un precedente episodio di esercizio di potere. Orbene, non si dice niente di eversivo quando si afferma che non ogni episodio di esercizio di potere si conclude con un provvedimento; questo accade, evidentemente, per gli accordi sostitutivi di provvedimento e per i silenzi significativi ma, a ben vedere, accade anche nella SCIA. Nella SCIA vi è esercizio di potere anche nelle ipotesi in cui l'accertamento confermi la presenza dei presupposti e dei requisiti normativamente previsti. Le opinioni contrarie risentono probabilmente di un pregiudizio atto-centrico che appesantisce la loro visione critica. Certo, con questo non si vuol certamente affermare che la SCIA sia un fenomeno del tutto sovrapponibile a tutti gli altri casi nei quali l'esercizio di potere non si traduce nell'emanazione di un provvedimento. La differenza c'è ed è sostanziale e rappresenta, tra l'altro, il cuore del concetto di deprovincializzazione. Nella SCIA (in ogni episodio di SCIA) si verifica una peculiare forma di esercizio di potere in un ambito nel quale la legittimazione allo svolgimento di una data attività fa già parte del bagaglio soggettivo del denunciante e non deriva dall'emanazione di un atto o di un simulacro di atto». Sul tema specifico delle liberalizzazioni, v. l'interessante disamina di M.M. FRACANZANI, *L'identità. Diritti fondamentali fra Corti europee e*

Ora, senza ripercorrere le tappe di dottrina e giurisprudenza sul punto (cosa che esula dai limiti di questo contributo), una volta individuato nel principio di legalità il *fondamento* del potere di autotutela⁸, resta al pettine un nodo in

pubblica Amministrazione, Bologna, 2016, spec. p. 29 ss., per il quale esse costituiscono la realizzazione in sede di legislazione primaria di quanto già avvenuto a livello costituzionale, con lo “scivolamento” al secondo comma dell’art. 97 Cost. del principio di legalità, che ha lasciato invece il posto al principio del pareggio di bilancio, realizzando il «baratto» tra legalità ed economia. Poiché – secondo l’A. – il provvedimento è «un lusso» che la pubblica Amministrazione non può più permettersi: la SCIA, invece, dissimula sotto l’aspetto della liberalizzazione delle attività private una più accentuata necessità di risparmio di spesa pubblica.

⁷ Istituti accomunati da F. MERUSI, *Metamorfosi dell’intervento pubblico nell’economia. Dall’autorizzazione alla riserva di provvedimento inibitorio*, in *Dir. amm.*, 2-3/2015, p. 576 ss.: «Che differenza esiste fra l’attendere lo spirare di un termine per affermare *ex lege* una *fiction juris* di un provvedimento che non c’è e attendere lo spirare di un termine per constatare l’intervenuta decadenza della P.A. da un potere inibitorio? Anche la distinzione del possibile inizio dell’attività tende a sfumare poiché ben difficilmente ci si azzarda a porre in essere una attività prima dello spirare del termine inibitorio, mentre, in qualche caso, l’inizio dell’attività prima dello spirare del termine è stato addirittura vietato dal Legislatore» (p. 598). Se per l’A. quella differenza difficilmente avrebbe potuto esser ricercata nel potere di autotutela senza cadere in contraddizione, dato che l’esercizio dell’autotutela era consentito nelle forme della revoca e dell’annullamento d’ufficio in entrambi i casi, oggi – nell’opinione di chi scrive – proprio l’esercizio dell’autotutela dovrebbe essere lo spartiacque per distinguere il silenzio dalla SCIA, dato che la revoca è prevista esclusivamente per il primo e non (più) per la seconda.

⁸ È opinione ricevuta che il legislatore del 2005, in riforma della l. 241/’90, era intervenuto sull’assetto preesistente della legge limitandosi a “registrare” gli orientamenti giurisprudenziali sull’esercizio dei poteri di riesame e riportando, nelle “nuove” disposizioni sull’autotutela dallo stesso interpolate, il “già noto”, senza allontanarsi dalla costruzione dogmatica tradizionale che vedeva nell’autotutela caducatoria – revoca e annullamento d’ufficio – un potere immanente nell’Amministrazione, mentre nell’autotutela esecutiva un potere eccezionale. Le norme che disegnavano l’esercizio di questi poteri erano, pertanto, «rivolte prevalentemente al passato» e si riferivano a un contesto già allora «in buona parte superato, o in via di superamento o di profonda mutazione» (così, F. FRANCARIO, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *Federalismi.it*, 8/2017, p. 1-32). Più in generale, sulla stabilità degli effetti giuridici del provvedimento, v. D. DE PRETIS e F. CORTESE, *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: percorsi di diritto comparato*, in G. FALCON (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, 2010, p. 331 ss. La certezza del diritto e la stabilità dei rapporti giuridici, assieme alla conoscibilità e prevedibilità delle norme, costituiscono le condizioni per l’affermarsi dell’ordinamento: in tal senso, cfr. P. CARNEVALE, *I diritti, la legge e il principio di tutela del legittimo affidamento nell’ordinamento italiano. Piccolo divertissement su alcune questioni di natura definitoria*, in *AV.VV.*, *Scritti in onore di Alessandro Pace*, III, Napoli, 2012, p. 139.

Deve riportarsi però l’opinione di autorevole dottrina, per la quale il fondamento del potere di autotutela – *sub specie* di revoca – fosse già da rinvenire – senza necessità d’un intervento normativo apposito – nel principio d’efficacia del provvedimento: che anzi, lo rende addirittura doveroso. Infatti, nel momento in cui il provvedimento cessa di avere efficacia, nel senso che cessa di essere satisfattivo per l’interesse pubblico, l’Amministrazione deve esercitare il suo potere di revoca normativamente sancito, pur se a precise e garantistiche condizioni procedurali e tenendo conto del legittimo affidamento degli interessati: v. M. IMMORDINO, *Il potere amministrativo di revoca*, in *Federalismi.it*, 7/2017, p. 1-24. Questa dottrina trae spunto anche dai recenti studi che affermano – più in generale – la doverosità della funzione

particolare, il quale – pur appartenendo all’universo delle funzioni – ha in realtà riflessi di non poco conto sull’organizzazione.

Il nodo cui mi riferisco è la *natura* del potere di autotutela, la sua *funzione*, ovvero il *fine* cui l’esercizio del potere è orientato: come già detto in apertura di questo contributo, esso è definito ora come riesercizio del potere di primo grado, e dunque come potere di amministrazione attiva⁹; ora, invece, come un potere nuovo e autonomo rispetto a quello di primo grado, ricadente nella c.d. autotutela decisoria, mirata, secondo la nota costruzione benvenutiana¹⁰, a risolvere conflitti attuali e potenziali senza l’ausilio di un giudice. Uno strumento, insomma, di tutela giustiziale o *para*-giurisdizionale¹¹.

amministrativa, e dunque anche dell’autotutela: S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016.

⁹ Rientrano in questa visione i poteri che erano classificati come di revisione e riesame. Invero, per M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, spec. p. 379 ss., nella categoria generale dei procedimenti di secondo grado – «esercizio di una potestà generale delle amministrazioni, relativa all’interesse pubblico generale concernente il buon esercizio dell’attività amministrativa», il cui oggetto è «la decisione amministrativa adottata in un precedente procedimento amministrativo» – rientrano i procedimenti di *riesame* di altro procedimento (ed esito di conferma, riforma o annullamento) e quelli di *revisione* dei risultati di altro procedimento (quali revoca e annullamento straordinario). Lo stesso F. MERUSI, *Metamorfosi dell’intervento pubblico nell’economia*, cit., qualifica senza incertezza l’autotutela come espressione di Amministrazione attiva.

¹⁰ L’autotutela intesa come il privilegio dell’Amministrazione di “farsi giustizia da sé” e anche di comporre conflitti potenziali o attuali con il privato è sempre riferibile a F. BENVENUTI, voce *Autotutela*, cit. In questo modo il Maestro risolveva il problema del fondamento del potere di revoca che, non potendosi secondo lui rinvenire nel potere di amministrazione attiva, si poneva in contrasto con il principio di legalità. Cfr. in proposito F. PAPARELLA, voce *Revoca (diritto amministrativo)*, cit.; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, cit., p. 51.

È nota l’origine civilistica di questa lettura, che aveva individuato strumenti contrattuali di c.d. autotutela privatistica, ovvero clausole decise nell’accordo tra le parti – o fornite anche dalle disposizioni del codice civile – per assicurarsi una tutela in caso, per esempio, d’inadempimento di una di esse nel caso di contratti a prestazioni corrispettive. V. in proposito le note voci enciclopediche di E. BETTI, voce *Autotutela (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 529 ss., e L. BIGLIAZZI GERI, voce *Autotutela (diritto civile)*, in *Enc. giur. it.*, IV, Roma, 1988, p. 1 ss.

¹¹ La suggestione dell’autotutela – *sub specie* di annullamento d’ufficio – quale potere «materialmente giurisdizionale» ha incrementato la propria compositità in seguito all’ultima riforma dell’art. 21-*nonies*, sebbene tracce della funzione giustiziale di questo potere si rinvenissero già nelle prime disposizioni presenti nella legge abolitrice del contenzioso amministrativo del 1865. Ne ripercorre bene e completamente le tappe, da ultimo, lo studio di M. ALLENA, *L’annullamento d’ufficio. Dall’autotutela alla tutela*, Napoli, 2018: «Invero, una funzione materialmente giurisdizionale dell’annullamento d’ufficio era suggerita fin dal primo (seppure particolare) utilizzo legislativo dell’istituto, il quale era chiaramente in funzione di giustizia (cioè, era improntato a una visione «materialmente giurisdizionale» di tale potere)» (p. 18).

3. Per converso: la natura del potere come elemento qualificante la struttura organizzativa

Quali sono i riflessi sull'organizzazione di questi due orientamenti? Dipende, appunto, dal fine perseguito dall'Amministrazione nell'esercizio del potere di autotutela: se quello è un potere di amministrazione attiva, se ne deduce che l'organo amministrativo deputato al suo esercizio debba esser competente circa l'interesse pubblico *specifico* che era stato perseguito nel provvedimento di primo grado che viene al suo riesame; viceversa, se è un potere *para-giurisdizionale*, il fine non sarà il perseguimento dell'interesse pubblico specifico, leso dal provvedimento di primo grado, bensì un *nuovo* interesse pubblico, quello *attuale* all'annullamento dell'atto (nel caso ovviamente dell'annullamento d'ufficio o della convalida), autonomo rispetto al suo precedente e rientrante, invece, nella valutazione del complesso degli elementi da parte della p.A. per provvedervi.

L'idea di chi scrive è che la prima lettura implichi una certa *fissità* nell'organizzazione in ragione del principio funzionalistico¹², mentre la seconda contempra un'*elasticità* organizzativa che può fare del principio di leale collaborazione¹³ la chiave di volta del sistema.

¹² Sul principio v. la panoramica offerta da G. NAPOLITANO, *Le funzioni*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 33 ss.

¹³ In genere il principio di leale collaborazione trova la sua più feconda applicazione nelle relazioni intersoggettive tra gli enti territoriali e i diversi livelli di governo. La regola costituzionale che, forse più di qualunque altra, restituisce il senso prevalente cui debbono essere ispirate le relazioni fra enti territoriali è nella seconda disposizione dell'art. 120, co. 2, Cost., il quale, nel disciplinare i limiti del potere sostitutivo dello Stato – da esercitarsi, fra l'altro, «quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» –, così recita: «La legge definisce le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione» (corsivi nostri). Dalla norma in parola si ricava facilmente che, pur risultando pienamente confermato il ruolo che la Carta costituzionale assegna allo Stato quale garante ultimo della unità e indivisibilità della Repubblica (ma, con ogni evidenza, il meccanismo sembra doversi estendere, *mutatis mutandis*, a ogni ente insistente sul territorio di circoscrizione di volta in volta più ampia: Regione, Provincia e Comune), il relativo compito debba essere svolto facendo leva su meccanismi ispirati al consenso istituzionale, piuttosto che alla imposizione di scelte definite eteronomamente, cioè da enti diversi dall'ente che dovrebbe essere assoggettato al potere sostitutivo. In altre parole, la leale collaborazione – come ha avuto modo di chiarire più volte la Corte costituzionale – è il vero cardine delle relazioni “intersoggettive” fra gli enti territoriali. E ciò vale tanto che gli enti siano dello stesso livello di governo, tanto che siano di diverso livello di governo.

La leale collaborazione si può estrinsecare sia sul piano strutturale, attraverso la istituzione di organi di raccordo, sia sul piano funzionale, mediante procedure volte alla conclusione di intese o accordi. [...] Le relazioni di leale collaborazione riguardano l'ipotesi in cui la relazione ha ad oggetto la cura di compiti sui quali il coinvolgimento degli enti è, a dir

4. L'autotutela come riesercizio del potere di primo grado: riflessi sull'organizzazione

Poiché il diritto amministrativo trova la sua origine più profonda – e quindi la migliore spiegazione delle sue ragioni – nella giurisprudenza poiché si tratta di un diritto di formazione prettamente pretoria¹⁴, la ricerca si è svolta anzitutto sul dato giurisprudenziale.

Il quale esprime un'idea molto netta: l'indirizzo consolidato ci riferisce senza incertezze che l'autotutela costituisce un riesercizio del potere di primo grado. Sulla scorta di questa *funzione*¹⁵, tesa al perseguimento dell'interesse pub-

così, “paritario”. Così, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Organizzazione amministrativa 4. Rapporti organizzativi*, in *Treccani Diritto on-line*, 2015.

¹⁴ L'osservazione nasce da M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2011, p. 463 ss., che lo definisce il più grande esempio di *judge-made law* del XIX secolo. Il concetto si ritrova in altri contributi dello stesso A.: *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 4/2015, p. 683 ss., nel quale l'A. osserva che il diritto amministrativo ha una peculiarità nel ruolo pretorio del Giudice amministrativo, rilevabile dalle sue origini storiche connesse alla reazione liberale all'autoritarismo della legge che, in Francia, aveva condotto ai facinorosi e infausti giacobinismi rivoluzionari in nome della *loi*. Allo stesso modo, Mazzamuto analizza la peculiarità pretoria del diritto amministrativo nel suo studio dal titolo *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2010, p. 143 ss.

¹⁵ Il concetto di funzione amministrativa ha subito un'evoluzione sensibile poiché esso costituisce parametro dell'attività e dell'organizzazione, sì da rappresentare il fine – l'interesse pubblico – cui entrambi questi aspetti dell'Amministrazione devono tendere doverosamente. Con concetto di doverosità amministrativa sia nella forma del procedimento che in quella del provvedimento (espreso o tacito) come contemperamento d'interessi e garanzia offerta al privato a fronte dell'esercizio del potere, v. lo studio di S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016. L'idea che la funzione sia connotata da una dimensione doverosa è diffusa in dottrina, la quale si è specialmente espressa in relazione all'obbligo di apertura di procedimenti di autotutela su istanza di parte. Si v. in proposito il suggestivo studio di M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande «inammissibili» o «manifestamente infondate»*, in *Dir. amm.*, 1/2010, p. 103 ss., il quale assume come punto di partenza della sua indagine «l'identità di posizione, di fronte alla domanda del cittadino, tra giudice ed amministrazione», cit. nota 1, p. 104, già rilevata in M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1970. L'A. distingue, all'interno della locuzione «obbligo di provvedere» (che intende in senso ampio), singoli istituti, p. 125: «l'obbligo di procedere (vincolo a carico della p.a. di valutare se sussistano i presupposti per avviare il procedimento e, in caso positivo, di avviarlo e proseguirlo); l'obbligo di rispondere alla domanda del cittadino (vincolo a carico della p.a. cui autorevoli studiosi attribuiscono natura autonoma, correlandolo ad un diritto soggettivo pieno del cittadino all'emanazione del provvedimento espresso a prescindere dal contenuto favorevole o sfavorevole di quest'ultimo [...]); l'obbligo di provvedere (vincolo a carico della p.a., a procedimento avviato, di fornire non una risposta purchessia ma di concludere il procedimento con una decisione sostanziale sulla fondatezza della domanda e, dunque, sull'assetto degli interessi in gioco); e ancora, p. 172: «l'obbligo di concludere il procedimento e l'obbligo di avviarlo corrono su binari paralleli, nel senso che la domanda del cittadino (“una istanza”) da un lato fa conseguire “obbligatoriamente” il procedimento amministrativo, che dunque dovrà sempre essere aperto dalla p.a. per esaminare la domanda, dall'altro fa conseguire sempre l'obbligo della p.a. di concludere quello stesso

blico che era stato già perseguito – sebbene senza successo – col provvedimento primigenio, le questioni organizzative – che si risolvono in questioni concernenti la competenza – vedono nel soggetto competente al suo esercizio colui che è «titolare del potere di gestione dell'interesse pubblico primario e specifico (quello che era stato perseguito con la prima decisione)»¹⁶.

Pertanto, nell'ipotesi in cui dopo l'emanazione del primo atto sia intervenuta una trasmigrazione di competenza nei confronti di altro organo, sarà quest'ultimo che dovrà esercitare il potere di autotutela, poiché esso è frattanto divenuto il titolare del potere di gestione di quello stesso interesse pubblico.

L'orientamento giurisprudenziale consolidato riecheggia l'applicazione del noto principio del *tempus regit actum*, per il quale il provvedimento amministrativo dev'essere adottato in conformità alle norme vigenti al momento della sua emanazione, ivi incluse quelle relative alla competenza: le quali, sempre secondo quest'orientamento, nel caso dell'autotutela *seguono* la competenza pri-

procedimento attraverso un provvedimento espresso e motivato, reso entro un termine certo e prefissato, sia pure tale provvedimento limitato al rigetto “in rito” della domanda per ragioni procedurali o formali o per difetto di legittimazione del cittadino». Non è mancata dottrina che, invece, ha collegato il dovere di aprire il procedimento di autotutela su istanza del privato in ossequio ai più generali principi d'imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.: questa la tesi di G. MORBIDELLI ne *Il tempo del procedimento*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, p. 121 ss. Il più generale principio di doverosità dell'azione amministrativa, integrato con le regole di ragionevolezza e buona fede, conduce all'assunto secondo cui l'Amministrazione non dovrebbe essere obbligata a provvedere solo nei casi di istanze tipizzate dalla legge, ma anche in «fattispecie ulteriori nelle quali ragioni di giustizia e di equità impongono l'adozione di un provvedimento», quale può essere, eventualmente, un'istanza di annullamento in autotutela (ipotesi tradizionalmente non tipizzata): cfr. Cons. Stato, VI, 11 maggio 2007, n. 231. Più di recente, A. RALLO, *L'inserimento del termine certo nell'esercizio dell'autotutela: appunti per una discussione*, in ID. e A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Napoli, 2016, p. 57, afferma espressamente che, per bilanciare l'apposizione del termine certo di 18 mesi per annullare d'ufficio un provvedimento (termine oltre il quale il provvedimento assume stabilità – pare – a tutela del legittimo affidamento, in spregio alla legalità) serve uno strumento di responsabilità per non aver annullato il provvedimento illegittimo per tempo. Più in generale, sulla nozione di potere doveroso, e in particolare sulla posizione servente del potere rispetto al dovere, nel senso che è il primo a esser integralmente funzionale al secondo, cfr. almeno G. ROSSI, *Principii di diritto amministrativo*, Torino, 2010; F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005.

¹⁶ Tar Campania, Napoli, V, 12 marzo 2018, n. 1529: «a) “la revoca o l'annullamento d'ufficio di un atto ... deve essere disposto dall'autorità che avrebbe dovuto adottarlo *ex lege*” (T.A.R. Molise, Campobasso, 13 giugno 2006 n. 561): esso costituisce, infatti, atto di competenza del titolare dei poteri di gestione, a nulla rilevando la circostanza che il provvedimento annullato sia stato emesso da un diverso organo, anteriormente competente (Cons. St., sez. IV, 10 dicembre 2002 n. 6776);

b) ne consegue, allora, che all'annullamento d'ufficio di un atto deve provvedere l'organo che nel momento in cui il potere viene esercitato risulta dotato della competenza nella materia specifica, a prescindere dal fatto che l'atto stesso sia stato emanato da tale organo (T.A.R. Trentino-Alto Adige, Bolzano, 24 marzo 1999, n. 97)».

maria al perseguimento dell'interesse pubblico specifico, oggetto del provvedimento di primo grado¹⁷.

Peraltro, è appena il caso di notare che, in questo caso, il *tempus regit actum* fa da temperamento a un altro noto principio, che invece più diffusamente si applica al profilo funzionale ma anche organizzativo dell'autotutela: quello del *contrarius actus*, secondo il quale il procedimento di autotutela – in assenza di sopravvenienze normative di natura procedimentale – deve seguire le medesime scansioni di quello di primo grado, ivi incluse le articolazioni delle competenze.

Esso è così pervasivo che, oltre al caso della sopravvenienza normativa, prevede limitatissime eccezioni, in relazione a ipotesi in cui l'esistenza di particolari vizi o di sopravvenienze di fatto o di diritto renderebbe irragionevole la pedissequa applicazione di tale regola: il caso in cui l'atto da annullare sia stato adottato da organo incompetente, il quale non può poi annullarlo d'ufficio (se non per la ravvisata propria incompetenza) per vizi sostanziali, poiché competente ad adottare il provvedimento caducatorio sarà soltanto l'organo che sarebbe stato attributario del potere di emanare l'atto di primo grado¹⁸.

Ulteriore temperamento al principio del *contrarius actus* è quello secondo il quale, nel caso di atto adottato a seguito di nullaosta, licenze, *etc.*, se la nuova

¹⁷ Il discorso non sarebbe molto diverso se guardassimo al rapporto tra procedimento amministrativo e diritto sopravvenuto (leggasi “norme sulla competenza sopravvenute”) nel prisma del principio opposto, ovvero quello *para*-processuale del *tempus regit actionem*, secondo il quale le regole del procedimento si decidono al momento del suo avvio e pertanto ne condizionano l'iter fino alla fine, garantendo l'affidamento del privato: cfr. in proposito P.L. PORTALURI, *La regola estrosa*, *Le note su procedimento amministrativo e ius superveniens*, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo il quale il diritto pretorio si sottrae alla distinzione tra *actio* e *actum*, prestando ossequio solo formale al principio del *tempus regit actum* e, in realtà, guardando al *tempus regit actionem* come principio garantista della stabilità dei procedimenti amministrativi – o delle loro subfasi procedimentali – poiché questi sono innervati d'interessi che mutano col fluire inarrestabile delle vicende della vita, e di questo la giurisprudenza – o quanto meno l'orientamento sostanzialista – è perfettamente cosciente, attecchendosi a *Interessenjurisprudenz*. Usando le parole di G.D. COMPORTI, *Tempus regit actionem. Contributo allo studio del diritto intertemporale dei procedimenti amministrativi*, Torino, 2001, p. 84, «il procedimento [...] fissa e prenota sin dall'inizio la propria disciplina».

Su profili solo parzialmente sovrapponibili – parte dalla medesima premessa ma approda a conclusioni diverse – si colloca anche E. FOLLIERI, *Il rapporto amministrativo dinamico*, in *Giustamm.it*, secondo il quale le posizioni nel procedimento sono sempre fluide e instabili, dunque permeabili rispetto allo *ius superveniens* nei confronti del quale c'è il correttivo della buona fede e della correttezza; ma nel momento in cui esse raggiungono stabilità e si consolidano nel provvedimento finale, l'apertura di un procedimento di autotutela le rimette in gioco, rendendole nuovamente fluide: senza, però, “agganciarle” al procedimento precedente come un *unicum*, tant'è che, se intervengono nuove disposizioni sulla competenza, quel procedimento di secondo grado si articola secondo lo *ius superveniens*.

¹⁸ Cons. Stato, IV, 14 dicembre 2004, n. 7941; Cons. Stato, V, n. 424 del 1997.

valutazione degli interessi pubblici non inficia quel nullaosta o licenza, in secondo grado non è necessario ripetere quella scansione procedimentale e dunque coinvolgere gli stessi attori istituzionali nuovamente, qualora appunto il loro contributo non sia necessario perché il profilo di loro competenza non è intaccato¹⁹.

Quindi, l'autotutela intesa quale riesercizio del potere di primo grado rimanda all'idea di una certa *fissità* organizzativa, per cui è generalmente lo stesso organo che ha emanato l'atto a poterlo poi riesaminare, salve limitate e peculiari ipotesi che renderebbero irragionevole questa fissità: la ragione sta proprio nell'interesse pubblico a perseguirsi, che s'identifica con quello del provvedimento di prime cure, per cui è l'organo dotato del potere di gestione di quell'interesse a doversene occupare²⁰, sempre in veste di organo dotato del potere di amministrazione attiva, del quale il potere di autotutela costituisce espressione.

5. L'autotutela come strumento giustiziale: diverse ricadute organizzative

Se però leggiamo il potere di autotutela come *altro*, e cioè come strumento di deflazione del contenzioso, di riduzione dei costi pubblici²¹, nonché come strumento assimilabile alle ADR²², e cioè come potere *non* di amministrazione attiva ma orientato alla tutela in chiave *para*-giurisdizionale, e quindi come strumento di perseguimento di un interesse pubblico *diverso* da quello del primo provvedimento, la costruzione organizzativa muta, diventa più *elastica* e s'impenna sul principio della leale collaborazione.

¹⁹ Tar Campania, Napoli, V, 28 novembre 2006, n. 10251: «L'intervento degli organi che hanno partecipato al procedimento culminato nell'emanazione dell'atto originario è superfluo nei casi di annullamento in autotutela per vizi di forma o altri motivi non coinvolgenti profili la cui valutazione è rimessa alla competenza di tali organi (si veda, in merito, Tar Catanzaro n. 1898/05 in ordine alla ritenuta irrilevanza, in queste ipotesi, dell'acquisizione del parere della commissione edilizia ai fini della revoca della concessione; Tar Valle D'Aosta n. 96/04; Tar Campania, Salerno n. 1752/04; Tar Basilicata n. 50/04)».

²⁰ Si tratta dell'organo investito del potere d'esercizio della funzione, intesa «nella sua globalità, in un rapporto di congruenza con i fini pubblici»: cfr. G. NAPOLITANO, *Le funzioni*, cit., p. 33.

²¹ Lettura pure data dalla giurisprudenza, cfr. Tar Lazio, III, 19 maggio 2015, n. 5978.

²² M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018, spec. pp. 197 ss., assimila l'annullamento d'ufficio a uno strumento alternativo di risoluzione del contenzioso – “ADR” in senso stipulativamente ampio, comprensivo di tutti i metodi alternativi al contenzioso giurisdizionale per la risoluzione del conflitto – superando i due limiti che tipicamente sono opposti all'utilizzo di mezzi di tal fatta nel diritto pubblico: l'indisponibilità delle situazioni soggettive e dell'interesse pubblico, da un lato, e l'inderogabilità delle disposizioni pubbliche, dall'altro.

Anche in questo caso ci viene in aiuto il dato del diritto vivente: l'esempio è costituito dalla giurisprudenza circa la disciplina dell'annullamento statale delle autorizzazioni paesaggistiche illegittimamente rilasciate dalle regioni o dagli enti sub-delegati²³.

Nel regime precedente il 2010 – normato prima dall'art. 151, comma 4, d.lgs. n. 490 del 1999 e poi dall'art. 159, d.lgs. n. 42 del 2004 – il vaglio della Soprintendenza sulle autorizzazioni paesaggistiche rilasciate dalla Regione consisteva in un controllo di mera legittimità, restando invece precluso alla Soprintendenza di sovrapporre una propria valutazione dei profili paesaggistici a quella già compiuta dall'ente autorizzatore²⁴. Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale formatosi sulla predetta disciplina previgente, l'autorizzazione paesaggistica può essere legittimamente annullata dall'organo statale periferico per qualsiasi vizio di legittimità, ivi compresa l'assenza, nel provvedimento di base, di una corretta indicazione delle ragioni sottese alla positiva valutazione, quanto a compatibilità paesaggistica, dell'intervento progettato²⁵. A questa stregua, l'atto di annullamento può legittimamente limitarsi a constatare il difetto di motivazione dell'autorizzazione senza addentrarsi in valutazioni di merito²⁶. In tal caso, tuttavia, i predetti organi sono tenuti – sia al fine di consentire al giudice di riscontrare effettivamente il preteso il vizio di eccesso di potere, sia in ossequio al principio di leale collaborazione fra Stato e Regione (o ente sub-delegato) – a una puntuale indicazione degli elementi concreti della specifica fattispecie che concludono per la non compatibilità delle opere edilizie con i valori tutelati.

Questo regime è oggi venuto meno e, pertanto, il controllo dello Stato sulle autorizzazioni paesaggistiche è disciplinato a regime dall'art. 146, Codice del paesaggio, come sostituito, che consente alla Soprintendenza una valutazione di merito amministrativo con parere vincolante.

Nella sentenza, tuttavia – ed è questo il punto sul quale è opportuno soffermarsi – si fa cenno al principio di leale collaborazione tra Stato e Regione nell'esercizio del potere di annullamento: esso si articola in una completa ed

²³ Cons. Stato, VI, 17 maggio 2018, n. 2976. L'annullamento soprintendentizio – istituito oggi abbandonato – è stato sostituito da un controllo *ex ante* da parte della Soprintendenza, la quale oggi esprime un parere nel procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica: cfr. art. 146, Codice del paesaggio. Tuttavia, nel periodo transitorio, anteriore al 1 gennaio 2010 (momento dell'entrata in vigore del nuovo regime introdotto dall'art. 2, comma 1, lettera j), d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63), la norma di riferimento era costituita dall'art. 151, comma 3, Codice del paesaggio.

²⁴ Cons. Stato, Ad. plen., 14 dicembre 2001 n. 9; più recentemente, *ex plurimis*, Cons. Stato, VI, 28 giugno 2016, n. 283.

²⁵ Cons. Stato, VI, 29 gennaio 2016, n. 356.

²⁶ Cons. Stato, sez. VI, 11 settembre 2013, n. 4481; Id., VI, 17 luglio 2013, n. 3896; Id., VI, 5 aprile 2013, n. 1876.

esaustiva motivazione e in una richiesta di dati all'ente autorizzatore. Il principio si applica, peraltro, nel momento in cui l'annullamento si configura *non* come potere di amministrazione attiva, ma come potere di *controllo dei vizi di legittimità* del provvedimento: un potere *ex post*, che non costituisce riesercizio del precedente, bensì esplicazione del potere di controllo²⁷ del superiore gerarchico (o meglio, *para-gerarchico*) sulle attività del subordinato, previa espressa previsione di legge.

L'esempio – che prefigura un'alterità *soggettiva* tra l'autorità amministrativa di primo e quella di secondo grado – non è casuale. Perché la lettura del potere di autotutela come attività «materialmente giurisdizionale» e di *tutela* alternativa al ricorso al giudice ha un nodo *organizzativo* di particolare e ancora – pare – irrisolta difficoltà: l'immanente conflitto d'interessi che sta in capo all'organo che dovrebbe essere, allo stesso tempo, amministratore e giudice, tutore dell'interesse pubblico e della legalità, fattori che non sempre viaggiano nella stessa direzione.

Ciò induce a cercare concretizzazioni del potere di autotutela in funzione giustiziale nelle controversie in cui i plessi amministrativi sono organizzati in un primo e un secondo grado, laddove pertanto l'annullamento si risolve in un potere di controllo, di filtro di legittimità del provvedimento primigenio.

²⁷ Come noto, la funzione di controllo ha «carattere “ausiliario” all'esercizio delle funzioni [...] di organi (di indirizzo politico, di amministrazione attiva)»: cfr. G. D'AURIA, *Modelli di controllo nel settore pubblico: organi, parametri, misure*, in S. CASSESE (a cura di), *I controlli nella pubblica amministrazione*, Bologna, 1993, p. 202. Il sistema dei controlli interni alla p.A. è stato tuttavia progressivamente smantellato, per lasciare il baluardo nelle mani del controllo di legittimità preventivo da parte della Corte dei Conti. Per una bibliografia essenziale sul tema v., tra gli altri, U. FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II, 2, Milano, 1915, p. 608; M.S. GIANNINI, *Controllo: nozione e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, p. 1263; A. CROSETTI, *Controlli amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Torino, 1989, p. 67; S. CASSESE (a cura di), *I controlli nella pubblica amministrazione*, Bologna, 1993; M. CARABBA, *La nuova disciplina dei controlli nella riforma amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, p. 955; U. ALLEGRETTI (a cura di), *I controlli amministrativi*, Bologna, 1995; F. GARRI, *I controlli nell'ordinamento italiano*, Milano, 1998; G. AZZONE, B. DENTE (a cura di), *Valutare per governare. Il nuovo sistema di controlli nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1999; G. BERTI, N. MARZONA, *Controlli amministrativi*, in *Enc. dir.*, Milano, 1999, p. 457; G. D'AURIA, *I controlli*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 1217; G. D'AURIA, *I controlli*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2004, p. 335; M. DE BENEDETTO, *Controlli – II) Controlli amministrativi*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2007; M. DE BENEDETTO, *La prevenzione della corruzione attraverso controlli efficaci*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, 2016, p. 179; V. GUCCIONE, *Il “principe dei controlli”: la vicenda del controllo preventivo della Corte dei conti*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *I controlli amministrativi*, cit., p. 67; F. PIGA, *Modernizzazione dello Stato: le istituzioni della funzione di controllo*, in *Foro amm.*, 1987, II, p. 810.

Peraltro, queste ipotesi dovrebbero collocarsi al di fuori di quelle circa il potere di autotutela per interesse pubblico *in re ipsa*, le quali – per non incidere sul profilo organizzativo – rimediano appunto limitando l’interesse pubblico e la discrezionalità, facendo leva sull’incidenza del principio della legalità del provvedimento amministrativo: in quei casi la stessa violazione della disposizione normativa – e quindi l’illegittimità – è fonte d’interesse pubblico *in re ipsa* all’annullamento del provvedimento, *ergo* non v’è pericolo di sovrapposizione di valutazioni sul merito di quell’atto tra i diversi plessi organizzativi di primo e secondo grado²⁸.

6. Conclusioni: l’organizzazione come elemento qualificante la natura dell’autotutela quale potere di amministrazione attiva

In conclusione. Dato che i profili organizzativi non sono affatto secondari rispetto alla funzione, forse – più che porsi la domanda *prima* sulla natura del potere di autotutela e *poi* sull’organizzazione – bisognerebbe, o sarebbe almeno più fruttuoso, invertire la rotta, e cioè ricavare la natura del potere dell’autotutela dal disegno organizzativo. La riflessione sulla natura del potere

²⁸ Una delle implicazioni funzionali dell’annullamento in autotutela per interesse pubblico *in re ipsa* è la non necessarietà di una motivazione approfondita del provvedimento di secondo grado: v. per esempio Tar Calabria, Catanzaro, II, 25 settembre 2018, n. 1604, per il quale «allorquando una concessione edilizia in sanatoria sia stata ottenuta in base ad una falsa, o comunque erronea, rappresentazione della realtà materiale, è consentito alla p.A. esercitare il proprio potere di autotutela, ritirando l’atto, senza necessità di esternare alcuna particolare ragione di pubblico interesse che, in tale ipotesi, deve ritenersi sussistente “*in re ipsa*”».

Non v’è dubbio, però, che in effetti le ipotesi di autotutela *in re ipsa* – sebbene molto limitate, per esempio riferibili alle revoche dei bandi di gara per sopravvenuta scoperta finanziaria – possano avere anche ricadute organizzative, non necessariamente richiedenti un plesso amministrativo di controllo.

G. MANFREDI, *Doverosità dell’annullamento vs. annullamento doveroso*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2011, p. 316 ss., p. 325; ID., *L’autotutela in edilizia*, in *Urb. app.*, 10/2014, p. 1092 ss.; ID., *Annullamento doveroso?*, in questa *Rivista*, 1/2017, p. 383 ss.: secondo l’A., tutti i poteri amministrativi sono connotati dalla doverosità del loro esercizio, anche quelli discrezionali come l’annullamento d’ufficio; solo le ipotesi di autotutela *in re ipsa* – nelle quali si fa coincidere l’interesse all’annullamento con il ripristino della legalità – costituirebbero ipotesi di potere *vincolato*; peraltro queste ipotesi, elaborate empiricamente dalla giurisprudenza, disattendono il dettato normativo dell’art. 21-*nonies* il quale, facendo riferimento alle «ragioni di interesse pubblico all’annullamento», sancisce definitivamente che l’interesse ad annullare il provvedimento è una cosa ben diversa dall’illegittimità e che, dunque, il potere di autotutela – seppur doveroso come tutti gli altri poteri – deve mantenere una dimensione discrezionale. Il confine tra autotutela discrezionale e vincolata si fa più labile nelle ipotesi c.d. di autotutela *speciale*, che derogano espressamente all’art. 21-*nonies* e che, allo stesso tempo, assumono i contorni di provvedimenti sanzionatori. È il caso, per esempio, della revoca del permesso di soggiorno: v. per esempio Cons. Stato, VI, 16 dicembre 2010, n. 9029.

scevera dai profili organizzativi rischia di mancare di un fattore che, invece, è fondamentale.

Perché è pur vero, sotto un profilo squisitamente materiale, che come per ogni altro potere, anche per l'autotutela bisogna interrogarsi su come vada congegnata l'organizzazione amministrativa.

In altre parole, se si vuol far coincidere l'organizzazione dell'autotutela con l'organo che ha emanato il primo provvedimento, non si rilevano necessità particolari sul piano organizzativo. Se invece si vuole che l'autotutela sia qualcosa d'altro bisogna *creare* nuove organizzazioni: per garantire l'imparzialità, la terzietà e l'assenza di conflitto di interessi. Si devono avere, cioè, due plessi, quello competente per il provvedimento di primo grado e quello per il provvedimento di secondo grado, che si concretizza in un vaglio di legittimità giurisdizionale.

Questa necessità non ottiene tuttavia riscontro nella possibilità di creare organizzazioni del genere. E questo, anzitutto, è rinvenibile da una piana lettura del dato positivo.

Fino a questo punto del presente lavoro, infatti, il postulato di diritto di riferimento è stato derivato dal dato giurisprudenziale, che – come visto – è chiaro sul punto: l'autotutela è riesercizio del potere di primo grado e quindi competente a esercitarlo è l'organo che è deputato al perseguimento di quell'interesse (organo che è diverso dal precedente solo nel caso in cui – nelle more dell'esercizio del potere di autotutela – il riparto di competenze sia mutato).

Ma se guardiamo al dato positivo, cambiando l'angolo visuale l'orizzonte non muta. Il legislatore ha fatto una scelta organizzativa ben precisa nelle norme sull'autotutela²⁹: il provvedimento può essere annullato o revocato dallo stesso organo che lo ha emanato. Non vi sono poteri impliciti: se ci dev'essere un'alterità soggettiva tra primo e secondo grado lo può dire solo una norma di legge ulteriore (è il caso dell'art. 21-*nonies*, laddove è previsto che il provvedimento può essere annullato anche da altro organo «*previsto dalla legge*»).

Con l'emanazione del 21-*nonies*, cioè, per regola generale è competente all'annullamento lo stesso organo che ha adottato l'atto di prime cure, nonché

²⁹ Cfr. in proposito Cons. Stato, III, 13 ottobre 2016, n. 5047, sulla trascrizione in Italia dei matrimoni contratti all'estero tra persone dello stesso sesso: in quella fattispecie il Prefetto aveva annullato la trascrizione operata dal Sindaco del Comune di Roma sulla scorta di una sua superiorità gerarchica, tuttavia non individuabile nel caso di specie dato che il Sindaco ha competenza esclusiva sulle trascrizioni in quanto ufficiale di stato civile e, senza apposita norma di legge attributiva della competenza, non v'è gerarchia che possa essere giustificativa di un potere di controllo implicito da parte del Prefetto.

«l'altro organo previsto dalla legge»: è stato chiarito che non vi sono poteri impliciti ma, in ossequio al principio di legalità, ci vuole una legge ulteriore che determini la competenza³⁰.

Peraltro, secondo il principio di simmetria, l'organo previsto dalla legge ha il potere di emanare il provvedimento solo se questo potere ce l'ha, *in primis*, lo stesso organo che ha adottato l'atto. Altrimenti no. Il che induce a riflettere sul fatto che, quand'anche fosse congegnata – per disposizione normativa – una seconda struttura avente il compito di controllare il provvedimento, essa dovrebbe comunque rispondere al principio di simmetria e, quindi, esercitare quel potere di controllo sul provvedimento emanato dall'organo che ne aveva

³⁰ Si vedano in proposito le osservazioni di M. TRIMARCHI, *La sospensione del provvedimento amministrativo dopo la legge 7 agosto 2015, n. 124*, in *Federalismi.it*, 16/2016, in relazione al potere di sospensione dell'efficacia del provvedimento: la norma di legge che lo disciplina enuncia la regola sulla distribuzione delle competenze al suo esercizio e «consente di precisare che a godere di un fondamento legale generalizzato è soltanto la sospensione disposta dall'organo che ha adottato il provvedimento, perché negli altri casi è lo stesso art. 21-*quater* a richiedere che il potere di sospendere sia attribuito con una legge ulteriore. La necessità di una previsione che indichi l'organo dotato del potere di sospendere il provvedimento dimostra inoltre che questa facoltà non è implicita nella relazione gerarchica tra organi. Il che, se per un verso appare coerente con la tendenza a superare la costruzione piramidale dell'amministrazione, per altro verso può apparire irrazionale nei casi in cui la legge attribuisce al superiore gerarchico poteri anche più pregnanti rispetto al potere sospensivo senza però fare riferimento a quest'ultimo» (pp. 19-20).

Quanto alla sospensione, già prima della l. n. 241/'90 essa era ritenuta inscritta nel perimetro del potere di revoca: cfr. E. BONAUDI, *Della sospensione degli atti amministrativi*, Torino, 1908, p. 36 ss., secondo il quale «l'autorità può ricorrere al rimedio della sospensione ogni qualvolta essa non voglia appigliarsi a quello, più radicale e più grave nelle conseguenze, della revoca»; S. CATTANEO, *Note intorno al concetto di "sospensione" degli atti amministrativi ad opera di autorità amministrativa, in particolare di licenze edilizie*, in *Riv. giur. ed.*, II, 1962, p. 16 ss.; G. PAGLIARI, *La sospensione dell'atto amministrativo da parte dell'amministrazione*, in *Dir. soc.*, 1982, p. 351 ss.; per un'impostazione orientata al principio di legalità e tipicità, v. A. TORRENTE, *I provvedimenti cautelari nel procedimento amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 343 ss.; cfr. anche S. FUOCHI, *Sospensione dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, p. 363 ss.; il fondamento è stato poi cercato nell'art. 7 della legge sul procedimento: v. B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte generale, vol. I, Milano, 2003, p. 797 ss., spec. p. 957, per il quale la sospensione deve essere riconosciuta in via generale alle Amministrazioni, in quanto connaturata ai poteri di annullamento e di revoca, dunque ricompresa in essi. Per A.G. PIETROSANTI, *Il potere di sospensione della p.a.*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, cit., p. 374: «La ratio della sospensione è quella di consentire all'Amministrazione una valutazione più adeguata dei presupposti – di fatto e di diritto – di un suo provvedimento, così da evitare che lo stesso produca *medio tempore* effetti irreversibili (Tar Lazio, Roma, Sez. II, 1 marzo 2010, n. 3179). L'istituto permette, quindi, di arrestare momentaneamente un provvedimento per addivenire ad una nuova e più *prudente ponderazione* degli interessi sottesi, con ciò dimostrando un atteggiamento dell'Amministrazione "*cauto e sapiente*", nonché preordinato "*a fini di giustizia*" ed a limitare eventuali responsabilità patrimoniali a carico della stessa P.A. (Cons. St., Sez. IV, 25 giugno 2010, n. 4125)» (corsivo originale).

la competenza in relazione alla tutela di quello specifico interesse pubblico. Ovvero, quello primario.

In altre parole, il legislatore ha scelto di non creare nuove strutture organizzative di grado superiore: dev'essere una legge ulteriore alla 241 che, espressamente, lo preveda, qualora sia necessario. Ed è quanto accaduto, per esempio, nel potere di annullamento soprintendentizio (ora non più vigente) prima analizzato.

Questa scelta organizzativa, pare a chi scrive, ha rilievo per ricostruire la funzione dell'autotutela, perché – se per un verso il legislatore ha strizzato l'occhio alla tutela giustiziale di cui alla legge austriaca³¹ con l'introduzione del termine di 18 mesi nell'annullamento d'ufficio³² – ciò non si è accompagnato a

³¹ Ci si limita a sfiorare, qui, il tema della *materielle Rechtskraft* del provvedimento amministrativo, non certo nuovo nella cultura giuridica europea: esso risale alle elaborazioni di Adolf Merkl, celebre Maestro della Scuola viennese, e affonda le sue radici nella notissima concezione mayeriana del provvedimento *ad instar sententiae*, cioè modellato sulla decisione giurisdizionale. Cfr. A. MERKL, *Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, I, 1920, p. 456 ss., trad. it. *Il problema del giudicato nella giurisdizione e nell'amministrazione*, in M. PATRONO e C. GERACI (a cura di), *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Milano, 1987, p. 325 ss. Per il Maestro, il giudicato sostanziale (*materielle*) – fonte di certezza – abbraccia tutte le branche del diritto, processuale e sostanziale: «gli atti delle autorità amministrative – siano essi decisioni o provvedimenti – hanno efficacia di giudicato non diversamente dalle sentenze giudiziarie; [...] la giurisdizione non possiede vantaggi di sorta rispetto all'amministrazione, la quale, per quanto attiene all'efficacia di giudicato, non le è inferiore in nulla. Ciò accade – è bene sottolinearlo ancora una volta – non a causa della provenienza di questo o di quell'atto dall'uno o dall'altro settore giuridico ma per la comune origine dalla legge, per la eguale appartenenza degli atti di giurisdizione e di amministrazione alla famiglia dei fenomeni giuridici, al diritto obiettivo», p. 338-339.

Sui modelli paragiurisdizionali dell'azione amministrativa e sulla teoria del provvedimento *urteilsähnlich*, v. B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, 1987, spec. p. 186 ss. L'A. ricorda che la definizione di Otto Mayer dell'atto amministrativo si fondava su una «consapevole imitazione della sentenza civile», cfr. p. 34. S. COGNETTI, *Normative sul procedimento, regole di garanzia e di efficienza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, p. 94 ss., spec. p. 117, rileva che la concezione *urteilsähnlich* del provvedimento poggia sulla concezione dell'autorità amministrativa come «organo decisionale di prima istanza», rispetto al quale il giudice amministrativo si pone come giudice «di secondo grado», provvisto dunque del potere di cassare la precedente scelta amministrativa in esito a una differente valutazione della fattispecie reale rispetto alla previsione normativa attributiva, a causa della sua indeterminatezza, di un più o meno ampio potere discrezionale.

³² Nella scelta legislativa d'introdurre il termine di 18 mesi per l'annullamento d'ufficio è stato visto il compimento della giurisdizionalizzazione del procedimento amministrativo: tale per cui, decorsi diciotto mesi dalla loro adozione, i provvedimenti di autorizzazione e di attribuzione di vantaggi economici si stabilizzano definitivamente e diventano «inanullabili», al pari del provvedimento conclusivo del procedimento tipico di un altro potere dello Stato, quello giurisdizionale. Il riferimento è alla sentenza, la quale – passata in giudicato – non è più impugnabile se non per ragioni straordinarie. Il provvedimento amministrativo, così, conosce la sua *materielle Rechtskraft*, una stabilità che rema in direzione della certezza giuridica dei rapporti di diritto pubblico sconfessando, però, la vera funzione dell'attività amministrativa, e cioè la tutela dell'interesse pubblico, qualora il provvedimento sia illegittimo e – ciononostante

un nuovo disegno organizzativo. *Ergo*, il fine dell'autotutela dovrebbe restare la tutela dell'interesse pubblico *primario* e il suo svolgimento dovrebbe concludersi in un riesercizio del potere.

Se la scelta sia criticabile o meno, è ancora da vedersi: chi scrive si allinea all'idea che un organo di «giustizia *nell'amministrazione*» debba esservi e che, pertanto, la funzione dell'autotutela – o, almeno, dell'annullamento d'ufficio – in senso materialmente giurisdizionale meriti di sopravvivere al disegno organizzativo privo di plessi di primo e secondo grado svincolandola da un rigido rapporto gerarchico³³.

Vero è, d'altra parte, che – quand'anche si accedesse a questa tesi secondo la quale l'autotutela svolge un ruolo di controllo del potere amministrativo indipendentemente dall'esistenza di rapporti organizzativi gerarchici – l'apparato dovrebbe comunque essere organizzato in modo tale da consentire un controllo *terzo*, e dunque dovrebbe aver luogo la costituzione di un organo materialmente diverso da quello che ha adottato il provvedimento primigenio: questa duplicazione di organi e ruoli diventa difficilmente realizzabile in Amministrazioni piccole e strutturalmente semplici, che ne uscirebbero indubbiamente appesantite nel disegno organizzativo e anche nei loro costi gravanti sulla collettività.

Questa, ovviamente, è una risposta confutabile e fallibile, tuttavia è opinione di chi scrive che un punto possa esser condiviso: la scelta del plesso organizzativo rende chiara anche l'attribuzione dei fini e la loro natura. Si tratta di una scelta fondamentale per ricostruire la funzione amministrativa, che dunque non può essere analizzata in modo scevro dai profili organizzativi, idonei a indirizzarla e finanche predefinirla e configurarla.

– non più annullabile. In proposito cfr. P.L. PORTALURI, *Il nuovo diritto procedimentale nella riforma della p.A.: l'autotutela (profili interni e comunitari)*, in *Federalismi.it*, 20/2016, p. 1-13.

Sul concetto d'inannullabilità v. anche A. CARBONE, *Il termine per esercitare l'annullamento d'ufficio e l'inannullabilità dell'atto amministrativo*, in A. RALLO e A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Napoli, 2016, pp. 85 ss.

³³ Lettura fornita da M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio*, cit., spec. p. 218, la quale rileva che il principio costituzionale di «giustizia *nell'amministrazione*» – laddove la preposizione “*nella*” indicava un'attività che si sarebbe dovuta svolgere all'interno del potere esecutivo dallo stesso Consiglio di Stato – rischia di perdere effettività per la progressiva erosione del sistema dei controlli interni, a loro volta retaggio di rapporti gerarchici d'apparato. Intendere l'autotutela come forma di potere materialmente giurisdizionale riuscirebbe, pertanto, a colmare la lacuna di legalità nell'Amministrazione: a ciò non osterebbe l'interesse pubblico, poiché la legalità è essa stessa interesse pubblico.

ROSA CALDERAZZI

Professore associato di Diritto dell'economia
presso il Dipartimento di Economia, Management e Diritto dell'impresa
rosa.calderazzi@uniba.it

LA FUNZIONE DELL'ORGANIZZAZIONE NELL'IMPRESA BANCARIA

THE FUNCTION OF THE ORGANIZATION IN THE BANKING COMPANY

SINTESI

Nel diritto commerciale la dottrina si è tradizionalmente occupata dell'organizzazione, requisito dell'attività di impresa secondo quanto dispone l'art. 2082 c.c., giungendo alla conclusione che essa sussiste tutte le volte in cui, nell'esercizio dell'attività, sono presenti fattori estranei all'opera dello stesso imprenditore.

In ambito societario il concetto dell'organizzazione rileva come modello organizzativo (le imprese si differenziano in base al modello organizzativo adottato per l'esercizio dell'attività economica); come assetto organizzativo all'interno del modello prescelto (la scelta del modello organizzativo incide sugli assetti organizzativi interni alla società, essenziali per lo svolgimento dell'attività d'impresa).

In questa seconda declinazione il requisito dell'organizzazione viene inteso come insieme di compiti e funzioni decisionali e di controllo attribuiti agli organi societari, secondo le rispettive competenze.

Il principio di adeguatezza organizzativa assume una valenza sistematica nonché clausola generale alla quale gli amministratori sono assoggettati. Esso si realizza attraverso un corretto esercizio del sistema di controllo.

Nell'impresa bancaria, in considerazione della peculiarità dell'attività e degli interessi che l'ordinamento intende tutelare, gli assetti organizzativi diventano particolarmente importanti per il perseguimento degli obiettivi aziendali.

L'evoluzione del regime dell'impresa bancaria, nella disciplina dell'attività e dell'organizzazione d'impresa, verso una prospettiva pubblicistica ha portato ad acquisire la consapevolezza che l'adozione di un sistema organizzativo proporzionato, efficiente e razionale rappresenta il presidio migliore vuoi della correttezza dei comportamenti dell'impresa nei confronti dei clienti e investitori vuoi del perseguimento degli obiettivi della vigilanza pubblicistica sull'impresa, giacché la crescente valorizzazione dell'adeguatezza degli assetti organizzativi nella disciplina degli intermediari finanziari e nella prospettiva della vigilanza pubblicistica sugli stessi mira al perseguimento di obiettivi che si identificano con quelli assegnati alla vigilanza.

In tal senso l'individuazione della organizzazione della struttura interna dell'impresa bancaria di cui il sistema dei controlli interni è parte integrante diventa funzionale al perseguimento della sana e prudente gestione e, con essa, alla tutela dei risparmiatori.

L'organizzazione, dunque, articola e concretizza i fini perseguiti dall'attività bancaria, ossia la massimizzazione dei diritti che trovano una protezione costituzionale nell'art. 47.

Il perseguimento di un assetto organizzativo adeguato, all'interno dell'impresa bancaria, contiene un elemento di protezione di quei diritti.

ABSTRACT

In the commercial law, the doctrine has traditionally dealt with organization, a requirement of business activity according to art. 2082 c.c., reaching the conclusion that it exists every time that, in the exercise of the activity, factors extraneous to the work of the business owner itself are present.

In the corporate context, the concept of the organization as an organizational model (companies differ according to the organizational model adopted for the exercise of economic activity); as an organizational structure within the chosen model (the choice of the organizational model affects the organizational structures within the company, essential for the progress of the business activity).

In this second declination, the requirement of the organization is intended as a set of tasks and decision-making and of control functions attributed to the corporate bodies, according to their respective competences.

The principle of organizational adequacy assumes a systematic value as well as a general clause to which the administrators are subject to. It is achieved through the correct operation of the control system.

In the banking company, by considering the peculiarity of the activity and the interests that the organization intends to protect, the organizational structures become particularly important for the pursuit of the corporate objectives.

The evolution of the banking company system towards a publicity perspective, both in the discipline of business activity and in the organization, has led to the acquisition of the awareness that the adoption of a proportionate, efficient and rational organizational system represents the best protection for the correctness of the company behavior towards customers and investors, and for the pursuit of the objectives of the publicist vigilance on the company, since the increasing valorization of the adequacy of the organizational structures in the discipline of the financial intermediaries and in the perspective of the publicist vigilance aims to pursue the same objectives identified by the vigilance itself.

In this sense, the identification of the organization of the internal structure of the banking company, in which the internal control system is an integral part, becomes functional to the pursuit of healthy and prudent management and, also, to the protection of savers.

Therefore, the organization articulates and realizes the goals pursued by the

banking activity, namely the maximization of the rights that intends to protect and which find a constitutional protection in the art. 47.

The pursuit of an adequate organizational structure within the banking company contains an element of protection of those rights.

PAROLE CHIAVE: organizzazione, impresa bancaria, adeguatezza assetti organizzativi, funzione.

KEYWORDS: organization, banking company, organization system adequacy, function.

INDICE: 1. Il concetto di organizzazione nel diritto societario. – 1.1. L'adeguatezza degli assetti organizzativi. – 2. Il ruolo degli assetti organizzativi nell'impresa bancaria. 3. Le finalità dell'organizzazione nell'impresa bancaria.

1. Il concetto di organizzazione nel diritto societario

Nel diritto commerciale la dottrina si è tradizionalmente occupata dell'organizzazione che rappresenta uno dei requisiti dell'attività di impresa: l'art. 2082 c.c. definisce l'imprenditore come «*colui che esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi*»¹.

Non è concepibile l'attività di impresa senza l'impiego coordinato di fattori produttivi (capitale e lavoro) propri e / o altrui.

Ne deriva che la funzione organizzativa dell'imprenditore si concretizza nella creazione di un apparato produttivo, formato da persone e da beni strumentali: il legislatore qualifica l'impresa come attività organizzata (art. 2082 c.c.); disciplina il lavoro e l'organizzazione del lavoro nell'impresa prevedendo un potere direttivo e la supremazia gerarchica dell'imprenditore (artt. 2086 e 2094); definisce l'azienda come il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa (art. 2555 c.c.)².

Secondo la dottrina giuscommercialista l'organizzazione può sussistere anche indipendentemente da un complesso di beni e pertanto da un'azienda, può consistere nella presenza di beni o lavoro altrui, ma anche solo degli uni o dell'altro; può risultare dalla stessa destinazione dei mezzi finanziari all'esercizio

¹ T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, III, ed., Milano, Giuffrè, 1962; A. ASQUINI, *Profili dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 1; V. AFFERNI, *Gli atti di organizzazione e la figura giuridica dell'imprenditore*, Milano, Giuffrè, 1973; V. BUONOCORE, (voce) *Imprenditore (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.* XX, Milano, 1970, p. 516; F. GALGANO, *L'impresa*, in *Tratt. Galgano*, II, Padova, Cedam, 1978; P.G. JAEGER, *La nozione di impresa dal codice allo statuto*, Milano, Giuffrè, 1985; P. MASI, *Articolazione dell'iniziativa economica e unità dell'imputazione giuridica*, Napoli, Jovene, 1985; G. MINERVINI, *L'evoluzione del concetto di impresa*, in *Riv. soc.*, 1976, p. 496; G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 109.

² G.F. CAMPOBASSO, *Diritto dell'impresa*, in M. Campobasso (a cura di), *Diritto commerciale*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 27.

dell'attività. Vi sono, poi, fattispecie nelle quali non è necessario né l'investimento di capitali né il ricorso al lavoro altrui, essendo possibile un differimento nell'esecuzione delle prestazioni, cioè si esercita la propria attività mediante assunzione di responsabilità patrimoniale, di obbligazioni, sufficiente ad integrare il requisito dell'organizzazione³.

Si conclude, pertanto, sul versante dell'impresa, che il requisito dell'organizzazione sussiste tutte le volte in cui, nell'esercizio dell'attività, sono presenti fattori estranei all'opera dello stesso imprenditore.

Il requisito dell'organizzazione viene, dunque, utilizzato per distinguere l'attività economica dell'imprenditore da quella del lavoratore autonomo.

Se le norme sull'impresa attestano la necessaria presenza del requisito dell'organizzazione per lo svolgimento dell'attività imprenditoriale, è in ambito societario che il requisito dell'organizzazione assume un suo preciso significato.

L'art. 2247 c.c. stabilisce che: «*con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili*»: secondo la dottrina giuscommercialista nel profilo dell'organizzazione si coglie il senso fondamentale delle vicende societarie⁴.

E, in effetti, in ciascun contratto associativo emergono una componente causale e una organizzativa: la prima individua il tipo di risultato che le parti intendono conseguire, la seconda esprime le regole secondo le quali dovranno prodursi gli atti che costituiscono, nel loro insieme, l'attività di esecuzione del contratto e di realizzazione della causa: la causa esprime il perché ci si associa, l'organizzazione il come si produrrà l'attività di realizzazione della causa⁵.

In ambito societario il concetto di organizzazione assume declinazioni diverse: rileva *i*) come modello organizzativo nel senso che le imprese si differenziano in base al modello organizzativo adottato per l'esercizio dell'attività economica, ossia in base alla forma giuridica che viene scelta per regolare l'organizzazione imprenditoriale, caratterizzata da un principio di libertà. I privati sono liberi di assumere una determinata iniziativa economica (art. 41 Cost.), ma anche di scegliere il modello organizzativo più idoneo, nel rispetto

³ T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, cit., p. 182 e ss.; L. BUTTARO, *Corso di diritto commerciale I*, Bari, Laterza, 2004, p. 78.

⁴ C. ANGELICI, *Attività e organizzazione. Studi di diritto delle società*, Torino, Giappichelli, 2007; ID., *Le basi contrattuali della società*, in *Tratt. Colombo Portale*, Torino, Utet, 2004, p. 101, evidenzia come si debba elaborare una nozione di «organizzazione» di tipo normativo, ossia nella particolare disciplina di un'attività.

⁵ P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, Cedam, 1974, p. 76; G. MARASÀ, *Le società*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 40.

dei limiti consentiti dalla legge⁶; ii) come assetto organizzativo all'interno del modello prescelto: la scelta del modello organizzativo incide sugli assetti organizzativi interni alla società, essenziali per lo svolgimento dell'attività d'impresa. Sotto questo profilo viene in rilievo il requisito dell'organizzazione inteso come insieme di compiti e funzioni decisionali e di controllo attribuiti agli organi societari, secondo le rispettive competenze. È questa seconda angolazione che consente di fare alcune riflessioni sulla funzione dell'organizzazione nell'impresa bancaria⁷.

⁶ M. NOTARI, *Modelli organizzativi delle imprese*, in *Diritto delle imprese*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 57, sottolinea come la scelta del modello organizzativo da adottare per l'esercizio di un'attività di impresa sia libera, lasciata alla discrezione dei soggetti che assumono l'iniziativa. Dall'adozione del modello organizzativo dipendono effetti riguardo alla responsabilità per le obbligazioni sociali, alla destinazione dei risultati, alle regole sulla gestione e rappresentanza dell'impresa, al suo finanziamento e al suo assetto organizzativo.

⁷ Si tralascerà, invece, il primo profilo, ampiamente esplorato, che distingue tra società – organizzazione e società contratto, tra momento negoziale e momento della entificazione del paradigma societario. È maturata in dottrina la considerazione secondo cui il contratto di società non esaurisce il fenomeno societario ma ne pone le basi organizzative, nel senso che predispone quelle regole legali e non che contraddistinguono lo svolgersi dell'attività, ciò sia nella prospettiva della concezione del contratto di società come contratto associativo, sia nella prospettiva della dicotomia fra “contratto” e “organizzazione” (in tal senso M. SCIUTO, *Art. 2247*, in N. Abriani (a cura di), *Codice delle società*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 9). La prima prospettiva sottolinea la categoria del contratto di società come contratto plurilaterale con comunione di scopo, in contrapposizione ai contratti di scambio (sul tema, v. T. ASCARELLI, *Noterelle critiche in tema di contratto plurilaterale*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, p. 266 e ss.; ID, *Il contratto plurilaterale*, in *Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 270 e ss.; sul dibattito v. G. MARASÀ, *Le società*, cit., p. 9). Ne deriva che nei contratti di scambio le prestazioni delle parti sono sufficienti a realizzare la causa del contratto, nella società le prestazioni convenute sono puramente strumentali in relazione al successivo svolgimento di un'attività economica con i terzi: qui l'oggetto del conferimento e la natura della prestazione non sono decisivi per la qualificazione, dovendosi valutare la natura dell'attività e il risultato perseguito (G. MARASÀ, *Le società*, cit., p. 23); la causa del contratto non si realizza con l'attribuzione o spostamento di situazioni giuridiche soggettive, come nei contratti di scambio, ma richiede lo svolgimento di un'attività con terzi (F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei contratti*, in Scialoja, Branca, *Comm. cod. civ.*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc., 1976; P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit.; G. MARASÀ, *Le società senza scopo di lucro*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 165 e ss.). Il contratto di società, particolare *species* di contratto associativo, produce i suoi effetti anche su terzi, nel senso che assume un rilievo reale (o, per usare un'espressione di Spada, “metaindividuale”). Secondo l'altra prospettiva il contratto di società come contratto associativo segna la dicotomia tra contratto e organizzazione (C. ANGELICI, *Le basi contrattuali della società*, cit., p. 101 e ss.), nel senso che il contratto pone l'organizzazione, intesa come l'insieme delle regole che disciplinano l'attività, in questo modo le regole del contratto concepite a tutela dell'autonomia negoziale del singolo abdicano a favore di quelle dell'organizzazione (M. SCIUTO, *Art. 2247*, cit., p. 11). Su tali aspetti fondamentali sono stati gli studi sul tema di P. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, Giuffrè, 1971 che suggeriscono, nello studio del contratto di società, un diverso punto di partenza: non più il soggetto, le condizioni individuali di chi partecipa e i suoi diritti, ma il paradigma dell'attività. Tale approccio ha portato parte della dottrina a ricostruire il diritto societario come sistema di “poteri” e non di “diritti” (v. C. ANGELICI, *La società per azioni: I. Principi e problemi*, in Trattato Cicu –Messineo, 2012): le posizioni giuridiche rilevano non nelle

In tal prospettiva, infatti, il requisito dell'organizzazione societaria è stato studiato guardando alla struttura, alle funzioni, alle competenze tra organi e all'insieme di relazioni che intercorrono tra gli organi, in sostanza, quando è stata studiata l'articolazione organizzativa della società, ci si è occupati di quella che viene definita *corporate governance*⁸.

Si è, invece, per lo più tralasciato, il profilo della organizzazione aziendale nei termini in cui viene definito dagli aziendalisti, in un'ottica di un sistema integrato e unitario, seppure nella consapevolezza di una crescente valorizzazione degli assetti organizzativi che ha portato sempre più a una considerazione del sistema organizzativo in modo unitario.

1.1 L'adeguatezza degli assetti organizzativi

Nelle società quotate l'attenzione del legislatore e degli studiosi si è manifestata in modo evidente, in considerazione della necessità di assicurare trasparenza, correttezza dei comportamenti, per una tutela degli investitori: l'art. 149 del tuf chiede al collegio sindacale di vigilare «*sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società per gli aspetti di competenza, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo-contabile*», laddove per locuzione «*assetto organizzativo, amministrativo e contabile*» si intende l'intera struttura interna dell'impresa⁹.

prospettiva individualistica del soggetto, quanto in quella funzionale del loro ruolo per l'attività sociale, attività sociale che rappresenta il decisivo punto di riferimento sistematico. L'evoluzione successiva ha portato al superamento del paradigma organizzazione /attività e a collegare il parametro dell'organizzazione al mercato: l'organizzazione interna del diritto societario si spiega alla luce del contributo di efficienza che apporta al funzionamento del mondo degli affari, il ricorso alla forma societaria viene visto come modalità per fare impresa in funzione del mercato e assume rilievo la dimensione finanziaria dell'impresa. In questa prospettiva, il diritto societario diventa il diritto dell'organizzazione e del finanziamento del diritto dell'impresa.

⁸ M. DE MARI, *Gli assetti organizzativi societari*, in M. Irrera (diretto da), *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, Bologna, Zanichelli, 2016, p. 23; ID., *Diritto delle imprese e dei servizi di investimento*, Milano, Cedam, 2018, p. 44 e ss.

⁹ P. ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in AA. VV., *Il nuovo diritto delle società – Liber amicorum Gian Franco Campobasso, cit.*, 493; nello stesso senso, P. MONTALENTI, *Il nuovo diritto societario*, in G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, Zanichelli, 2004, p. 681; V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 19. P. AGOSTONI, *Note sul controllo interno degli emittenti quotati nel diritto e nella pratica*, in *Società*, 1999, p. 1420 ss.; L. DE ANGELIS, *Commento sub art.149*, in M. Fratini, G. Gasparri (a cura di), *Commentario al Testo Unico della Finanza*, Torino, Utet, 2012, p. 1995 ss.; P. AGOSTONI, *Note sul controllo interno degli emittenti quotati nel diritto e nella pratica*, in *Società*, 1999, p. 1420 ss.; L. DE ANGELIS, *Commento sub art.149*, in M. Fratini, G. Gasparri (a cura di), *Commentario al Testo Unico della Finanza, cit.*, p. 1995 ss.

Con la riforma del 2003 si introduce espressamente, nel diritto societario comune, il principio di «*adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili*», già presente nel Tuf del 1998 per le società quotate.

L'espressione assetti organizzativi contiene una componente statica (cosa il sistema organizzativo deve realizzare, chi deve realizzarlo) e una componente dinamica, cioè l'insieme delle procedure che prefigurano come le attività devono essere poste in essere¹⁰. Attraverso una procedimentalizzazione dell'organizzazione e dell'attività d'impresa si cerca di predeterminare l'attività di impresa, con la previsione di processi decisionali che interessano non solo la struttura organizzativa, ma lo stesso svolgimento dell'attività di impresa.

Ne deriva che l'adeguatezza degli assetti organizzativi diventa funzionale «*a promuovere l'efficienza e la correttezza della gestione dell'impresa sociale*» (così l'art. 4 della legge delega per la riforma del diritto societario 2003 n. 366).

Il principio di adeguatezza organizzativa assume una valenza sistematica nonché clausola generale alla quale gli amministratori sono assoggettati¹¹: il codice civile, nell'individuare i poteri di controllo degli amministratori non esecutivi, sancisce la necessità di valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società sulla base delle informazioni ricevute dagli organi delegati (art. 2381 c.c. 3° comma), mentre gli organi delegati curano che «*l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa*» (art. 2381, 5° comma)¹²; negli stessi termini, la vigilanza,

¹⁰ M. DE MARI, *Gli assetti organizzativi societari*, cit., p. 23.

¹¹ A.M. LUCIANO, *Adeguatezza organizzativa e funzioni aziendali di controllo nelle società bancarie e non*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, pp. 318 e 319; C. AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgement rule*, cit., p. 999; I. KUTUFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in AA. VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società – Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, Utet, 2010, p. 709.

¹² M. IRRERA, *Gli obblighi degli amministratori di società per azioni tra vecchie e nuove clausole generali*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, I, p. 358; V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione e responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 5; P. FERRO LUZZI, *Per una razionalizzazione del concetto di controllo*, in *I controlli societari – Molte regole, nessun sistema*, cit., p. 126; G.D. MOSCO, S. LOPREIATO, *Doveri e responsabilità di amministratori e sindaci nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 117 afferma che «*Fondamentale è, del resto, la circostanza che la principale specificazione del dovere di corretta amministrazione sia costituita dall'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili della società, come si evince dall'inciso "in particolare" utilizzato dall'art. 2403 c.c. Un dovere di correttezza che il legislatore non si limita a indicare come oggetto della vigilanza dei sindaci nell'art. 2403, ma indica ancor prima nell'art. 2381 c.c. imponendo sia agli organi delegati — o in mancanza, allo stesso c.d.a. (41) — di curare che "l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile" risulti "adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa" (co. 5), sia al consiglio di valutare l'adeguatezza degli assetti "sulla base delle informazioni ricevute" dai delegati (co. 3)*» ... «*Oggi, dunque, una corretta amministrazione non si attua e misura solo nelle operazioni concretamente poste in essere, ma prima ancora negli assetti adeguati che costituiscono la cornice dentro la quale compierle e monitorarle. Adeguatezza degli assetti, secondo un principio di proporzionalità (43), che la complessità dell'attività amministrativa rende sempre più importante e che si*

da parte dell'organo di controllo¹³, sull'osservanza della legge e dello statuto, deve essere esercitata avendo come parametro il rispetto dei principi di corretta amministrazione e di adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e del suo concreto funzionamento (art. 2403 c.c.)¹⁴.

Chi si è interrogato sull'individuazione delle finalità per le quali gli assetti societari devono essere strutturati in modo adeguato ha fatto emergere la stretta correlazione tra corretta amministrazione e assetti organizzativi, nel senso che gli assetti organizzativi rappresentano una declinazione del principio generale di corretta amministrazione¹⁵ (lo stesso articolo 2403 c.c. sembra confermare tale interpretazione quando afferma che il collegio sindacale vigila sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e, in particolare, sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile¹⁶).

Per altro verso, dalla prospettiva dei soci e degli investitori, il rispetto del principio di adeguatezza diventa parametro per valutare se gli organi sociali hanno predisposto un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alle dimensioni e alla natura dell'attività esercitata.

Il legislatore impone di predisporre un sistema che sia adeguato in relazione alle caratteristiche dell'impresa.

Il codice civile, una volta stabilito il principio generale, per le società per azioni, di darsi assetti organizzativi adeguati, lascia la libertà organizzativa, a

configura come un presidio fondamentale per gli stessi amministratori, anche esecutivi, i quali dell'intera operatività dell'impresa ovviamente non si possono occupare nemmeno in chiave di solo monitoraggio.

¹³ Sui controlli interni nelle società per azioni, v. G. FERRI, *I controlli interni nelle società per azioni*, in AA. VV., *Controlli interni ed esterni delle società per azioni*, Milano, 1972, p. 13 ss.; R. FRANCESCHELLI, *Approfondimento riflesso del tema dei controlli interni ed esterni delle società per azioni*, ivi, p. 123 ss.; P. VERRUCOLI, *Esperienze comparatistiche in tema di controlli interni ed esterni sulle società per azioni, con particolare riguardo ai paesi della CEE*, ivi, p. 57 ss.

¹⁴ M. IRRERA, *Collegio sindacale e assetti adeguati*, in R. Alessi, N. Abriani, U. Morera (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 270; G. CAVALLI, *Osservazioni sui doveri del collegio sindacale di società per azioni non quotate*, in P. Abbadessa, G.B. Portal (diretto da), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, cit.*; S. AMBROSINI, *Commento agli artt. 2403-2406 c.c.*, in G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, Zanichelli, 2004, p. 894; R. Alessi, N. Abriani, U. Morera (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, Giuffrè, 2007; G. DOMENICHINI, *Commento all'art. 2403 c.c.*, in G. Niccolini, A. Stagno d'Alcontres (a cura di), *Commentario*, Napoli, Jovene, 2004, p. 750.

¹⁵ M. IRRERA, *L'obbligo di corretta amministrazione e gli assetti adeguati*, in *Nuovo dir. soc.*, 2009, p. 16 ss.

¹⁶ N. ABRIANI, *Il collegio sindacale nella società a responsabilità limitata*, in R. Alessi, N. Abriani, U. Morera (a cura di), *Il collegio sindacale, cit.*, p. 195; S. AMBROSINI, *Commento agli artt. 2403-2406 c.c., cit.*, p. 894; G. DOMENICHINI, *Commento all'art. 2403 c.c., cit.*, p. 750.

ciascuna impresa, di scegliere le soluzioni organizzative più idonee in funzione delle proprie caratteristiche.

Il rispetto dell'adeguatezza organizzativa si realizza attraverso un corretto esercizio del sistema di controllo, imprescindibile per la realizzazione di un'organizzazione adeguata, in particolare la violazione dell'obbligo di dotare la società di un sistema organizzativo adeguato, da parte degli organi delegati, e dell'obbligo di valutarne l'adeguatezza, da parte del consiglio, configura responsabilità per violazione di un obbligo specifico¹⁷.

La crescente rilevanza degli assetti organizzativi trova una conferma nel nuovo codice della crisi di impresa (d.lgs. n. 14/2019), il cui art. 375, rubricato «*assetti organizzativi dell'impresa*» prevede l'inserimento, nell'art. 2086 c.c. (non più dedicato alla «*direzione e gerarchia nella impresa*», ma alla «*gestione dell'impresa*»), di un secondo comma il quale recita che «*L'imprenditore, che operi in forma societaria o col-*

¹⁷ P. MONTALENTI, *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, in *Mercati finanziari e sistemi di controlli. Atti del Convegno di studio (Courmayeur, 1-2 ottobre 2004)*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 449. Sul rapporto tra sistema dei controlli interni ed adeguatezza degli assetti organizzativi, v. P. MONTALENTI, *Il sistema dei controlli interni: profili critici e prospettive*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, p. 935 ss.; ID, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in P. Abbadessa, G. B. Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società – Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, cit., p. 840, dopo aver ricordato che l'art. 2409 *octiesdecies*, comma 5, lett. b) stabilisce che il comitato per il controllo sulla gestione «*vigila sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo e contabile*» evidenzia che la circostanza per cui le norme sul sistema tradizionale e dualistico non contemplino, espressamente, tra le competenze del collegio sindacale e del consiglio di sorveglianza, la vigilanza sul sistema di controllo interno, non trova alcuna giustificazione, dal momento che i modelli di amministrazione controllo alternativi si pongono come modelli indifferenziati, applicabili a qualsiasi tipo di società. Pertanto, si deve procedere ad una interpretazione correttiva e ritenere che «*l'obbligatorietà del sistema di controllo interno deve essere riconosciuta in termini di adeguatezza della struttura organizzativa della società, valutata in rapporto alle dimensioni dell'impresa e non in ragione dei sistemi amministrativi adottati*». Sul tema cfr., altresì, L. SCHIUMA, *Le competenze dell'organo di controllo sull'assetto organizzativo delle spa nei diversi sistemi di governance*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 57 ss. Anche la legge n. 1 del 1991 sulle società di intermediazione mobiliare aveva già previsto norme con riflessi organizzativi: sul tema, cfr. A. PATRONI GRIFFI, «*Organizzazione interna*» degli intermediari immobiliari, in *Giur. comm.*, 1993, I, p. 45 ss.; F. ANNUNZIATA, *Intermediazione mobiliare e agire disinteressato: profili organizzativi interni*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, I, p. 634 ss.; V. DI CATALDO, *Lo statuto speciale delle Sim*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, I, p. 765 ss. M. IRRERA, *L'obbligo di corretta amministrazione e gli assetti adeguati*, cit., p. 17, sottolinea come il tema dell'importanza strategica dell'organizzazione aziendale sia da tempo noto agli studiosi aziendalisti e che sia, tuttavia, essenziale che il legislatore abbia introdotto l'adeguatezza organizzativa come un obbligo giuridico; nello stesso senso, V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, ESI, 2006, p. 202. Sul collegio sindacale, v. G. CAVALLI, *Osservazioni sui doveri del collegio sindacale di società per azioni non quotate*, in P. Abbadessa, G. B. Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società – Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, cit., p. 59; A.M. LUCIANO, *Adeguatezza organizzativa e funzioni aziendali di controllo nelle società bancarie e non*, cit., pp. 318 e 319; C. AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgement rule*, cit., p. 999; I. KUTUFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, cit., p. 709.

lettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevanza tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale».

Con tale nuova previsione il legislatore ribadisce l'obbligo imprenditoriale di predisporre, per l'esercizio della propria attività di impresa, di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato, evidenziando, altresì, che, nella valutazione della adeguatezza, si consideri l'idoneità dell'assetto ad una rilevazione tempestiva delle difficoltà aziendali.

2. Il ruolo degli assetti organizzativi nell'impresa bancaria

Il tema degli assetti organizzativi è stato da tempo oggetto di particolare interesse negli ordinamenti settoriali: banche, imprese di assicurazioni, intermediari che prestano servizi e attività di investimento, ciò in considerazione dell'interesse pubblico della tutela dei depositanti, degli assicurati, degli investitori.

Nell'impresa bancaria il significato della società come forma organizzativa dell'impresa, diventa ancora più rilevante¹⁸.

Gli assetti organizzativi assumono importanza per il perseguimento degli obiettivi aziendali, in considerazione della peculiarità dell'attività bancaria e degli interessi che l'ordinamento intende tutelare.

Per capire le ragioni di tale fenomeno, è bene ricordare che i profili di specialità dell'impresa bancaria contengono una dimensione microeconomica che esprime l'esigenza di disciplinare il soggetto e la sua attività e una dimensione macroeconomica che tiene conto del sistema di regole tecniche e finanziarie, nazionali e europee, nel quale le banche si trovano ad operare.

La prima prospettiva, indirizzata all'imprenditore e all'attività di impresa, è stata dominata dal diritto privato. Se non che il ricorso al solo diritto privato che, anche in passato, era apparso insufficiente in considerazione dell'intenso

¹⁸ G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze*, cit., p. 1733; ID, *Gli assetti organizzativi degli intermediari finanziari*, 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. 17, sostiene che «l'adeguatezza organizzativa [...], che gli organi sociali sono tenuti a curare, valutare e verificare s'identifica, in buona sostanza, con l'adeguatezza del sistema dei controlli interni: quanto meno, si può sostenere che, nelle imprese di una certa dimensione e complessità operativa, il sistema dei controlli interni costituisce parte integrante di quell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile, della cui adeguatezza il consiglio d'amministrazione da un lato e il collegio sindacale dall'altro [...] sono a vario titolo responsabili».

rilievo pubblico dell'attività bancaria, è, adesso, da considerarsi largamente inadeguato.

D'altro canto, nel tempo, il diritto bancario, rispetto al societario comune, si è via via ritagliato un profilo di specialità¹⁹, attraverso una normazione secondaria sempre più capillare e pervasiva, con la previsione di un potere di vigilanza da parte dell'autorità che finisce per ridurre l'autonomia propria del diritto societario, giacché l'intervento di regole pubblicistiche porta a un'alterazione del tradizionale concetto di autonomia privata, a tutela di interessi più generali che coinvolgono il risparmiatore: l'autonomia privata viene limitata da una legittimazione del potere e, attraverso decisioni eteronome, cede il passo a protezioni pubblicistiche²⁰.

La regolazione diventa il criterio ordinatore sia dell'autorità che della libertà: di qui il diffondersi dei poteri di *soft law* che invadono gli spazi di autonomia e libertà delle parti²¹, con la finalità di rispettare il principio di legalità.

L'evoluzione del regime dell'impresa bancaria, nella disciplina dell'attività e dell'organizzazione d'impresa, verso una prospettiva pubblicistica²² ha portato ad acquisire la consapevolezza che l'adozione di un sistema organizzativo proporzionato, efficiente e razionale rappresenti il presidio migliore vuoi della correttezza dei comportamenti dell'impresa nei confronti dei clienti e investito-

¹⁹ Sul tema, v. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 39.

²⁰ Sul punto sia consentito il rinvio a R. CALDERAZZI, *La decisione e le scelte economiche oltre i concetti tradizionali di potere e autonomia privata*, in P.A. – *Persona e amministrazione*, 2017, p. 331.

²¹ N. LIPARI, *Fonti del diritto ed autonomia dei privati*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 732; E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, Cedam, 2008.

²² F. MERUSI, *Per uno studio dei poteri della banca centrale nel governo della moneta*, in *Riv. trim. dir. publ.*, 1972, p. 1428; M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1977, p. 205; S. AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, cit., p. 9; ID., *Principi "costituzionali", poteri pubblici e fonti normative in tema di mercati finanziari*, in S. Amorosino (a cura di), *Manuale di diritto del mercato finanziario*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 8 ss.) afferma che l'art. 47, costituzionalizzando l'interesse pubblico primario alla tutela del risparmio attraverso il controllo dell'organizzazione e del buon funzionamento del settore del credito, ha dato "copertura costituzionale" al sistema di disciplina di settore, così come delineato dalla legge bancaria del 1936. Anche recentemente, D.R. SICLARI, *La regolazione bancaria e dei mercati finanziari*, in M. Cafagno e F. Manganaro (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, in L. Ferrara e D. Sorace (diretto da), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, V, Firenze, Firenze University Press, 2016, p. 175, ha affermato che l'art. 47 Cost., comma 1, in materia di tutela del risparmio ed esercizio del credito, considerata la voluta genericità della disposizione, non ha aggiunto alcuna novità all'impostazione teorica dell'ordinamento del settore; S. AMOROSINO, *L'ordinamento amministrativo del credito. Studi*, Roma, 1995, e ID., *Gli ordinamenti sezionali: itinerari d'una categoria teorica. L'archetipo del settore creditizio*, in Id. (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, Roma, Giuffrè, 1995; M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Milano, Giuffrè, 1969; E. GALANTI, *Norme delle autorità indipendenti e regolamento del mercato: alcune riflessioni*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale di Banca d'Italia*, XLI, Roma, 1996, p. 14.

ri vuoi del perseguimento degli obiettivi della vigilanza pubblicistica sull'impresa, giacché la crescente valorizzazione dell'adeguatezza degli assetti organizzativi nella disciplina degli intermediari finanziari e nella prospettiva della vigilanza pubblicistica sugli stessi mira al perseguimento di obiettivi che si identificano con quelli assegnati alla vigilanza²³.

Il sistema organizzativo 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 investitori²⁴.

La stessa funzione di vigilanza svolta dall'Autorità di vigilanza esprime una declinazione orientata sul piano organizzativo²⁵: l'art. 5 del Tub, nell'individuare le finalità della vigilanza, contiene profili organizzatori quando attribuisce alle autorità creditizie l'esercizio dei poteri di vigilanza «*avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché l'osservanza delle disposizioni in materia creditizia*».

Per tali ragioni diventa essenziale monitorare i rischi organizzativi, cioè quei rischi provocati dalla inidoneità della struttura imprenditoriale ad agevolare l'esercizio dell'attività²⁶.

Tale tipo di rischio è implicito nei meccanismi interni all'azienda, esso misura il grado di fallibilità rispetto alle regole, esterne e interne, sulla base delle quali si struttura l'impresa²⁷.

²³ G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze*, cit., p. 1742.

²⁴ Sul punto, v. S. DE POLIS, *L'approccio di vigilanza alla funzione organizzativa nelle banche: tra business ed esigenze di governo*. L'uscita dall'eclissi parziale, Banca d'Italia, Roma, 2 luglio 2015, il quale, dopo aver ricordato che la tradizionale concezione della funzione organizzativa abbia subito contraccolpi dai profondi processi di trasformazione degli ultimi decenni, evidenzia come si sia accentuata, in chiave di mercato, l'importanza di dotare la banca di un assetto organizzativo efficace ed efficiente, in particolare nelle attività di business più esposte alla concorrenza e maggiormente rischiose; ricorda come dal 2009 l'OCSE, il Senior Supervisors Group, il G30 e la Commissione Europea abbiano denunciato le strette interdipendenze tra le gravi carenze dei sistemi organizzativi e di controllo delle banche e l'inadeguatezza della *governance*.

²⁵ Così, M. ANTONIOLI, *Vigilanza e vigilanze tra funzione e organizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, p. 673.

²⁶ Così, M. RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, in M. Irrera (diretto da), *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, cit., p. 957; M. MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell'attività imprenditoriale*, in AA. VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, cit., p. 728; A. MINTO, *Gli assetti in ambito bancario*, in M. Irrera (diretto da), *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, cit., p. 623; G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze*, cit., p. 1742 ss.

²⁷ M. MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo*, cit., p. 729.

Dunque, il regolatore cerca di individuare assetti organizzativi e governi societari efficaci, funzionali agli interessi dell'impresa, anche attraverso una iper-regolamentazione che vede implementare il ruolo dell'autorità di vigilanza, europea e nazionale incidendo, sempre più direttamente, sull'organizzazione interna di una banca (basti pensare ai poteri di intervento attribuiti dall'art. 53 – *bis* del Tub²⁸).

La Banca centrale europea e la Banca d'Italia verificano che le soluzioni organizzative e di governo societario adottate siano adeguate alle finalità che esse intendono conseguire e, più in generale, al rispetto della sana e prudente gestione.

In considerazione dell'elevato grado di regolamentazione dell'attività bancaria il rischio organizzativo aumenta in ragione del maggior rischio di non conformità.

Nel Regolamento congiunto in materia di organizzazione e procedure degli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio, adottato dalla Banca d'Italia e dalla Consob²⁹, gli interventi individuati sono tutti funzionali alla predisposizione di un efficace ed efficiente sistema di controllo interno, in tutte le sue sfaccettature, giacché gli intermediari devono prevedere chiari processi decisionali, volti a specificare la suddivisione di funzioni e responsabilità, un sistema efficace di gestione del rischio; meccanismi di controllo interno per garantire il rispetto delle decisioni e delle procedure³⁰.

²⁸ Sul punto la giurisprudenza ha, recentemente ribadito, per le Sim, Sicav e Sicaf (ma le conclusioni sono sì possono estendere anche alle banche) che la Banca d'Italia può adottare un provvedimento di rimozione di uno o più esponenti aziendali “qualora la loro permanenza in carica sia di pregiudizio per la sana e prudente gestione del soggetto abilitato e, quindi, un provvedimento con funzione eminentemente prudenziale e ripristinatoria, non fondato sull'accertamento *ex post* di una violazione prevista dalla legge come illecito amministrativo, quanto, piuttosto, su di una valutazione *ex ante* di inidoneità pro futuro dei vertici della società a garantire condizioni di stabilità all'ente governato. Stante la stringente necessità per la Banca d'Italia di agire celermente per contenere gravi rischi per la stabilità patrimoniale e per l'attività stessa dell'intermediario, del tutto giustificate appaiono l'omessa comunicazione di avvio del procedimento all'interessato e la mancata partecipazione dello stesso all' iter decisorio” (T.A.R. Roma, sez. II, 7 agosto 2018, n. 8868, in *Redazione Giuffrè amm.* 2018).

²⁹ Regolamento adottato con provvedimento del 29 ottobre 2007 e successivamente modificato con atti congiunti Banca d'Italia/Consob del 9 maggio 2012, del 25 luglio 2012, del 19 gennaio 2015, del 27 aprile 2017 e con delibera Consob n. 20307 del 15 febbraio 2018.

³⁰ In particolare vengono previsti solidi dispositivi di governo societario che, attraverso processi decisionali chiari, specifichino i rapporti gerarchici e la suddivisione delle funzioni e delle responsabilità; un sistema efficace di gestione del rischio dell'impresa; la conoscenza, da parte dei soggetti rilevanti, delle procedure da seguire per il corretto esercizio delle proprie responsabilità; meccanismi di controllo interno che garantiscano il rispetto delle decisioni e delle procedure; politiche e procedure volte ad assicurare che il personale possenga conoscenze

La circolare di Banca d'Italia n. 285 del 2013 chiarisce che assetti organizzativi e di governo societario efficaci rappresentano, per tutte le imprese, condizione essenziale per il perseguimento degli obiettivi aziendali; tuttavia, per le banche, diventano particolarmente rilevanti in ragione delle caratteristiche dell'attività bancaria e degli interessi pubblici oggetto di specifica considerazione da parte dell'ordinamento. "Gli assetti organizzativi e di governo societario delle banche, oltre a rispondere agli interessi dell'impresa, devono assicurare condizioni di sana e prudente gestione, obiettivo essenziale della regolamentazione e dei controlli di vigilanza".

Il titolo IV della parte I è intitolato in modo significativo, «*Governo societario, controlli interni, gestione dei rischi*»: viene ribadita la chiara distinzione dei ruoli e delle responsabilità, l'appropriato bilanciamento dei poteri, l'equilibrata composizione degli organi, l'efficacia dei controlli, il presidio di tutti i rischi aziendali, l'adeguatezza dei flussi informativi; l'efficacia ed efficienza del sistema di controllo, quindi della gestione del rischio, si misura con la capacità di interazione con gli organi societari, nei confronti dei quali le funzioni aziendali di controllo svolgono attività di supporto, consentendo agli stessi il potere, a loro volta, di svolgere un controllo sull'impresa bancaria e di assicurare che l'attività aziendale sia improntata a canoni di sana e prudente gestione³¹.

Si crea, in tal modo, una connessione tra organi di *governance*, sistema dei controlli interni e gestione del rischio.

La gestione corretta della *governance* bancaria rappresenta il segnale migliore per il mercato di affidabilità della banca, nonché della sua capacità di tutelare il risparmio in misura adeguata³²: il consiglio di amministrazione deve valutare i rischi dell'organizzazione e adottare conseguenti meccanismi di gestione e mitigazione, in particolare attraverso la funzione di supervisione approva

e competenze necessarie per l'esercizio delle responsabilità loro attribuite; un sistema efficace di segnalazione interna e di comunicazione delle informazioni e di conservazione delle registrazioni adeguate e ordinate dei fatti di gestione dell'intermediario e della sua organizzazione interna; procedure volte a garantire che l'affidamento di funzioni multiple ai soggetti rilevanti non impedisca di svolgere una qualsiasi di tali funzioni; sistemi idonei a tutelare la sicurezza, l'integrità e la riservatezza delle informazioni; politiche, sistemi, risorse e procedure per la continuità e la regolarità dei servizi (art. 5, comma 2).

³¹ Sulla ricostruzione dei controlli interni delle banche, v. P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nelle società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2015, I, p. 713; R. D'AMBROSIO, M. PERASSI, *Il governo societario delle banche*, in M. Vietti (a cura di), *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controlli*, Milano, Utet, 2014, p. 211; A. ZOPPINI, *L'impresa come organizzazione e il sistema dei controlli*, in C. Brescia, L. Torchia e A. Zoppini (a cura di), *Metamorfosi del diritto delle società? Seminario per gli ottant'anni di Guido Rossi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, p. 35.

³² Sul punto, v. Direttiva n. 36/2013, art. 74.

l'assetto organizzativo della banca, verifica la corretta attuazione e promuove tempestivamente misure correttive volte a colmare lacune o inadeguatezze. È per tali ragioni che la circolare 285 stabilisce che i componenti non esecutivi debbano, avvalendosi dei comitati interni, se presenti, acquisire informazioni sulla gestione e sull'organizzazione aziendale, dal management, dalla revisione interna e dalle altre funzioni aziendali di controllo e che la giurisprudenza ha progressivamente irrigidito le sue posizioni sul dovere di agire in modo informato da parte degli amministratori non esecutivi, affermando che “questo dovere della compagine dei consiglieri non esecutivi è particolarmente stringente in materia di organizzazione e governo societario delle banche, anche in ragione degli interessi protetti dall'art. 47 Cost., la cui rilevanza pubblicistica plasma l'interpretazione delle norme dettate dal codice civile”³³.

Anche l'organo di controllo, in ambito bancario, viene definito in modo puntuale nel suo ambito di operatività e rimarcato il suo ruolo sulla corretta amministrazione, adeguatezza degli assetti organizzativi e contabili della banca, in considerazione degli interessi meritevoli di tutela e dalla maggiore complessità dell'attività bancaria. Sul punto anche la giurisprudenza si è espressa in modo rigoroso, sostenendo che “ai componenti del collegio sindacale compete la costante verifica della legittimità e della correttezza di tutte le decisioni dell'organo amministrativo, con l'obbligo di verificare carenze organizzative generali ... sono tenuti a verificare con continuità, senza limitarsi ad un "alta vigilanza" meramente formale, l'operato degli amministratori, affinché costoro, nell'organizzare ciascuna area della struttura aziendale, agiscano con competenza e nel rispetto delle procedure di gestione dei controlli interni”³⁴.

³³ In tal senso, Cass., 22 marzo 2019, n. 8237, in *Giustizia Civile Massimario*, 2019; Cass. 31 agosto 2016, n. 17441 in *Giur. comm.*, 2017, II, p. 835; Cass., 5 febbraio 2013, n. 2737, in *Giur. comm.*, 2015, 1, II, p. 24, con nota di A. MINTO, *La speciale natura dell'incarico amministrativo in banca tra limitazioni alla discrezionalità organizzativa e vincoli sull'agire in modo informato*; Cass., 9 novembre 2015, n. 22848, in *Giur. comm.* 2017, 3, II, p. 546, con nota di F. RIGANTI, *Cassazione civile e amministratori non esecutivi di banca: una questione di «sistema»?*; Cass., 18 aprile 2018, n. 9546, per la quale “Il dovere di agire informati dei consiglieri non esecutivi delle società bancarie, sancito dall'art. 2381 c.c., commi 3 e 6 e art. 2392 c.c., non va rimesso, nella sua concreta operatività, alle segnalazioni provenienti dai rapporti degli amministratori delegati, giacché anche i primi devono possedere ed esprimere costante e adeguata conoscenza del business bancario e, essendo compartecipi delle decisioni di strategia gestionale assunte dall'intero consiglio, hanno l'obbligo di contribuire ad assicurare un governo efficace dei rischi di tutte le aree della banca e di attivarsi in modo da poter efficacemente esercitare una funzione di monitoraggio sulle scelte compiute dagli organi esecutivi, non solo in vista della valutazione delle relazioni degli amministratori delegati, ma anche ai fini dell'esercizio dei poteri, spettanti al consiglio di amministrazione, di direttiva o avocazione concernenti operazioni rientranti nella delega”; nello stesso senso, Cass., 9 novembre 2015, n. 22848, in *Diritto & Giustizia*, 2015.

³⁴ Cass., 22 gennaio 2018, n. 1529, in *IlSocietario.it*, 2018.

Da quanto sin qui evidenziato emerge come i soggetti deputati ad esercitare la funzione di controllo, il consiglio di amministrazione, i comitati endoconsiliari, il collegio sindacale, ma anche l'intero sistema dei controlli aziendali sono espressione dell'assetto organizzativo della banca e contribuiscono, tutti, alla medesima finalità: monitorare e gestire il rischio, per assicurare una sana e prudente gestione³⁵.

3. La finalità dell'organizzazione nell'impresa bancaria

Se è vero che nessuna organizzazione nasce se non funzionalmente ad uno scopo, ad un obiettivo, ad un'esigenza e che, pertanto, ha una natura funzionale³⁶, anche l'organizzazione nell'impresa bancaria esprime una sua funzione.

Come si è cercato sin qui di argomentare, il legislatore ha sempre più mostrato una maggiore attenzione e sensibilità alla adeguatezza della struttura organizzativa nel settore bancario, in considerazione degli interessi che tale settore mira a tutelare.

La predisposizione di una adeguata struttura organizzativa, attraverso la previsione di un sistema di controlli interni, diventa oggetto di verifica, per un intermediario finanziario sin dalla sua genesi, al fine di ottenere l'autorizzazione della Banca d'Italia ad esercitare la propria attività di impresa.

L'esigenza di assicurare un assetto organizzativo adeguato si innesta in una valutazione più ampia che influisce, persino, sui presupposti autorizzativi dell'autorità di vigilanza e che investe la tutela degli interessi più ampi.

L'individuazione della organizzazione della struttura interna dell'impresa bancaria passa da una definizione del sistema dei controlli: la suddivisione gerarchica dei livelli di controllo, la divisione di competenze tra organi delegati e amministratori non esecutivi, la previsione di comitati endoconsiliari, il rafforzamento dell'organo di controllo fortemente collegato, con l'Autorità di vigilanza, l'individuazione dei requisiti patrimoniali, sono tutti espressione del requisito dell'organizzazione.

³⁵ Per un più ampio approfondimento sul tema sia consentito il riferimento a R. CALDERAZZI, *La funzione di controllo nell'impresa bancaria*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 25 e ss.

³⁶ v. L. R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, in questo fascicolo.

La previsione di un assetto organizzativo adeguato consente alla banca di realizzare i propri interessi con il minore rischio possibile, quindi la sua funzione è la minimizzazione del rischio. Il monitoraggio, la gestione e il contenimento del rischio, garantiti da un assetto organizzativo adeguato, garantiscono una gestione sana e prudente³⁷.

Nel perimetro di queste precisazioni di inquadramento, appare evidente che l'individuazione della organizzazione della struttura interna dell'impresa bancaria, di cui il sistema dei controlli interni è parte integrante³⁸, diventa funzionale al perseguimento della sana e prudente gestione³⁹ e, con essa, alla tutela del risparmiatore.

Come è stato sottolineato il principio della sana e prudente gestione è diventato “il principio chiave non solo della disciplina dell'autorizzazione ma dell'intera regolamentazione”⁴⁰, in quanto rappresenta lo strumento principale per assicurare adeguata tutela alla clientela dei soggetti vigilati⁴¹.

Il collegamento tra sana e prudente gestione e tutela del risparmio emerge anche dalla prassi giurisprudenziale dove “ il settore del credito è, in relazione alla tutela del risparmio di cui all'art. 47 della Costituzione, un settore consi-

³⁷Sul collegamento tra protezione del risparmio assicurata dall'art. 47 e la sana e prudente gestione, v. L.R. PERFETTI, *Art. 107 – Autorizzazione*, in F. Capriglione (a cura di), *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 2018, p. 1582. Sul principio di sana e prudente gestione, v. , F. SARTORI, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale: il criterio della «sana e prudente gestione»*, in *Banca Borsa e tit. cred.*, 2017, p. 131; M. PORZIO, *La sana e prudente gestione*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2008, p. 387; C. LAMANDA, *Le finalità della vigilanza*, in P. Ferroluzzi, C. Castaldi (a cura di), *La nuova legge bancaria. Il t.u. delle leggi sull'intermediazione bancaria e creditizia e le disposizioni di attuazione*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 157 e ss.; S. AMOROSINO, *La vigilanza sulle banche nel t.u. ed il ruolo della Banca d'Italia*, in *Bancaria*, 1994; S. DE ANGELI, M. ORIANI, *La sana e prudente gestione delle banche*, in *Bancaria*, 1995, p. 70.

³⁸ G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze*, cit., p. 1742; G. FERRARINI, *Controlli interni e strutture di governo societario*, cit., p. 25. A. MINTO, *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria*, cit., p. 1165, afferma che, nella prospettiva del diritto societario comune, il sistema dei controlli non acquisisce il valore di autonomo istituto, ma incombenza sorta a seguito del giudizio valoriale di adeguatezza della struttura interna.

³⁹ Così, già M. CERA, *Autonomia statutaria delle banche e vigilanza*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 11; L. SCHIUMA, *Le competenze dell'organo di controllo sull'assetto organizzativo delle spa nei diversi sistemi di governance*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 58; M. BROGI, *Corporate governance bancaria e sana e prudente gestione*, in *Banca, impresa, società*, 2010, p. 300.

⁴⁰ A. NIGRO, *L'autorizzazione «all'attività bancaria» nel t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in U. Morera, A. Nuzzo (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, Milano, Giuffrè, 1996, vol. 1, p. 65 e ss.

⁴¹ Così, F. SARTORI, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale: il criterio della «sana e prudente gestione»*, cit., p. 131. A. ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, Milano, 2012, p. 56 ricorda che nel Tub i redattori si sono entusiasmatisi per l'espressione “sana e prudente gestione” del diritto comunitario e l'hanno utilizzata dappertutto, in quanto essa garantisce “valori di cui nessuno può in astratto negare la fondatezza, v. altresì ID., *Commento all'art. 5*, in C. Costa (a cura di), *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, I, Torino, 2013, p. 35.

derato particolarmente delicato dall'ordinamento e pertanto sottoposto a penetranti poteri di controllo della Autorità di Vigilanza”; “il principio cardine della vigilanza bancaria esplicitato dall'art. 5 del d.lgs. n° 385 è costituito dalla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, dalla stabilità complessiva del sistema finanziario, dalla osservanza delle disposizioni in materia creditizia”⁴².

La sana e prudente gestione trova, dunque, un significato adeguato nel collegamento con l'art. 47 Cost., in quanto diventa funzionale al conseguimento degli scopi che si prefigge la norma costituzionale: l'art. 47 afferma che la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme, nella sua accezione più ampia, cioè contiene la garanzia di tutte le diverse funzioni e libertà economiche cui la tutela del risparmio è preordinata⁴³.

In tal senso, il perseguimento di un assetto organizzativo adeguato, all'interno dell'impresa bancaria, nei termini sin qui delineati, contiene un elemento di protezione di quei diritti in quanto l'organizzazione articola e concretizza i fini perseguiti dall'attività bancaria, ossia la massimizzazione dei diritti, protetti costituzionalmente dall'art. 47.

⁴² T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 9 aprile 2010, n. 6185, in *Foro amm.* TAR 2010, 4, p. 1313; T.A.R. Roma, sez. III, 10 marzo 2014, n. 2725 in *Foro amm.* 2014, p. 936 ribadisce che lo specifico potere della Banca di accertare la ricorrenza delle condizioni di sana e prudente gestione ai sensi dell'art. 56 del TUB e, più in generale, l'esigenza di presidiare la stabilità finanziaria complessiva del mercato ai sensi dell'art. 5 del TUB, sono “in un nesso di stretta derivazione con la finalità di tutela del risparmio avente dignità primaria nell'ambito dei valori costituzionali (art. 47 Costituzione)”.

⁴³ L.R. PERFETTI, *Art. 107 – Autorizzazione*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., nonché A. CLINI, *Sovranità della persona nelle determinanti di tutela del risparmio*, in *questa Rivista*, 2017, p. 349.

DONATO VESE

Postdoctoral Research Fellow in Administrative Law at University of Sannio
Ph. D at University School for Advanced Studies IUSS Pavia
Academic Visitor at University of Oxford, Faculty of Law, Centre for Socio-Legal Studies
donato.vese@iusspavia.it

**L'EFFICIENZA DELL'ORGANIZZAZIONE
AMMINISTRATIVA COME MASSIMIZZAZIONE DEI
DIRITTI FONDAMENTALI¹**

**THE EFFICIENCY OF ADMINISTRATIVE ORGANIZATION AS A
MAXIMIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS**

SINTESI

Partendo dalla costruzione teorica dell'amministrazione come organizzazione servente la persona – inferendo la tesi del radicale “capovolgimento” circa la concezione della sovranità come spettante al popolo e non allo stato o all'ordinamento (e per il tramite di questi all'autorità amministrativa) – in questo saggio si è inteso esaminare, sia sul piano teorico che dogmatico, l'inquadramento e l'interpretazione del precetto costituzionale di cui all'art. 97 quale criterio di efficienza dell'organizzazione amministrativa.

In questa prospettiva, ripercorrendo le tappe salienti della letteratura che se n'è occupata, è parso proficuo anzitutto comprendere (A) come si sia pervenuti, all'indomani dell'approvazione della Costituzione, all'identificazione del principio di buon andamento con il criterio di efficienza, senza tralasciare tuttavia gli importanti studi della dottrina classica che già in un periodo pre-costituzionale ebbe a sostenere l'esistenza di un generale principio di efficienza dell'organizzazione amministrativa.

In secondo luogo, richiamate le autorevoli tesi di Nigro e Berti per la dottrina classica, (B) si è inteso analizzare quali sono le principali impostazioni che la dottrina contemporanea offre sull'argomento. Nella scienza giuspubblicistica, in particolare, l'affermarsi del filone di studi sulla “amministrazione di risultato”, che, a partire dagli anni '90 (anche se la prima formulazione è di un ventennio precedente e si deve a Giannini), recependo per gran parte gli orientamenti sul *new public management* affermatasi sul finire degli anni '70 presso gli ordinamenti di *common law*, ha posto le basi per una ricostruzione teorica dell'amministrazione (e con essa dell'organizzazione) sulla scorta di criteri di

¹ Il presente scritto è frutto in parte di un periodo di ricerca svolto dall'autore alla University of Oxford presso il Centre for Socio-Legal Studies della Faculty of Law in qualità di Academic Visitor.

matrice tecnico-economica (in quest'ottica non è superfluo ricordare, sul versante legislativo, come nel nostro ordinamento siano stati positivizzati criteri quali l'economicità, l'efficacia e appunto l'efficienza). Vero è che in concomitanza con l'affermarsi di tale concezione di amministrazione, l'efficienza viene intesa quale canone direttivo dell'organizzazione (e dell'azione) ai fini della produzione di un risultato 'economicamente' apprezzabile in termini di massimizzazione delle risorse impiegate o di minimizzazione degli oneri e dei costi sostenuti a beneficio dell'ente pubblico. Passate in rassegna le principali tesi della dottrina amministrativistica in argomento e preso atto dell'(eventuale) insufficienza delle stesse, lo scopo sarà di verificare (C), su di un piano teorico oltre che dogmatico, se la lettura delle norme costituzionali, e particolarmente di quelle che contengono i principi fondamentali, consenta una diversa ricostruzione e interpretazione del criterio di efficienza.

Per fare ciò si farà poggiare l'interpretazione di tale criterio sulla tesi dell'esistenza di un ordine giuridico della società come elemento caratterizzante la spettanza della sovranità alle persone, la quale ha il pregio di mostrare come la sovranità non si articoli nei poteri dello stato, né dell'ordinamento e neppure, per il tramite di questi, nei poteri dell'autorità.

In questa prospettiva, dal momento che la spettanza della sovranità al popolo (art. 1 Cost.) e il riconoscimento dei diritti fondamentali (art. 2 Cost.) permettono di considerare l'amministrazione quale funzione del godimento dei diritti da parte delle persone, si potrà sostenere che il criterio di efficienza sia caratterizzato dalla funzionalizzazione dell'organizzazione al raggiungimento dell'obiettivo di massimizzazione delle pretese dei destinatari dell'esercizio del potere amministrativo, che debbono essere individuate, valutate e bilanciate nell'esercizio di quel potere, nell'organizzazione e nella decisione amministrativa che ne esprime la sintesi dell'agire per fini pubblici.

In questo modo ribaltandosi la classica concezione dell'organizzazione come apparato servente lo stato (e per il tramite di esso il potere esecutivo e l'indirizzo politico della maggioranza), si ribalta pure la concezione dell'efficienza quale canone che predispone l'organizzazione amministrativa e ne informa l'azione allo scopo di realizzare (solo) un risultato 'economicamente' apprezzabile in termini di massimizzazione delle risorse impiegate o di minimizzazione degli oneri e dei costi sostenuti a beneficio dell'ente medesimo.

Al contrario, preso atto che l'organizzazione e l'azione amministrative sono funzionalizzate al godimento dei diritti fondamentali della persona in conformità del sistema costituzionale, allora il criterio di efficienza non può che costituire la misura della massimizzazione di quei diritti in confronto tra loro.

Sempre dal punto di vista dogmatico, infine, si sosterrà che l'art. 97 Cost., nel predisporre un'organizzazione efficiente e imparziale per la realizzazione dell'interesse pubblico, abbia tenuto conto del principio fissato nell'art. 3, comma 2, Cost.

In ragione di ciò si osserva come nell'ordinamento costituzionale l'amministrazione e la sua organizzazione entrino sempre in gioco laddove si operi nell'interesse generale, essendo loro compito quello di agire in modo efficiente e imparziale per il bene comune, per l'assolvimento dei bisogni degli individui.

Operando nell'interesse generale, l'organizzazione amministrativa persegue un fine pubblico concreto e determinato, che consiste nella realizzazione del precetto costituzionale preordinato alla rimozione degli ostacoli che si frappongono al pieno dispiegarsi della personalità e al concreto godimento delle libertà e dei diritti delle persone.

In questa prospettiva risulta così predeterminato anche l'interesse pubblico che l'amministrazione deve perseguire, il quale non è solo genericamente o astrattamente indicato dalla norma attributiva del potere quanto, piuttosto, un interesse concreto e determinato che trova la sua ragione d'essere proprio nel mandato indicato nell'art. 3 Costituzione.

ABSTRACT

Starting from the concept of public administration as organization serving people, in this paper framework and interpretation of Article 97 of the Italian Constitution will be discussed both on a theoretical and dogmatic level as efficiency criterion of administrative organization.

In this perspective, retracing the most important passages of juridical literature it seemed profitable to understand (A) how it was possible to identify, at the aftermath of approval of the Constitution, the principle of good performance (*buon andamento*) with the efficiency criterion, without neglecting the important studies of classical legal doctrine which already in a pre-constitutional period supported the existence of an efficiency criterion of administrative organization. Hence, recalled Nigro's and Berti's theses for the classical Italian legal doctrine, it is intended to analyze (B) which are the main approaches that contemporary legal doctrine offers on the subject.

In the public law the rise of studies on new public management (e.g. in Italy "l'amministrazione di risultato"), which since 90s (even if the first formulation is twenty years earlier and is due to Giannini) largely incorporates the guidelines on new public management emerged in the late 70s in the judicial systems of common law, laid the basis for a theoretical reconstruction of the administration in the light of technical-economic criteria (in this perspective it is not superfluous to recall, on the legislative side, how criteria such as effectiveness and economic efficiency have been positivized in the Italian judicial system).

In conjunction with the emergence of this concept of administration, efficiency is understood as a directive canon of the organization for the purpose of producing 'economically' appreciable results in terms of 'maximization' of 'resources' and 'minimization' of 'costs'. After reviewing main theses of administrative doctrine on the matter and observing their (potential) inadequacy, the aim will be to verify (C) on a theoretical as well as dogmatic

level if the reading of constitutional rules and particularly of those containing fundamental principles allows a different reconstruction and interpretation of efficiency criterion.

The study will start from the theory which postulates the existence of a juridical and social order as element characterizing people's sovereignty and has the merit of showing how sovereignty does not consist in State's powers, nor of the order nor, through them, of authority's powers.

In this perspective, since people's sovereignty (Article 1 Italian Constitution) and the recognition of fundamental rights (Article 2 Italian Constitution) allow to consider administration in function of the full enjoyment of individuals' rights, it can be argued that efficiency criterion is characterized by the functionalization of organization to maximize possibilities to exercise administrative power.

In this way, classical conception of organization as system serving State (and through this executive power and political majority's line) is overturned, but also the concept of efficiency, considered as a canon that predisposes administrative organization and conforms the action in order to achieve (only) an 'economically' appreciable result in terms of maximization of resources and minimization of costs for the same authority. Conversely organization and action of public administration are functional to the enjoyment of fundamental rights in accordance with the constitutional system. In this sense efficiency criterion constitutes the measure of maximization of those rights in comparison between them.

From a dogmatic point of view, it will be argued that Article 97 Italian Constitution, in preparing an efficient and impartial organization in order to realize public interest, has considered the principle established in Article 3, para. 2, Italian Constitution.

For this reason, public administration and organization come into play operating in the general interest, because their aim is to act efficiently and impartially for the common good and to fulfil individuals' needs.

Administrative organization pursues a concrete and determined public purpose which consists in the realization of the constitutional principle aimed to remove all obstacles opposed to a full enjoyment of individual's freedoms and rights.

In this perspective, public interest that administration must pursue is not only generically or abstractly indicated by the rule conferring power, but a concrete and determined interest that finds its reason in the Article 3 Italian Constitution.

PAROLE CHIAVE: Organizzazione amministrativa, efficienza, potere pubblico, diritti fondamentali, sovranità delle persone.

KEYWORDS: administrative organization, efficiency, public power, fundamental rights, sovereignty of the persons.

INDICE: Sezione I. Profili ricognitivi e punti critici. 1. Introduzione. – 2. Prima emersione del criterio nella dottrina giuspubblicistica italiana: l'efficienza come onere di buona amministrazione. – 2.1. La nozione pubblicistica dell'onere come regola finale contenente un vincolo di natura economica. – 2.2. Superamento del concetto economico di onere tramite la sua desoggettivizzazione e funzionalizzazione all'interesse pubblico. – 2.3. Le direttive di buona amministrazione quali regole finali che rendono efficienti l'azione e l'organizzazione. – 3. I primi contributi della dottrina giuspubblicistica sul principio di buon andamento dopo l'entrata in vigore della Costituzione. – 4. Lo studio sulla funzione organizzatrice e l'identificazione del buon andamento con il criterio di efficienza. – 4.1. La distanza dalle scienze non giuridiche e l'inquadramento del criterio di efficienza nell'ambito del diritto. – 4.2. Il concetto giuridico di efficienza secondo il principio di "elasticità" e "puntualità" dell'azione amministrativa. – 4.3. La relazione fra potere di autoorganizzazione ed efficienza dell'azione amministrativa. – 5. L'emersione del concetto giuridico di efficienza: riconsiderazione dell'efficienza alla luce del principio solidaristico e adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. – 6. L'emersione dell'efficienza come concetto giuridico nella teoria della pubblica amministrazione come organizzazione. – 6.1. L'efficienza e l'attuazione di competenze-poteri come funzione di coesistenza dei poteri nella rispettiva realizzazione. – 6.2. Oltre la nozione di buona amministrazione, l'efficienza come concetto esteso alla legittimità e non solo al merito amministrativo. – 6.3. La valorizzazione costituzionale del concetto giuridico di efficienza quale parametro di valutazione della proporzionalità e flessibilità dell'azione amministrativa. – 7. Gli anni '70 del Novecento e il ricco panorama degli studi non giuridici dell'amministrazione: la costruzione dell'efficienza in senso 'tecnico-economico'. – 8. L'efficienza come risultato-funzione dell'azione amministrativa nella struttura policentrica dell'ordinamento. – 8.1. La critica alla tesi bertiana della pluralità di ordinamenti compositi di poteri. Il coordinamento dei poteri come operazione che dà forma al profilo organizzatorio e funzionale del buon andamento. – 8.2. L'efficienza come parametro per la composizione intersoggettiva degli interessi protetti emergenti dal pluralismo organizzativo. L'art. 97 Cost. quale raccordo fra momento funzionale (attività) e momento strutturale (organizzazione) dell'amministrazione. – Sezione II. Profili ricostruttivi. 9. Il retroterra culturale e le ragioni dell'inserimento dei criteri di matrice economica nella legge generale sul procedimento. 9.1. Il "Rapporto Giannini" e le principali cause dell'inefficienza della pubblica amministrazione – 9.2. L'affermarsi di una nuova concezione di efficienza declinata secondo il metodo economico. – 10. L'affermarsi dell'amministrazione di risultato come modello che pone al centro dell'azione e dell'organizzazione amministrative l'efficienza. – 10.1. La dottrina amministrativistica contemporanea e l'assorbimento del concetto di efficienza nel concetto di risultato. – 10.2. Introduzione della nozione di risultato amministrativo e rottura dell'immedesimazione tra agire efficiente e agire legale – 11. Declinazione del criterio di efficienza di tipo economico in funzione della misurazione del risultato amministrativo. 12. L'inquadramento dell'amministrazione in Costituzione. Superamento della concezione dell'organizzazione come braccio del potere esecutivo dello stato e sua emersione come funzione della società. – 12.1. L'affermarsi della sovranità popolare capovolge il modello di organizzazione come articolazione dell'apparato statale e la informa all'esercizio di poteri funzionali allo scopo di assicurare i diritti delle persone. – 12.2. Il valore giuridico dell'efficienza è sganciato dalla sfera del potere economico del mercato ed è attratto dalla sfera della società. 12.3. Il concetto giuridico di efficienza ed il concetto di imparzialità. – 13. L'efficienza amministrativa come misura della massimizzazione dei diritti delle persone. – 13.1. Il superamento dell'idea di amministrazione come funzione della società e della sovranità come spettante all'ordinamento. 13.2. Soluzione alla questione della sovranità in base all'ordine giuridico della società e al riconoscimento dei diritti fondamentali: la sovranità delle persone. – 13.3. Funzionalizzazione dei compiti dell'amministrazione alla sovranità delle persone in conformità della Costituzione: l'efficienza come misura della massimizzazione dei diritti fondamentali.

*«All square, that day as every other day,
with god and the world, these men had
slipped gently into death, to go and claim
their share of eternal life to which they
were entitled. For they were entitled to
every thing: to life, to work, to wealth,
to authority, to respect, and finally to immortality».*

J-P. SARTRE, *Nausea*, [1938], London, 1965, pp. 121-122

Sezione I. Profili ricognitivi e punti critici

1. Introduzione

Lo scritto ha ad oggetto l'analisi del criterio di efficienza dell'organizzazione amministrativa e mira a verificare più a fondo, attraverso questa prospettiva di indagine, se tale criterio possa trovare, sia sul piano dogmatico che teorico, validità all'interno del sistema giuridico amministrativo.

Non è una novità scorgere come nella dottrina giuspubblicistica si discorra sovente di efficienza quale principio cardine dell'organizzazione (e dell'azione) amministrativa, e nonostante ciò dalla lettura del dato positivo, di quello giurisprudenziale e di quello dottrinale si resta insoddisfatti circa la nozione e la funzione che a tale criterio vengono assegnate.

Sebbene di efficienza amministrativa si parli, il più delle volte, quale caratteristica che l'organizzazione pubblica deve possedere per assolvere nel modo migliore i suoi scopi, non è chiaro quali siano i fini cui l'efficienza debba tendere e – fatto ancor più rilevante – in cosa debba consistere l'assolvimento dei medesimi.

Si tratta, dunque, non tanto di chiarire la portata di siffatto principio quanto soprattutto il suo concetto.

Non è d'altra parte secondario questo scopo per chi come il giurista voglia comprendere il funzionamento dell'organizzazione pubblica, e non lo sarà, a maggior ragione, nella società contemporanea in cui la burocrazia è attraversata da importanti mutamenti di ordine politico ed economico. Non è di poco conto, come si vedrà, l'affermarsi nella legislazione vigente di criteri tecnici e particolarmente di quelli economici i quali vanno ad informare l'azione e l'organizzazione dell'amministrazione pubblica. Basti pensare, in simile prospettiva, a come l'efficienza sia stata prevista quale criterio ordinatore dell'azione pubblica dalla legge generale sul procedimento amministrativo (artt. 1 e 3-*bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241).

Le cose non stanno diversamente nella prassi amministrativa dove il tipico modello centralizzato di organizzazione con funzionari dotati di competenze generali ha ceduto il passo a nuove tipologie di amministrazione provviste di forte autonomia e di personale altamente specializzato (si pensi all'ormai consolidato modello delle autorità amministrative indipendenti e delle agenzie amministrative).

A prescindere da questi importanti fattori, di cui pure bisognerà tenere conto nell'economia dell'indagine, il discorso sul criterio dell'efficienza e più in particolare dell'efficienza dell'organizzazione amministrativa non può essere condotto proficuamente, dal punto di vista dogmatico, se non ponendo lo stesso a confronto col dato costituzionale.

In quest'ottica ciò che risalta all'occhio del giurista positivo è la disposizione contenuta nell'art. 97, comma 2 della Costituzione nella parte in cui tale norma stabilisce che « *I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione* ».

Nello stato dell'arte attuale non v'è motivo per negare che tale norma, allorché indichi il buon andamento come principio dell'azione e dell'organizzazione amministrative, intenda fare riferimento proprio all'efficienza della pubblica amministrazione.

Vero è che da più parti si afferma che buon andamento è efficienza e vi sono fondate ragioni e consolidate posizioni nella scienza giuspubblicistica che propendono verso questa interpretazione dell'art. 97, comma 2, per credere che non sia così. Ma è pur vero che tale identificazione non può essere fatta derivare da una lettura estemporanea del dato costituzionale, la quale magari è andata fondandosi sul convincimento (invero del tutto presunto) che di efficienza dell'amministrazione pubblica la Costituzione abbia inteso parlare sin dalla sua approvazione con l'inserimento della disposizione sul buon andamento in seno all'art. 97 o ancora prima al momento dei lavori preparatori che di quell'inserimento sono stati il frutto, né – motivo solo parzialmente collegato a quest'ultimo – in simile identificazione è dato scorgersi un'acquisizione recente da parte della scienza giuspubblicistica la quale anzi, per lungo tempo dopo l'approvazione della Carta costituzionale, si è dimostrata ondivaga a riconoscere nel buon andamento il principio generale di efficienza della pubblica amministrazione.

Eppure, in relazione a quest'ultima ipotesi vi sono prove – di cui anche si dovrà dare conto – sulla base delle quali è possibile sostenere che del criterio di efficienza si parlava nella scienza del diritto amministrativo già in periodo pre-costituzionale e precisamente sul finire degli anni '30 del Novecento, allorché nella dottrina giuspubblicistica si iniziò ad identificare tale criterio con quello di buona amministrazione.

L'identificazione con quello di buona amministrazione rappresentava però solo il “nucleo embrionale” del concetto di efficienza che poi la scienza giuspubblicistica andò elaborando per tutto il secolo breve.

In realtà, il processo di elaborazione del criterio di efficienza a partire dal precetto del buon andamento non fu affatto immediato ed estemporaneo, ma fu il frutto di un lungo approfondimento cui solo nell'ultimo decennio del secolo seguì una formale investitura da parte della legislazione ordinaria con l'introduzione dell'efficienza fra i criteri generali dell'azione e dell'organizzazione amministrative.

D'altra parte, si osserva come il processo di emersione dell'efficienza nell'ordinamento amministrativo abbia seguito le sorti toccate al precetto costituzionale del buon andamento, spiegandosi anche in questo modo l'alternanza nella letteratura giuspubblicistica di periodi nei quali si osserva un'intensa attività di elaborazione del criterio e periodi nei quali il contributo degli studiosi è più esiguo e di modesto rilievo.

Così è accaduto che dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e per tutto il corso degli anni '50 e parte degli anni '60 del criterio di efficienza come esplicazione del significato e del valore inerente al buon andamento non si parlò neppure. Bisognerà attendere la seconda metà degli anni '60 per riconoscere una significativa elaborazione del buon andamento come principio di efficienza dell'organizzazione della pubblica amministrazione. In questo periodo furono alcuni originali contributi della dottrina giuspubblicistica ad aprire un nuovo corso per l'identificazione dell'efficienza con il buon andamento. Da questo momento non fu più posta in discussione simile identificazione e si gettarono le basi di un nuovo itinerario di ricerca particolarmente prolifico per l'emersione dell'efficienza come criterio dotato di una propria autonomia e di una propria validità concettuale.

Il ventennio successivo rappresentò un periodo di riflessione decisivo per il tema dell'efficienza amministrativa. In Italia come in altri Paesi dell'Europa occidentale si registra un profondo mutamento culturale in relazione alla percezione che delle istituzioni pubbliche i cittadini hanno come enti non più funzionali alla cura degli interessi della collettività. Da più parti si lamenta una scarsa adeguatezza degli apparati burocratici dello stato al moderno contesto economico e industriale. Le pubbliche amministrazioni si dimostrano incapaci di soddisfare in modo adeguato i fabbisogni pratici di privati e imprese, che sempre in maggior misura si trovano ad essere attratti da un contesto di ordine globale in cui si fa largo in modo assorbente la dinamica dell'economia del libero mercato.

È in questo periodo più di altri che l'efficienza dell'amministrazione pubblica, sia per ciò che attiene ai profili dell'organizzazione sia per ciò che at-

tiene ai profili dell'attività, diviene oggetto di studio privilegiato, posto al centro delle ricerche di diverse branche del sapere.

Contrariamente alle aspettative, a dare nuova linfa agli studi sull'efficienza, nelle sue varie accezioni e declinazioni, non è la scienza giuridica, la quale pure aveva offerto interessanti opinioni sul tema, ma è la scienza dell'amministrazione. In questo lasso di tempo si assiste in effetti ad un'intensa opera di elaborazione, interpretazione e sistematizzazione del criterio di efficienza da parte della scienza dell'amministrazione, la quale assegna a tale criterio una propria area di influenza e un'autonoma validità concettuale all'interno del diritto amministrativo.

Ma è a partire dagli anni '90 che inizia ad affermarsi un nuovo criterio di efficienza.

In parte sganciata dal principio costituzionale del buon andamento, da cui aveva tratto origine la sua elaborazione più compiuta, l'efficienza si impone con una propria autonomia concettuale costruita in larga misura sui canoni e sui postulati propri delle scienze non giuridiche e in particolare di quella economica. Sullo sfondo di tale radicale mutamento va definendosi una nuova visione dell'amministrazione e della sua organizzazione le quali appaiono in larga parte ordinate secondo direttive teoriche che sono proprie del nuovo canone di efficienza.

In questa prospettiva anche l'introduzione dei criteri economici e in particolare del canone di efficienza nella legge generale sul procedimento amministrativo non poteva più essere colta come il frutto di un'elaborazione estemporanea del legislatore, ma andava considerata come il portato del retroterra scientifico sviluppatosi nel ventennio precedente all'emanazione della legge.

Quello che si è appena tracciato per sommi capi è il percorso che la scienza giuspubblicistica e amministrativa italiana hanno compiuto per giungere all'identificazione del buon andamento con il criterio dell'efficienza.

Ora, sulla base di tale "mappa concettuale", si ripercorreranno più in dettaglio le principali tappe che hanno condotto alla:

I) primigenia identificazione dell'efficienza amministrativa a partire da un "onere" di buona amministrazione da parte della dottrina negli anni '30 del Novecento;

II) prime letture dell'art. 97 Costituzione negli anni '40 e '50 ed elaborazione del buon andamento come criterio generale di efficienza dell'organizzazione amministrativa da parte della dottrina negli anni '60.

III) riflessione delle scienze non giuridiche e particolarmente della scienza dell'amministrazione sul buon andamento come criterio "tecnico" di efficienza a cavallo tra gli anni '70 e '80;

IV) emersione, a partire dagli anni '90 ed in concomitanza con l'affermarsi di un nuovo modello di "amministrazione di risultato", di un criterio di efficienza meramente di tipo 'economico'.

2. Prima emersione del criterio nella dottrina giuspubblicistica italiana: l'efficienza come onere di buona amministrazione

2.1. La nozione pubblicistica dell'onere come regola finale contenente un vincolo di natura economica

Se si volessero ricercare nella dottrina giuridica classica le "tracce" del criterio di efficienza, l'indagine dovrebbe muovere dagli studi che sul finire degli anni '30 del Novecento hanno dato rilievo al canone della buona amministrazione.

In questa indagine si incontra lo studio di Resta². Si tratta, come si è affermato in dottrina dagli autori che si sono occupati maggiormente del tema³, di un primissimo studio che non solo getta le basi per i successivi sviluppi del principio del buon andamento, ma che afferma per la prima volta la «*integrale risoluzione della buona amministrazione nell'efficienza*»⁴.

Nello studio di Resta, l'indagine che viene compiuta per arrivare al concetto di buona amministrazione muove dall'approfondimento del dovere giuridico⁵. Inquadrato nell'essenza dello stato di diritto il dovere giuridico implica, ove considerato materialmente, il sacrificio di un interesse a favore di un altro interesse. Tuttavia, questa regola dell'ordinamento giuridico soffre un'eccezione costituita dai casi in cui ai singoli soggetti sia richiesto un sacrificio senza che a quest'ultimo sia correlata una contropartita⁶. Si tratta, secondo

² R. RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, in *Annali Macerata*, 1938, poi in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. II, Padova, Cedam, 1940, pp. 104 ss., (da cui si cita).

³ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 84; A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1979, p. 23

⁴ Così M. NIGRO, *op. ult. cit.*, p. 84, n. 34.

⁵ R. RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, *cit.*, p. 107, dove viene chiarito che in relazione al dovere giuridico, «*l'unicità dell'interesse collettivo e il suo riconoscimento nell'ordinamento giuridico sono concetti fondamentali e però spesso postulati nella scienza del diritto pubblico*».

⁶ Per una critica a tale ricostruzione si v. G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, II ed., vol. I, Padova, Cedam, 1953, p. 51.

l'A., delle ipotesi in cui il sacrificio⁷ sia ordinato dalla norma ai singoli in vista dell'assolvimento di un fine di carattere generale proprio dello stesso ordinamento giuridico, ossia nell'interesse della collettività⁸.

Secondo questa impostazione, il fatto per cui l'organizzazione della collettività può divenire beneficiaria del sacrificio dell'interesse di un soggetto in essa riconosciuto, si esplica grazie ad una struttura particolare della norma e si basa «*sugli impulsi della economia individuale del soggetto del dovere*»⁹. Inoltre, dalla constatazione che tra organizzazione e scopo vi sia un rapporto di tipo istituzionale deriverebbe la stessa nozione di interesse della collettività: la necessità dello scopo postula l'esigenza dell'organizzazione di raggiungerlo, sicché la posizione dell'organizzazione favorevole al soddisfacimento di tale esigenza costituisce l'interesse collettivo o pubblico.

Dal momento che l'organizzazione beneficia del sacrificio di interessi dei singoli soggetti, si pone in rilievo «*l'esistenza di doveri [...] di questi soggetti verso la collettività*»¹⁰. Al contempo gli interessi che lo stato riconosce sono tutti «*interessi funzionali*», perché, mentre operano come «*forze vive*» nella compagine statale, operano anche nell'interesse pubblico. Tant'è che secondo l'A., ove si passi alle varie posizioni che lo stato assume nell'ordinamento giuridico e particolarmente all'istituzione amministrativa, appare chiaro come gli scopi della pubblica amministrazione siano mezzi per il soddisfacimento dell'interesse dello stato come ordinamento giuridico. Come già osservava Ranelletti¹¹, dunque, di fronte a tale interesse (pubblico esterno) l'amministrazione e la sua organizzazione hanno tanti interessi (pubblici interni) da soddisfare quanti sono gli scopi ad essa attribuiti per legge.

Di qui l'indagine di Resta sul dovere dell'organizzazione pubblica di raggiungere i propri scopi come onere di buona amministrazione¹². Tale indagine,

⁷ Sul punto cfr. G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1953, p. 78, dove è detto come sia «*merito indiscutibile [...] l'aver avvertito l'esistenza di particolari situazioni giuridiche in cui un soggetto è tenuto ad agire per la soddisfazione di un interesse che, mentre non è proprio di un altro soggetto, nel qual caso si profilerebbe la figura dell'obbligo, non appartiene neppure in modo esclusivo allo soggetto agente, secondo la generale nozione di onere, e di avere ricercato di tali situazioni giuridiche una definizione giuridica*».

⁸ R. RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, cit., p. 106, dove ordinamento non è inteso nel senso di soggetto, ma, appunto, di ordinamento.

⁹ R. RESTA, *op. ult. cit.*, p. 107, dove è aggiunto che «*l'ordinamento giuridico viene riconosciuto anche nel suo interno, come titolare di un interesse, anzi dell'interesse della collettività*».

¹⁰ R. RESTA, *op. loc. ult. cit.*

¹¹ O. RANELLETTI, *Il concetto di "pubblico" nel diritto*, in *Scritti giuridici scelti*, vol. I, cit., pp. 251-268.

¹² R. RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, cit., p. 110. Secondo l'A. il fatto che «*ogni istituzione, appunto perché tale, abbia il dovere di raggiungere il proprio fine, è principio che non si pone in discussione: che, poi, per le istituzioni pubbliche riconosciute nell'ordinamento dello Stato, tale dovere sia*

cui non sono mancate acute critiche¹³, passa necessariamente attraverso la distinzione che l'A. compie tra le categorie giuridiche dell'obbligo e dell'onere, partendo dal noto insegnamento di Carnelutti¹⁴, per approdare alla definizione (pubblicistica) di onere¹⁵ come «*dovere finale*», vale a dire come «*situazione passiva del soggetto di fronte ad una regola finale, la quale [...] contiene un vincolo di natura economica, che gioca sugli impulsi edonistici, individuali, interni del soggetto*»¹⁶.

2.2. Superamento del concetto economico di onere tramite la sua desoggettivizzazione e funzionalizzazione all'interesse pubblico.

Va osservato come la ricerca compiuta da Resta sulla natura giuridica del concetto di buona amministrazione trovi un passaggio decisivo nel seguente ragionamento. L'A., infatti, ritenuta insufficiente la figura dell'obbligo per la sua particolare struttura e approfondita quella dell'onere, svincola quest'ultimo dalla tradizionale impostazione che esso recava come attività svolta dal soggetto nel proprio interesse e, 'desoggettivizzandolo', riesce a spiegare come l'onere non rappresenti un vincolo alla volontà dell'onerato per la salvaguardia di un interesse che gli è proprio, ma un vincolo posto nell'interesse pubblico¹⁷.

giuridico è affermazione variamente giustificata nelle sue cause, ma sempre accolta [...] nella sua entità da tutti i giuspubblicisti».

Nella dottrina classica, precedentemente allo scritto di Resta, sul dovere giuridico dello stato e dei suoi enti di raggiungere il fine suo proprio si v. G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, I, p. 390 ora anche in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1955, pp. 203 ss.; G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, pp. 377 ss., ma sul punto in part. 49, ora anche in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1987, 169 ss.

¹³ E. CASSETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, pp. 293 ss., ma sul punto in part. p. 302, dove in riferimento alla tesi di Resta e in particolare al fatto che «*buona amministrazione*» si identifichi con l'attività amministrativa perfettamente adeguata nel tempo e nei mezzi, al fine specifico da raggiungere, afferma come «*un dovere di comportarsi in siffatto modo non solo non esist[er]a, ma è inimmaginabile venga imposto ai titolari degli uffici, perché non è umanamente possibile pretendere l'osservanza; e soltanto ragionando per astrazioni si può arrivare a concepirlo*».

¹⁴ F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, vol. I, Padova, Cedam, 1936, p. 55, dove è affermato che la categoria giuridica dell'obbligo ricorre quando il vincolo contenuto nel comando impone al soggetto una condotta determinata per proteggere l'interesse di un altro soggetto, mentre la categoria giuridica dell'onere ricorre quando il vincolo imporrebbe al soggetto una determinata condotta per la protezione di un interesse proprio del soggetto medesimo.

¹⁵ Sul punto – questa volta in senso critico – cfr. G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, cit., p. 78, il quale afferma come con tale nozione di onere «*si sia venuto a sforzare il concetto stesso e si è finito con il ricomprendere nel medesimo situazioni giuridiche fra di loro del tutto diverse, per cui non completamente infondata appare l'accusa di artificiosità mossa a tale concezione pubblicistica dell'onere che si distacca da quella tradizionale individualistica*».

¹⁶ R. RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, cit., pp. 110-111, dove è richiamato dall'A. lo studio di G. BRUNETTI, *Norme e regole finali del diritto*, Torino, UTET, 1913, *passim* ma in part. p. 72.

¹⁷ Secondo l'A., tuttavia, non è che difetta nell'onere la soddisfazione di un interesse personale. Questo vi è sempre, ma in modo mediato ed indiretto; l'onere infatti necessita, per

Tuttavia, ricostruito in tali termini, si può osservare in modo critico come l'onere, ponendo una regola finale, non abbia valenza giuridica, ma economica; tant'è che né il precetto che esso contiene, né il dovere che ne consegue hanno valore per il diritto, mancando il tipico rapporto intersoggettivo che si instaura a seguito di una norma giuridica¹⁸.

Per superare tale inconveniente e avere validità giuridica, l'onere necessita di ulteriori elementi di specificazione che vengono individuati nelle cc.dd. regole finali. Queste sono regole poste dal diritto non solo per la protezione di un interesse che è proprio dello stesso soggetto (la pubblica amministrazione) come vincolo economico, ma anche per salvaguardare un interesse diverso e speciale (l'interesse pubblico), che non pertiene né al soggetto onerato, né a qualsiasi altro soggetto, *uti singulis* (come avviene nell'obbligo), ma è pubblico perché pertiene all'interesse della collettività organizzata¹⁹.

Da tali considerazioni deriva che solo mediante l'onere si può adempiere l'interesse pubblico generale. Più esattamente, secondo tale dottrina, implicando la considerazione di un sacrificio di un soggetto (la pubblica amministrazione) a favore dell'interesse dell'ordinamento giuridico (la platea dei privati), l'onere fa leva sugli impulsi 'edonistici' del soggetto medesimo incentivandolo – per procurare a sé stesso un beneficio, ossia il perseguimento di uno scopo – a compiere un sacrificio a favore del pubblico interesse²⁰. Si rende evidente, pe-

compersi, di una norma che faccia leva sugli impulsi edonistici del soggetto e lo spinga per procurare a sé stesso un beneficio, vale a dire il raggiungimento di un fine, a compiere un sacrificio a favore del pubblico interesse. Così l'onerato, vincolato a proporre la domanda se vuole far valere un diritto in giudizio, subisce un vincolo posto apparentemente nel suo interesse; ma la norma si fonda sugli stimoli che il bisogno di soddisfazione questo interesse generano sull'onerato per soddisfare l'interesse pubblico affinché le liti siano composte giudizialmente, ossia con l'intervento e sotto l'egida dello stato. Non mancherebbe quindi nell'onere, come qui inteso, un corrispettivo perché questo si ritroverebbe nell'interesse del soggetto onerato, considerato *uti civis*, ossia in quella ideale frazione di beneficio che deriva al singolo, non in quanto tale, ma in quanto membro della collettività.

¹⁸ R. RESTA, *op. ult. cit.*, p. 111, dove l'A. aggiunge come basti notare che «l'inosservanza della regola porti al mancato conseguimento dello scopo (mancata soddisfazione del bisogno) per concludere che si tratta di sanzione economica, non giuridica, poiché non tocca gli altri soggetti del diritto».

¹⁹ R. RESTA, *op. ult. cit.*, pp. 112-113. La differenza tra obbligo e onere risiede proprio nel fatto che con il primo si tutela l'interesse di un altro soggetto e con il secondo l'interesse della collettività. Sia nell'onere che nell'obbligo, in realtà, l'interesse del destinatario del precetto ha rilevanza giuridica, cioè funzionale, relativamente ad un altro interesse riconosciuto nell'ordinamento giuridico; con la differenza che nell'obbligo, essendo tale rapporto un mero sacrificio, non può essere lasciato al libero arbitrio degli stimoli dell'economia personale di esso, in virtù degli scopi che si è prefissato di conseguire. In definitiva, obbligo e onere, come relazioni, si equivalgono poiché ambedue rappresentano delle situazioni caratterizzate singolarmente dal fatto che la prima serve a rapporti tra soggetti e collettività, la seconda a rapporti tra soggetti come tali.

²⁰ R. RESTA, *op. ult. cit.*, p. 113, dove l'A., inoltre, afferma che «l'onere ha bisogno, per realizzarsi, di una norma avente struttura speciale (regola finale)».

raltro, come pure nell'onere vi sia un corrispettivo che si configura nell'interesse dell'onerato, considerato *uti civis*, vale a dire in quella ideale porzione di beneficio che consegue al singolo, non in quanto tale, ma in quanto membro della collettività.

Secondo tale impostazione, dunque, in tutta l'attività finale della pubblica amministrazione il dovere di raggiungere lo scopo amministrativo ad essa attribuito dalle norme giuridiche è rappresentato da oneri. Tali oneri, in particolare, vincolano l'organizzazione e l'attività della pubblica amministrazione in modo che venga soddisfatto l'interesse della collettività. Attività e organizzazione che sono sempre giuridiche, anzi «*giuridico-finali, poiché la volontà che ne determina i fini e ne impone il necessario e specifico raggiungimento è la volontà del legislatore*»²¹.

Va detto, in chiave critica, come in siffatta impostazione si giunga a negare al cittadino, *uti singulis*, la possibilità di domandare che l'adempimento «*di un determinato dovere (onere) amministrativo sia attuato nei suoi esclusivi confronti*», assicurando in questo modo all'interesse dei singoli soggetti, come tale, una «*protezione occasionale o condizionata all'adempimento dell'onere amministrativo*»²². Tale conclusione non è più compatibile con l'attuale ordinamento costituzionale, dove, come si vedrà, la ricostruzione del concetto giuridico del buon andamento e, quindi, dell'efficienza implica l'assolvimento pieno dei diritti delle persone che entrano in relazione con la sfera dei pubblici poteri o che dagli stessi devono ricevere protezione.

2.3. Le direttive di buona amministrazione quali regole finali che rendono efficienti l'azione e l'organizzazione

L'indagine di Resta, sulla falsariga dello studio di Forti²³, trova il suo punto nodale nella parte in cui vengono discusse le cc.dd. direttive di buona amministrazione. Si tratta delle regole²⁴ (finali e interne) che operano sull'azione e l'organizzazione per l'assolvimento degli scopi istituzionali propri dell'ente

²¹ R. RESTA, *op. ult. cit.*, 114. Secondo l'A., dunque, nell'attività amministrativa vincolata vi è sempre una norma finale in rapporto di presupposizione.

²² R. RESTA, *op. ult. cit.*, 115. Secondo l'A., inoltre, anche quando l'onere sembra coperto da un obbligo, in realtà esso non solo è presente, ma è il solo che vincola, con la sua tipica struttura, la volontà amministrativa.

²³ U. FORTI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Napoli, 1931, p. 84, dove l'A. afferma l'esistenza di «*norme di buona amministrazione*». Nella dottrina classica, sullo stesso punto, si v. anche G. ZANOBINI, *Le norme interne di diritto pubblico*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1915, 25.

²⁴ Va osservato come Resta impieghi appositamente il termine «*norma*» per indicare la regola giuridica in senso stretto e il termine «*regola*» per indicare tutti gli altri principi direttivi di condotta, che dalla norma giuridica notoriamente si differenziano.

pubblico e che, nel campo specifico dell'istituzione amministrativa, originano dalla stessa posizione di questa, come risulta dalla sua organizzazione e dai suoi scopi, svolgendo una funzione regolatrice dei rapporti che in tale sfera si esplicano²⁵.

Va osservato, sempre in chiave critica, come tale dottrina, sulla base dell'indagine svolta in relazione alla struttura degli *standards* dell'ordinamento inglese e di quello nord-americano²⁶, arrivi a considerare le direttive di buona amministrazione alla stregua di regole recanti un vincolo per il soggetto cui si rivolgono solo di tipo economico, cioè sanzionato solo economicamente.

Ciò perché la violazione delle direttive genera, come risultato immediato, il mancato raggiungimento dello scopo e, quindi, la mancata soddisfazione del bisogno; sicché il contenuto sostanziale delle direttive di buona amministrazione, corrispondente alla natura del comando da esse recato, è meramente economico o politico.

Stante tale carattere delle direttive di buona amministrazione va messo in rilievo, in conclusione, uno degli aspetti più interessanti che tale indagine ha messo in luce per i successivi sviluppi dell'argomento del buon andamento e più in generale dell'efficienza dell'organizzazione e dell'azione amministrative.

Si tratta dell'aspetto inerente alla flessibilità o, come si dice, alla elasticità²⁷ dell'agire amministrativo e del suo momento organizzativo e a cui le direttive di buona amministrazione – come regole finali – assolvono per fare in modo che l'ente pubblico adempia efficientemente il suo scopo istituzionale.

In quest'ottica il noto principio romagnosiano “massimo utile pubblico, con minimo sacrificio privato”²⁸ costituisce la regola di politica amministrativa

²⁵ R. RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, cit., p. 126.

²⁶ R. RESTA, *op. ult. cit.*, pp. 118-128, dove sono svolti gli approfondimenti sulle direttive tramite il confronto di queste con gli *standards* degli ordinamenti inglese e nord-americano e dove sono richiamati *standards* quali *reasonable incident of service* (direttiva di ragionevole incidente di servizio), *standard of due process of law* (debita procedura di legge), *standard of due care under circumstances* (per l'apprezzamento della colpa in generale). Gli *standards*, in tali ordinamenti, si possono a grandi linee ricondurre alla dicotomia fra gli *standards* di razionalità (*reasonableness*) e quelli di opportunità (*expediency*).

²⁷ R. RESTA, *op. ult. cit.*, p. 129, dove è detto esattamente che le direttive di buona amministrazione rappresentano i «giunti elastici» dell'azione amministrativa. Per simile espressione, nella dottrina classica, si v. già D. DONATI, *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico*, Milano, Società Editrice Libreria, 1910, p. 210; nonché F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, vol. I, cit., p. 135.

²⁸ G.D. ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni* (1814), IV ed., Prato, 1839, 15, nonché cfr. F. CAMMEO, *L'equità nel diritto amministrativo*, Discorso inaugurale, in *Annuario della R. Università di Bologna*, 1923-24, p. 28, dove lo stesso principio è formulato nel modo seguente: «*massimo utile pubblico, col massimo vantaggio o il minimo sacrificio al privato*».

che funge da principio generatore delle direttive di buona amministrazione. In ragione di ciò la funzione delle direttive di buona amministrazione consiste in un perfezionamento essenziale del sistema delle norme amministrative, vagliato nella sua attualità, e in un modo di affinamento del sistema stesso, nel suo divenire, in quanto le direttive indicano *«le variazioni e le modificazioni indispensabili alle norme, per tenere dietro al movimento incontenibile dei rapporti sociali da essi regolati e le attuano, mercé un processo di evoluzione, per cui una direttiva, consolidata dall'esperienza, può divenire norma giuridica»*²⁹.

In ultima analisi la “buona amministrazione” così concepita enuncia un concetto che può sintetizzarsi nei seguenti termini: è l'attività amministrativa perfettamente adeguata, nel tempo e nei mezzi, al fine specifico da raggiungere. Tale concetto di buona amministrazione non rappresenta dunque un *«quid mediū tra la cattiva e l'ottima amministrazione»*, ciò in quanto organizzazione e attività amministrative devono essere necessariamente adeguate non solo *«all'interesse pubblico generale, ma ai fini specifici assegnati alla pubblica amministrazione»*³⁰.

3. I primi contributi della dottrina sul principio di buon andamento dopo l'entrata in vigore della Costituzione

L'attenzione riservata da parte della dottrina all'argomento della buona amministrazione ha ricevuto un significativo impulso con l'introduzione nell'ordinamento italiano della Costituzione repubblicana.

Significativa di quel momento è, a tal riguardo, la seguente riflessione: *«il superiore accenno al bisogno che il Paese sia “bene amministrato” e che lo Stato sia un “buon amministratore”, e più ancora l'esplicita affermazione del costituente che stabilisce che nei pubblici uffici deve essere assicurato il “buon andamento dell'amministrazione”, ci inducono a ritenere che quella necessità della buona amministrazione che anteriormente si affermava in forza di un principio giuridico che non aveva però mai goduto di una sua esplicita enunciazione in alcuna norma positiva tra le tante che hanno regolato e regolano tuttora la multiforme attività della pubblica amministrazione, abbia ora trovato, invece, la sua formale consacrazione in una norma avente per di più, il valore giuridico di una norma costituzionale»*³¹.

Tuttavia, nonostante tale premessa, va osservato come in seguito all'entrata in vigore della Costituzione, e segnatamente nel periodo che va dalla fine degli anni '40 alla fine degli anni '50, il contributo che la dottrina amministrativistica e costituzionalistica offrì sull'art. 97 Cost., particolarmente sul pre-

²⁹ R. RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, cit., p. 130.

³⁰ R. RESTA, *op. ult. cit.*, p. 128.

³¹ G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, cit., p. 119.

cetto del buon andamento, risultò di scarso rilievo e nel complesso inidoneo a mettere in luce la portata precettiva, oltretutto innovativa, di tale norma.

Fra gli autori che nel predetto periodo si interessarono alla norma vi fu chi, come Amorth³², ricostruì l'art. 97 Cost., in relazione ad alcuni principi organizzativi del potere amministrativo-governativo, o chi lo ricondusse ai «*principi di massima*»³³ o ai «*vaghi principi ispirati a finalità di ordine morale*»³⁴ o, ancora, alle «*norme finalistiche*»³⁵.

Fra gli altri, Mortati³⁶ lo intese come norma inerente ai criteri generali dell'ordinamento, sottolineandone gli aspetti tecnici e di buona amministrazione riferiti al buon andamento e il principio di piena parità di trattamento per i cittadini come base del criterio di imparzialità ricavato dall'uguaglianza (art. 3 Cost.).

Esposito³⁷ lo interpretò con particolari accentuazioni della democraticità necessaria degli ordinamenti amministrativi e soprattutto in relazione al principio di imparzialità di numerose regole sulla pubblicità e sulla motivazione degli atti amministrativi, nonché dei principi inerenti all'eccesso di potere per ingiustizia e all'estensione del contraddittorio che avrebbe dovuto tradursi in onere generale dell'azione amministrativa, dimostrandone così l'indubbia importanza come principio informatore della trasparenza.

Casetta³⁸, invece, espresse non poche perplessità sul valore giuridico dell'enunciato costituzionale, così anche Ballardore Pallieri³⁹, i quali si dimostrarono

³² A. AMORTH, *La Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1948, spec. pp. 103 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1999, pp. 787 ss.

³³ F. PERGOLESI, *Diritto costituzionale*, Bologna, Zanichelli, 1952, p. 229.

³⁴ E. CROSA, *Diritto costituzionale*, III ed., Torino, Unione tipografica editrice torinese, 1951, p. 410.

³⁵ A. BOZZI, *I profili costituzionali della riforma della pubblica amministrazione*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 1950, 545, dove si rileva come il buon andamento sia la meta cui deve tendere il sistema di organizzazione degli uffici e dell'ordinamento burocratico e come l'imparzialità, in quest'ottica, rappresenti uno dei presupposti di tale buon andamento.

³⁶ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1952, p. 278.

³⁷ C. ESPOSITO, *Riforma dell'Amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in Id. (a cura di), *La Costituzione Italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, pp. 256 ss., dove si auspica, con largo anticipo rispetto alle riforme che verranno approvate solo a partire dagli anni '90, l'importanza dell'imparzialità come principio attraverso il quale realizzare la trasparenza dell'azione amministrativa. Secondo l'A., difatti, «*le mura degli uffici [pubblici] dovrebbero essere di vetro, mentre oggi, troppo spesso, sono del tutto simili a quelle degli uffici privati entro i quali si trattano in segreto questioni private*» (p. 257). In tal senso, «*si dovrebbe, cioè, prescrivere un principio che [...] le procedure amministrative siano sempre istruite in pubblico*».

³⁸ E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, cit., pp. 293 ss., ma sul punto in part. p. 305, dove a proposito dell'art. 97 Cost. è detto che «*scarsi lumi forniscono all'interprete i lavori preparatori, nessun appoggio sembra consentito trarre da tale norma [...] per di più [la stessa] non detta al legislatore alcuna direttiva in ordine al fine da raggiungere, mentre soltanto dalla legge viene fatto dipendere l'instaurarsi o, in ipotesi, il permanere di un buon andamento della pubblica amministrazione*». Stante ciò, secondo l'A.,

rono piuttosto scettici circa l'efficacia della disposizione costituzionale. In particolare, secondo Casetta, «a parte il concreto e piuttosto dubbio valore giuridico dell'enunciato costituzionale», la norma avrebbe lo scopo di porre una riserva in materia di organizzazione dei pubblici uffici, dove il buon andamento costituisce una «tecnica di organizzazione degli uffici»⁴⁰. È ben nota, poi, la sua considerazione circa il fatto che tale norma «non è per definizione in grado di "assicurare" una buona amministrazione e d'altra parte, nei confronti dell'ente pubblico, il buon andamento è posto in termini di *sein* e non di *sollem*»⁴¹.

Non mancarono, nel periodo in questione, posizioni contrarie ad assegnare al criterio del buon andamento (e, nel caso di specie, anche al criterio dell'imparzialità) un qualsivoglia valore giuridico, come fu per le tesi di Cantucci⁴², e posizioni ampiamente favorevoli alla sua portata precettiva, come nel caso di Barile⁴³.

Benvenuti⁴⁴, soprattutto in relazione al principio di imparzialità – che sarà più tardi oggetto di approfondita analisi da parte di Allegretti⁴⁵ – ma con indubbe ripercussioni anche sul versante del principio del buon andamento, vide nella norma costituzionale la principale fonte da cui trarre una legge generale dell'azione amministrativa attraverso la quale informare l'attività dei pubblici uffici al contraddittorio paritario con il cittadino.

Nelle sue *Lezioni* del 1959-1960 Giannini⁴⁶, invece, interpretò il precetto costituzionale del buon andamento come norma direttiva dell'azione e

«l'art. 97 non possiede alcuna forza innovativa rispetto ad un principio tanto ovvio, quanto, [...] inconsistente per il diritto». Così non è per l'altro principio, quello dell'imparzialità, che secondo l'A. l'art. 97 della Costituzione «a differenza questa volta che per la buona amministrazione, rend[e] manifesto e assum[e] come vera norma giuridica rivolta ad ogni autorità amministrativa».

³⁹ G. BALLADORE PALLIERI, *La nuova costituzione italiana*, Milano, Carlo Marzorati Editore, 1948, spec. pp. 64 e 164 n. 88, dove è affermato come le norme di cui all'art. 97 Cost. sarebbero «regole generali circa i pubblici uffici, prive di ogni preciso contenuto giuridico»; nonché ID., *Diritto costituzionale*, III ed., Milano, Giuffrè, 1953, p. 368, dove, anzi, è detto che l'art. 97 Cost. «è privo di ogni preciso contenuto giuridico».

⁴⁰ E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, cit., p. 305.

⁴¹ E. CASETTA, *op. loc. ult. cit.*

⁴² M. CANTUCCI, *La pubblica amministrazione*, in P. Calamandrei, A. Levi (diretto da), *Commentario sistematico alla Costituzione Italiana*, vol. II, Firenze, Barbera Editore, 1950, pp. 158 ss.

⁴³ P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Scritti in memoria di Piero Calamandrei*, vol. IV, Padova, Cedam, 1958, pp. 25 ss. e in par. p. 28, dove sono enucleate le specifiche condizioni di tecnica organizzativa per l'attuazione delle finalità poste dalla norma di cui all'art. 97 Cost. Tuttavia, in senso critico, si v. sempre E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, cit., p. 305.

⁴⁴ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss., poi in *Scritti giuridici*, cit., vol. II, 1117 ss.

⁴⁵ U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965.

⁴⁶ M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo (1959-1960)*, Roma, Jandi Sapi Editori, 1961.

dell'organizzazione della pubblica amministrazione e su questa linea, grosso modo, si pose anche il contributo di Lucifredi⁴⁷, il quale, già prima dell'emanazione dell'art. 97, comma 1, Cost. (oggi comma 2), auspicò la costituzionalizzazione del principio di «buona amministrazione»⁴⁸.

Proprio Giannini, peraltro, dapprima con le *Lezioni*⁴⁹ del 1950, poi soprattutto nelle *Lezioni*⁵⁰ del 1961 aveva segnato un primo importante passo verso l'elaborazione del buon andamento come canone dell'efficienza dell'azione amministrativa che la dottrina, se si tiene da parte lo studio di Falzone sul dovere di buona amministrazione del '53 il quale è da collocarsi nel filone di ricerche sulla buona amministrazione già avviato da Resta sul finire degli anni '30, seppe cogliere solo un decennio più tardi con gli studi di Nigro⁵¹ e Berti⁵² e poi sul finire degli anni '70 con la monografia sul buon andamento di Andreani⁵³.

4. Lo studio sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione e l'identificazione del buon andamento con il criterio di efficienza

4.1. La distanza dalle scienze non giuridiche e l'inquadramento del criterio di efficienza nell'ambito del diritto

Lungo il percorso che porta all'emersione del criterio di efficienza a partire dal buon andamento, un contributo di particolare importanza nella dottrina classica del diritto amministrativo è offerto da Nigro.

⁴⁷ R. LUCIFREDI, *La nuova costituzione italiana*, Milano, Società Editrice Libreria, 1952, p. 246, dove però si sottolinea come l'art. 97 Cost. sia da considerarsi una «importante norma direttiva [...] di politica legislativa».

⁴⁸ R. LUCIFREDI, *In tema di principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, in *Stato e diritto*, 1940, p. 312 ss., ma sul punto in part. 336 dove, più precisamente, l'A. auspicava che il principio di buona amministrazione fosse inserito nella sezione che si sarebbe dovuta dedicare all'attività amministrativa, dopo l'affermazione della subordinazione dell'organo amministrativo rispetto alla norma giuridica e la proclamazione della necessaria finalità di pubblico interesse dell'agire dei pubblici uffici. Sulla stessa linea si v. G. CHIARELLI, *I principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, *ivi*, 89 ss., in part. p. 102, n. 6.

⁴⁹ M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1950, p. 280.

⁵⁰ M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo (1959-1960)*, *cit.*, p. 52, dove è detto che con il buon andamento di cui all'art. 97 Cost. è stato elevato «un principio di scienza dell'amministrazione, quello dell'efficienza, a canone dell'attività di organizzazione giuridicamente rilevante».

⁵¹ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, *cit.*, spec. pp. 67 ss.

⁵² G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968, pp. 81 ss.

⁵³ A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, *cit.*, p. 1 ss.

Negli *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*⁵⁴, l'A. perviene ad identificare i connotati del canone di buon andamento di cui all'art. 97, comma 1, Cost., con il criterio di efficienza. Secondo l'A., infatti, «*niente sembra corrispondere a questi connotati meglio del c.d. criterio di efficienza, così come inteso dalle scienze amministrative, le quali vi ravvisano a buon diritto un principio implicito in qualsiasi comportamento razionale e quindi anche nel comportamento amministrativo*»⁵⁵.

Va osservato come l'elaborazione del criterio di efficienza offerta dall'A. sia nata anche dalla preoccupazione che egli avvertiva per la crescente influenza delle scienze non giuridiche sul diritto amministrativo, in particolar modo della sociologia e della scienza dell'amministrazione. Tant'è che lo stesso A. – quasi a voler giustificare il vivace dibattito che tali scienze stavano alimentando all'interno della dottrina amministrativistica⁵⁶ in relazione all'argomento del buon andamento dell'amministrazione – osserva significativamente come «*l'art. 97 abbia inteso rendere omaggio alle esigenze ed alle preoccupazioni che ispirano tali ricerche*»⁵⁷. Si tratta in realtà di una netta presa di distanza dall'evenienza che «*ricerche non giuridiche di natura applicativa (scienze o tecniche che si considerino)*»⁵⁸ possano spiegare la fattispecie giuridica.

In tal senso, secondo questo punto di vista, «*prima di rifiutare valore giuridico ad un enunciato normativo, deve essere esaurito ogni possibile tentativo di spiegare l'enunciato su quel piano*», né siccome il legislatore sembra aver accolto le esigenze delle scienze che si occupano delle condizioni organizzative della pubblica amministrazione può dedursi che i canoni enunciati dall'art. 97, comma 1, siano «*canoni non giuridici*»⁵⁹. Si avvertono, così, l'«*arbitrari[età] e la pericolos[ità]*» delle ricostruzioni del precetto del buon andamento elaborate sul terreno delle scienze e delle tecniche amministrative, date dal fatto che tali scienze spesso si esprimono con criteri e principi di amministrazione «*incerti e contraddittori*»⁶⁰.

Va detto che, al tempo in cui Nigro scrive, è forte l'eco dell'opera di Simon⁶¹, il quale aveva affermato che i principi e i criteri elaborati in seno alla

⁵⁴ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., p. 82.

⁵⁵ M. NIGRO, *op. ult. cit.*, p. 84.

⁵⁶ Sul punto si v. E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, cit., pp. 305 e 355, dove l'A., dal vivace dibattito dei cultori delle scienze dell'amministrazione, deduce che i canoni presupposti al buon andamento siano di natura non giuridica.

⁵⁷ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., p. 82. L'A., in particolare, si riferisce a quanto affermato in tal senso da M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo (1959-1960)*, cit., p. 52.

⁵⁸ M. NIGRO, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁹ M. NIGRO, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁰ M. NIGRO, *op. ult. cit.*, pp. 82-83.

⁶¹ H.A. SIMON, *Administrative Behavior*, I ed., New York, 1947, trad. it. *Il comportamento amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1958.

scienza dell'amministrazione risultavano spesso viziati dal «difetto [...] di presentarsi a coppie, quasi come proverbi. Infatti, per quasi ognuno dei principi in questione, se ne può trovare un altro opposto ed egualmente accettabile e plausibile. Sebbene queste coppie conducano a suggerimenti organizzativi nettamente in opposizione, niente nella teoria comunemente accettata indica quale dei due sia il più idoneo all'applicazione pratica»⁶².

Nonostante simili affermazioni, va detto che tale dottrina non ha inteso escludere del tutto la validità e l'utilità dell'apporto delle discipline non giuridiche al diritto, ma lo scopo è stato più che altro quello di coniugare la conservazione del valore giuridico del precetto di buon andamento con le esigenze delle scienze non giuridiche dell'amministrazione, sempre a patto che queste ultime «non si esprimano però negli incerti e contraddittori "principi"»⁶³.

Non è irrilevante, sul punto, sottolineare come il criterio di efficienza costituisca una sorta di polo d'attrazione della scienza e della sociologia dell'amministrazione che fanno poggiare i propri assunti su di una interpretazione razionalistica dell'operare umano che, a sua volta, rappresenta il presupposto indispensabile di ogni ricerca di tal genere. Lo si riscontra in quegli autori della dottrina classica come Weber⁶⁴ e Taylor⁶⁵, cui si devono le più decise considerazioni sul piano dell'organizzazione amministrativa.

In questa prospettiva, quindi, si è inteso risolvere il problema della preservazione del concetto giuridico di buon andamento attraverso l'individuazione di un criterio formale dell'organizzazione amministrativa che, «pur avendo radici non giuridiche, sia suscettibile di implicazioni giuridiche»⁶⁶. Sicché, a suo dire, nulla pareva corrispondere a tali caratteristiche meglio del c.d. criterio di efficienza.

Venendo alla parte propriamente ricostruttiva, va detto che nell'opera di Nigro si perviene al concetto giuridico di efficienza inizialmente solo sul versante dell'attività amministrativa e non anche su quello dell'organizzazione. In tal senso egli spiega l'efficienza dell'azione amministrativa scindendo le due relazioni che generalmente risultavano interconnesse in tale concetto: la relazione fra l'attività concretamente posta in essere dall'amministrazione e l'attività po-

⁶² H.A. SIMON, *op. ult. cit.*, p. 64.

⁶³ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., p. 83, e la n. 33, dove, rifacendosi all'insegnamento di P. GASPARRI, *La scienza dell'amministrazione*, Padova, Cedam, 1958, si ammette la possibilità che una specifica regola di tecnica dell'amministrazione sia assunta a contenuto di un comando normativo.

⁶⁴ M. WEBER, *The Theory of Social and Economic Organization*, New York, Oxford University Press, 1947.

⁶⁵ TAYLOR, *The Principles of Scientific Management*, New York, Harper & Bros. Publishers, 1923.

⁶⁶ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., p. 84.

tenzialmente compiuta dalla stessa e la relazione fra l'attività prefissata e i mezzi di cui essa dispone per compierla⁶⁷. Solo la seconda relazione, in quanto inerente non ai risultati dell'azione amministrativa, ma al suo sviluppo, pertiene al diritto, divenendo pregnante per quest'ultimo sotto il profilo dinamico dell'adeguatezza al fine dei mezzi giuridici disponibili⁶⁸.

Vero è che proprio dall'esigenza di proporzionare i mezzi allo scopo – allorché gli scopi sono determinati e quindi invariabili, come avviene per l'azione amministrativa – si giunge a riconoscere l'esistenza di una certa elasticità⁶⁹ nell'uso dei mezzi⁷⁰, proponendo così un concetto giuridico di efficienza che si sostanzia nell'assegnazione alla pubblica amministrazione di mezzi idonei a permettere «il miglior proporzionamento, al fine stabilito, dell'attività erogata»⁷¹.

4.2. Il concetto giuridico di efficienza secondo il principio di “elasticità” e “puntualità” dell'azione amministrativa

In particolare, il criterio di efficienza si risolverebbe sul piano giuridico in un «principio di elasticità o puntualità dell'azione amministrativa»⁷² tale per cui l'efficienza è da assimilarsi integralmente al principio di buon andamento⁷³ contemplato all'art. 97, comma 1 della Costituzione, dovendosi ritenere

⁶⁷ M. NIGRO, *op. ult. cit.*, 85, o con le parole dell'A.: la relazione tra «ciò che si è fatto e ciò che si poteva fare» e la relazione fra «ciò che si deve fare ed i mezzi di cui si dispone (idoneità a raggiungere il risultato voluto)».

⁶⁸ M. NIGRO, *op. loc. ult. cit.*, dove è definita «attribuzione di potere giuridico adeguato» la relazione che attiene all'efficienza come idoneità a raggiungere il risultato voluto. Va detto, inoltre, che la definizione, non interessando il risultato dell'azione, bensì il suo sviluppo può essere espressa in termini puramente deontologici ed è da ascrivere al «comportamento amministrativo».

⁶⁹ La necessità di elasticità dell'azione amministrativa è avvertita dalla dottrina antecedente l'opera di Nigro. Per la dottrina italiana si v. F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 190 ss.; G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, I ed., vol. I, Padova, Cedam, 1950, p. 37.

Per la dottrina straniera si v. J. RIVERO, *Les mesures d'ordre intérieur administratives: essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics*, Paris, 1934, p. 255; H. EHMKE, «Ermessen» und «Unbestimmter Begriff im Verwaltungsrecht», Tübingen, 1960, p. 45; W. FLUME, *Steuerveresen und Rechtsordnung*, in *Festgabe für Smend*, Göttingen, 1952, pp. 76 ss.; E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, vol. I, Berlin, 1961; J. PETOT, *Quelques remarques sur les notions fondamentales du droit administratif français*, in *R. Dr. publ. Sci. polit.*, 81, 1965, pp. 369 ss., ma in part. p. 390 ss. Con particolare riguardo all'organizzazione, si v. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung: eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, 1964, p. 381; A. KÖTTGEN, *Die Organisationsgewalt in VVDstRL*, Heft 16, 1958, pp. 172 ss.

⁷⁰ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., p. 85.

⁷¹ M. NIGRO, *op. loc. ult. cit.*

⁷² M. NIGRO, *op. ult. cit.*, 86 (corsivo dell'A.).

⁷³ M. NIGRO, *op. loc. ult. cit.*, in cui si afferma che il buon andamento, ai sensi dell'art. 97 Cost., intende garantire il principio di elasticità dell'azione amministrativa.

quest'ultimo nient'altro che la proiezione teorica nell'ordinamento dell'attitudine alla commisurazione dei mezzi ai fini che di volta in volta l'amministrazione va effettuando per realizzare in concreto l'interesse pubblico.

Il concetto giuridico di efficienza, in base al c.d. principio di elasticità, si tradurrebbe dunque in un margine di libertà per la pubblica amministrazione di scegliere i mezzi più adeguati al fine da portare a termine.

Si osserva come tale impostazione richiami la nota opera di Simon, nella parte in cui l'efficienza viene definita come «*adeguatezza o idoneità a raggiungere il risultato voluto*»⁷⁴. Più precisamente, secondo Simon il «*il criterio di efficienza permette di individuare quella scelta fra le alternative che è in grado di produrre il massimo risultato sulla base della disponibilità di una data quantità di risorse*»⁷⁵.

Tuttavia, in modo critico, va rilevato come in tale impostazione il concetto di efficienza non si distanzi molto dal concetto della massimizzazione delle utilità che viene postulato nella teoria economica⁷⁶, e in modo più marcato si accosta anche ad un concetto di efficienza di tipo produttivistico, per come enunciato dalle scienze economico-aziendalistiche. In quest'ottica si è ancora lontani, dunque, dal riportare il criterio di efficienza nell'alveo del diritto. Tuttavia, quello di Nigro è uno dei primissimi contributi che intravede il valore giuridico del criterio di efficienza nella previsione della norma costituzionale del buon andamento di cui all'art. 97, comma 1, Cost.

Nella sua opera, mediante l'assimilazione del canone del buon andamento al criterio dell'efficienza, viene posto in risalto come il processo decisionale dell'amministrazione non possa essere irrigidito dalle norme che stabiliscono le tipologie di interessi da soddisfare o dei quali si deve tenere conto nell'attività di ponderazione demandata all'amministrazione con l'esercizio della funzione pubblica⁷⁷. Ma la funzione deve essere conformata in modo tale che l'amministrazione e i suoi funzionari possano adottare la decisione più adeguata allo scopo perseguito, sempre avuto riguardo dei mezzi di cui si dispone al momento in cui la scelta deve essere compiuta.

⁷⁴ H.A. SIMON, *Il comportamento amministrativo*, cit., p. 273, dove si parla anche di «*successo nel raggiungimento del risultato*» o di «*potere adeguato, effettività, efficacia*». Lo stesso A., tuttavia, chiarisce come il concetto di efficienza si associ anche al «*rapporto fra costi e ricavi*».

⁷⁵ H.A. SIMON, *op. ult. cit.*, p. 272, (corsivo dell'A.).

⁷⁶ Va osservato, peraltro, come la massimizzazione dell'utilità o del benessere e, quindi, del valore di ciascun individuo costituisca un vero e proprio polo di gravità attorno a cui ruotano i postulati del metodo dell'AED. Sul punto si v. V. GASPARINI CASARI, *Analisi economica e diritto amministrativo*, cit., in part. pp. 263-264.

⁷⁷ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., p. 87, dove si osserva che «*l'autenticità*» del processo decisionale si esprime nella «*formulazione via via più concreta delle direttive di azione o nella definizione sempre più articolata dei metodi di tale azione; e, al di là di ciò, addirittura, nella identificazione della misura più adeguata a cogliere proprio la singolarità della specie*».

Per quanto riguarda i profili organizzativi si sostiene che il criterio di efficienza trovi applicazione oltre che, come appena visto, al contenuto dell'attività amministrativa anche al suo modo di farsi. Nel primo caso, il criterio dà luogo alla discrezionalità; nel secondo, dà luogo al potere di autoorganizzazione. Di qui se ne deduce che discrezionalità e autoorganizzazione sono previste dall'art. 97 come «*strumenti formali ed organizzativi idonei a garantire la concreta efficienza dell'amministrazione*»⁷⁸.

Se è vero che si può desumere dal principio di elasticità dell'azione amministrativa l'attribuzione e il riconoscimento di un potere di autoorganizzazione dell'amministrazione⁷⁹, allo stesso modo, secondo questa impostazione, sarà anche vero che dall'assegnazione di un potere di organizzazione derivi l'esistenza di un generale criterio di efficienza che informa l'azione amministrativa. Non a torto, in questo senso, si parla di «*catena concettuale*» in riferimento alla triade «*efficienza – elasticità – autoorganizzazione*»⁸⁰, che, peraltro, viene in vario modo ritenuta sussistente presso la dottrina classica da quelle affermazioni secondo le quali risulta «*un vecchio principio di diritto amministrativo che le autorità amministrative siano autorizzate – ed obbligate – ad assumere nella loro sfera di competenza tutte le disposizioni organizzatorie che sono necessarie all'adempimento delle finalità attribuite*», e ciò pare tanto più avvalorato dal fatto che oggi l'amministrazione «*ha bisogno di una certa elasticità [per adattarsi] alle sempre mutevoli esigenze che essa deve soddisfare*»⁸¹.

4.3. La relazione fra potere di autoorganizzazione ed efficienza dell'azione amministrativa

Di particolare rilievo, a tal riguardo, è l'affermazione in base alla quale l'art. 97, comma 1, Cost. ha positivizzato nell'ordinamento la regola dell'azione amministrativa come azione efficiente ed elastica⁸². Tant'è che secondo tale in-

⁷⁸ M. NIGRO, *op. ult. cit.*, p. 88. L'A., per argomentare l'assunto secondo cui la norma che attribuisce potere discrezionale all'amministrazione sia anche una norma di organizzazione, si rifà a M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo (1959-1960)*, cit., p. 96. Pure valido è il richiamo a C. MORTATI, voce *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. V, Torino, 1960, pp. 1104, dove è detto che «*nel caso di potere discrezionale se è vera la sua connessione necessaria con una funzione, e quindi con la legge di tale funzione, si deve ritenere che esso non sorga mai sulla base di una norma sulla produzione, dato che quella che lo istituisce ha un contenuto non già solamente organizzativo ma anche materiale, contenente anche se solo implicitamente la direttiva destinata a guidare l'interprete nella formulazione dell'intero precetto*».

⁷⁹ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., p. 89.

⁸⁰ M. NIGRO, *op. ult. cit.*, p. 90.

⁸¹ Cfr. E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, cit., p. 381; J. PETOT, *Quelques remarques sur les notions fondamentales du droit administratif français*, cit., p. 392.

⁸² M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., p. 90.

dirizzo il potere di autoorganizzazione dell'amministrazione non può che trovare il suo fondamento proprio nel criterio di efficienza⁸³. In questa prospettiva è possibile concepire l'art. 97 come norma che mette in relazione varie disposizioni della Costituzione, e in modo particolare gli artt. 5, 33, 39, 114, 128, ponendo in evidenza come i binomi efficienza/elasticità da un lato, autonomia/decentramento dall'altro, siano espressioni che pur restando su differenti livelli esprimono la stessa esigenza di fondo⁸⁴.

Secondo Nigro, infatti, risulta chiaro che la norma di cui all'art. 97 Cost. ha una funzione generale, non potendo essere considerata come un'entità a sé stante avente valore normativo limitato al solo apparato statale. Sono due le ragioni che deporrebbero a favore di tale affermazione: la prima risiede nel fatto che i principi posti dall'art. 97 Cost. sono, per loro natura, tali da investire tutta l'azione amministrativa; la seconda sta nel fatto che, solo contemplando in maniera composita tutti i meccanismi in cui si sviluppa la vita dell'amministrazione, il precetto dispiega interamente i suoi contenuti giacché viene arricchito di quegli elementi che rendono possibile l'esplicarsi della sua efficacia⁸⁵.

Tale dottrina ha osservato in modo critico come sia mancata – ad eccezione di Berti⁸⁶ – una lettura complessiva del primo comma dell'art. 97 Cost., la quale ponesse i canoni del buon andamento e dell'imparzialità⁸⁷ in rapporto fra di loro per cogliere l'esatto significato delle due espressioni. Si è inteso dare risalto, invece, ad una lettura (sostanzialistica) che stabilisse, da un lato, una regola di organizzazione (riserva di legge), dall'altro due regole sostanziali: imposi-

⁸³ M. NIGRO, *op. ult. cit.*, p. 91.

⁸⁴ M. NIGRO, *op. ult. cit.*, p. 90.

⁸⁵ M. NIGRO, *op. ult. cit.*, pp. 69-70.

⁸⁶ M. NIGRO, *op. ult. cit.*, p. 72, n. 10 dove l'A. riconosce come il contributo di G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., pp. 98 ss., costituisca «importante eccezione» proprio per il fatto di collegare imparzialità e buon andamento.

⁸⁷ Sul principio di imparzialità imprescindibile è il rimando a U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., *passim* ma in part. pp. 15 ss. dove è detto che «si radica sempre più l'idea che quella singolare parte che è l'amministrazione sua imparziale, e si fa corrispondentemente strada la persuasione più generale che essa debba sempre meglio diventare tale, se vuol rispondere ai bisogni insieme di libertà e socialità attraverso i quali si muove il travaglio costruttivo delle strutture dei pubblici poteri ai nostri giorni, in connessione con il passaggio dallo stato liberale allo stato sociale» (pp. 16-17). Poco dopo l'A. ricorda che in Italia «l'imparzialità è stata posta in capo alle disposizioni costituzionali concernenti specificatamente la pubblica amministrazione (articolo 97) come uno dei criteri basilari (assieme al buon andamento) per la ricostruzione giuridica di questo potere statale» (p. 17). Più avanti ancora l'A. colloca buon andamento e imparzialità sullo stesso piano. È detto, infatti, che «l'amministrazione obbedisce a due principi, da porre sullo stesso piano, che la determinano congiuntamente nel suo orientamento finalistico: il buon andamento e l'imparzialità. Il primo concerne l'ordinazione dell'amministrazione al suo fine primario, cioè all'interesse pubblico specifico, e si pone perciò come il canone primario regolativo della funzione; il secondo riguarda il rispetto degli interessi secondari, e si atteggia più come limite che come criterio positivo» (pp. 32-33).

zione all'amministrazione del dovere di imparzialità e del dovere di buon andamento (buona amministrazione), in assenza di un rapporto fra le due parti della norma⁸⁸.

In una prospettiva differente, si sostiene che nell'ordinamento non sussiste «né un dovere d'imparzialità, né un dovere di buona amministrazione» e anche laddove tali doveri esistano, «l'art. 97 non esaurirebbe le sue finalità nell'addossarli all'amministrazione o nel riconoscerne l'esistenza»⁸⁹. Si muove, in particolare, una critica all'impostazione di Bassi⁹⁰, il quale, sulla scorta della tesi di Falzone⁹¹, sostiene che «la doverosità dell'attività amministrativa non si esaurisce nell'esercizio del corrispondente potere, ma implica qualcosa di ben più penetrante e caratteristico consistente nella migliore soddisfazione dell'interesse affidato alle sue cure»⁹².

Diversamente, occorre appurare se tale esigenza si configuri come un autonomo dovere, al quale tuttavia non si riuscirebbe ad assegnare uno specifico contenuto o se, più correttamente, non si tratti di ciò che Giannini ha indicato come «il vincolo generico di ogni potere, pubblico o privato, discrezionale o vincolato, in quanto il potere medesimo è ordinato ad un fine, cioè è una funzione»⁹³. Per tali motivi, un'attenta lettura della norma costituzionale impone di andare oltre la finalità di collocare e di garantire sul piano sostanziale i due requisiti. In altre parole, la norma di cui all'art. 97 Cost., in conformità di quanto già acutamente affermato da Berti⁹⁴ e da Cannada Bartoli⁹⁵, impone di considerare i due requisiti come «risultati garantibili e assicurabili da un tipo di organizzazione, da certe regole d'organizzazione»⁹⁶. A tal proposito, infatti, si è pure osservato come tali risultati siano posti in termini di «*seim*» e non di «*sollen*»⁹⁷.

⁸⁸ Sul punto è richiamato in una prospettiva critica il contributo di P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, cit., p. 28, in cui si afferma che «lo scopo, l'affermazione centrale del costituente resta quella dell'elevazione a principi fondamentali costituzionali dei due canoni di buon andamento e di imparzialità della p.a.», canoni che secondo Nigro, in siffatta lettura, hanno natura sostantiva.

⁸⁹ M. NIGRO, *op. ult. cit.*, pp. 72-73 e pp. 75-76 nonché p. 77 dove, in modo più rigoroso, è detto che bisogna «escludere l'esistenza nel nostro ordinamento di un dovere di imparzialità e di buona amministrazione, la cui creazione o la cui ricognizione costituirebbe il nerbo della seconda parte del primo comma dell'art. 97».

⁹⁰ F. BASSI, *La norma interna*, Milano, Giuffrè, 1963.

⁹¹ G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, cit., p. 111, ma in generale si v. quando detto sopra.

⁹² F. BASSI, *La norma interna*, cit., p. 260, il quale aggiunge: «posto che l'ordinamento giuridico perviene all'affidamento ad un soggetto pubblicistico di uno o più interessi collettivi affinché il medesimo provveda al loro soddisfacimento, è implicita nel fatto stesso dell'affidamento l'esigenza che il soggetto, così investito della funzione, la espliciti rettamente e saggiamente».

⁹³ M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, vol. I, cit., p. 280.

⁹⁴ G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., p. 59 ss.

⁹⁵ E. CANNADA BARTOLI, *Imparzialità e buon andamento in tema di scrutini di merito comparativo*, in *Foro amm.*, 1964, II, p. 73.

⁹⁶ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., p. 78.

⁹⁷ E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, cit., p. 305.

Va detto, in conclusione, come tale impostazione abbia offerto un'interpretazione del precetto costituzionale del buon andamento, quale canone dell'efficienza, tesa al superamento di quelle letture che riservavano la norma esclusivamente all'attività del legislatore⁹⁸, estendendola così ad ogni attività (normativa) di organizzazione. Tale norma, in questa prospettiva, sarebbe stata vincolata ad edificare l'organizzazione in modo da assicurare, tramite di questa, l'imparzialità e il buon andamento dell'organizzazione e dell'azione amministrative⁹⁹.

5. L'emersione del concetto giuridico di efficienza: riconsiderazione dell'efficienza alla luce del principio solidaristico e adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale

Un altro contributo che, seppur non trattando direttamente l'argomento, offre un significativo apporto allo studio del precetto del buon andamento e con esso all'emersione del concetto giuridico di efficienza, è l'opera di Giorgio Pastori sulla *burocrazia*¹⁰⁰.

Il punto nodale che qui interessa mettere in luce è espresso nel passaggio in cui è spiegato che l'art. 97, comma 1, della Costituzione «*contiene una norma perfettamente concepita a concatenare i due aspetti in modo che uno sia in funzione dell'altro, e viceversa, e divengano entrambi espressione di una normativa unitaria dei poteri amministrativi*»¹⁰¹.

Difatti, secondo l'A., sebbene la norma costituzionale di cui all'art. 97 possa sembrare di carattere soltanto organizzativo, in realtà essa è ideata in modo che in un primo momento tutto sia riferito al buon andamento e all'imparzialità dell'amministrazione, ossia a due requisiti dell'agire amministrativo che sono i risultati direttamente preveduti dalla norma, e in un secondo momento sia collegata e subordinata alla disciplina dell'esercizio dei pubblici poteri, cioè ancora ai pubblici uffici.

In particolare, dal momento che l'azione amministrativa è a sua volta un'attività compiuta nell'esercizio dei poteri o al loro servizio, e pertanto ad es-

⁹⁸ Cfr. P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, cit., p. 28; E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, cit., p. 315.

⁹⁹ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., p. 78, dove si aggiunge che la Costituzione si occupa chiaramente delle condizioni «*organizzative, strutturali, formali dell'imparzialità e del buon andamento*».

¹⁰⁰ G. PASTORI, *La burocrazia*, Padova, Cedam, 1967.

¹⁰¹ G. PASTORI, *op. ult. cit.*, p. 88.

si razionalizzata, non può dubitarsi che «*la cerniera delle due parti della norma sia sempre offerta dalla figura giuridica del potere*»¹⁰².

Anche tale dottrina ha contribuito a fornire al criterio dell'efficienza un significato rilevante per il diritto. Si parte dal presupposto di non considerare il buon andamento né come vincolo modale, né come scopo; si ritiene invece che il buon andamento debba essere ricercato in un criterio relativo al rapporto tra potere ed esercizio della funzione amministrativa. L'efficienza dell'amministrazione imporrebbe quindi una disciplina che permetta e che anzi faciliti l'esercizio dei poteri, affinché il potere ottenga lo scopo per il quale è stato attribuito all'ente pubblico¹⁰³.

Alla luce di siffatta nozione, secondo l'A., l'efficienza non solo troverebbe una sua validità a livello giuridico e supererebbe gli inconvenienti cui gran parte della dottrina¹⁰⁴ era incorsa nell'affermare il sussistere di un criterio di buona amministrazione nel merito dell'atto, ma avrebbe come unico principio la «*legalità del potere*». Legalità che riferita all'esercizio dell'attività amministrativa è necessità di funzionamento dell'insieme dei poteri e che postula prima di tutto l'esigenza di un risultato adeguato al potere e alla disciplina di questo. In ragione di ciò si perviene anche a considerare buon andamento e imparzialità come un'endiadi che propone una nozione unitaria di legalità o, come si dice, di legittimità¹⁰⁵.

Del contributo che Pastori ha offerto per la ricostruzione giuridica del concetto di efficienza, va messo in luce in modo più diretto l'impianto teorico su cui viene fatta poggiare tale ricostruzione, giacché alla stessa, nella parte conclusiva della trattazione, si farà implicitamente riferimento quando si esporrà la tesi sul concetto giuridico di efficienza.

L'idea da cui si muove è quella di riconsiderare il criterio di efficienza alla luce del principio solidaristico dell'ordinamento, in base al quale le posizioni giuridiche dei singoli si ripartiscono in due distinte categorie: affianco alle tradizionali posizioni di libertà, garantite e tutelate, si profila un diverso ordine di

¹⁰² G. PASTORI, *op. ult. cit.*, p. 89.

¹⁰³ G. PASTORI, *op. ult. cit.*, pp. 90-91, dove l'A., inoltre, spiega come la norma costituzionale in oggetto si sarebbe potuta rendere in una «*formulazione anche più ampia e pregnante*».

¹⁰⁴ Cfr. A. AMORTH, *Il merito degli atti amministrativi*, Milano, 1939; V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, cit., *passim*; C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Padova, Cedam, 1934; G. TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, Cedam, 1936; G. CODACCI PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Milano, Giuffrè, 1940.

¹⁰⁵ G. PASTORI, *La burocrazia*, cit., p. 91, dove si aggiunge che «*l'individuazione positiva di un valore connesso alle attività burocratiche serve da norma di chiusura del sistema, intendendosi che essa riassuntivamente esprima tutta la disciplina che concerne la burocrazia*».

posizioni che trovano il loro esplicito e generale riconoscimento in alcune norme fondamentali, e specialmente negli artt. 2, 3 e 4 della Costituzione.

In tal senso la Repubblica, oltre al riconoscimento e alla salvaguardia dei diritti di libertà, richiede anche «*l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*» e il dovere di rimuovere tutti gli ostacoli alla «*effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*». Allo stesso tempo ad ogni cittadino viene richiesto di svolgere «*secondo le proprie possibilità e la propria scelta un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società*»¹⁰⁶.

In particolare, secondo questo punto di vista, i diritti di libertà rappresentano precisamente il limite dei poteri amministrativi e come tali sono sottratti ad ogni possibile forma di disciplina eteronoma, talché è sufficiente la loro titolarità per regolare conseguenzialmente ogni comportamento svolto nel loro campo, e in questa medesima titolarità si esaurisce e si risolve il loro rilievo giuridico.

I diritti e doveri delle persone costituiscono invece delle posizioni giuridiche strumentali, nel senso che li caratterizza un particolare aspetto dinamico, talché essi si risolvono e si definiscono tramite il loro esercizio. Essi, inoltre, si possono unitariamente definire dei poteri, essendo posizioni il cui esercizio è non tanto obbligatorio, quanto necessario al fine di poter ottenere il loro risultato giuridico. In tal senso rappresentano, a differenza dei diritti di libertà, il mezzo per conseguire degli scopi già determinati e le attività di partecipazione corrispondenti rappresentano a loro volta il fine cui i pubblici poteri devono tendere¹⁰⁷, anche quando tali poteri siano declinati mediante il criterio dell'efficienza.

6. L'emersione dell'efficienza come concetto giuridico nella teoria della pubblica amministrazione come organizzazione.

6.1. L'efficienza e l'attuazione di competenze-poteri come funzione di coesistenza dei poteri.

Un'altra tappa particolarmente importante per l'indagine che qui si sta conducendo sulla emersione del concetto giuridico di efficienza a partire dal

¹⁰⁶ G. PASTORI, *op. ult. cit.*, pp. 204-206.

¹⁰⁷ G. PASTORI, *op. ult. cit.*, pp. 210-212.

principio di buon andamento è rappresentata dall'opera *La pubblica amministrazione come organizzazione* di Giorgio Berti¹⁰⁸.

Vale la pena di anticipare come le acute riflessioni contenute in tale contributo e in generale nell'intera opera di Berti abbiano rappresentato una sorta di "retroterra culturale" da cui si sono originate alcune idee della presente indagine intorno al concetto di efficienza e che più compiutamente verranno esposte nella parte finale del contributo.

Volendo subito mettere in rilievo il carattere originale di tale opera e coglierne gli aspetti che fanno più di altri emergere il criterio giuridico dell'efficienza, pare opportuno ripercorrere due passaggi chiave dell'impianto generale del contributo bertiano.

Il primo passaggio è quello in cui si afferma che l'art. 97 della Costituzione rappresenta «un testo generale, dettato in funzione dell'organizzazione amministrativa, indipendentemente dall'essere questa propria dello Stato o di altri enti ed anzi con l'intento, meglio desumibile dal confronto con l'art. 5, di comporre, quanto meno sul piano organizzativo, in un insieme concettuale unitario, le molteplici espressioni organizzative di carattere pubblico»¹⁰⁹. Assumendo l'art. 97 in relazione soprattutto all'art. 5 della Costituzione, come si può desumere da tale passaggio, si ritiene che sia possibile considerare tutta la materia dell'organizzazione pubblica informata a certe linee direttrici aventi valore indipendentemente dagli ambiti speciali in cui esse vengono in concreto applicate.

Il secondo passaggio è costituito dall'affermazione secondo la quale «l'organizzazione, come è intesa nella carta fondamentale non è alcunché di formale o esteriore rispetto all'attività amministrativa [...]. La costituzione ha posto l'organizzazione in posizione centrale entro l'amministrazione, riconoscendo esplicitamente che dall'organizzazione stessa dipende non soltanto il buon andamento degli uffici [...], ma altresì la maniera sostanziale di condursi degli uffici stessi nella loro attività [...], tracciando così una linea di congiungimento tra i dati propriamente strutturali e quelli del funzionamento e dell'attività»¹¹⁰.

¹⁰⁸ G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968. A beneficio del lettore va detto che vi sono altre tre edizioni della stessa opera che sono circolate oltre quella di cui qui si è tenuto conto, vale a dire quelle del 1961, del 1963 e del 1965. Qui, come si può notare sin dalla prima citazione, si tiene conto dell'edizione dell'opera bertiana del 1968. Ciò giustifica anche il perché si sia anteposta la trattazione di Nigro a quella di Berti, sebbene quest'ultimo avesse ripubblicato per ben due volte *La pubblica amministrazione come organizzazione* quando nel 1966 usciva *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*.

¹⁰⁹ G. BERTI, *op. ult. cit.*, p. 73.

¹¹⁰ G. BERTI, *op. ult. cit.*, pp. 73-74.

Questa impostazione – a cui è stata mossa una critica da parte di Nigro¹¹¹ – denota dunque in modo particolare come i canoni costituzionali del buon andamento (d’ora in poi efficienza¹¹²) e dell’imparzialità siano direttamente collegati all’organizzazione e al contempo come gli stessi siano anche collegati tra di loro, risolvendosi buon andamento e imparzialità nel momento organizzatorio. In questa prospettiva, inoltre, si ritiene che *«l’imparzialità non è altro che una specificazione del concetto di buon andamento riferita ai molteplici contatti che l’amministrazione ha con le sfere individuali»*¹¹³.

Si è tuttavia obiettato che in tale ricostruzione l’art. 97 perda un valore normativo suo proprio e diventi mera descrizione di una fenomenologia che si ritrova in ogni ordinamento¹¹⁴. Si è pure eccepito che la nozione di efficienza derivante dall’impostazione di Berti sia insufficiente in quanto tale principio si risolverebbe esclusivamente nel momento organizzatorio, perdendo ogni valore precettivo applicabile all’attività¹¹⁵. A ben vedere, però, stabilire che efficienza e imparzialità dell’amministrazione si risolvono nel momento organizzatorio ha lo scopo di assegnare all’amministrazione un valore materiale. Per fare in modo che tale valore si affermi anche su di un piano più strettamente giuridico e non rimanga confinato nel campo etico e sociale, secondo Berti lo stesso valore deve manifestarsi in un momento definito e indipendente dei rapporti che si dipanano entro l’amministrazione o per i fini di questa.

¹¹¹ Cfr. M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., p. 70, n. 4 e p. 72, n. 10, dove l’A., citando l’edizione del 1963, afferma che Berti *«sping[e] oltre tale punto di vista, addirittura risolvendo imparzialità e buon andamento nel momento organizzatorio: con ciò l’art. 97 perde ogni valore normativo vero e proprio e diventa mera esplicitazione e descrizione di una fenomenologia la quale si riscontra in ogni ordinamento perché connaturata con la stessa esistenza e gli stessi caratteri dell’organizzazione»*.

¹¹² Nelle opere successive dell’A. l’identificazione tra buon andamento ed efficienza a livello terminologico non si porrà più in discussione. In tal senso si v. G. BERTI, *La responsabilità pubblica. (Costituzione e Amministrazione)*, Padova, Cedam, 1994, pp. 160 ss., ma in part. p. 163 in cui è detto che *«l’art. 97 [...] raccoglie i principi informatori dell’organizzazione amministrativa sotto i nomi dell’imparzialità e dell’efficienza»*.

¹¹³ G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., pp. 100 e 109. L’A., inoltre, sostiene vi sia una netta distinzione fra l’imparzialità della legge e *«l’imparzialità dell’agire concreto»* (p. 102); tant’è che l’imparzialità *«è dell’agire concreto: costituisce cioè un problema che si determina rispetto all’attività [...] L’imparzialità è una caratteristica dell’azione e riguarda colui che agisce»* (p. 102).

Sempre nel senso di ricomprendere l’imparzialità nel buon andamento si v. G. TREVES, *L’organizzazione amministrativa*, III ed., Torino, UTET, 1971, pp. 27-28, dove l’A. afferma che l’imparzialità è un concetto *«pleonastico, essendo già ricompreso nel primo»*, e in tal senso *«l’aggiunta mira solo a porre in risalto il relativo aspetto»*.

¹¹⁴ Cfr. M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., p. 72, n. 10, dove l’A. aggiunge che *«questo trascorrere dal piano normativo al piano descrittivo, e cioè sostanzialmente sociologico, costituisce il difetto fondamentale di tutta la ricostruzione del BERTI e ne vizia in radice le pur interessanti intuizioni particolari»*.

¹¹⁵ Cfr. A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento*, cit., p. 24.

In risposta alle critiche mosse da Nigro e Andreani, va detto che lo scopo dell'impostazione bertiana è quello di sancire un contatto diretto fra precettività costituzionale e poteri dell'amministrazione, funzionalizzando questi ultimi direttamente alle finalità che il criterio di efficienza può rilevare. In questa prospettiva, all'emersione del concetto giuridico di efficienza si perviene facendo leva sulla nozione di potere. Il concetto di efficienza, in particolare, si coglie nel modo in cui i poteri vengono esercitati in coordinamento tra loro, essendo implicito in tale coordinamento la bontà dell'adempimento amministrativo¹¹⁶. Sicché l'efficienza consiste nell'attuazione di competenze-poteri, come funzione di coesistenza dei poteri nella rispettiva realizzazione, come specificazione del limite di espansione concreta di ciascun potere¹¹⁷.

Si comprende così il pregio della visione bertiana, che sta nel fatto di cogliere il contenuto funzionale del criterio di efficienza rispetto ad un ordinamento complesso nel quale la pluralità di poteri determina l'esigenza di un coordinamento, cui si può assolvere proprio per mezzo di tale criterio.

6.2. Oltre la nozione di buona amministrazione, l'efficienza come concetto esteso alla legittimità e non solo al merito amministrativo.

Venendo ad un altro profilo di interesse, secondo Berti il criterio di efficienza, nell'accezione che ne dà la Costituzione, non va inteso solo come «buona amministrazione»¹¹⁸ e, dunque, solo come merito amministrativo¹¹⁹, ma anche

¹¹⁶ Su di una diversa posizione riguardo alla nozione di coordinamento cfr. V. BACHELET, *L'attività di coordinamento della direzione pubblica dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 8; ID., voce *Coordinamento*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1963, pp. 630 ss., il quale postula il coordinamento come «*sopraordinazione*» di figure soggettive.

¹¹⁷ G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., p. 97, dove l'A. aggiunge che «con ciò si può fissare il limite anche dell'organizzazione come forza determinante dell'attività e si può già stabilire, sulla base dell'anzidetta norma costituzionale, una nozione qualitativa di organizzazione come momento autonomo, suscettibile di una valutazione propria e implicante perciò un dimensionamento rispetto ad essa degli istituti relativi all'attività, agli atti e conseguentemente alle situazioni soggettive».

¹¹⁸ G. BERTI, *op. ult. cit.*, p. 95, n. 33. La critica di Berti è rivolta particolarmente alle impostazioni di Resta e Falzone. Secondo Berti «*le costruzioni della dottrina circa l'onere o il dovere di buona amministrazione [...] non spiegano il buon andamento, che si deve interpretare secondo gli orientamenti normativi che risultano dal complesso costituzionale relativamente ai pubblici poteri. Il pluralismo dei poteri è fondamentale ed allora la visuale cambia notevolmente, perché questo pluralismo è già tale da togliere ragione ad una ricerca volta a stabilire se e fino a che punto ci sia un onere o un dovere per il singolo potere di attuarsi in un certo modo [...]. Il buon andamento si pone in evidenza perciò non per il modo nel quale un potere, isolatamente preso, viene esercitato, ma per il modo nel quale più poteri vengono coordinati tra loro, implicita essendo in tale coordinamento la bontà dell'andamento amministrativo*». Ed è in tal senso che secondo Berti «*la buona amministrazione è in fondo un criterio empirico, e i problemi agitati intorno ad esso nascono dalla preoccupazione di individuare la sanzione del comportamento contrario ai criteri di buona amministrazione, la*

in senso più ampio e più rigoroso¹²⁰. È espressione semmai preliminare rispetto a quella di merito. Ciò perché nell'efficienza è compresa una valutazione complessiva dell'amministrazione dal punto di vista dell'attività che essa esplica. Oltre al merito, dunque, l'efficienza comprende anche la legittimità dell'agire amministrativo¹²¹.

In altri termini, secondo Berti, l'efficienza contempla un ambito di discrezionalità più ampio di quello che in genere veniva ascritto al merito amministrativo: circoscrive cioè in che misura la discrezionalità dell'amministrazione si trova in contatto diretto con la norma che ne prescrive il limite, e più in considerazione di siffatto limite che non della libertà di azione che viene accordata entro di esso.

Va detto, sul punto, come l'A. non consideri una novità per la scienza del diritto amministrativo il fatto che la funzione decisionale attenga all'intera fenomenologia di questa scienza e che tale funzione sia solo diretta, ma non irrigidita dalle norme che stabiliscono le tipologie di interessi da soddisfare; né è una novità che queste fasi della funzione decisionale facciano parte del diritto ed esprimano fenomeni giuridici di indubbio interesse anche se di difficile interpretazione. Per tale ragione è certamente importante che una norma costituzionale abbia assegnato dignità giuridica a questi principi e criteri dell'azione amministrativa, evidenziando l'apporto creativo dell'amministrazione nel processo decisionale.

Tuttavia, secondo Berti va osservato come nella valutazione dell'atto, riguardo al quale si valuta in genere l'organizzazione, il criterio di efficienza non venga colto, né in quanto rispettato né in quanto violato. Ciò, secondo l'A., sembra essere dovuto a due ordini di problemi: il primo attiene al fatto che la valutazione dell'organizzazione viene generalmente compiuta attraverso il mero confronto di una situazione organizzatoria con una norma; il secondo perché l'efficienza diviene oggetto di valutazione in un momento secondario rispetto a

sanzione cioè di norme non giuridiche [...] o [...] di accertare in qual modo l'ordinamento positivo reagisca ad una invalidità soltanto amministrativa».

Sul punto si v. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, pp. 581 ss., il quale ricollega il buon andamento alla buona amministrazione e chiarisce che tale principio esige che l'azione amministrativa sia necessariamente esplicita in vista della realizzazione di un'amministrazione efficiente e appropriata.

¹¹⁹ Sul merito amministrativo si v. B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013.

¹²⁰ È interessante notare come gli stessi autori che propendono per l'assimilazione dei concetti di buon andamento e merito amministrativo, poi non offrano che una, sostanziale, divergenza tra gli stessi. In tal senso cfr. P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della P.A.*, cit., p. 136; C. MORTATI, *Ancora sul merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, 1942, pp. 48 ss.

¹²¹ G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., p. 82.

quello in cui la stessa concretamente si trova ad operare, vale a dire nel momento in cui, dal confronto con certe norme, essa si trova recepita nei principi di legittimità e di merito.

Di qui l'esigenza di porre in risalto l'efficienza come canone direttivo dell'azione amministrativa ha il pregio di spiegare la giuridicità del momento attuativo dell'organizzazione amministrativa e dei poteri ad essa inerenti, attraverso una valutazione che è insita nell'attuazione medesima e la quale non può non influire quando l'azione amministrativa – ossia gli atti amministrativi di questa – si valuta come risultato di un certo procedimento, incidendo sull'atteggiarsi della legittimità e del merito nel caso concreto.

È possibile così notare che il criterio di efficienza precede e comprende, come sintesi di valori potenziali, le caratteristiche di legittimità e di merito riferite agli atti amministrativi. E ciò in quanto tali caratteristiche sono espressioni amministrative posteriori al momento dell'organizzazione, cosicché nell'organizzazione, che rappresenta il risvolto “dinamico” degli ordinamenti, è di fatti impossibile isolare la nozione di legittimità da quella di merito.

Secondo Berti resta inteso, peraltro, che nel movimento che caratterizza il fenomeno organizzatorio non è possibile distinguere, attraverso la determinazione di certi parametri, ciò che attiene al rispetto delle norme che stabiliscono limiti da ciò che concerne invece alle modalità di esercizio di una libertà sottoposta agli stessi limiti. Infatti, fintantoché si guarda all'atto compiuto, una separazione tra legittimità e merito è ammissibile, ma se si guarda al potere nella sua concreta estrinsecazione, tale scomposizione non è più possibile; e ciò in quanto non è immaginabile che le scelte discrezionali si facciano per il tramite di una diversa percezione del potere e della libertà di esercizio del potere. Il potere, in quanto entità già finalizzata, regge tutta l'attività che esso origina e la corrispondenza di tale attività con il potere si misura attraverso un metro unitario; sicché solo nella ricostruzione della genesi dell'atto si possono compiere distinzioni e in particolare quelle, sopra menzionate, tra legittimità e merito.

È in base ad una simile idea che il concetto di efficienza può essere riferito alla valutazione complessiva dell'attività svolta dall'amministrazione, ricomprendendo in esso la valutazione della legittimità e del merito della condotta, in quanto entrambi ritenuti indissolubilmente collegati tra loro nell'apprezzamento della correttezza e della bontà dell'azione amministrativa: da un lato, l'aspetto normativo-formalistico, che esprime la regolarità della potestà esercitata, dall'altro quello pratico-contenutistico, che evidenzia l'adeguatezza della scelta operata.

Ora, seguendo questa impostazione, si comprende meglio come l'efficienza sia anche un criterio della funzione amministrativa e, quindi, un elemento dinamico. Da qui l'idea che per realizzare l'efficienza si debba perpetrare una buona funzionalità e, al contempo, per realizzare il buon funzionamento dell'amministrazione occorre che gli strumenti che la stessa si trovi ad utilizzare siano di volta in volta adeguati all'azione che la stessa intenda esercitare.

La connessione obiettiva dell'azione amministrativa secondo criteri di funzionalità rappresenta già esplicitazione dell'efficienza¹²².

Porre dunque l'efficienza come obiettivo dell'agire amministrativo vuol dire porre al contempo dei fini e dei limiti la cui mancata realizzazione o il mancato rispetto degli stessi si riverberano direttamente sulla sostanza dell'azione amministrativa, anche se il loro valore inerisce al momento dell'organizzazione. In tal senso si può affermare che il fine normativo diventa inevitabilmente una componente dell'organizzazione che si manifesta in concreto – in relazione, cioè, a determinate circostanze e a date fattispecie – onde per cui l'efficienza dell'amministrazione si esplica come carattere sostanziale dell'organizzazione medesima. Ciò implica necessariamente che l'attuazione dell'organizzazione dal punto di vista normativo comprenda l'efficienza come elemento indispensabile dell'agire amministrativo¹²³.

Il riferimento all'efficienza come ad un preciso contenuto giuridico, quale criterio dell'organizzazione e dell'azione della pubblica amministrazione, denota secondo Berti l'individuazione di questa in un momento che non può essere quello della norma né quello dell'atto. Essa, infatti, solo apparentemente rappresenta una sintesi logica, giacché si distingue per una propria significazione ed efficacia¹²⁴. Nell'impostazione bertiana quello dell'efficienza, del resto,

¹²² G. BERTI, *op. ult. cit.*, p. 84, dove l'A. osserva come il buon andamento costituisca un valore che riguarda il potere nella sua fase attuativa, ovverosia prima che esso si estrinsechi formalmente in un atto. Ne deriva che il buon andamento è un valore che acquista rilevanza soprattutto nell'organizzazione della pubblica amministrazione.

¹²³ G. BERTI, *op. loc. ult. cit.* È importante notare sul punto come l'A. concepisca il principio del buon andamento quale elemento sostanziale dell'organizzazione amministrativa. Questa affermazione implica tuttavia, come prerequisite essenziale, la concezione che l'A. ha del fenomeno organizzatorio: infatti egli ritiene che l'acquisizione completa del concetto di organizzazione possa raggiungersi, sulla base della c.d. obbiettivizzazione del potere, ossia del distacco dell'attività dall'atto, del distacco dell'organo dal soggetto, del distacco infine della produzione (dell'atto) dell'imputazione.

¹²⁴ L'affermazione della «giuridicità» delle norme di diritto amministrativo che sono esplicitazione del principio di buon andamento si contrappone a chi ritiene che tale principio è solo regola dell'ordinamento interno della pubblica amministrazione e in quanto tale estranea all'ordinamento generale. In realtà si vuole asserire come questa regola – in quanto regola di condotta che indica il modo più adatto alla realizzazione dell'interesse collettivo – essendo

costituisce un criterio direttivo che dalla norma organizzatoria – se, e in quanto, questa lo contempra – si trasferisce sul piano dell'organizzazione o, per meglio dire, della realizzazione dell'organizzazione. In tal senso, la norma può considerare o anche non considerare l'efficienza, senza tuttavia pregiudicare l'effettività della stessa, che dal piano costituzionale si trasmette direttamente all'attività di organizzazione¹²⁵.

Su questo aspetto della ricostruzione bertiana del criterio di efficienza occorre soffermarsi ancora un momento.

6.3. La valorizzazione costituzionale del concetto giuridico di efficienza quale parametro di valutazione della proporzionalità e flessibilità dell'azione amministrativa

Si è detto che il criterio dell'efficienza, a cui sembra riferirsi la norma costituzionale di cui all'art. 97 Cost., può essere concepito come «*adeguatezza o idoneità a raggiungere il risultato voluto*»¹²⁶ da parte della pubblica amministrazione. In altri termini, l'efficienza per il diritto amministrativo può definirsi come la parabola dell'azione amministrativa, vista sotto la lente della valutazione del suo operato così come si è manifestato in concreto e rispetto allo scopo inizialmente prefissato dalla stessa amministrazione (idoneità a raggiungere il risultato voluto)¹²⁷.

In tal senso si può dire che Berti concorda con Nigro quando quest'ultimo afferma che il criterio dell'efficienza esprime una duplice relazione, ossia, da una parte, «*fra ciò che si è fatto e ciò che si poteva fare e, dall'altra, fra ciò che si deve fare e i mezzi di cui si dispone*»¹²⁸. Solo quest'ultima relazione, come visto, è rilevante per il diritto amministrativo, in quanto inerisce al profilo dinamico

destinata ad assicurare la prontezza, la semplicità, la speditezza, il rendimento e l'adeguatezza dell'azione amministrativa è senza dubbio rilevante dal punto di vista della funzione amministrativa.

¹²⁵ G. BERTI, *op. ult. cit.*, pp. 84-85, n. 23.

¹²⁶ Cfr. H.A. SIMON, *Il comportamento amministrativo*, I ed., *cit.*, pp. 269 ss.; ID., *The Proverbs of Administration*, in *Public Administration Review*, 1946, IV, pp. 33 ss.; C.J. BARNARD, *The Functions of the Executive*, Cambridge, 1938, pp. 19 ss., e pp. 56 ss.

¹²⁷ È opportuno ricordare che il canone dell'efficienza si basa su di un'interpretazione puramente 'razionalistica' dell'agire umano, la quale, a sua volta, rappresenta il presupposto necessario di validità di ogni ricerca di tal tipo. Tale aspetto si riscontra negli autori che si sono occupati dell'efficienza dal punto di vista sociologico e tra i quali si v. M. WEBER, *The Theory of Social and Economic organization*, *cit.*, pp. 1 ss.; TAYLOR, *The Principles of Scientific Management*, *cit.*, p. 1 ss.

¹²⁸ Cfr. M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, *cit.*, p. 84.

dell'adeguatezza al fine dei mezzi giuridici disponibili, secondo l'attribuzione di un potere giuridico adeguato.

Ma vi è dell'altro. In particolare, si osserva come la necessità di commisurare i mezzi giuridici al fine possa trovare realizzazione sul piano della prefissione di certi contenuti, sempre che si risolvano i problemi legati al fatto che si ricercano canoni generali d'azione mentre i fini sono molti e vari. Del resto, proprio dall'esigenza di commisurare i mezzi disponibili al fine perseguito dall'azione è implicito il riconoscimento di una certa libertà di apprezzamento, di una certa flessibilità dei mezzi giuridici¹²⁹.

Da questo punto di vista, dunque, si può ragionevolmente affermare che il risolto giuridico del criterio di efficienza si trova anche nell'attribuzione all'amministrazione di mezzi giuridici flessibili, mediante i quali assicurare la miglior proporzionalità, al fine stabilito, dell'attività erogata.

Si osserva, quindi, come sul piano strettamente giuridico il criterio dell'efficienza possa essere considerato come la valutazione in termini di proporzionalità, flessibilità e puntualità dell'azione amministrativa. Sicché si può dire che l'art. 97, comma 1 della Costituzione, quando attribuisce alle norme di organizzazione il compito di garantire il buon andamento dell'amministrazione, mira a salvaguardare proprio il criterio dell'efficienza come pieno valore giuridico.

7. Gli anni '70 del Novecento e il ricco panorama degli studi non giuridici dell'amministrazione

Il decennio degli anni '60 del Novecento si era chiuso con importanti traguardi cui la dottrina¹³⁰ era pervenuta soprattutto per merito delle opere di Berti, Pastori e Nigro, eppure altra autorevole dottrina, sebbene non ponesse più in dubbio che il criterio di efficienza giuridicamente rilevante ai fini del diritto amministrativo dovesse identificarsi con il canone del buon andamento¹³¹

¹²⁹ L'esigenza di flessibilità – o come si è detto di «*elasticità*» – è avvertita anche presso la dottrina classica straniera. In tal senso si v. E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1973. Nella dottrina amministrativistica italiana precedente a Nigro si v. soprattutto F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., pp. 190 ss.

¹³⁰ Negli anni '60 del Novecento, oltre le opere di Nigro e Berti, si segnala lo scritto di G. BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 79 ss., dove l'A. afferma che l'efficienza «*accentua il momento di considerazione dell'interesse pubblico, in quanto comprensivo delle regole direttive dell'azione amministrativa delle quali bisogna conseguire i singoli fini pubblici, affinché si abbia buon andamento*».

¹³¹ M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 263, dove l'A. si domanda: «*ma "il buon andamento" è o no, nozione giuridica?*» e a cui segue la risposta:

sancito dalla disposizione costituzionale dell'art. 97, comma 1, mostrava come la scienza giuspubblicistica fosse ben lontana da spiegare in quali comandi giuridici si concretasse tale criterio¹³².

In questa prospettiva si è visto come le due opere maggiori, quella di Nigro e quella di Berti, nell'intento di identificare il principio di buon andamento con il canone dell'efficienza, si rifacessero alla medesima matrice concettuale che era quella di collegare la funzione con l'organizzazione amministrativa in modo da garantire sul piano della stessa organizzazione dei risultati apprezzabili sul piano del merito.

Gli anni '60, dunque, avevano costituito un periodo particolarmente prolifico per l'indagine sul precetto costituzionale del buon andamento e l'emersione dello stesso quale criterio dell'efficienza, ma non abbastanza da chiarirne la reale portata precettiva come canone giuridico e da rivolgere l'indagine verso mete che assicurassero l'effettività della tutela delle persone implicate nei rapporti con i pubblici poteri.

Gli anni che seguirono, salvo circoscritte eccezioni¹³³, non si caratterizzarono per studi di particolare rilievo sull'argomento nell'ambito della scienza giuridica, che si dimostrava così incapace di dare un nuovo e ulteriore impulso alla ricostruzione del concetto giuridico di efficienza valevole per il diritto amministrativo. Al contrario, nel panorama italiano gli anni '60 si distinsero soprattutto per i contributi offerti dalle scienze non giuridiche e particolarmente dalla scienza dell'amministrazione, dove si approfondì il criterio di efficienza attraverso alcune importati¹³⁴, le quali, inserendosi in uno specifico filone di

«L'opinione prevalente è che esso significhi "efficienza", secondo la nozione di scienza dell'amministrazione a cui sarebbe stato attribuito valore anche giuridico».

Per la stessa affermazione già prima si v. ID., *L'ordinamento dei pubblici uffici e la Costituzione*, in Aa.Vv., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, Laterza, 1979, p. 90 ss., ma in part. p. 101, dove è detto che *«la tesi prevalente [...] e più recente ha finito con l'intendere "buon andamento" come "efficienza" della pubblica amministrazione».*

¹³² M.S. GIANNINI, voce *Organi (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, p. 43, dove secondo l'A. il canone del buon andamento *«identificato con l'efficienza, non è ancora chiaro in quali comandi giuridici si concreti».*

¹³³ La scienza amministrativa continuò ad occuparsi dell'argomento dell'efficienza. In tal senso si v. S. SANTORO, *Il vizio di efficienza dell'azione amministrativa*, in *Cons. St.*, 1973, II, pp. 1372 ss., il quale partendo dalla tesi secondo cui l'efficienza rappresenta un criterio giuridicamente rilevante, lo esamina in negativo reputando l'inefficienza un vizio dell'azione amministrativa che si pone sullo stesso piano dei vizi di merito e di legittimità. Tra gli altri contributi nel periodo in questione si v. N. SPERANZA, *Il principio di buon andamento-imparzialità dell'amministrazione nell'articolo 97 della Costituzione*, in *Foro amm.*, 1972, II, pp. 79 ss.; F. TRAMONTANO, *Brevi notazioni in tema di efficienza della P.A.*, in *Nuova rass.*, 1979, pp. 295 ss.

¹³⁴ R. BETTINI, *Il principio della efficienza nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1969. Dello stesso A., sempre in relazione al criterio dell'efficienza, si v. ID., *Il principio d'efficienza in scienza dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1968; ID., *Programmazione economica e teoria della efficienza pubblico amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1970; O. SEPE, *L'efficienza dell'azione*

studi¹³⁵, offrirono una ricostruzione del criterio che si ispirava ai postulati propri della scienza dell'amministrazione e della tecnica organizzativa¹³⁶.

Se la scienza e il metodo giuridico in Italia avevano compiuto il massimo sforzo nel decennio degli anni '60, a polarizzare l'attenzione sul concetto di efficienza per tutto il decennio successivo sarebbe stata dunque la scienza dell'amministrazione¹³⁷, la quale seppe cogliere e rivalutare gli studi classici compiuti dalla letteratura straniera nella quale, più di tutti, le opere di Fayol, Taylor e Weber influenzarono il pensiero dei cultori italiani di tale disciplina.

In tal senso, se da un lato Weber¹³⁸ aveva dato un impulso decisivo allo sviluppo della teoria sociologica della burocrazia, dall'altro Taylor e Fayol erano divenuti indiscussi punti di riferimento per gli studi sull'organizzazione scientifica e industriale del lavoro. Mentre Taylor¹³⁹ si occupò principalmente di ciò che avveniva a livello esecutivo nella produzione, sviluppando il suo studio dal basso verso l'alto nella gerarchia, Fayol¹⁴⁰ studiò l'alta gerarchia e sviluppò una idea dell'organizzazione amministrativa i cui principi derivavano dall'applicazione del metodo scientifico e sperimentale al governo degli affari. Analizzò le attività aziendali in funzioni, definì dei principi di organizzazione che sostenne fossero di valore universale, applicabili ad ogni organismo anche non aziendale. Entrambi gli studiosi avevano dato un grande influsso allo studio delle strutture organizzative interne rivolgendo gran parte delle loro ricerche ai modi per ottenere una macchina amministrativa efficiente¹⁴¹.

amministrativa, Milano, Giuffè, 1975. In precedenza, si v. anche O. SEPE, G. LEPORÉ, *Prospettive della scienza dell'amministrazione e rilevanza giuridica del principio di efficienza*, Milano, Giuffrè, 1970.

¹³⁵ Si fa riferimento alla collana dal titolo «*Raccolta di studi di scienza dell'amministrazione*».

¹³⁶ Cfr. M.S. GIANNINI, *La scienza dell'amministrazione*, in *La scienza e la tecnica della organizzazione nella pubblica amministrazione*, gennaio-marzo, 1961, 1, 3, ora in *Scritti*, vol. IV, Milano, 2004, 886 ss. (da cui si cita). Secondo l'A., a cavallo fra l'Ottocento e il Novecento, riguardo alla disciplina di scienza dell'amministrazione si affermarono due indirizzi. Il primo fu proposto da giuristi (Orlando, Presutti, Ferraris), i quali partivano dal concetto che la scienza del diritto si dovesse occupare solo degli aspetti di dogmatica giuridica dei fatti amministrativi, e non invece dei singoli istituti propri dei diritti positivi, i quali, pertanto, ricadevano nel dominio della scienza dell'amministrazione. Il secondo indirizzo ravvisò nella scienza dell'amministrazione una disciplina tecnica, e più precisamente, una tecnica applicativa. In Italia l'enunciazione di tale concezione si deve a Vacchelli, ma le applicazioni più importanti si ebbero in Belgio, Germania, Stati Uniti.

¹³⁷ In tal senso cfr. P. CALANDRA, voce *Efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma, 1988, p. 1, dove è detto che «*la bandiera del buon andamento [...] continua ad essere raccolta soprattutto dagli studi di scienza dell'organizzazione, oscillando tra l'efficacia (idoneità a raggiungere l'obiettivo) e l'efficienza (capacità di farlo con la migliore combinazione di mezzi possibile)*».

¹³⁸ M. WEBER, *Economia e società*, Milano, Ed. di Comunità, 1986.

¹³⁹ F.W. TAYLOR, *L'organizzazione scientifica del lavoro*, Milano, Ed. di Comunità, 1954, in part. pp. 150 ss.

¹⁴⁰ H. FAYOL, *Administration industrielle et générale* (1916), Paris, Dunod, 1956.

¹⁴¹ Va osservato come in tali studi particolare risalto sia dato ad alcuni criteri quali la specializzazione, che veniva operata attraverso la distribuzione dei compiti e la suddivisione di

Da tali studi, i cultori italiani di scienza dell'amministrazione non avevano recepito solo i criteri tecnici per la ricostruzione del concetto di efficienza, ma si erano spinti sino al punto di offrire una propria tesi dell'efficienza sul piano giuridico, la quale non solo potesse sopperire alle manchevolezze della dottrina giuspubblicistica, ma potesse esprimere un autonomo punto di vista¹⁴². A tal riguardo, basti osservare come in una delle opere più rappresentative di tali studi si dedichi un apposito paragrafo all'efficienza come precetto giuridico di buon andamento¹⁴³, in cui tuttavia particolare enfasi è posta sulla questione del metodo¹⁴⁴ più che sulla ricostruzione in termini giuridici del criterio di efficienza¹⁴⁵.

Si afferma, in specie, come «*il mondo del diritto e della garanzia giuridica rappresent[ati] ancora e sempre la nobiltà, il momento elevato dell'organizzazione aziendale. La concezione aziendalistica si presenta invece modestamente con caratteristiche quasi mercantili (economicità, rapidità, efficienza). Eppure, questo aspetto dell'amministrazione moderna diviene, nonostante tutto, sempre più importante, appunto perché rappresenta un momento economico*»¹⁴⁶. Stante ciò, secondo tale dottrina «*vi è una economicità politico-sociale*

ciascuna operazione da svolgere nelle sue varie componenti; la standardizzazione nell'adempimento dei compiti, la quale comportava che i livelli più alti dell'organizzazione prescrivessero non solo il fine del compito specifico assegnato a ciascun organo, ma anche i mezzi per raggiungere il fine; l'unità del comando e la centralizzazione dell'attività di decisione; l'uniformità delle procedure.

¹⁴² In tal senso cfr. R. BETTINI, *Il principio di efficienza in scienza dell'amministrazione*, cit., p. 82, dove si afferma che la verifica dell'efficienza dell'azione amministrativa non può risolversi in un giudizio di legittimità, ma «*nella constatazione della razionale proporzione della congruità storica dell'azione amministrativa nel suo sforzo, articolarsi, strumentarsi rispetto al fine prestabilito*».

¹⁴³ Cfr. O. SEPE, *L'efficienza nell'azione amministrativa*, cit., p. 47, par. 8.

¹⁴⁴ Sull'autonomia della scienza dell'amministrazione si v. R. BETTINI, *La scienza dell'amministrazione come scienza sociale empirica e la nozione di amministrare*, in *La scienza e la tecnica dell'organizzazione nella P.A.*, 4, 1968.

¹⁴⁵ Volendo, invece, rintracciare la nozione di efficienza elaborata da Sepe all'esito dell'intero suo lavoro si può dire che l'efficienza viene postulata come un concetto relativo che va riferito alla fase dinamica dell'azione amministrativa, e non anche a quella «statica» della organizzazione. Sicché, in quanto tale, l'efficienza è verificabile solo *ex post*, non potendosi peraltro prescindere da quelle regole che sono utili a contrassegnare l'amministrazione pubblica da quella privata. Dalla relatività del concetto di efficienza viene fatto discendere che non esistono regole di «buona amministrazione», anche perché se tali regole si potessero dedurre in via generale sarebbero senz'altro giuridicizzabili.

¹⁴⁶ Cfr. O. SEPE, *L'efficienza nell'azione amministrativa*, cit., 47 (corsivo aggiunto).

Sul punto si v. F. BENVENUTI, *La scienza della pubblica amministrazione come sistema*, in *Riv. inter. sc. soc.*, 1965, p. 314, dove viene spiegato come «*fu proprio il diritto amministrativo a soffocare lo studio non giuridico dell'amministrazione*». Secondo l'A. ciò «*va imputato, da un lato, al maggior rigore formale delle costruzioni che esso era in grado di dare sulla base o, quanto meno, sugli stimoli che potevano venirgli da una elaborazione secolare della scienza giuridica in generale; dall'altro, e non come ad ultima causa, va imputato alla straordinaria ampiezza della legiferazione in materia amministrativa, divenuta solo ora un modo ormai tradizionale della nostra civiltà politica, ma dovuta, in realtà, ad una maniera di attuare il principio della divisione dei poteri che accentuava la funzione politica direttiva del Parlamento col conseguente*

dell'agire amministrativo che oggi acquista carattere, se non prevalente, certo non recessivo di fronte al momento giuridico garantistico»¹⁴⁷. Di qui l'affermazione secondo cui «la scienza dell'amministrazione, nel campo pubblicistico, non è più ancella del diritto», sicché deve «superarsi questo limite angusto affrontando l'analisi della organizzazione e dell'attività amministrativa non soltanto sotto il profilo [...] della garanzia giuridica», ma anche del dato economico¹⁴⁸.

È interessante notare come anche altra parte della dottrina del settore della scienza dell'amministrazione che si è occupata di formulare un criterio giuridico di efficienza abbia lamentato la marginalità cui tale disciplina era costretta da parte della scienza giuridica. Emblematiche in tal senso sono le affermazioni secondo cui «il problema dunque è quello dell'accertamento e della valutazione degli apporti che la scienza dell'amministrazione dà alla conoscenza del fatto amministrativo»¹⁴⁹. Ma si è consapevoli che la giuridicità del fatto amministrativo comporta necessariamente che dove si vogliano applicare ad esso i risultati, le indicazioni di altre discipline, e tra esse anche quelli della scienza dell'amministrazione, non può prescindere dalle qualificazioni giuridiche¹⁵⁰.

Come pure afferma Feliciano Benvenuti¹⁵¹, la scienza dell'amministrazione fornisce gli elementi per una continua azione di rinnovamento critico del diritto amministrativo, ma va tenuto sempre presente il metodo giuridico¹⁵² come punto di partenza per l'analisi della norma anche se que-

controllo del legislativo sull'esecutivo; controllo esplicantesi non solo attraverso il dibattito politico e quindi a posteriori, ma soprattutto attraverso la minuziosa regolamentazione dell'attività dell'esecutivo in termini di leggi e cioè in via preventiva».

¹⁴⁷ O. SEPE, *op. loc. ult. cit.* (corsivo dell'A.).

¹⁴⁸ O. SEPE, *op. ult. cit.*, p. 48.

¹⁴⁹ G. LEPORE, *Rilevanza giuridica del principio di efficienza nel fenomeno amministrativo*, in O. Sepe, G. Lepore, *Prospettive della scienza dell'amministrazione e rilevanza giuridica del principio di efficienza*, cit., p. 37, dove si aggiunge che «l'indagine sulla rilevanza delle regole e dei principi di scienza dell'amministrazione si sostanzia nella individuazione degli effetti giuridici delle regole non giuridiche e nell'esaminare quali implicazioni esse abbiano con le qualificazioni proprie del diritto amministrativo».

¹⁵⁰ G. LEPORE, *op. ult. cit.*, p. 38.

¹⁵¹ F. BENVENUTI, *Premesse giuridiche allo studio della scienza dell'amministrazione*, in *Atti del Primo Convegno di Scienza dell'amministrazione*, Varenna 26-29 settembre 1955, Milano, Giuffrè, 1957, pp. 83 ss. Benvenuti propone di mantenere l'autonomia scientifica del diritto amministrativo e il suo temperamento con la individuazione di una piattaforma in comune con la scienza dell'amministrazione.

Sempre in argomento si v. G. BERTI, *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in «Diritto e società», 1980, pp. 457 ss., in cui l'A. spiega che l'interpretazione della funzionalità amministrativa, sia nell'ottica giuridica che in quella della scienza dell'amministrazione, dovrebbe essere uno degli aspetti principali di un ipotetico lavoro di codificazione delle norme dell'azione pubblica.

¹⁵² Questa l'opinione di uno dei massimi esponenti italiani di scienza dell'amministrazione, G. CATALDI, *Sintesi dello stato attuale della tecnica dell'organizzazione nella Pubblica Amministrazione*, in *La scienza e la tecnica dell'organizzazione nella Pubblica Amministrazione*, 3,

sta fa riferimento a criteri o a concetti che sono propri di altre scienze, così come avviene nel caso dell'efficienza richiamata dall'art. 97 della Costituzione.

Altra dottrina pure rivendica la interdisciplinarietà dei metodi, ma a patto che ciò non porti a "diluire" il metodo giuridico nelle altre discipline sociali¹⁵³. In tal senso, la crisi del sistema amministrativo-legale non può essere superata solo «*fingendo l'estinzione del diritto e la consegna delle redini dell'azione pubblica al politico ed al sociale*». Se si vuole coniugare il diritto amministrativo con la scienza dell'amministrazione occorre che ciascuna disciplina proceda congiuntamente alle altre e, nel contempo, «*riadegui storicamente la propria autonoma funzione*»¹⁵⁴.

Una via comune, come visto, è stata pure indicata sia da chi ha accordato rilevanza giuridica all'organizzazione burocratica pubblica¹⁵⁵, sia da chi ha offerto una rilettura del potere amministrativo in senso sostanziale, non più come capacità formale di emettere provvedimenti, bensì come continuità tra la fattispecie legislativa astratta e la fattispecie concreta di amministrazione¹⁵⁶.

La fioritura degli studi di scienza dell'amministrazione e delle scienze economico-aziendalistiche cui si assisteva negli anni '70, quando si giunge ad accostare indistintamente il metodo giuridico ad altre discipline sociali, segna dunque un processo di rottura con tutti quegli orientamenti che avevano avvalorato l'autonomia del diritto pubblico e la sua sovraordinazione alle altre scienze che studiano l'amministrazione.

D'altra parte, che il diritto amministrativo stesse perdendo gran parte della propria autonomia era riconosciuto da autorevole dottrina¹⁵⁷, la quale, affermava l'insufficienza della scienza giuspubblicistica a garantire l'ordine

1968; ID., *Ancora sui rapporti della Scienza dell'Amministrazione con le altre discipline*, *ivi*, 4, 1968, dove è detto che «*non è possibile l'applicazione di regole organizzative senza tener conto degli indispensabili presupposti giuridici*».

¹⁵³ V. ANGIOLINI, *Il controllo di efficienza sull'attività locale. Tra diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*, in *Il Politico*, 1980, 617 ss.

¹⁵⁴ V. ANGIOLINI, *op. ult. cit.*, p. 630.

¹⁵⁵ G. PASTORI, *La burocrazia*, *cit.*, *passim*.

¹⁵⁶ G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, *cit.*, pp. 15 ss.

¹⁵⁷ M.S. GIANNINI, *L'unità della scienza dell'amministrazione*, in *Atti del Primo Convegno di Scienza dell'amministrazione*, *cit.*, pp. 63 ss., dove l'A. propone la ricostruzione dei rapporti tra diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione. Tale ricostruzione ha peraltro la propria premessa nella più generale configurazione data alle caratteristiche del sistema dei pubblici poteri. Secondo l'A., infatti, il sistema giuridico non potrebbe più basarsi sul primato della legge, ma si svilupperebbe alla stregua di impulsi politici e sociali, solo frammentariamente e non sempre in modo veritiero riflessi nell'ordinamento normativo. In questa prospettiva viene, quindi, assegnato un ruolo rilevante agli aspetti non giuridici dell'azione amministrativa, rispetto ai quali appunto il diritto amministrativo non potrebbe svolgere neppure una funzione unificante di formalizzazione. Sempre sullo stesso punto si v. anche ID., *I pubblici poteri nello stato pluriclasse*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, pp. 389 ss.

nell'attività, tanto da invocare la scienza dell'amministrazione come unica possibilità di ricomporre l'unità dell'azione pubblica.

In chiave critica si rileva che l'applicazione esclusiva di un metodo non giuridico come quello della scienza dell'amministrazione o delle discipline economico-aziendalistiche si dimostra insufficiente a fornire un concetto di efficienza che non sia meramente di tipo tecnico-economico. Ciò perché tali discipline, studiando il fenomeno amministrativo nel suo momento teleologico, cioè in funzione dell'attuazione dei fini sostanziali, e giudicando il suo obiettivo – l'attività amministrativa – rispetto al proprio fine, nel senso di stabilire se essa sia o meno adeguata al fine stesso, perdono di vista la peculiarità del fenomeno oggetto di studio.

Un giudizio di scienza dell'amministrazione o di scienza economico-aziendalistica inteso a stabilire se una certa attività sia adeguata o meno al suo fine (giudizio di efficienza) deve presupporre in primo luogo l'esistenza di idonei parametri e definire il concetto di efficienza su presupposti oggettivi.

Tuttavia, nonostante la bontà degli intenti, dagli studi di scienza dell'amministrazione e soprattutto da quelli economico-aziendalistici non è dato rilevare la possibilità di operare un giudizio di efficienza in base a criteri oggettivi, ma solo l'applicazione di quei criteri di valutazione che si giustificano nell'ambito di una concezione produttivistica del criterio di efficienza.

8. L'efficienza come risultato-funzione dell'azione amministrativa nella struttura policentrica dell'ordinamento.

8.1. La critica alla tesi bertiana della pluralità di ordinamenti composti di poteri. Il coordinamento dei poteri come operazione che dà forma al profilo organizzatorio e funzionale del buon andamento.

Sul finire degli anni '70 la dottrina giuridica torna nuovamente ad occuparsi dell'argomento e lo fa attraverso un'opera che pone al centro del dibattito in modo diretto *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*¹⁵⁸.

Si tratta di un'opera che fa da spartiacque tra la dottrina classica e la dottrina moderna del diritto amministrativo e segna idealmente l'ingresso nella fase più recente dell'indagine che si sta svolgendo sull'emersione del concetto

¹⁵⁸ A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1979.

giuridico di efficienza in tale ambito del diritto. Con quest'opera, in effetti, si compie un ulteriore e decisivo passo verso l'identificazione del canone di buon andamento con il criterio efficienza.

Soffermandosi ad esaminare l'indirizzo di studi che, come visto, aveva posto al centro dell'attenzione il buon andamento quale previsione costituzionale che esprime principi o valori giuridici riassumibili nel dovere di buona amministrazione¹⁵⁹, si rilevava, in particolare, come il filone di studi avviato da Berti¹⁶⁰, il quale aveva posto al centro del dibattito teorico il pluralismo come pluralità di ordinamenti composti di poteri e aveva perciò affermato che l'attuazione del buon andamento si realizzava attraverso il coordinamento della pluralità degli interessi protetti, si esponesse particolarmente a due critiche: i) la prima, di natura terminologica, è rappresentata dal fatto che l'assenza di chiarezza precettiva del buon andamento si riverbera sul termine "coordinamento"; ii) la seconda, la quale riprende la critica che già Nigro¹⁶¹, come visto, ebbe a fare a Berti, è quella di ricondurre il concetto di buon andamento (e tramite di esso quello di efficienza) ad una dimensione puramente strumentale e dunque insufficiente a fornire allo stesso un qualche valore precettivo dal punto di vista giuridico¹⁶².

In relazione a quest'ultimo aspetto, il coordinamento dei poteri viene considerata un'operazione che dà forma al profilo organizzatorio e funzionale del buon andamento dell'amministrazione, così che lo stesso abbia in linea teorica un'efficacia anche contenutistica di conformazione degli interessi pubblici¹⁶³. Ciò, inoltre, «*comporta di accettare come conseguenza di un comando di ordine costi-*

¹⁵⁹ A. ANDREANI, *op. ult. cit.*, p. 19. Secondo l'A. il buon andamento era stato trattato in dottrina secondo tre indirizzi, cui possono ricondursi le varie posizioni teoriche. Nel primo indirizzo si afferma che il precetto costituzionale sul buon andamento non ha valore precettivo, ma solo programmatico. Nel secondo si riconduce tale precetto sostanzialmente al dovere (od onere) di buona amministrazione e quindi al criterio dell'efficienza. Nel terzo si considera il buon andamento come modalità di esercizio del potere amministrativo, al quale è funzionalizzata l'organizzazione dell'amministrazione.

¹⁶⁰ Cfr. G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., pp. 90 ss., in part. nota 28, dove è detto che «*il coordinamento [...] è alquanto essenziale, se riferito ai poteri e specialmente al loro pluralismo [...] l'essenza del fenomeno di coordinamento si coglie nell'interno della organizzazione e si svolge tra poteri e non tra figure soggettive*».

¹⁶¹ Come visto a proposito del contributo di Berti, questo fu criticato da Nigro in quanto a dire di tale A. l'impostazione bertiana risolverebbe il buon andamento nella «*descrizione di una fenomenologia la quale si riscontra in ogni ordinamento perché conaturata con la stessa esistenza e gli stessi caratteri della organizzazione*».

¹⁶² A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento*, cit., p. 29.

¹⁶³ Sul punto si v. S. STAMMATI, *Il buon andamento dell'amministrazione: una rilettura e principi per un ripensamento (riattraversando gli articoli 95, 3° comma e 97, 1° comma della Costituzione)*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 795 ss., ma sul punto p. 804.

*tuzionale la funzione prescrittiva di contenuti determinati (più o meno genericamente) che il meccanismo strutturale del coordinamento si trova ad assolvere*¹⁶⁴. Sicché, in questa prospettiva, appare chiarito pure il fine che tale dottrina intende realizzare, vale a dire quello di formare un legame tra gli aspetti strutturali e funzionali del buon andamento e gli aspetti sostanziali dell'amministrazione.

In linea generale lo scopo di questo studio sta nell'assegnare un «*compiuto significato precettivo alla disposizione costituzionale sul buon andamento dell'amministrazione*», tramite la ricerca nello stesso di un principio ricostruttivo dell'azione e dell'organizzazione amministrative tale per cui l'azione e l'organizzazione medesime possano essere complessivamente considerate all'interno di una «*struttura policentrica*»¹⁶⁵. In tale ottica per rendere effettivo il principio di buon andamento dell'amministrazione nell'ordinamento si deve partire dall'idea in base alla quale ogni soggetto o centro di interessi pubblico ha un'attività che va valutata solo in relazione all'attività degli altri soggetti o centri di interessi e non isolatamente.

A tal proposito, si afferma che la valutazione del buon andamento come composizione e armonizzazione degli interessi protetti non può arrestarsi al piano dei soggetti pubblici, né a quello del coordinamento fra poteri, e ciò perché il fatto di considerare gli interessi protetti come attuazione del potere trascende l'apprezzamento dei rapporti fra poteri. Ciò spiegherebbe anche perché l'altro principio, quello dell'imparzialità, sembri pertinente ad una sfera diversa e sostanzialmente più ristretta di quella del buon andamento, essendo «*l'uno predicabile soltanto da soggetti pubblici e l'altro esteso alla sfera più vasta degli interessi pubblici, come elemento di equilibrio fra gli stessi*»¹⁶⁶.

Altra peculiarità di tale impostazione è costituita dall'affermazione secondo cui il buon andamento può identificarsi con l'«*imparzialità intersoggettiva*», vale a dire con l'articolazione delle relazioni pubbliche intersoggettive che fanno in modo che gli interessi protetti sottesi all'azione di ciascun soggetto amministrativo si accordino con gli altri interessi, secondo il criterio ottimale ricavabile dall'ordinamento giuridico. Dal principio dell'art. 97 Cost. e sulla base di uno studio di Satta¹⁶⁷, sono anche enucleati dei principi complementari da cui si deduce la necessità giuridica del coordinamento degli interessi pubblici perse-

¹⁶⁴ A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento*, cit., p. 55. Secondo l'A., inoltre, il raccordo tra organizzazione e prescrizione sostanziale degli interessi rappresenta un passo avanti qualitativo rispetto ai dubbi posti in passato dalla dottrina.

¹⁶⁵ A. ANDREANI, *op. ult. cit.*, p. 30.

¹⁶⁶ A. ANDREANI, *op. ult. cit.*, pp. 30-31.

¹⁶⁷ Cfr. F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, Cedam, 1969, 96.

guiti dall'amministrazione che costituisce, secondo Andreani, il fine ultimo dell'organizzazione per realizzare il buon andamento quale scopo dell'ordinamento pluralistico¹⁶⁸.

8.2. L'efficienza come parametro per la composizione intersoggettiva degli interessi protetti emergenti dal pluralismo organizzativo

Venendo ai profili che attengono più specificatamente alla considerazione del buon andamento come criterio di efficienza, secondo l'Andreani tale criterio può fungere da parametro per la composizione intersoggettiva degli interessi protetti emergenti dal pluralismo organizzativo; solo attraverso questa funzione può manifestarsi nell'ordinamento un concetto giuridico di efficienza.

In questa prospettiva, in modo condivisibile, tale dottrina afferma che l'efficienza è un'«unità di misura non di carattere economicistico ma giuridico, o quanto meno suscumbibile in principi valutativi giuridicamente rilevanti»¹⁶⁹. Tale considerazione, secondo l'A., non implica necessariamente che tutti i comportamenti amministrativi ripetano formule predeterminate per legge, né che venga meno il valore del potere discrezionale dell'amministrazione, ma che i precetti costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità siano intesi quali canoni teleologici inerenti ad un quadro normativo coperto da riserva di legge e in cui, siccome gli stessi risultano formulati in modo ampio, siano ricercati i termini di riferimento che consentano di misurare il se e il quando della loro realizzazione.

Pure condivisibile è l'idea – che peraltro si rifà alle tesi di Berti¹⁷⁰ e Pastori¹⁷¹ – secondo cui buon andamento e imparzialità rappresentano principi strettamente complementari. In questa prospettiva, la proposta di un precetto di buon andamento che possa dirsi effettivamente autonomo e dotato di un valore precettivo non può essere favorevolmente sviluppata se non interpretandolo in stretta relazione con l'altro precetto dell'imparzialità¹⁷², sulla base di

¹⁶⁸ A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento*, cit., p. 38.

¹⁶⁹ A. ANDREANI, *op. ult. cit.*, p. 31, dove l'A. spiega come la linea di sviluppo del lavoro parte dalla insufficienza che la concezione tradizionale ha espresso in ordine al raccordo tra garanzia di legittimità e giurisdizione amministrativa.

¹⁷⁰ G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., p. 100.

¹⁷¹ G. PASTORI, *La burocrazia*, cit., p. 91.

¹⁷² Sul principio di imparzialità e i modi della sua tutela è imprescindibile il rimando a S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 1973, *passim* ma per l'impostazione teorica in part. pp. 51 ss. Per l'esame dell'imparzialità in relazione all'efficienza dell'azione amministrativa in part. 65, dove, in riferimento all'ordinamento inglese, è detto che il tema dell'imparzialità «si pone in una zona di conflitto tra principii giuridici non scritti (che dispongono l'imparzialità dell'amministrazione) e leggi (che sono principalmente intese ad assicurare l'efficienza o la rapidità dell'azione amministrativa)».

un'endiadi che consente di avanzare una nozione unitaria di efficienza¹⁷³.

Alla base di tale impostazione, va detto, vi è l'interpretazione della norma costituzionale di cui all'art. 97 quale raccordo fra il momento funzionale (attività) e il momento strutturale (organizzazione) dell'amministrazione. In tale raccordo viene altresì avvertita l'esigenza che la cura degli interessi implicati nell'ordinamento amministrativo si realizzi in modo sostanzialmente soddisfacente e non solo in modo formalmente corretto¹⁷⁴. L'idea della struttura amministrativa pluralistica postula per tale via che il buon andamento non debba valutarsi avendo riguardo solo alla legittimità formale degli atti, ma debba essere la risultante di due momenti compositi: da una parte l'attività (e non il solo atto) preordinata al soddisfacimento di specifici interessi protetti, dall'altra l'ottimale combinazione di una pluralità di centri di attività (e di interessi) compresenti nell'organizzazione¹⁷⁵.

In questa prospettiva, si osserva come il risultato del buon andamento o efficienza della «organizzazione-attività» complessivamente considerata sia ottenibile solo in un quadro più generale dell'ordinamento, il quale sia comprensivo dei rapporti di interessi valutati intersoggettivamente e non limitatamente all'attività dei singoli soggetti. Ciò – viene spiegato – vale a maggior ragione per il criterio di efficienza che è nozione di valutazione generale e comprensiva non solamente del risultato, ma anche della funzione, giacché l'efficienza è un “risultato-funzione” che ha natura di parametro valutativo in base all'attitudine che esso possiede di raggiungere il fine prestabilito.

Di qui si considera la nozione giuridica di efficienza quale condizione essenziale dell'esigenza di buon andamento dell'amministrazione che, non limitandosi ad indicare concetti generali come quello di flessibilità o di elasticità dell'azione amministrativa (in riferimento all'opera di Nigro) o altri ancora di natura puramente economica (in riferimento agli studiosi di scienza dell'amministrazione), sia idonea ad assicurare «l'armonia degli interessi protetti emergenti»¹⁷⁶. Tale condizione, secondo l'A., è soddisfatta solo se si dà una possibilità «di unificazione (articolata) della pluralità amministrativa», in ragione della quale «la nozione di buon andamento da funzionale si manifesta nuovamente come strutturale in un interscambio continuo»¹⁷⁷.

¹⁷³ A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento*, cit., p. 32, dove è detto anche come tale lettura della norma costituzionale si muova nella direzione giusta, giacché respinge suggestioni che nascono da letture dell'art. 97 Cost. semplificate e in base alle quali buon andamento e imparzialità si porrebbero su piani diversi se non addirittura antitetici.

¹⁷⁴ A. ANDREANI, *op. ult. cit.*, p. 38.

¹⁷⁵ A. ANDREANI, *op. ult. cit.*, p. 39.

¹⁷⁶ A. ANDREANI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁷⁷ A. ANDREANI, *op. loc. ult. cit.*

Si rende evidente come alla base di tale impostazione vi sia la considerazione del criterio di efficienza quale ‘risultato’ dell’attività e dell’organizzazione amministrativa. Ma l’aver declinato il concetto di efficienza secondo l’idea di risultato – come meglio si vedrà tra poco – implica già di per sé l’idea di un concetto tecnico-economico di efficienza. Non è sufficiente, infatti, affermare che «non si deve portare il discorso sul piano efficientistico [...] dal momento che il buon andamento in senso giuridico resta comunque nozione essenzialmente diversa dal buon andamento in senso tecnico», se poi, subito dopo, si postula che il «contenuto precettivo del buon andamento» si risolve in un «sistema di applicazione di [...] strumenti di organizzazione atti a garantire [...] la (ottima) soddisfazione (globale) dei molteplici interessi»¹⁷⁸.

Nella parte in cui viene esposto il buon andamento come precetto sostanziale vi è un passaggio dove si legge quanto segue: «In primo luogo la qualificazione di “buono” (buon andamento, buona amministrazione) non è riferibile ad un giudizio di valore di carattere morale e soggettivo, ma ad un giudizio di valore giuridico; il problema è poi quello di attribuire alla qualificazione giuridico-formale un contenuto anche sostanziale e cioè di tipo giuridico-sostanziale-economico» tant’è che «tutto lo svolgimento del saggio è impegnato al conseguimento di questo risultato, ad avvicinare le valutazioni socio-economiche, sostanziali al contenuto dei valori giuridicamente affermati nell’ordinamento»¹⁷⁹.

Da ciò è dato rilevare, in senso critico, come nella nozione di buon andamento (e, quindi, di efficienza) avanzata da tale dottrina non si riesca a separare il contenuto giuridico da quello puramente economico o attinente alla sfera economica, ma anzi, si dia vita ad un circolo di eterointegrazione della fattispecie normativa con altri criteri o principi extragiuridici che non consentono di cogliere la nozione in questione come appartenente esclusivamente alla sfera del diritto.

Come si è correttamente avvertito, in tale impostazione si considera l’art. 97 Cost. quale norma che «riconosc[e] tutt’al più l’attitudine dei principi extranormativi che costituiscono il merito a porsi come elemento integrativo di un principio di rilevanza costituzionale»¹⁸⁰.

Va detto, tuttavia, che l’opera in questione per quanto concerne lo studio del canone di buon andamento ha senz’altro segnato l’avvio di una nuova fase per la dottrina amministrativistica, la quale, da quel momento non potrà più in discussione l’identificazione di tale canone con il criterio dell’efficienza, né re-

¹⁷⁸ A. ANDREANI, *op. ult. cit.*, 41, (secondo corsivo aggiunto).

¹⁷⁹ A. ANDREANI, *op. ult. cit.*, pp. 150-151, n. 4, (corsivi aggiunti). L’A., in particolare, si pone nella prospettiva dello studio di F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, cit., p. 98.

¹⁸⁰ P. CALANDRA, voce *Efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione*, cit., p. 2.

vocherà più in dubbio la sua portata precettiva, ma anzi si proietterà alla ricerca, con maggiore cognizione di causa, dell'individuazione del concreto valore giuridico da assegnare a tale criterio.

SEZIONE II

Profili ricostruttivi

9. Il retroterra culturale e le ragioni dell'inserimento dei criteri di matrice economica nella legge generale sul procedimento

9.1. Il "Rapporto Giannini" e le principali cause dell'inefficienza della pubblica amministrazione

Con l'analisi del precedente contributo si chiude idealmente la parte dell'indagine dedicata all'individuazione del concetto giuridico di efficienza nella dottrina più risalente nel tempo e si apre quella volta a ricercare la configurazione di tale concetto nella letteratura più recente.

In questo nuovo orizzonte di ricerca sicuro rilievo riveste l'emanazione della fondamentale legge sul procedimento amministrativo¹⁸¹ (l. n. 241/1990),

¹⁸¹ In Europa il procedimento amministrativo trovò la sua prima disciplina in Austria, agli inizi del secolo, ma sono divenute un archetipo le leggi del 1925; ad esse si ispirarono le leggi adottate in Polonia, Cecoslovacchia, Jugoslavia e Ungheria. Dopo il 1945, questi Stati hanno ridisegnato le leggi sul procedimento. Successivamente sono state emanate le leggi sul procedimento in Spagna e negli Stati Uniti sino a quella in Germania occidentale del 1980. In Italia si discusse a lungo, sin dal 1948, sull'opportunità di adottare una legge generale e furono elaborate alcune proposte di legge fra cui la più importante è quella di Lucifredi che risale al 1958, ma il Parlamento non giunse mai a portare a conclusione l'iter approvativo. Si dovette attendere l'inizio dell'ultimo decennio del Novecento per vedere promulgata la l. 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo e sull'accesso ai documenti. Per un'ampia trattazione delle procedure negli Stati sopra citati si v. G. PASTORI (a cura di), *La procedura amministrativa*, cit., passim. Sull'importanza dell'approvazione della legge del 1990 si v. S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, III ed. riv. e agg., cit., 326 ss., dove si parla di «rivoluzione amministrativa» e si spiegano le necessità che hanno portato anche l'Italia ad approvare una legge generale di procedura. In tal senso, secondo l'A., si possono individuare tre ragioni: i) per diminuire il disorientamento del cittadino dinanzi al numero e alla varietà delle strutture procedimentali; ii) per assicurare all'interno delle amministrazioni un giusto equilibrio tra il bisogno di autonomia dei corpi amministrativi funzionali e la necessità di controllo di quelli centrali; iii) per garantire le situazioni giuridiche soggettive dei cittadini, scarsamente protette dai giudici. Secondo l'A., dunque, la legge generale sul procedimento del 1990 «risponde sia a bisogni del corpo amministrativo (secondo motivo), sia ad esigenze relative ai rapporti tra amministrazione e cittadini (primo e terzo motivo)».

In argomento si v. gli atti del Convegno di Messina-Taormina, poi raccolti in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1990; i quali costituiscono un immediato antecedente della

la quale all'art. 1 dà piena dignità giuridica all'efficienza come principio cardine dell'azione amministrativa. L'art. 1 della l. n. 241/1990, nella parte in cui prevede che l'azione amministrativa sia retta da criteri di matrice economica, costituisce una novità di particolare importanza per l'ordinamento amministrativo italiano, nel quale, prima di allora, non si erano avute norme di diritto positivo che facessero espressamente riferimento a tali criteri come principi ordinatori dell'attività della pubblica amministrazione.

La novità che si registra con l'introduzione dei criteri economici e in particolare del canone di efficienza nella legge generale sul procedimento amministrativo non è tuttavia frutto di un'elaborazione estemporanea del legislatore, ma è in realtà il portato di un forte retroterra scientifico e culturale che si era prodotto da circa un decennio precedentemente all'emanazione della legge stessa. Si deve infatti fare un passo indietro e tornare agli anni '80 per comprendere le ragioni dell'introduzione dei principi e criteri della scienza economica all'interno della prima e più importante legge di procedura amministrativa dell'ordinamento italiano.

In Italia questi anni costituiscono un periodo di transizione particolarmente delicato, dove è in atto un profondo mutamento culturale in relazione alla percezione delle istituzioni pubbliche che i cittadini hanno come enti non più funzionali alla cura degli interessi della collettività. Da più parti si lamenta una scarsa rispondenza degli apparati burocratici dello stato al moderno contesto economico e industriale di mercato. Le amministrazioni si dimostrano così incapaci di soddisfare in modo adeguato i fabbisogni pratici di privati e imprese, che sempre in maggior misura si trovano ad essere attratti da un contesto di ordine globale in cui si fa largo in modo assorbente la dinamica dell'economia del libero mercato.

In questo contesto, particolare interesse ai fini dell'indagine riveste il "Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato" (d'ora in poi *Rapporto*), presentato al Parlamento dall'allora Ministro per la funzione pubblica Massimo Severo Giannini. Non è un caso, d'altra parte, se da tale do-

l. n. 241/1990, nonché quelli del Convegno di Perugia, poi raccolti in B. CAVALLO (a cura di), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso*, Napoli, ESI, 1991.

Per un quadro generale, fornito subito dopo l'emanazione della legge 7 agosto 1990, n. 241, si v. G. CORSO, F. TERESI, *Procedimento amministrativo e diritto di accesso*, Rimini, Maggioli Editore, 1991.

Per un'ampia trattazione in chiave storica che ripercorre le tappe dell'approvazione della legge sul procedimento, guardando anche al passato e al fallito tentativo di una legge generale di procedura da parte della commissione Forti negli anni '40 dello scorso secolo, si v. L. ACQUARONE, *Il problema generale dell'azione amministrativa: dai primi tentativi alle leggi in vigore*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, cit., spec. pp. 3-12.

cumento sul finire dell'ottava legislatura prende concretamente avvio l'iter che, attraverso la commissione di studio coordinata dallo stesso Giannini¹⁸², porterà all'approvazione della legge generale sul procedimento amministrativo del 1990¹⁸³.

Il *Rapporto* individua i principali punti critici che riguardano le amministrazioni pubbliche e le loro organizzazioni e indica come prospettiva quella di un "ripensamento" generale della posizione che tali amministrazioni assumono in uno stato industriale avanzato. Il *Rapporto*, in sostanza, pone speciale enfasi sul ruolo che gli stati moderni vanno assumendo nel contesto di mercato come aziende erogatrici di beni e servizi, e in tal senso viene sottolineato come «*nel giro di pochi decenni, essi, partiti come enti di funzioni di ordine e di base, tipicamente autoritativi, siano divenuti anche [...] enti gestori di trasferimenti di ricchezza*»¹⁸⁴.

Si focalizza l'attenzione sul divario che esiste fra l'organizzazione dell'amministrazione pubblica e quella delle società private, soprattutto per ciò che concerne l'uso delle tecniche di amministrazione secondo le impostazioni tipiche delle scienze non giuridiche e particolarmente di quelle economico-aziendalistiche.

In tal senso il *Rapporto* mostra come le amministrazioni pubbliche, nelle quali si riscontra una forte «*arretratezza delle tecniche di amministrazione*»¹⁸⁵, siano

¹⁸² La commissione coordinata dal Professor Giannini si articolava in tre sottocommissioni, presiedute rispettivamente dai Professori Cassese e Nigro e dall'Avv. Laschena.

¹⁸³ Le proposte della Commissione Nigro furono recepite in una relazione del Presidente del Consiglio dei Ministri presentata alle Camere il 7 settembre 1984 e trasmessa al Consiglio di Stato, il quale in Adunanza generale espresse il proprio parere in merito il 19 febbraio 1987 (Ad. gen. Cons. Stato, n. 7). Le proposte della Commissione Nigro furono infine trasfuse in un disegno di legge che recepiva anche i rilievi del Consiglio di Stato. Tale disegno di legge venne presentato alla Camera il 9 marzo 1987 (A.C. 4504), ma non venne esaminato per via dello scioglimento anticipato delle Camere. Nella decima legislatura, il Governo presentò il medesimo disegno di legge alla Camera dei Deputati, in data 19 novembre 1987 (A.C. 1913). Il disegno di legge governativo venne assegnato alla Commissione Affari costituzionali in sede referente, la quale esaminò unitamente le proposte di legge Russo-Franco (A.C. 2003) e Bassanini-Becchi (A.C. 1218), di contenuto pressoché identico. La Commissione Affari costituzionali approvò il testo nella seduta del 22 marzo 1990. Il passaggio in Senato del testo vide l'assegnazione del medesimo alla corrispondente Commissione Affari costituzionali, la quale, non senza qualche difficoltà, approvò definitivamente il testo il 31 luglio 1990. Per una puntuale ricognizione cfr. L. ACQUARONE, *Il problema generale dell'azione amministrativa: dai primi tentativi alle leggi in vigore*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, cit., spec. pp. 8-12.

¹⁸⁴ Il rapporto fu trasmesso alle Camere il 16 novembre 1979. Per la sua pubblicazione si v. M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, in *Foro. it.*, V, 1979, 289 ss., poi anche in *Scritti*, vol. VII, Milano, 2005, pp. 327 ss., (da cui si cita), ma sul punto p. 328, par. 1.3 dal titolo "L'azienda Stato".

¹⁸⁵ Cfr. M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, p. 330, dove, in tal senso, viene dimostrato come l'impiego di tecniche di amministrazione inadeguate alle attività da erogare rappresenti uno dei

nettamente meno efficienti e produttive delle imprese private¹⁸⁶. A tal proposito, secondo Giannini, un ruolo chiave per l'efficienza dell'amministrazione pubblica gioca il fattore della produttività e quello della sua misurazione. Senza un'approfondita conoscenza del grado di produttività delle organizzazioni amministrative non è possibile stabilire dove bisogna intervenire per rendere più efficiente l'azione dei pubblici poteri e dei suoi uffici; sicché, sempre tramite l'ausilio delle scienze economico-aziendalistiche e delle tecniche dell'amministrazione, si rende necessario introdurre degli indicatori di produttività sulla scorta dei quali è possibile stimare l'efficienza o l'inefficienza nell'adempimento di una prestazione o nell'erogazione di un servizio pubblico a favore del cittadino-utente¹⁸⁷.

Il criterio di efficienza, quindi, viene posto in relazione con il fattore della produttività¹⁸⁸, in modo che sia possibile – mediante parametri qualitativi attinenti alla soddisfazione degli utenti – individuare degli indicatori di produttività-efficienza in grado di fornire informazioni sul buon andamento delle amministrazioni pubbliche¹⁸⁹.

nodi principali dell'inefficienza amministrativa. Secondo l'A., inoltre, «[a] questa carenza sono da imputare le immagini popolari delle organizzazioni pubbliche, come composte, secondo i giudizi più spinti in negativo, di inetti e di fannulloni, e secondo quelli più in positivo, di tardigradi e di cultori di formalismo».

¹⁸⁶ Cfr. M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, par. 2.1 intitolato “Arretratezza delle tecniche di amministrazione”, dove è detto che «[a]d iniziare dai servizi di connettivo (protocollo, archivio, copia, spedizione, comunicazione), fino ai processi decisionali, i tempi tecnici delle amministrazioni pubbliche sono in media tre volte più lunghi di quelli privati, e i prodotti sono sempre scadenti. Ciò senza considerare vicende di punta, come quelle relative all'adempimento delle obbligazioni pecuniarie comuni, al pagamento di talune indennità, alle liquidazioni di pensioni, e così via, per le quali, sulla pelle del cittadino, si consentono alle amministrazioni pubbliche comportamenti che le leggi vietano ad ogni privato».

¹⁸⁷ Cfr. M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, par. 2.2 intitolato “I problemi di produttività”, dove si spiega come la scarsa attenzione alle questioni di tecnica di amministrazione attinenti all'organizzazione, si ripercuota nella scarsa conoscenza che le amministrazioni pubbliche hanno circa la propria produttività.

¹⁸⁸ Cfr. M.S. GIANNINI, *op. loc. cit.* L'A., va detto, tiene a spiegare come in relazione al termine produttività vi siano due distinte accezioni, di cui, una prima, di portata più stretta, fa riferimento alla «produzione di beni o servizi fornita da un singolo lavoratore nell'ambito di un arco di tempo determinato, ossia come ora-uomo, o giornata-uomo, o settimana-uomo, ecc. (produttività-lavoro)»; una seconda, di portata più ampia, inerisce a «due indicatori: quello relativo all'efficacia, intesa come rapporto tra risultati ottenuti ed obiettivi prestabiliti, e quello relativo all'efficienza, intesa come rapporto tra risorse impiegate e risultati ottenuti, comprendendo tra le prime non solo le risorse umane, ma anche quelle di capitale, di materie prime, di energia». Va detto, a tal riguardo, come vi siano altre interpretazioni le quali ritengono che l'indicatore debba essere solo quello di efficienza, mentre la produttività in senso stretto sarebbe una componente, anche se importante dell'efficienza.

¹⁸⁹ Cfr. M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, par. 2.3 intitolato “Gli indicatori di produttività”, dove si denota ancora la natura economica del concetto di efficienza, giacché l'A. ritiene che «gli indicatori di produttività-efficienza [...] rifer[iscono] [...] lo scarto tra i risultati conseguiti, anche per le varie materie, e gli obiettivi di apprendimento che siano stati predisposti; per gli uffici erogatori di documenti è indicizzabile il tempo intercorrente tra la presentazione della domanda e il rilascio del documento; per le

Si osserva, dunque, come il fattore di indubbio rilievo del *Rapporto* consista proprio nel porre al centro dell'opinione pubblica e politica l'esigenza indifferibile di abbandonare tutti quei preconcetti, in virtù dei quali i criteri di azione proposti dalle scienze non giuridiche e ispirati a ragioni che si possono sinteticamente definire di "efficientismo" non possono entrare a far parte del novero dei principi e dei canoni ispiratori dell'azione dei pubblici poteri, in quanto tipicamente confinati alla sfera economica e come tali applicabili solo alle imprese e agli enti operanti sul mercato in veste di attori privati.

9.2. L'affermarsi di una nuova concezione di efficienza declinata secondo il metodo economico.

È in questo scenario che trova terreno fertile una nuova concezione di efficienza, declinata apertamente secondo metodi non giuridici e particolarmente connotata da profili di matrice economica. Ed è sullo sfondo di simile radicale mutamento che di pari passo si registra una nuova visione dell'amministrazione, la quale, se non può dirsi interamente assorbita, appare tuttavia in larga parte ordinata secondo direttive teoriche che sono proprie del nuovo canone di efficienza che andava affermandosi nel diritto amministrativo. Tale visione che si è affacciata agli inizi dell'ultimo decennio del secolo scorso, ma che poi si è largamente diffusa e può dirsi tuttora in corso, viene definita da più parti con la nota formula «*amministrazione di risultato*»¹⁹⁰. Va detto che

iscrizioni e gli accertamenti è indicizzabile il rapporto tra gli atti adottati e atti che avrebbero dovuto essere adottati, e così sia».

¹⁹⁰ In dottrina si v. L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 299 ss.; ID., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica Amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 57 ss.; ID., *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in C. Pinelli (a cura di), *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti*, Atti del Convegno di Macerata, 21 e 22 maggio 1999, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 37 ss. e in *Scritti in onore di Elio Casetta, cit.*, pp. 743 ss. (da cui si cita); ID. (a cura di), *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 1 ss.; ID., *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative* in M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati, cit.*, pp. 433 ss.; G. CORSO, *Amministrazione di risultati* in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 127 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione. Introduzione*, *ivi*, pp. 3 ss.; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato, cit.*, pp. 101 ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003, 1 ss.; M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati, cit.*, 5 ss.; S. CASSESE, *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati?»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 941; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, Jovene, 2005, pp. 556 ss.; L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, Cedam, 2008.

l'originaria formulazione – come si è avanzato in dottrina¹⁹¹ – si deve a Giannini, il quale, nel corso degli anni '60 aveva proposto un modello di “amministrazione per risultati” come tipologia alternativa al più noto modello di “amministrazione per atti”.

La formulazione gianniniana inizialmente a carattere per lo più descrittivo – inserendosi in una prospettiva di politica del diritto che l'A., *de jure condendo*, auspicava si affermasse in sostituzione della tipologia di amministrazione per atti largamente diffusa sino a quel momento – veniva in seguito sapientemente sintetizzata, sviluppandosi peraltro da una sua intuizione sulla c.d. imputazione di risultati¹⁹², in un'immagine generale dell'amministrazione moderna come entità suscettibile di essere valutata, secondo parametri economico-aziendalistici, sotto l'aspetto del risultato che essa riusciva a raggiungere¹⁹³.

¹⁹¹ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, vol. II, Napoli, Jovene, 2001, pp. 815-818. Sul punto, però, cfr. S. CASSESE, *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati?»*, cit., p. 941, dove, in merito all'attribuzione della formula «amministrazione per risultati» da parte di Romano Tassone a Giannini, è detto «non tutte vanno intese come formule scientifiche (sintesi di concetti) o pratiche (guida o criteri di azione). Alcune di esse sono formule che possiamo definire ottative o finalistiche: indicano un obiettivo, non possono rappresentare una sintesi, né prescrivere, perché non ne hanno la forza [...]. Sarà bene, dunque, per il futuro, stare attenti alle formule: possono incantare, ma anche portare sulla strada sbagliata».

Secondo l'A., si può pure continuare a parlare di amministrazione di risultato, ma a patto di essere edotti sul fatto che tale formula «è imprecisa e può servire come la teoria del flogisto, inutile per sé, ma efficace per le ricerche che stimola». In questa direzione, l'unico insegnamento che deriva dalla formulazione sta «[nel]l'esigenza di misurazione del fenomeno amministrativo». L'A., nella prospettiva dell'apertura del metodo giuridico agli altri saperi, auspica che si possano «moltiplicare gli sforzi iniziati un quarto di secolo fa per ristabilire i rapporti tra diritto amministrativo e statistica, sviluppare la statistica amministrativa, migliorare l'annuario della pubblica amministrazione».

¹⁹² Cfr. M.S. GIANNINI, *Organi di mera erogazione ed organizzazione impropria (a proposito degli Enti di patronato)*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1959, pp. 3 ss. e in *Studi in onore di Lorenzo Massa*, vol. III, 1961, p. 393 e infine in *Scritti*, vol. IV, Milano, 2004, pp. 705 ss. (da cui si cita), dove si illustra il caso di un ente centrale di patronato (I.N.C.A.) che svolge l'intera sua attività avvalendosi di apparati di altri enti. Secondo Giannini sta in ciò, a livello organizzativo, il valore fondamentale dell'imputazione di risultati: vale a dire di consentire ad una piccola organizzazione di esercitare attività rilevanti servendosi di organizzazioni altrui.

¹⁹³ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, III ed., vol. I, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 125-127, dove l'A., a proposito delle «imputazioni giuridiche», introduce la «imputazione di risultato», mediante il seguente esempio: «Suppongasì un centro di riferimento come un ente di promozione di una zona industriale, cioè un ente che non emette provvedimenti autoritativi, ma solo agisce facendo piani, convincendo imprese ad insediarsi nella zona, coordinando l'azione delle varie autorità competenti. Ciò che si imputa all'ente è il risultato ultimo della sua attività. Similmente un centro di riferimento per la lotta contro l'analfabetismo, nella misura in cui, con opera di organizzazione, di promozione di iniziative e di incoraggiamento di centri già esistenti, riesce ad attuare i propri fini, si imputa i risultati favorevoli o meno» (p. 126).

Secondo l'A., benché la dottrina ritenga che l'attività di centri di riferimento con quelli poco prima esemplificati non abbia rilevanza giuridica, è indubbio che se «gli amministratori di questi centri si rivelano incapaci, essi possono essere rimossi». Inoltre, sempre a tal riguardo, «si possono promuovere controlli per acclarare come è stato speso o non speso il pubblico danaro» ovvero «il parlamento o

Dall'impostazione gianniniana, dunque, prende avvio un generale ripensamento del tipico modello basato interamente sulla legalità formale, da cui si sviluppa una visione di amministrazione orientata al risultato come modello di «*gestione amministrativa*»¹⁹⁴, caratterizzata dal fatto di essere relativa ad un periodo di attività sufficientemente esteso e fondamentalmente di tipo economico.

10. L'affermarsi dell'amministrazione di risultato come modello che pone al centro dell'azione e dell'organizzazione amministrative l'efficienza

10.1. La dottrina amministrativistica contemporanea e l'assorbimento del concetto di efficienza nel concetto di risultato

L'emersione dell'amministrazione di risultato come fenomeno che prima fa propri e poi valorizza gli apporti della scienza economica, particolarmente elevando l'efficienza a criterio direttivo dell'organizzazione e dell'azione amministrative, è nitidamente osservabile nella legislazione sia ordinaria che speciale successiva alla fondamentale l. n. 241/1990.

Un orientamento al risultato in termini efficientistici è rinvenibile in varie norme e istituti di diritto positivo. Si pensi alla disciplina sulla responsabilità dirigenziale¹⁹⁵, di cui all'art. 21, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che ha assorbito la

il governo possono intervenire con misure, anche coattive, se si accerta che il risultato non favorevole è dovuto a cause identificabili e rimediabili».

In definitiva, secondo Giannini, l'attività di tali centri non è giuridicamente irrilevante, se dall'osservazione di quest'ultima possono discendere fatti giuridici che rappresentano presupposti di «*misure giuridiche definite*» (p. 127).

¹⁹⁴ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultati», cit.*, pp. 817-818. Secondo l'A., a Giannini non interessa definire sul piano della dogmatica giuridica i corollari della c.d. amministrazione per risultati, ma egli intende più che altro denunciare l'insufficienza dell'approccio della c.d. amministrazione per atti, perché quest'ultimo modello non è affatto in grado di offrire garanzie proprio per ciò che inerisce alla bontà dei risultati cui esso perviene.

¹⁹⁵ In chiave critica si v. S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, pp. 39 ss., ma sul punto pp. 51-52. Secondo l'A., la disciplina della responsabilità dirigenziale, pur prevedendo in linea di principio procedure e misurazioni trasparenti e oggettive dei risultati conseguiti, è tuttavia "neutralizzata" per via della «*logica fiduciaria fra politica e amministrazione che è irrimediabilmente alternativa rispetto a quella della valutazione e misurazione dei risultati su cui avrebbe dovuto fondarsi la aggiuntiva e autonoma responsabilità del corpo amministrativo*». In tal senso, secondo l'A., da un lato l'organo politico è consapevole del fatto che, a prescindere dalle valutazioni di risultato, egli può far valere le regole di responsabilità nei confronti del dirigente inefficiente «*avvalendosi dei propri poteri di conferimento, rinnovo e revoca dell'incarico*». Dall'altro lato, allo stesso modo, il dirigente è ben consapevole che «*la sua posizione dipende dalla capacità di acquisire e conservare la fiducia dell'organo politico che lo ha nominato e potrebbe confermarlo in carica*». In definitiva, secondo l'A., «*[i]l cuore del tradimento legislativo del modello di separazione autentica fra politica e amministrazione è rappresentato, dunque, dall'instaurazione*

primigenia disciplina¹⁹⁶ contenuta nel d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e nel d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, dove è previsto che il mancato raggiungimento degli obiettivi, accertato attraverso le risultanze del sistema di valutazione di cui al d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 (artt. 2-16), «*in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza [...] delle pubbliche amministrazioni*» comporta «*l'impossibilità di rinnovo dello stesso incarico dirigenziale*»¹⁹⁷.

L'orientamento al risultato efficiente dell'organizzazione amministrativa è rintracciabile pure in altri ambiti settoriali, come nella disciplina sul trasporto pubblico locale di cui all'art. 25 del d.l. 28 novembre 2008, n. 185 (conv. in l. 28 gennaio 2009, n. 2), nella parte in cui è detto che «*l'erogazione delle risorse è subordinata alla stipula dei nuovi contratti di servizio che devono rispondere a criteri di efficientamento e razionalizzazione*», o nella disciplina sulle fonti di energia e in quella sul sistema sanitario di cui agli artt. 1 e 79 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133), dove viene prescritto come obiettivo quello di garantire, rispettivamente, «*l'efficientamento delle fonti energetiche*» e «*l'efficienza della rete ospedaliera*».

Che l'organizzazione dell'amministrazione pubblica sia ordinata secondo il canone dell'efficienza in quanto vincolata al conseguimento di un risultato economicamente utile è tesi sostenuta nella dottrina contemporanea¹⁹⁸, dove, però, fa fatica ad emergere un concetto di efficienza, così come ora assorbito dal concetto di risultato¹⁹⁹, che non sia connotato da una valenza (meramente) economica²⁰⁰.

di una relazione strutturale fiduciaria fra tali due componenti. E tale relazione fiduciaria si manifesta, nella sua forma più evidente, nei meccanismi di c.d. spoils system, che il legislatore, statale e regionale, ha applicato agli incarichi dirigenziali».

¹⁹⁶ Come ricorda M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, in M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., p. 15, nota 1, «*la nozione di risultato è stata espressamente richiamata in sede di responsabilità dirigenziale [...] già prima della legislazione degli anni '90, nel d.p.r. n. 748/1972 (art. 19, comma 3°), che detta la disciplina sulla dirigenza*».

¹⁹⁷ La norma di cui all'art. 21, d.lgs. n. 165/2001, prosegue stabilendo che, «*in relazione alla gravità dei casi, l'amministrazione può inoltre, previa contestazione e nel rispetto del principio del contraddittorio, revocare l'incarico collocando il dirigente a disposizione dei ruoli di cui all'art. 23 ovvero recedere dal rapporto di lavoro secondo le disposizioni del contratto collettivo*».

¹⁹⁸ In tal senso si v. G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, cit., p. 127, dove si afferma che il criterio di efficienza è assunto a regola dell'attività amministrativa, nonché come canone dell'attività di controllo secondo le norme di cui all'art. 1, lett. b), d.lgs. n. 286/1999; L. IANNOITA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione*, cit., p. 63; V. CERULLI IRELLI, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione*, cit., p. 4.

¹⁹⁹ Nella trattazione e particolarmente in questo paragrafo si sostiene che il concetto di efficienza sia assorbito in parte dal concetto di «risultato».

²⁰⁰ Tale visione è presente anche nella recente giurisprudenza. In tal senso cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2017, n. 4307, dove, in tema di appalti, si sostiene come l'amministrazione debba raggiungere «*il miglior risultato non solo per il mercato in sé, ma per la stessa Pubblica amministrazione*».

Eppure, la stessa dottrina non è venuta meno al compito di elaborare una nozione di risultato e dunque di efficienza che avesse rilevanza su di un piano strettamente giuridico. In questa prospettiva si è proposto di superare l'impostazione secondo cui l'amministrazione di risultato è quella che opera in base ad un criterio di efficienza meramente produttivistico, nel senso di produrre risultati migliori a costi minori, riconoscendo altresì all'amministrazione la responsabilità del conseguimento dei risultati, così da adattare le modalità e i contenuti della propria azione alle varie necessità espresse dalla collettività e dai diversi contesti socio-economici e territoriali²⁰¹.

Secondo tale dottrina il compito dell'amministrazione non è (solo) di applicare la legge²⁰², ma nel rispetto di quest'ultima e del principio di imparzialità anche quello di farsi «*responsabile dei risultati*», così da operare e adattarsi al contesto e alla comunità di riferimento per realizzare al meglio gli obiettivi che le sono attribuiti secondo il criterio del buon andamento, vale a dire «*con il migliore uso possibile dei mezzi disponibili (efficienza)*»²⁰³. In questa prospettiva, inoltre, il concetto di efficienza verrebbe ad acquisire autonomia rispetto al concetto di buon andamento, non seguendone più le sorti come criterio sussidiario e peraltro di minore influenza riguardo all'altro principio dell'imparzialità²⁰⁴.

Da altro punto di vista si è osservato che in base al concetto di efficienza l'amministrazione non dovrebbe limitarsi «*a dare esecuzione passiva alla legge*», bensì dovrebbe realizzare gli obiettivi perseguiti «*con l'uso migliore delle risorse disponibili e con la migliore soddisfazione delle esigenze degli amministrati*», rispettando sempre il

²⁰¹ Cfr. M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, cit., pp. 560-563. L'A., poco dopo, specifica che il «*significato preciso da attribuire al termine "risultato" [...] da conseguire*» può essere individuato nella «*necessità di assicurare all'agire amministrativo il massimo di flessibilità e adattamento alle condizioni del contesto in modo da coglierne le esigenze e garantirne la migliore soddisfazione*» (p. 571).

²⁰² M. CAMMELLI, *op. ult. cit.*, pp. 576-577, dove è detto che all'amministrazione per essere efficiente «*non basta più l'agire legale [...] ed anzi, nell'attuale crisi della legge [...] si può ragionevolmente sostenere che la verifica del risultato raggiunto restituisce [...] la possibilità di valutare la correlazione tra attività amministrativa e realizzazione dell'interesse generale prima affidata esclusivamente ai controlli di legittimità*». In tali casi, ribadisce l'A., «*il rispetto della legge è elemento sempre necessario ma mai sufficiente*» (p. 576).

Va detto, a tal riguardo, che l'A. individua tre motivi dell'affermazione dell'amministrazione di risultato in Italia. Un primo motivo è rappresentato dalla reazione al tradizionale formalismo legalistico dell'agire amministrativo; un secondo è rinvenuto nella impossibilità di gestire in maniera accentrata realtà complesse che si presentano frequentemente nella società; il terzo e ultimo motivo risiede nello sforzo dell'amministrazione pubblica di dare un contributo utile alle sfide cruciali che «*banno fatto della p.a. un terreno strategico in cui giocare la soluzione di problemi più delicati emersi negli ultimi decenni dello scorso secolo*» (pp. 562-563).

²⁰³ M. CAMMELLI, *op. ult. cit.*, p. 561, il quale conclude aggiungendo come «*la sintesi di tutto ciò [sia] appunto amministrazione "performance-orientend", cioè "amministrazione di risultato"*» (p. 562).

²⁰⁴ M. CAMMELLI, *op. ult. cit.*, pp. 558-559.

principio di legalità e di imparzialità²⁰⁵. In quest'ottica, secondo tale dottrina, l'amministrazione di risultato è caratterizzata dal fatto di garantire ai consociati beni e servizi in «*tempi brevi, in modo trasparente, e con il miglior dispendio possibile di mezzi e personale*»²⁰⁶.

In tale impostazione, poiché la nozione di risultato si intreccia con la nozione di certezza, si richiede una diversa modalità di gestione del potere amministrativo, così da concedere ai privati la prevedibilità della decisione dell'amministrazione e particolarmente del suo contenuto e dei relativi effetti giuridici. Sicché è richiesto all'amministrazione di stabilire preventivamente «*i canoni, i parametri, le regole della propria condotta, così da soddisfare l'esigenza degli amministrati di conoscere prima le modalità ed i limiti dell'esercizio effettivo del potere*», anche al fine di una maggiore «*controllabilità della razionalità della procedura attraverso la quale la decisione stessa è stata assunta*»²⁰⁷.

Ciò è richiesto anche in virtù del fatto che «*l'Amministrazione, quale componente del Mercato, sia nei rapporti con i cittadini, sempre affidabile ed efficiente, come qualunque altro operatore giuridico*»²⁰⁸. Tale prospettiva è chiaramente osservabile nella recente legislazione, dove con la l. n. 241/1990 e le successive riforme si è riconosciuto il principio del risultato «*nella accezione di efficienza [...] dell'azione amministrativa*»²⁰⁹. Dal momento, poi, che l'efficienza opera sul piano della realtà materiale – ossia «*il piano sul quale opera quel principio di giustizia sostanziale, la cui vigenza nell'ordinamento è il risultato della combinazione del principio di uguaglianza sostanziale e della tutela dei diritti fondamentali, che viene invocato quale parametro di legittimità dell'amministrazione di risultato ed obiettivo di un diritto certo*» – va escluso che essa possa essere collocata «*nell'area del non giuridico*»²¹⁰.

Dal momento che il risultato è nozione riassuntiva del concetto di efficienza (oltre che di quello di efficacia ed economicità) si è sottolineato come

²⁰⁵ Cfr. M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, cit., pp. 23-25. Nel saggio l'A. mostra come esistano delle affinità – sia oggettive che soggettive – fra il concetto di risultato e quello della certezza, giacché sul versante oggettivo entrambi richiedono requisiti quali la tempestività, la chiarezza, la comprensibilità, la conoscibilità, la stabilità dell'atto e più in generale del potere amministrativo, mentre sul versante soggettivo entrambi sono preordinati a garantire «*un'aspettativa dei privati in relazione alla prevedibilità delle conseguenze delle proprie azioni, da un lato; di prevedibilità e controllabilità delle decisioni provenienti da una pubblica amministrazione, dall'altro lato*» (p. 24).

²⁰⁶ M. IMMORDINO, *op. ult. cit.*, 24, dove si sottolinea che in tal modo l'amministrazione di risultato realizza «*un equilibrato rapporto tra efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa*».

²⁰⁷ M. IMMORDINO, *op. loc. ult. cit.*

²⁰⁸ M. IMMORDINO, *op. loc. ult. cit.*

²⁰⁹ M. IMMORDINO, *op. ult. cit.*, pp. 34-35, dove si pone in evidenza come il portato di tale configurazione implichi che l'amministrazione agisca secondo il canone di buona fede.

²¹⁰ M. IMMORDINO, *op. ult. cit.*, p. 35. La stessa cosa, secondo l'A., vale anche per la certezza del diritto.

esso si traduca concretamente nel migliore utilizzo possibile dei mezzi e delle risorse disponibili da parte dell'amministrazione. Ciò, in parte, implica che l'amministrazione pubblica si conformi alle regole e ai canoni propri della scienza economico-aziendalistica. Tuttavia, partendo dal presupposto secondo cui non tutti i prodotti dell'azione e dell'organizzazione amministrative sono valutabili secondo logiche proprie del mercato, si è pure affermato che il concetto di risultato e la sua verifica rispondono «a criteri parzialmente diversi rispetto a quello dell'efficienza economica», onde poter garantire che gli obiettivi siano perseguiti dall'autorità pubblica in modo da soddisfare la domanda sociale²¹¹.

In questa prospettiva il concetto di risultato (e con esso quello di efficienza) è stato analizzato come criterio ermeneutico del dato normativo. Si è così affermato come la norma che disciplina i rapporti tra amministrazione e cittadino racchiuda sovente una generalizzazione che è espressione dei fenomeni di sovra-inclusione e sotto-inclusione, giacché può, a seconda dei casi, includere fattispecie che dovrebbero essere poste fuori dal suo ambito di applicazione o, viceversa, non includere quelle che dovrebbero rientrarvi. Per evitare le aporie che risulterebbero dall'applicazione della norma nelle fattispecie concrete, occorre che l'amministrazione guardi al risultato che la norma in questione intende perseguire per assolvere adeguatamente la sua funzione²¹².

È stato sostenuto, da parte della dottrina che ha elevato il risultato economico a canone ordinatore dell'azione amministrativa²¹³, come tale criterio, da un lato, tenda a trasformare la legalità nel rispetto dei principi piuttosto che delle prescrizioni normative, e dall'altro ad assumere parametri di valutazione di tipo informale e specialmente economico-aziendale esprimibili «in termini di quantità e qualità dei beni e dei servizi assicurati; di tempestività degli interventi; di quantità di risorse impiegate e di pregiudizi arrecati a terzi; di rapporto costi-benefici»²¹⁴.

²¹¹ Cfr. A. ZITO, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa*, in M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., p. 87.

²¹² A. ZITO, *op. ult. cit.*, pp. 90-92. L'A., in tale ottica, esamina il caso di una norma che stabilisce – in modo generale e astratto – che gli utenti debbano entrare negli uffici pubblici singolarmente. Se non si guarda al risultato che la norma ha di mira – evidentemente quello di evitare che si possa creare confusione all'ingresso di un ufficio dell'amministrazione – nel caso concreto potrebbero verificarsi aporie come nell'esempio che l'A. propone dove sarebbe vietato ad una persona diversamente abile di entrare nell'ufficio con l'aiuto di un accompagnatore.

²¹³ Cfr. L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione*, cit., p. 63. Tuttavia cfr. ID., *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative*, cit., p. 434, dove è detto che «[l]a concezione meramente economica di risultato [...] deve quindi ritenersi superata».

²¹⁴ L. IANNOTTA, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, cit., p. 743.

Secondo tale dottrina il risultato (e con esso l'efficienza) acquisirebbe rilevanza giuridica²¹⁵ nel momento in cui lo stesso concorra «*all'opera di riconduzione a diritto e ragione della realtà sociale*», collocandosi sul piano degli «*effetti materiali*»²¹⁶ così da divenire un nuovo elemento dell'ordinamento giuridico, e affiancandosi ad elementi tradizionali quali «*soggetti, norme, autorità, organizzazione*»²¹⁷. D'altra parte, il doveroso conseguimento di risultati qualitativamente e quantitativamente validi è divenuto uno dei fattori che contraddistinguono la moderna amministrazione pubblica, disegnata dal legislatore nelle sue componenti e nelle sue forme di manifestazione come risposta alle domande provenienti «*dai mondi del mercato (di un mercato sempre più globale e sempre più dominato dalle dinamiche finanziarie e tecnologiche)*»²¹⁸.

Si tratta, secondo tale dottrina, di un modello di amministrazione di risultato «*imposto dall'evoluzione della società e dell'ordinamento e dalla forza dei mercati e dei diritti e tradotto in norme di legge e perciò giuridicamente necessario in quanto scaturente dal Nomos e previsto dalla Lex e tuttavia ancora ben lontano dall'essere pienamente attuato per motivi di ordine soprattutto culturale oscillanti tra l'attaccamento a schemi formalistici superati e l'adesione non integrale al nuovo modello*»²¹⁹. In questa prospettiva, dunque, l'amministrazione tramite la funzione di indirizzo politico-amministrativo sarebbe contraddistinta dal dovere giuridico di realizzare in modo efficiente gli obiettivi predefiniti dalla legge. Validi punti normativi di riferimento di tale ricostruzione dell'efficienza sono le leggi Bassanini e, segnatamente, la l. n. 59/1997 e la l. n. 191/1998 che nella seconda metà degli anni '90 del secolo scorso hanno elevato lo sviluppo economico ad interesse pubblico primario che tutte le amministrazioni pubbliche sono tenute a promuovere. Sviluppo economico – viene detto – che deve essere perseguito con l'unico limite del ri-

²¹⁵ L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative*, cit., p. 437. Secondo l'A., in particolare, il modello giuridico di amministrazione di risultato «*appare contraddistinto dal dovere di conseguire [...] risultati concreti, tecnicamente validi, corrispondenti ai fini determinati dalla legge e agli obiettivi definiti dagli organi di governo della stessa Amministrazione, [...] sia dell'interesse pubblico primario allo sviluppo ed in particolare allo sviluppo economico*».

²¹⁶ L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione*, cit., p. 58, in cui l'A. afferma che il risultato si estrinseca «*negli effetti materiali e nelle conseguenze dei comportamenti sulle persone e sui beni di tutti i soggetti coinvolti nelle vicende*».

²¹⁷ L. IANNOTTA, *op. ult. cit.*, p. 433.

²¹⁸ L. IANNOTTA, *op. ult. cit.*, pp. 434-435. Sul punto cfr. anche ID., *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, cit., p. 17, dove è detto che «*nel nuovo modello di Amministrazione diventa, oltre che eticamente [...] ed economicamente, necessario – in rapporto alle esigenze dei "mondi" degli affari e dei diritti – prestare attenzione in ogni singola vicenda [...] al risultato da raggiungere e alle conseguenze che ne derivano quanto allo sviluppo e al rispetto sia dei diritti coinvolti sia delle iniziative economiche*».

²¹⁹ L. IANNOTTA, *op. loc. ult. cit.*

spetto dei diritti fondamentali dell'uomo e delle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità²²⁰.

È stato pure osservato come il pregio di un'amministrazione pubblica orientata prevalentemente al conseguimento del risultato sia quello di aver posto al centro la giustizia sostanziale, che, attraverso tale lettura, finisce per ricevere un suo statuto giuridico, divenendo «una componente interna del complessivo inquadramento teorico-dogmatico del fenomeno amministrativo, da cui discendono conseguenze giuridicamente operative sul terreno della tutela delle situazioni giuridiche soggettive»²²¹.

In base ad un'altra impostazione il concetto di risultato – e, come si sosterrà fra poco, anche quello di efficienza – rientra nel novero dei concetti giuridici indeterminati²²². Ragione per la quale il significato di risultato sarà pienamente apprezzabile solo facendo ricorso ad altri parametri di giudizio, propri di altre scienze e particolarmente della scienza economica²²³. Per riportare tale concetto su di un piano strettamente giuridico, il risultato amministrativo va riconsiderato come elemento derivante dalla combinazione della razionalità del procedimento e della proporzionalità del provvedimento che lo chiude, dotandolo di effettività rilevante sul piano del diritto. Secondo tale impostazione, la razionalità (o meglio la ragionevolezza) della procedura si connetterebbe sia con la forma sia con la sostanza legale che disciplina l'attività, mentre la proporzionalità del provvedimento è costituita dall'assolvimento del bene della vita nel quadro legale di riferimento, ossia nel contesto «fattuale e legale nel cui ambito la fattispecie (legale e umana) deve essere necessariamente apprezzata, valutata e in qualche modo definitivamente disciplinata»²²⁴.

²²⁰ L. IANNOTTA, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, cit., pp. 744-745, dove si sottolinea che i diritti fondamentali, nella loro correlazione sia con l'economia (quale entità destinata a fornire beni e servizi), sia con l'amministrazione di risultato sono da qualificarsi «come beni della vita» dovuti ad ogni consociato.

²²¹ Cfr. A. ZITO, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa*, cit., p. 90.

²²² R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato*, cit., p. 110. Sempre sul concetto di risultato si v. ID., *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., pp. 171 ss., dove, in chiave critica, l'A. spiega come nella recente esperienza del diritto amministrativo si profili l'ipotesi di uno «scambio transattivo: le ragioni della legalità/legittimità contro quelle dell'efficacia e dell'efficienza dell'attività amministrativa». Secondo l'A. vi è infatti un processo di svilimento del binomio legalità/legittimità che pare originarsi dalla «crisi del modello di Stato sociale di diritto, e, soprattutto, muoversi sulla stessa lunghezza d'onda e in perfetta sintonia diacronica con le ragioni e gli imperativi della globalizzazione in atto».

²²³ Cfr. R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato*, cit., pp. 109-110, il quale aggiunge che il concetto di risultato «si presenta alla stregua di un concetto giuridico indeterminato, con tutte le ambivalenze e le nebulosità proprie dei concetti giuridici indeterminati» (p. 109).

²²⁴ R. FERRARA, *op. ult. cit.*, p. 110, dove per razionalità della procedura si intende il «dover essere [di questa] conforme agli schemi legali che regolano il "contesto"» (p. 111).

In tale prospettiva il concetto giuridico di risultato, e così anche quello di efficienza, una volta ancorato al duplice valore di riferimento non sarà più connotato da una valenza indeterminata: il risultato, infatti, può dirsi raggiunto allorché il bene della vita cui la persona aspira è soddisfatto a conclusione di un procedimento ragionevole che si risolve con l'emanazione di un provvedimento proporzionato. La ragionevolezza – ossia la razionalità – viene impiegata quale canone conformativo del procedimento, mentre la proporzionalità – nell'accezione della regola romagnosiana del “minimo mezzo” – è propria del provvedimento, e quindi della decisione concreta tramite cui l'amministrazione si esprime in relazione all'aspettativa della persona²²⁵.

Sempre tale dottrina ha osservato – in modo condivisibile – come negli attuali «*contesti politico-amministrativi delle società complesse del capitalismo maturo*» il risultato, inteso come temperamento fra principio e regola, fra legge e diritto, debba essere in ogni caso ricercato nel «*corpo della norma, nel contesto del Nomos coerentemente interpretato, e dunque creativamente plasmato*»²²⁶, tenendo sempre in debita considerazione che lo «*scambio transattivo*» fra legalità/legittimità ed efficienza/efficacia non può, per accordare un privilegio alle ragioni di efficienza dell'azione e dell'organizzazione amministrative (il risultato in quanto tale), minare «*i valori dello Stato sociale di diritto, pena la fuoriuscita dei sistemi giuridici e sociali affermatasi con le costituzioni (formali e sostanziali) del secondo dopoguerra*»²²⁷.

²²⁵ R. FERRARA, *op. ult. cit.*, pp. 110-111, dove si aggiunge che l'eventualità che la razionalità della procedura comporti una decisione negativa per la persona, non fa discendere che vi sia un «*buon diritto*» al bene della vita in contestazione, ma piuttosto che il “contesto” materiale degli eventi non è sufficiente a scalfire il quadro di riferimenti legali oppure che le norme non possono essere piegate ed interpretate *praeter legem*, oltre una certa misura, onde consentire, sempre e comunque, il coronamento della pretesa della persona».

²²⁶ R. FERRARA, *op. ult. cit.*, p. 111.

²²⁷ R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo, cit.*, pp. 172-173. L'A., nel ragionamento che riguarda più specificatamente il concetto della misurazione del risultato amministrativo, spiega come lo scambio fra legalità/legittimità ed efficienza/efficacia sia inammissibile per il fatto che è obiettivamente difficoltoso misurare in modo quantitativo «*il tasso di performance delle amministrazioni pubbliche*». Secondo l'A., infatti, tale scambio si rivela «*un autentico nonsense*», perché «*è già la stessa logica puramente quantitativa a rivelarsi imprecisa e insufficiente [...]. E che ciò possa essere ragionevolmente pensato e suggerito dalle correnti del pensiero epistemologico più evolute, le quali non solo ci ricordano che i processi cognitivi che abbiano ad oggetto le scienze sociali si muovono secondo criteri e percorsi affatto diversi rispetto a quelli che riguardano le scienze empiriche e naturali, ma rifuggono egualmente da ogni pretesa di assolutezza concettuale e dogmatica*» (p. 173).

Sulle criticità inerenti alla misurazione del “risultato” cfr. G. CORSO, *Amministrazione di risultati, cit.*, p. 131, il quale, a proposito del risultato come verifica dell'efficienza e dunque in senso economico, avverte, portando l'esempio di quanto accade nella dottrina nordamericana, delle problematicità di misurare il risultato dell'attività amministrativa e più in generale di «*misurare l'efficienza*» (p. 128). Del resto lo stesso A. si domanda «*come si calcol[er]e, a sua volta, la produttività individuale del dipendente o la produttività collettiva dell'ufficio o della struttura?*».

Se ora si prova a guardare indietro e dunque all'originaria impostazione gianniniana sull'amministrazione per risultati si può constatare come tale impostazione abbia tracciato un solco lungo il quale la dottrina ha compiuto notevoli progressi verso la chiarificazione del concetto giuridico di efficienza.

10.2. Introduzione della nozione di risultato amministrativo e rottura dell'immedesimazione tra agire efficiente e agire legale

Ma l'aver postulato l'introduzione di una responsabilità per risultati conduce pure a conseguenze non certo irrilevanti in fatto di teoria amministrativa²²⁸. Ciò perché, come è stato acutamente osservato²²⁹, l'introduzione di una responsabilità per risultati e quindi di un apprezzamento che consideri, anche a fini giuridici, il 'risultato' (*rectius* l'efficienza) raggiunto dall'amministratore mediante la propria azione, oltre che la legalità intrinseca del proprio agire, rompe l'immedesimazione tra agire efficiente e agire legale su cui si era tradizionalmente basato il sistema (e il metodo) giuridico.

In particolare, se in passato era stata prevalente l'idea secondo la quale l'agire legale è di per sé efficiente, tale immedesimazione è oggi decisamente re-

Secondo l'A., in tal senso, vale l'insegnamento di L. VON MISES, *La burocrazia*, Milano, Rusconi, 1991, pp. 65 ss., dove si ricorda come «[l]a gestione burocratica è una gestione tenuta ad osservare norme e regolamenti dettagliati, fissati dall'autorità di un organismo superiore. Compito del burocrate è di eseguire ciò che queste norme e regolamento gli ordinano di fare [...]. La gestione di mercato, o sistema di profitto, è la gestione guidata della ricerca del profitto. Il fine della gestione di mercato è la realizzazione di un profitto [...]. [I]l successo o il fallimento nel conseguire questo fine possono essere accertati mediante la contabilità [...]. Gli obiettivi della P.A. non possono essere misurati in termini monetari e non possono essere sottoposti a controllo per mezzo di metodi di contabilità [...]. Nella pubblica amministrazione non c'è alcuna connessione fra entrate e uscite (p. 66). Nella pubblica amministrazione non c'è alcun prezzo di mercato per i risultati conseguiti (p. 67). Questo rende indispensabile far funzionare gli uffici pubblici secondo principi del tutto differenti da quelli applicati nel sistema di profitto. Siamo ora in grado di fornire una definizione di sistema burocratico: sistema burocratico è il metodo applicato nella condotta degli affari amministrativi il cui risultato non ha, sul mercato, valore in moneta» (p. 67).

²²⁸ Sono preoccupazioni presenti anche nella giurisprudenza della Corte dei Conti. In tal senso si v. Corte dei Conti, Lombardia, sez. giurisd., 10 marzo 2006, n. 172, in *For. amm.*, 2006, 3, 1153. Secondo i giudici contabili l'azione amministrativa «deve tendere non tanto (o per lo meno non solo) all'utile di impresa, ma al buon andamento della stessa, come codificato nell'art. 97 cost.». In tale prospettiva «ne consegue che l'evoluzione "privatistica" della p.a., pur dettata da condivisibili esigenze di recupero di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione pubblica, non può mai andare a scapito del rispetto di regole, legislative e contrattuali, dettate proprio per il rispetto di basilari canoni costituzionali, quali il buon andamento e l'imparzialità dell'azione pubblica, il rispetto del tetto di spesa pubblica, la parità di trattamento tra pubblici dipendenti». In altri termini secondo la Corte dei Conti «l'efficienza e l'efficacia aziendale e la "logica del risultato" non possono, in una struttura pubblica, andare a discapito del principio di legalità formale, che rappresenta ancora oggi un limite per le scelte gestionali della dirigenza pubblica e che ha come parametri da rispettare non solo le fonti legislative, ma anche quelle contrattuali, oggi assurte, nella gerarchia delle fonti in materia di pubblico impiego, a rango sovra legislativo ex art. 2, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165».

²²⁹ Così A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, cit., p. 822.

spinta. Si viene invece affermando l'idea in virtù della quale l'azione legale non è di per sé efficiente, e siccome non è di per sé efficiente non basta agire secondo il modello legale per agire anche efficientemente, ma occorre tener conto anche del risultato. Senonché, nel momento stesso in cui si immette all'interno di questo principio una dicotomia, si creano inevitabilmente i presupposti per un'antinomia; in altre parole, si immette nel sistema la possibilità logica che l'agire efficiente possa anche non essere l'agire legale²³⁰.

Dal momento che il modello di razionalità legale dell'azione amministrativa si è tradizionalmente affermato quale unico modello confacente ai bisogni della collettività²³¹, esso diviene recessivo allorché tale immedesimazione viene meno. Dove infatti l'agire legale non è più sinonimo di agire efficiente è possibile ipotizzare che sia quest'ultimo ad orientare la ricostruzione giuridica dell'azione amministrativa, e ciò a prescindere dal significato che si assegna al concetto di efficienza. Se infatti a mutare è la percezione che la società ha del ruolo istituzionale (e costituzionale) dell'amministrazione come entità che deve agire in modo efficiente e non necessariamente legale, allora in caso di antitesi fra i due modelli sarà il primo a prevalere²³².

Si realizza per questa via la parabola del risultato così come è stata efficacemente descritta dalla stessa dottrina e che può sintetizzarsi nel modo seguente: il punto di partenza è l'assunto in base al quale vi è una sostanziale immedesimazione fra legalità ed efficienza, nel senso che ciò che è legale è per ciò solo efficiente; si passa quindi a respingere recisamente tale immedesimazione, e si pone in rilievo come ciò che si considera legale non sia allo stesso tempo di per sé efficiente; di qui, attraverso «*un'operazione di logica commutativa solo in parte retta dal principio di reciprocità*», si giunge a ritenere che ciò che è efficiente può anche non essere legale. Infine, simmetria vuole che il quadro si completi con l'eventuale affermazione di un'identità di segno opposto: ciò che è efficiente sarà per ciò solo (anche) legale²³³.

In questa ricostruzione del sistema si fa largo l'idea dell'amministrazione di risultato come nuovo modello di configurazione dell'organizzazione e dell'azione della pubblica amministrazione, ispirato ad un tipo sostanzialistico di razionalità che accantonerebbe il precedente modello formale di razionalità

²³⁰ A. ROMANO TASSONE, *op. loc. ult. cit.*

²³¹ A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, p. 823, dove l'A. ricorda come il modello della razionalità legale dell'azione amministrativa si sia imposto storicamente «*in quanto ritenuto l'unico conforme alle esigenze del vivere sociale*».

²³² A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, p. 822.

²³³ A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, p. 824.

legale²³⁴. Se, come appena visto, è l'agire efficiente ad informare la ricostruzione giuridica dell'azione amministrativa²³⁵ e soprattutto se si considera che l'agire amministrativo di cui si discute – come si è correttamente notato²³⁶ – è ancora l'agire «economicamente efficiente», appare manifesto ora ancor più di prima quanto sia importante fornire un concetto di efficienza che esprima un valore eminentemente giuridico, così da preordinare tale agire all'assolvimento dei diritti delle persone. Assunto un ruolo cardine, il criterio di efficienza dovrebbe ora assolvere il compito di rendere le istituzioni amministrative più rispondenti alle richieste della collettività.

11. Declinazione del criterio di efficienza di tipo economico in funzione della misurazione del risultato amministrativo

Si è visto nel percorso che ha portato all'emersione del concetto di efficienza come lo sforzo ricostruttivo della dottrina abbia trovato sotto vari aspetti e dinamiche un collegamento con l'ambito del diritto, e purtuttavia si è fornito un concetto che è ancora lontano dall'essere pienamente ricondotto al novero di quell'ambito.

L'efficienza assume ancora una connotazione marcatamente economica, essendo tale criterio concepito in linea di massima come rapporto tra risorse impiegate e risultati ottenuti. Tale soluzione, implicando una configurazione del concetto di efficienza in senso produttivistico, non può che arrestarsi alla soglia della misurazione del potere amministrativo, non valutando affatto o valutando poco la soddisfazione che dell'uso di quel potere deriva alla collettività.

In questa prospettiva il concetto economico di efficienza tende esclusivamente o comunque in modo prevalente a misurare la produzione degli effetti dell'esercizio del potere amministrativo senza dire alcunché sulla reale soddisfazione dei portatori la pretesa giuridica all'assolvimento dei cui diritti quell'esercizio è preordinato.

Il concetto (economico) di efficienza, così declinato, non tiene dunque conto del fatto che il potere amministrativo – l'amministrazione, la sua azione

²³⁴ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e «amministrazione di risultato»*, cit., pp. 63 ss.;

²³⁵ La centralità dell'efficienza amministrativa è sottolineata pure in giurisprudenza. In tal senso di recente si v. Cons. Stato, sez. IV, 24 marzo 2017, n. 1332, dove in modo significativo si afferma che «*tutti i principi che regolano l'azione amministrativa devono essere finalizzati all'obiettivo del buon andamento e dell'efficienza dell'Amministrazione*».

²³⁶ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, p. 823, dove è detto che «*l'interesse sociale è rivolto verso un'attività amministrativa economicamente efficiente*».

ed organizzazione – entra necessariamente in relazione anche con il portatore della situazione soggettiva – la persona – dimostrandosi pertanto sbilanciato a favore della misurazione della pura efficienza economica della produzione del risultato amministrativo.

Come si è potuto osservare nel corso della trattazione, analizzando le varie tesi sull'emersione del concetto giuridico di efficienza, la scienza giuspubblicistica non è stata certo immune dai condizionamenti derivanti dalle diverse accezioni che tale criterio esprime nel suo ambito di appartenenza. Ciò ha reso ancora più problematico il compito di ricostruire un concetto di efficienza che possa dirsi effettivamente slegato da postulati metagiuridici e in specie dai modelli offerti dal metodo economico. E ciò non tanto per una finalità dogmatica in sé, quanto per l'esigenza di funzionalizzare il criterio di efficienza all'assolvimento dei diritti delle persone come sin qui si è inteso fare.

Se le considerazioni appena svolte aggiungono non pochi problemi di ordine generale per la costruzione teorica del concetto giuridico di efficienza, ancora maggiori sono poi i problemi che si presentano in relazione alle concrete possibilità di costruire tale concetto in modo che sia effettivamente funzionale all'assolvimento delle pretese delle persone e alla tutela dei loro diritti nell'ordinamento amministrativo.

In quest'ottica, il criterio di efficienza risulta permeabile al processo di (etero)integrazione esercitato dal metodo economico, così permettendo a quest'ultimo di esercitare un'influenza rilevante sia in termini di ricostruzione degli assunti che ne caratterizzano il concetto di base, sia in relazione ai concreti usi che del criterio si possano fare. In questo modo il criterio di efficienza viene in larga misura 'guidato' da postulati che sono propri del metodo economico, rispondendo così a dinamiche e finalità del tutto incompatibili con la funzione di garanzia che l'ordinamento giuridico è demandato a perseguire in favore delle persone a vario titolo implicate nelle relazioni con i pubblici poteri.

Dall'applicazione dei canoni economici il criterio di efficienza risponderebbe maggiormente a dinamiche che sono proprie della sfera del potere amministrativo, mettendo le norme e gli istituti del diritto amministrativo più in relazione con gli scopi dell'autorità amministrativa, che con quelli inerenti alla sfera delle persone. In modo più netto, una volta ricostruito in questi termini, si può affermare che il criterio di efficienza risulti sbilanciato a favore della minimizzazione degli oneri e dei costi inerenti alla produzione del "risultato" amministrativo. In quest'ottica l'efficienza diviene funzionale allo svolgimento dell'esercizio del potere amministrativo in quanto tale, servendo solo

all'amministrazione quale strumento per il raggiungimento dei suoi obiettivi, e ciò nonostante questi ultimi siano fissati dalle fonti legislative in relazione al godimento dei diritti che la collettività deve ricevere dall'ordinamento giuridico.

Il concetto 'economico' di efficienza, così declinato, non tiene conto del fatto che il potere esercitato dall'amministrazione entri necessariamente in relazione con il titolare della situazione soggettiva, dimostrandosi pertanto sbilanciato a favore della misurazione della pura efficienza 'economica' della produzione del risultato amministrativo.

In questo concetto, in altre parole, a prevalere è l'interpretazione dell'efficienza come canone di esercizio dell'attività amministrativa inerente alla produzione degli effetti dell'atto amministrativo non connessi alle situazioni giuridiche soggettive della fattispecie, giungendo per questa via a sovrastimare i risultati dell'amministrazione e a sottostimare o comunque ad abbassare la tutela e la garanzia delle persone.

Ora è necessario affermare che vi è qualcosa d'altro cui il criterio di efficienza assolve e deve assolvere. Il criterio di efficienza non è preordinato solo al raggiungimento degli scopi dell'amministrazione e della sua organizzazione, né è preordinato solo al soddisfacimento di alcuni degli interessi dei privati (quelli degli attori economici), seguendo una logica propria del mercato e delle logiche che ne sono alla base, ma esso è diretto a soddisfare indistintamente gli interessi di tutte le persone che si rapportano con i pubblici poteri e che magari hanno da soddisfare interessi non necessariamente economici.

Un concetto giuridico di efficienza, per dirsi tale, deve tener conto del fatto che il potere amministrativo entra necessariamente in rapporto con la persona titolare dell'interesse legittimo e/o del diritto soggettivo, implicando con ciò l'ampliamento della fattispecie a favore di quest'ultima.

In tale prospettiva, allora, sarà chiaro che un concetto giuridico di efficienza che possa dirsi effettivamente rispondente al principio costituzionale dell'art. 97 dal quale deve essere in ogni caso fatto discendere non potrà più essere ricostruito semplicemente come la pura efficienza economica della produzione del risultato dell'amministrazione, ma dovrà essere ricostruito in funzione della garanzia dei diritti della persona così come scolpiti negli artt. 2 e 3 della Costituzione.

Ed è in quest'ultima direzione che infine bisognerà guardare se si vuole offrire un concetto giuridico di efficienza che assolva tale funzione.

12. L'inquadramento dell'amministrazione in Costituzione. Superamento della concezione dell'organizzazione amministrativa come braccio del potere esecutivo dello stato e sua emersione come funzione della società

12.1. L'affermarsi della sovranità popolare capovolge il modello di organizzazione come articolazione dell'apparato statale e la informa all'esercizio di poteri funzionali allo scopo di assicurare i diritti delle persone

È stato autorevolmente sostenuto come l'amministrazione e la sua organizzazione giuridicamente considerate e, più esattamente, costituzionalmente considerate, non sono poteri dello stato²³⁷. Non sono poteri dello stato sia perché non vengono espressamente contemplate come tali dalle varie disposizioni costituzionali che si occupano di definire quali sono i poteri che fanno capo allo stato, così come invece avviene per il parlamento (art. 55 ss.) e per il governo (92 ss.), sia perché nelle disposizioni che in qualche modo hanno a che fare con l'amministrazione, non vi è, né tanto meno è dato di rinvenire, un trattamento specifico in tal senso²³⁸.

Dalla lettura delle disposizioni che la Carta costituzionale ha dedicato all'amministrazione, come è per l'art. 28 sulla responsabilità dei funzionari o per gli artt. 118 e 128 sull'amministrazione regionale e locale, o ancora dagli artt. 97 e 98 rispettivamente sui principi direttivi dell'azione e dell'organizzazione amministrative e sulla professionalità del corpo burocratico dei funzionari, si comprende come la Costituzione si sia astenuta dal configurare l'amministrazione come un potere dello stato²³⁹.

Allo stesso tempo il fatto che la Costituzione, diversamente da come ha fatto per altre entità istituzionali, non abbia voluto identificare

²³⁷ G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione nella Costituzione. Riflessioni e indicazioni di riforma*, Atti del XXXIX Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna 16-18 settembre 1993, Milano, Giuffrè, 1995, p. 11, ma spec. pp. 14-16; poi anche in ID., *Amministrazione e Costituzione*, in *Dir. amm.*, 455 ss., ma spec. pp. 458-462.

Per gli sviluppi dell'idea bertiana cfr. L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, cit., spec. pp. 367-373.

²³⁸ G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, cit., 14. Sul punto, seppur in modo meno netto, si v. anche A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, p. 3 ss., ma sul punto p. 54, dove è detto come «nella costituzione non vi sia traccia di una posizione di supremazia dell'amministrazione concepita in termini soggettivi, generali ed espansivi».

²³⁹ G. BERTI, *op. ult. cit.*, pp. 14 e 16.

l'amministrazione né l'abbia voluta includere tra i poteri dello stato ha un significato ben preciso: l'amministrazione è «collegata immediatamente con la società» e ne rappresenta una forma non costituendo «un'immagine dello Stato»²⁴⁰. Ove la Costituzione avesse inteso definire l'amministrazione come funzione dello stato, le avrebbe attribuito una sfera propria e certamente non l'avrebbe concepita come libertà, ma come potere e l'avrebbe inserita nella logica dei rapporti fra poteri.

Allora, non essendo un potere, l'amministrazione non può che essere uno «spazio libero»²⁴¹. Uno spazio libero anzitutto perché l'amministrazione e la sua organizzazione non vanno pensate più come braccio del potere esecutivo che fa capo al governo statale, ma come un «grande bacino nel quale una quantità di soggetti adempiono insieme e secondo l'ordine delle cose al dovere di rendere servizi al pubblico»²⁴²; poi anche perché la Costituzione nell'assegnare un proprio spazio all'amministrazione ha inteso riconoscere alcuni caratteri propri di questa, come la «spontaneità», «l'immediatezza sociale» e la stessa «libertà, sia pure come guscio di una speciale doverosità»²⁴³.

Una volta chiarito che l'amministrazione non è da intendersi un potere dello stato, va ora spiegato in cosa consiste la libertà che la Costituzione ha voluto riservare all'amministrazione ed alla sua organizzazione. La risposta va ricercata proprio nel tessuto normativo dell'art. 97 che, assieme all'art. 98, costituisce quello che può essere definito il nucleo fondamentale di un codice dell'amministrazione²⁴⁴. L'art. 97 riserva uno spazio di libertà all'amministrazione in quanto pone un freno all'intromissione del legislatore che così può intervenire solo stabilendo norme per la disciplina dell'organizzazione dei pubblici uffici e non dell'intera amministrazione, e solo in quanto tali norme siano adatte a favorire ed incentivare l'efficienza e l'imparzialità dell'azione amministrativa in modo da renderla funzionale

²⁴⁰ G. BERTI, *op. ult. cit.*, p. 16.

²⁴¹ G. BERTI, *op. loc. ult. cit.*, il quale aggiunge che tale spazio dell'amministrazione è «contrassegnato da alcune specialità di disciplina».

²⁴² G. BERTI, *op. ult. cit.*, pp. 13-14. Qualche rigo più su l'A. spiega che si tratta di «un tipo di "pubblico", che potrebbe così vivere e prosperare anche senza Stato, rifacendosi diversamente a dimensioni della società, locali, nazionali, sopranazionali, etc.». Qualche capoverso più giù è spiegato, invece, come «la varietà dei modi con cui la materia amministrativa è trattata, fatta naturalmente la dovuta tara delle incrostazioni del passato, induce anzi a ritenere che l'amministrazione sia stata accolta nella costituzione così come era, come un'entità ricavata nei suoi fondamenti e nei suoi contorni, dalla storia o da una sorta di diritto metapositivo» (p. 14).

²⁴³ G. BERTI, *op. ult. cit.*, p. 14.

²⁴⁴ G. BERTI, *op. ult. cit.*, p. 15, (corsivo dell'A.) secondo il quale gli artt. 97 e 98 della Costituzione «nella connessione dei loro contenuti e dei riferimenti espliciti o impliciti ad altri istituti, costituiscono un corpo di regole autosufficiente e abbastanza compatto».

all'assolvimento dei diritti delle persone. In ragione di ciò, al legislatore non è consentito dalla Costituzione di intromettersi nello spazio di libertà dell'amministrazione per prescrivere fini e mezzi dell'azione²⁴⁵.

Se dunque si pone alla mente che la Costituzione si è di proposito astenuta dal configurare l'amministrazione con «*un volto preciso che ne consenta tra l'altro l'inserimento tra le funzioni esclusive e autoritarie dello stato*»²⁴⁶, si può ben comprendere come l'amministrazione sia stata assunta in Costituzione «*così com'era, come un'entità ricavata*»²⁴⁷, regolandone i caratteri doverosi e lasciando per il resto che essa fosse adatta al suo scopo, alla sua ragione.

Avuto riguardo poi al fatto che la Costituzione non ha pensato all'amministrazione e particolarmente all'organizzazione come a dei poteri dello stato ma ha, al contrario, inteso che l'amministrazione e la sua organizzazione dovessero vedersi collegate immediatamente con la società²⁴⁸, allora non rimane che intravedere nello spazio che la Costituzione ha concepito come 'libero' l'esplicarsi proprio della società. Non essendo «*immagine dello Stato*», l'amministrazione è dunque «*forma della società*»²⁴⁹, e precisamente «*come una delle "forme" costituzionali nelle quali si esprime la sovranità delle persone e dei loro diritti*»²⁵⁰. In quest'ottica, un'amministrazione che agisce con una sua organizzazione in modo professionale, efficiente, imparziale e nel rispetto della legge appare assai più come una funzione della società che non come una funzione dello stato e dunque una funzione del portatore dei diritti perché il potere venga esercitato in modo congruente con il dominio di questi.

Se, dunque, si pone al centro delle previsioni costituzionali la libertà dell'amministrazione come forma di espressione della società – particolarmente della sovranità delle persone – e non il potere amministrativo, si viene anzitutto a ribaltare il tradizionale modo di concepire l'amministrazione come potere dello stato. Infatti, abbandonando le sponde del potere che si ergono ad argini della riconsiderazione dell'amministrazione come funzione della società, apparirà chiaro che la legalità di cui la Costituzione parla nel momento in cui prende ad oggetto l'amministrazione è solo quella che ne assicura gli elementi fondamentali: la professionalità, l'indipendenza e la responsabilità dei suoi funziona-

²⁴⁵ G. BERTI, *op. ult. cit.*, p. 16, dove è aggiunto che «*se si dà per presupposta la libertà e non il potere amministrativo come oggetto delle previsioni costituzionali, si viene a rovesciare il consueto modo di cogliere l'amministrazione come potere esecutivo*».

²⁴⁶ G. BERTI, *op. ult. cit.*, p. 14.

²⁴⁷ G. BERTI, *op. loc. ult. cit.*

²⁴⁸ G. BERTI, *op. ult. cit.*, p. 16.

²⁴⁹ G. BERTI, *op. loc. ult. cit.*

²⁵⁰ Cfr. L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, *cit.*, p. 371 (corsivo dell'A.).

ri, l'assicurazione della tutela giurisdizionale rispetto alle sue decisioni, l'efficienza e l'imparzialità dell'azione e il compito assegnato alla legge di disciplinarne l'organizzazione in modo che efficienza e imparzialità siano garantiti.

In quest'ottica, «*il sistema della legalità positiva dello Stato di diritto in quanto riferito all'amministrazione è dunque fuori dal disegno costituzionale, ma è anche fuori, se non contro, quell'accezione di amministrazione*»²⁵¹ come *longa manus* del potere statale. Si può dire che l'amministrazione sia garantita nella sua libertà in quanto funzionale all'interesse generale e sia ispirata, nelle sue iniziative e nei suoi comportamenti, all'efficienza e all'imparzialità. Per questo, la libertà che la Costituzione attribuisce allo spazio amministrativo è contrassegnata da un particolare dovere che si impone all'amministrazione in quanto garante dei diritti fondamentali delle persone.

Tale dovere si esprime nella preordinazione della organizzazione e della funzione amministrative all'interesse generale, nel senso che non vi può essere un'amministrazione libera di organizzarsi ed esercitare la propria funzione se non nell'interesse della collettività: «*sotto questo profilo l'amministrazione esprime la società in quanto rivolta al bene comune*»²⁵². In questo disegno l'art. 97 Cost., dunque, assume il significato della norma che legittima l'amministrazione e non la costituisce come potere o insieme di poteri, ma come organizzazione che si contraddistingue nella sua complessità proprio per essere un grande «*corpo al servizio della società*»²⁵³.

Vero è che la struttura costituzionale dell'amministrazione pubblica per come la si è appena delineata appare senza dubbio funzionalizzata alla sovranità popolare. Ed è in tal senso che si è autorevolmente sostenuto che l'amministrazione riceva dal potere legislativo garanzie e non imperativi²⁵⁴, e quand'anche riceva dei comandi questi devono intendersi nel senso dell'assolvimento pieno ed eguale dei diritti fondamentali e delle libertà costituzionali delle persone²⁵⁵.

Non è più dunque condivisibile quella visione che ricostruisce la figura dell'amministrazione (e quindi anche del suo apparato organizzativo) come braccio del potere legislativo o come parte dell'organizzazione politica dello stato all'interno della quale è escluso che la società possa «*emergere nei confronti del potere politico ufficiale come entità a sé stante, come espressione dinamica del farsi da sé stessa*»

²⁵¹ G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, cit., 17 (corsivo aggiunto).

²⁵² G. BERTI, *op. loc. ult. cit.*

²⁵³ Cfr. G. BERTI, *Diritto amministrativo. Memorie e argomenti*, Padova, Cedam, 2008, p. 38.

²⁵⁴ Cfr. G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, cit., p. 17.

²⁵⁵ Cfr. L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, cit., p. 368.

*politica*²⁵⁶ e «ancor più come luogo nel quale risiede permanentemente una porzione significativa della sovranità»²⁵⁷, emergendo invece il solo rapporto «tra Stato e individuo, giacché si pensava che lo Stato inglobasse per intero la società e ne impedisse l'autonomo affiorare»²⁵⁸.

12.2. Il valore giuridico dell'efficienza è sganciato dalla sfera del potere economico del mercato ed è attratto dalla sfera della società

Dalle considerazioni appena svolte discende l'importante conseguenza che l'amministrazione e la sua organizzazione non possono essere fatte dipendere in via esclusiva né dallo stato come politica, né dal mercato come espressione egoistica della libertà economica.

Nell'ordinamento costituzionale, al contrario, l'amministrazione entra sempre in gioco laddove si opera nell'interesse generale, essendo suo compito quello di agire in modo efficiente e imparziale per il bene comune, per l'assolvimento dei bisogni degli individui. Operando nell'interesse generale, l'amministrazione persegue un fine pubblico concreto e determinato, che consiste nella realizzazione del precetto costituzionale preordinato alla rimozione degli ostacoli che si frappongono al pieno dispiegarsi della personalità e al concreto godimento delle libertà e dei diritti delle persone (art. 3, comma 2, Cost.)²⁵⁹.

In questa prospettiva risulta così predeterminato anche l'interesse pubblico che l'amministrazione attraverso l'apparato burocratico deve perseguire, il quale non è solo genericamente o astrattamente indicato dalla norma attributiva del potere quanto, piuttosto, un interesse concreto e determinato che trova la sua ragion d'essere proprio nel mandato indicato nell'art. 3 della Costituzione.

Tali considerazioni meritano di essere ulteriormente approfondite, innanzitutto mettendo in rilievo quelle che più da vicino concernono la sovranità. Se si pone il fatto che la sovranità spetti alla società – intesa quale insieme delle

²⁵⁶ G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, cit., p. 17.

²⁵⁷ Cfr. L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, cit., p. 372.

²⁵⁸ G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, cit., p. 18, dove è aggiunto: «Oggi siamo convinti che tra società e Stato vi è un rapporto necessario, però visibile e quindi conformabile nei comportamenti e nelle cose in modo da dare a ciascuna delle parti la giusta fisionomia nei confronti dell'altra».

²⁵⁹ L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, cit., pp. 372-373, dove è detto che «i poteri pubblici, quindi, (i) sorgono dalla volontà del popolo sovrano, (ii) sono limitati e impegnati dall'ordine giuridico della società e (iii) si organizzano e agiscono in funzione dell'assicurare il godimento dei diritti fondamentali e l'adempimento dei doveri inderogabili».

persone che la costituiscono – si comprende allora come la Costituzione abbia voluto rendere funzionale alla società lo svolgimento di tutte le attività pubbliche. In quest’ottica lo statuto costituzionale dell’amministrazione pubblica impone all’autorità la missione di essere funzionale al godimento pieno ed eguale dei diritti fondamentali delle persone²⁶⁰, esulando qualsivoglia compito che stia fuori da tale specifica missione.

Per le ragioni poco sopra esposte, dunque, non possono più essere condivise quelle concezioni che fanno dell’amministrazione pubblica e del suo apparato organizzativo un’articolazione dei poteri dello stato, un apparato servente dell’esecutivo, l’organizzazione burocratica designata ad attuare la linea politica del governo. Tale visione si legittimava evidentemente alla luce del fatto che la sovranità spettava allo stato e l’amministrazione non poteva che far parte del corpo giuridico statale; il permanere delle concezioni dualistiche, o separatiste, del rapporto tra stato e società a lungo non ha permesso di cogliere la novità costituzionale, sicché il cittadino prende parte al processo politico tramite la legittimazione delle assemblee rappresentative e, quindi, esprimendo le proprie prerogative sul versante dell’indirizzo politico, mentre rispetto all’amministrazione rimane suddito, destinatario di comandi unilaterali²⁶¹. Si tratta di un modello che si spiega chiaramente nell’ottica della sovranità statale, dove il cittadino è assegnatario delle posizioni di diritto pubblico stabilite dalla legge, mentre la generale capacità di diritto pubblico è propria dello stato.

L’afferinarsi della sovranità popolare (art. 1 Cost.) e la proclamazione dei diritti e delle libertà fondamentali (artt. 2 ss. Cost.) “capovolgono” tale modello imponendo di pensare all’amministrazione pubblica come ad una organizzazione che esercita poteri funzionali allo scopo di assicurare la pienezza della garanzia costituzionale dei diritti. In tale modello, l’amministrazione e la sua organizzazione non sono più da ritenersi articolazioni dell’apparato statale, bensì sono al servizio della società e sono funzionali al godimento dei diritti della persona²⁶².

²⁶⁰ Cfr. G. PASTORI, *Dalla legge n. 241 alle proposte di nuove norme generali sull’attività amministrativa*, in *Amministrare*, 2002, p. 307, dove tale ragionamento può essere riferito a livello della legislazione ordinaria e in particolare alla fondamentale legge sul procedimento amministrativo. In tal senso secondo Pastori «*le norme della legge n. 241 e delle successive norme di modifica e integrazione possono trovare agevolmente un primo fondamento nella stessa Costituzione, in particolare negli articoli 3 e 97: possono considerarsi cioè la traduzione dei principi di imparzialità e buon andamento dell’amministrazione sanciti dall’articolo 97 in termini di diritti e garanzie soggettive riconosciuti in modo necessariamente eguale, secondo l’articolo 3, a tutti i cittadini*».

²⁶¹ Cfr. L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, cit., p. 368.

²⁶² L.R. PERFETTI, *op. ult. cit.*, p. 369.

Guardando le cose dall'angolazione della legittimazione democratica dell'amministrazione il quadro non muta. Diversamente, infatti, si ritornerebbe ad una concezione superata dell'amministrazione come braccio dell'esecutivo. Più esattamente, il risultato sarebbe che l'amministrazione e la sua organizzazione ritornino ad essere concepite come articolazioni del potere esecutivo e, nonostante ciò, essendo tale potere legittimato dal consenso elettorale e guidato dall'indirizzo politico rappresentativo, che ne consegua una sua legittimazione democratica. Eppure, come è stato messo bene in luce dalla dottrina, una soluzione del genere si spiega soltanto se l'amministrazione viene intesa quale «attività realizzativa», situandosi rispetto ai compiti dello stato nella «porzione terminale del processo di attuazione»²⁶³.

Tuttavia, una simile soluzione si giustifica solo a patto di considerare l'amministrazione e la sua organizzazione funzionali all'assolvimento dei compiti dello stato per come effettivamente stabiliti nel processo di determinazione dell'indirizzo politico. Vero è che tale visione ricorre assai di frequente nelle impostazioni degli ultimi anni, le quali, come visto a proposito del filone che ha inaugurato il nuovo modello di "amministrazione di risultato", sono dedite a ricostruire un modello efficientistico di amministrazione o, in termini più corretti, a «funzionalizzare[re] l'amministrazione al perseguimento dell'efficienza»²⁶⁴. Si tratta di un'impostazione – di cui pure sono stati autorevolmente indicati i limiti²⁶⁵ – dove l'organo rappresentativo, forte della legittimazione democratica, designa gli obiettivi che l'amministrazione deve solo conseguire in modo efficiente. In quest'ottica, la democratizzazione dell'amministrazione deriverebbe dalla sua funzionalizzazione all'indirizzo politico.

Si tratta di un'impostazione che non convince particolarmente per due ordini di ragioni. La prima ragione attiene al fatto che nella Costituzione i compiti dello stato non sono rinviati alla determinazione del gioco politico, ma vengono «espressi direttamente dalla Costituzione, nella maniera più diretta, esplicita e consapevole attraverso le formulazioni riccamente orchestrate degli artt. 2 e 3»²⁶⁶. Anzi si può dire, in modo più netto, che «riconoscimento, garanzia e perfezionamento dei dirit-

²⁶³ U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, Cedam, 1996, p. 11.

²⁶⁴ L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, cit., p. 369.

²⁶⁵ G. PASTORI, *Attività amministrativa e tutela giurisdizionale nella legge 241/1990*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità e amministrazione di risultato*, cit., p. 6.

²⁶⁶ U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, cit., p. 11, dove è detto che «questo è anche il grande compito a cui partecipa l'amministrazione: servire gli uomini [...] nella realizzazione dei loro diritti».

ti»²⁶⁷ sono compiti i quali spettano precipuamente proprio allo stato. La seconda ragione attiene al fatto che l'amministrazione e la sua organizzazione non possono essere esposte al solo indirizzo politico, altrimenti ciò sarebbe in contrasto con l'art. 97 Cost. che ne prescrive l'agire imparziale.

12.3. Il concetto giuridico di efficienza ed il concetto di imparzialità

Dall'illuminante idea bertiana ora bisogna fare un passo ulteriore e trarre alcune utili e decisive indicazioni per inquadrare meglio il concetto giuridico di efficienza in Costituzione.

Se si parte dall'idea bertiana secondo cui l'amministrazione e la sua organizzazione non sono scolpite come poteri dello stato in Costituzione ma sono funzioni della società, e se si considera che la Costituzione ha previsto per l'amministrazione e l'organizzazione delle specifiche modalità attraverso le quali esse devono adempiere il compito di essere funzioni della società, si osserva come queste modalità siano l'efficienza (buon andamento) e l'imparzialità.

Ora, per comprendere l'effettiva portata di tali modalità e in particolare ricavare il ruolo che l'efficienza ha come modo d'essere dell'amministrazione e della sua organizzazione nella considerazione di queste quali funzioni della società, occorre domandarsi in quale rapporto si pongano efficienza e imparzialità.

Per rispondere al quesito occorre fare un breve ma indispensabile passaggio. Tale passaggio impone nuovamente di interrogare la Costituzione nella parte in cui all'art. 97 si occupa di definire i canoni ordinatori attraverso i quali si esplicano l'organizzazione e l'azione dell'amministrazione pubblica.

La Costituzione quando si occupa di definire i principi basilari dell'amministrazione stabilisce che i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge in modo da assicurare «*il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*», dove la congiunzione "e" che lega i concetti di efficienza e imparzialità non è priva di significato, ma anzi ha un valore decisivo per la corretta interpretazione della norma costituzionale.

In effetti la Costituzione, definendo assieme efficienza e imparzialità, ha inteso legare strutturalmente e indissolubilmente questi due concetti, talché non potrebbe mai esservi un'azione ed un'organizzazione costituzionalmente efficienti senza che le stesse siano al contempo anche imparziali, né allo stesso modo potrebbe esservi un'azione ed un'organizzazione costituzionalmente im-

²⁶⁷ U. ALLEGRETTI, *op. loc. ult. cit.*

parziali senza che le stesse siano al contempo anche efficienti. E ciò perché efficienza e imparzialità stanno e cadono insieme. È la stessa Costituzione ad affermarlo in modo inequivoco.

Ora se si pone che l'imparzialità rappresenta la regola dell'esercizio della funzione amministrativa, non rappresentando cioè solo la regola in base alla quale non occorre trattare diversamente le stesse situazioni, si può ragionevolmente e conseguentemente affermare che l'imparzialità costituisce la quintessenza della legalità: se non vi è la legge non vi è neppure il parametro di riferimento alla luce del quale l'amministrazione deve essere imparziale.

Secondo tale prospettiva, il concetto dell'imparzialità indica un particolare modo d'essere dell'amministrazione e conseguentemente della sua organizzazione, definisce cioè come l'amministrazione sia una funzione regolata dal diritto e non si identifichi in alcun caso come amministrazione dell'esercizio del potere. Tuttavia, pur essendo una funzione regolata dal diritto, l'amministrazione non raggiunge il suo scopo di garantire l'interesse pubblico se non "organizzandosi" e "agendo" in modo efficiente. E ciò perché l'amministrazione potrà pure essere imparziale, ma se si organizza o agisce in modo inefficiente non adempie il suo compito di garantire l'interesse pubblico, nel senso di realizzare il mandato costituzionale preordinato alla rimozione degli ostacoli che si frappongono al pieno dispiegarsi della personalità e al concreto godimento delle libertà e dei diritti delle persone; e, allo stesso tempo, l'amministrazione non sarà imparziale se è inefficiente, per il fatto che potrà pure dare il bene della vita a chi ha il diritto di averlo, ma con modi e tempi che sono del tutto incompatibili con il godimento pieno di quello stesso bene.

Si dimostra ancor più a fondo come nella Costituzione esista uno stretto legame che tiene uniti l'uno all'altro i concetti di efficienza e di imparzialità, e siccome questi concetti sono strettamente collegati, la definizione di efficienza non può che essere una definizione comprensiva della garanzia (imparzialità). In tal senso si comprende pure come la legalità che la Costituzione intende difendere quando prende in esame l'amministrazione sia solo quella che ne assicura le caratteristiche indispensabili, ossia efficienza e imparzialità. Questi, d'altra parte, sono i modi della libertà e del dovere dell'amministrazione: l'amministrazione è garantita nella sua libertà, in quanto funzionalmente efficiente per l'interesse generale e ispirata nelle sue attività e comportamenti dal principio di imparzialità.

Si comprende ancora meglio in questa prospettiva come quello di efficienza sia sempre un concetto (giuridico) comprensivo della garanzia, non potendosi concepire un'amministrazione ed un'organizzazione efficienti che non

siano allo stesso tempo anche imparziali. Se così è l'imparzialità – intesa qui come garanzia – costituisce un imprescindibile parametro di riferimento per l'efficienza. Si può dire più esattamente che l'imparzialità è il perimetro entro cui l'efficienza può avere una sua validità, può esplicarsi legittimamente.

In questa prospettiva, l'amministrazione ogni qual volta eserciti il potere attribuito dalla norma dovrebbe verificare se l'organizzarsi e l'agire efficientemente in una data situazione siano comprensivi della garanzia che la stessa situazione richiede per il rispetto del principio dell'imparzialità. Laddove l'organizzarsi e l'agire efficienti richiedano in concreto il sacrificio del bene della vita, in nome, poniamo, dell'accelerazione o della semplificazione della procedura, l'amministrazione dovrebbe abbandonare tale modalità di organizzazione ed azione e organizzarsi ed agire in modo che l'imparzialità sia rispettata, che la sfera soggettiva delle persone garantita.

Nell'interpretazione offerta, le modalità con cui l'amministrazione e la sua organizzazione adempiono il compito di essere funzioni della società sono ora ricomposte nella stretta coesistenza dei principi di efficienza e imparzialità. In essa trova valore giuridico il criterio di efficienza (il buon andamento di cui parla la Costituzione), il quale viene così sganciato dalla sfera del potere amministrativo e del potere economico del mercato per essere attratto dalla sfera della società dove, in un continuo confronto con il principio dell'imparzialità, assolve la sua funzione di rendere effettivamente rispondente l'amministrazione e la sua organizzazione al godimento pieno ed eguale dei diritti delle persone in conformità dell'ordinamento costituzionale.

13. L'efficienza amministrativa come misura della massimizzazione dei diritti delle persone

13.1. Il superamento dell'idea di amministrazione come funzione della società e della sovranità come spettante all'ordinamento

Si sono tracciati, dunque, i confini del problema dell'efficienza come concetto giuridico, in relazione alla concezione dell'organizzazione amministrativa e della sua posizione nel quadro costituzionale. Lungo questa trattazione, sono emersi con chiarezza due elementi rispetto ai quali si presentano seri motivi di insoddisfazione.

In primo luogo, si sono scorse le ragioni per le quali il ricorso ad un concetto 'economico' di efficienza non consente di risolvere adeguatamente e con

certezza il problema del contenuto giuridico del precetto di efficienza nell'amministrazione.

In secondo luogo, la misura dell'efficienza viene sempre ricercata nei modi di esercizio del potere pubblico.

Avere posto il problema della posizione dell'amministrazione e della sua organizzazione nel quadro costituzionale, come s'è appena fatto, è necessario, invece, per raggiungere una definizione giuridica del concetto, giacché risulta evidente che – pur con diversità d'accenti – l'efficienza è da concepire in relazione alle funzioni dell'organizzazione e ai suoi fini.

Si tratta, quindi, di un concetto obiettivato di efficienza.

Tuttavia, anche in questa prospettiva, l'efficienza resta misura dell'esercizio del potere pubblico, colta nella prospettiva di quest'ultimo e dei mezzi di cui dispone il potere sovrano (sia esso lo stato o l'ordinamento) per raggiungere fini pubblici.

È quest'ultimo aspetto che, invece, costituisce l'ultimo profilo di ambiguità del concetto. Infatti, la costruzione del concetto giuridico di efficienza come misura dei mezzi pubblici posti in essere per raggiungere interessi pubblici attraverso l'esercizio di potere pubblico, finisce per far ricadere la nozione su sé stessa e non permette di definire davvero l'efficienza rispetto al perseguimento degli scopi dell'amministrare per fini pubblici. Per raggiungere questo risultato, occorre quindi, necessariamente, fare un passo avanti rispetto all'idea bertiana di amministrazione come funzione della società (in cui sovrano è e resta l'ordinamento), da cui pure si sono prese le mosse per ridisegnare lo sfondo teorico entro il quale immettere il concetto giuridico di efficienza.

È, quindi, necessario provare a costruire una soluzione diversa circa il potere dell'amministrazione.

Questo passo, vale la pena di anticipare, va fatto se si vuole porre una concezione dell'efficienza, oltre che giuridicamente valida in relazione al quadro costituzionale vigente nell'ordinamento amministrativo, anche misurabile in relazione al raggiungimento dello scopo per il quale l'amministrazione e la sua organizzazione agiscono.

Questa, d'altra parte, non è l'unica ragione.

Il perpetuare le categorie tradizionali in un contesto socioeconomico segnato da profondi cambiamenti, vorrebbe dire venire meno al compito proprio del giurista positivo, sicché appare ragionevole domandarsi se non vi siano soluzioni diverse da quelle correnti.

Al di là della soluzione offerta, ciò che non pare possa mettersi seriamente in dubbio è il fatto che il giurista positivo debba ricercare tale soluzione sempre all'interno del tessuto costituzionale.

Più a fondo occorre chiedersi se, in conformità del dato positivo offerto dalle norme costituzionali, non si possa offrire una impostazione – per quanto radicale – dell’amministrazione e della sua organizzazione che contribuisca a mutare in maniera decisiva il modo in cui si è tradizionalmente affermato il fondamento giuridico su cui poggia il potere dell’autorità e, quindi, costruire il concetto di efficienza non come misurazione dei mezzi pubblici utilizzati per l’esercizio del potere pubblico, ma piuttosto come massimizzazione dei risultati cui l’esercizio di quel potere deve tendere.

In questa prospettiva è stato messo in dubbio che il potere pubblico spetti allo Stato e per il suo tramite all’autorità amministrativa²⁶⁸.

Come è noto da più parti il potere pubblico è stato inteso quale attributo essenziale della sovranità, la quale a sua volta è posta esclusivamente in capo allo stato. Per questo motivo, una volta intestata la sovranità allo stato, si è potuto considerare il potere pubblico come appartenente all’autorità che lo esercita in conformità della legge. Viene così radicato il potere pubblico in un soggetto, l’amministrazione, di cui è a sua volta predicata la natura pubblicistica; tale soggetto è titolare del potere in via generale ed è destinato ad attivarsi ogni qual volta che ne ravvisi un’esigenza di pubblico interesse. In quest’ordine di idee «*il potere è il dato generale, preesistente, costitutivo. La sua ragione è l’interesse pubblico. Il soggetto pubblico (lo Stato, in ipotesi) lo incorpora, divenendo il dato costitutivo di quest’ultimo*»²⁶⁹.

Vero è che l’impianto teorico dello stato di diritto non è andato oltre questa originaria conformazione, la quale permane immutata pur nel lungo e faticoso percorso che ha condotto alla sottoposizione del potere alla legge e al controllo razionale del diritto. I giuristi, e i giuspubblicisti in particolare, da sempre si sono dimostrati sensibili al problema della controllabilità del potere amministrativo. In questa prospettiva si sono definite procedure, si sono introdotte forme di partecipazione delle persone alla funzione amministrativa, si sono date delle norme puntuali ai modi e ai tempi di produzione del potere da parte dell’autorità e si sono approntati i mezzi per sindacare dinnanzi ad un giudice i risultati dell’uso che l’autorità fa di quel potere. Tuttavia, la sottoposi-

²⁶⁸ L.R. PERFETTI, *Sull’ordine giuridico della società e la sovranità*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, Cedam, 2016, pp. 1153 ss.

²⁶⁹ L.R. PERFETTI, *Sull’ordine giuridico della società e la sovranità*, cit., p. 1156, dove si aggiunge: «*In termini storici, il monopolio dell’autorità deriva dalla spettanza della sovranità. Per quanto il concetto sia stato, almeno dal kelsenismo in poi, molto criticato – seppur non archiviato – resta evidente che l’originaria spettanza della sovranità ha radicato nella soggettività pubblica il sistema dei poteri. Non sembra di grande importanza il fatto che, poi, con progredire del tempo, il concetto di sovrano sia stato criticato e generalmente sia stato espunto dal discorso dell’autorità*» (pp. 1156-1157). Tant’è che sebbene sia stato «*espunto, sottratto, presupposto per lo più, non superato. Il nomos dell’autorità resta ancora tutto lì*» (p. 1157).

zione dell'amministrazione al controllo razionale del diritto, pur contribuendo ad una progressiva giuridificazione del potere, ha lasciato e tuttora lascia impregiudicata la questione circa la spettanza di quel potere all'autorità²⁷⁰.

In questa prospettiva si è predisposta una disciplina del potere che fosse in grado di razionalizzare normativamente i comportamenti dell'autorità, ma ciò pur sempre nella consapevolezza che quest'ultima fosse legittimata all'uso del potere dall'esclusiva spettanza ad essa della sovranità.

In tal senso si è efficacemente notato²⁷¹, che il potere continua a risiedere nell'autorità in modo permanente e ad esprimersi per la cura dell'interesse pubblico.

Il problema della spettanza in via esclusiva della sovranità all'autorità non si risolve neppure con l'avvento, a partire dalla seconda metà del Novecento, dello stato democratico.

In quest'ultimo la giustificazione del potere in capo all'autorità risiede nella legittimazione democratica dell'amministrazione che avviene per il tramite del flusso politico-rappresentativo. Tuttavia, anche tale soluzione non appare più convincente. È sotto gli occhi di tutti la crisi in cui versano le democrazie occidentali, dove la legittimazione democratica delle strutture di potere è minata alle fondamenta da serie ragioni di cui non si può più tacere. Si pensi al declino cui va incontro il sistema dell'investitura democratica delle autorità sia per ragione del contesto globale in cui sono ora inserite le questioni fondamentali e delle stesse autorità politiche che sono chiamate a provvedervi, sia per la complessità tecnica ed economica dei problemi di rilievo pubblico²⁷². In questo panorama si assiste così alla recessione dell'autorità ordinaria e all'assegnazione delle questioni pubbliche a tecnocrazie o a specifiche autorità di regolazione (autorità amministrative indipendenti).

Si è pure proposta la soluzione al problema della spettanza della sovranità attraverso l'oggettivazione dell'agire amministrativo e l'affermarsi delle leggi

²⁷⁰ L.R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, I (2017), pp. 3 – 43

²⁷¹ L.R. PERFETTI, *Sull'ordine giuridico della società e la sovranità*, cit., pp. 1157-1158.

²⁷² Sull'argomento si v. S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002, ID., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003. In passato, S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, Giuffrè, 1969, ma già in *Riv. dir. pubbl.*, 1910, pp. 87 ss., sul quale, S. CASSESE, *Lo Stato*, «stupenda creazione del diritto» e «vero principio di vita», nei primi anni della Rivista di diritto pubblico (1909-1911), in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1987, p. 501; P. GROSSI, *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, pp. 1 ss.; A. ROMANO, *Santi Romano, Lo Stato moderno e la sua crisi e l'ordinamento giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, pp. 333 ss.

generali di procedura che consentissero la realizzazione di spazi paritari dove far emergere le pretese delle persone nei confronti delle autorità.

Si tratta di una soluzione in cui si è anche affermata la spettanza della sovranità all'ordinamento e non allo stato. Tuttavia, pur avendo il pregio di fornire una visione paritaria del rapporto tra l'autorità e la persona e sebbene si passi dall'intestare la sovranità all'ordinamento piuttosto che allo stato, tale soluzione non risolve la questione fondamentale della spettanza della sovranità la quale continua a trattenersi nell'autorità.

Tali considerazioni impongono di riflettere sull'opportunità di dare una diversa soluzione teorica alla questione della sovranità e al problema del ruolo e della funzione che bisogna assegnare all'amministrazione ed alla sua organizzazione.

In questa prospettiva appare utile anticipare come da una diversa costruzione teorica dell'edificio su cui poggia l'idea della sovranità e con essa il ruolo e la funzione dell'autorità dipenda anche la bontà di un concetto giuridico di efficienza che si propone di assolvere il godimento dei diritti delle persone.

Ed è a tale diversa soluzione²⁷³ che occorre ora rivolgere l'attenzione.

13.2. Soluzione alla questione della sovranità in base all'ordine giuridico della società e al riconoscimento dei diritti fondamentali: la sovranità delle persone

Il dato positivo da cui partire per il giurista è sempre rappresentato dal testo costituzionale. Se infatti si prova nuovamente ad interrogare la Costituzione si potrà appurare come essa, all'art. 1, esordisca attribuendo la sovranità al popolo e subito dopo, all'art. 2, affermando il riconoscimento dei diritti inviolabili delle persone²⁷⁴.

Si è sostenuto²⁷⁵ come siano proprio questi due elementi, l'intestazione della sovranità al popolo e il riconoscimento dei diritti inviolabili delle persone, la base teorica su cui fornire una soluzione radicalmente diversa alla questione della spettanza della sovranità.

²⁷³ L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 119-158.

²⁷⁴ L.R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Diritto pubblico*, 2013, pp. 61-130

²⁷⁵ L.R. PERFETTI, *Sull'ordine giuridico della società e la sovranità*, *cit.*, p. 1163.

Se si tiene per ferma l'intestazione della sovranità al popolo da parte del dato costituzionale, si potrà affermare come essa non spetti né allo stato, né all'ordinamento.

Di conseguenza la sovranità non può essere assegnata neppure all'autorità, benché la si consideri ancora come il fondamento del suo potere.

Più esattamente essa non spetta all'autorità, né «*al prodotto dei suoi comandi, né al soggetto né all'oggettività delle sue regole*»²⁷⁶.

Se così è, la sovranità non può che spettare alle persone²⁷⁷.

Che la sovranità spetti alle persone e non all'autorità è stabilito in modo inequivoco non solo dalla Costituzione come testo posto e vigente, ma anche dall'atto costituente dell'ordinamento, dal momento che la sovranità popolare si è manifestata in modo collettivo proprio in tale atto.

L'affermazione che la sovranità appartenga alle persone non è di poco conto, giacché da essa deriva un secondo elemento rilevante che caratterizza la spettanza della sovranità al popolo, vale a dire l'esistenza di un «*ordine giuridico della società nel quale la sovranità risiede e dal quale promana la Costituzione*»²⁷⁸. Si tratta di un ordine giuridico che si esprime nella manifestazione della sovranità attribuita al popolo e della garanzia dei diritti inviolabili e dei doveri irrinunciabili delle persone. Ordine della società la cui giuridicità è dunque suffragata proprio dalla spettanza della sovranità al popolo e dalla presenza di posizioni giuridiche costituite dai diritti fondamentali delle persone che preesistono in modo autonomo in quell'ordine, tanto che la Costituzione non crea ma “riconosce” i diritti come tali.

Vero è che il riconoscimento dei diritti fondamentali viene sancito nel nostro ordinamento nel modo più esplicito attraverso la disposizione di cui all'art. 2 Cost., la quale permette di escludere che la sovranità, una volta esercitata ponendo in essere la Costituzione e consegnando al popolo il potere di

²⁷⁶ L.R. PERFETTI, *op. loc. ult. cit.*

²⁷⁷ L.R. PERFETTI, *op. loc. ult. cit.* Sulla stessa tesi si v. ID., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, cit., p. 359, dove secondo l'A. «una volta che si sia presa sul serio l'affermazione costituzionale della spettanza della sovranità al popolo ne conseguiranno due elementi decisivi [...] vale a dire: nella sovranità popolare si trovano le ragioni che impongono di riconoscere (A) l'esistenza di un ordine giuridico della società e (B) la completa funzionalizzazione dell'autorità (amministrativa o giudiziaria) al godimento pieno dei diritti fondamentali della persona, nel rispetto del precetto dell'eguaglianza sostanziale; ne consegue che l'autorità dispone di poteri limitati (che le sono assegnati dalla legge formale), la cui disciplina deve essere individuata nelle fonti primarie e, ove bisognose di integrazione, nell'ordine giuridico della società e che l'esercizio dei poteri è completamente funzionalizzato al perseguimento di interessi pubblici estranei all'amministrazione e riconoscibili nel pieno godimento dei diritti (nella Costituzione italiana questa conclusione sembra una conseguenza necessaria del sistema degli articoli 1, 2 e 3 vale a dire di un insieme di norme che, per via del loro rango, non sono suscettibili d'esser comprese da altri ordinamenti, incluso quello comunitario che, peraltro, con esse non sembra porsi in alcun modo in contrasto)».

²⁷⁸ L.R. PERFETTI, *Sull'ordine giuridico della società e la sovranità*, cit., p. 1163.

eleggere i suoi rappresentanti, venga per ciò solo ad esaurirsi. In effetti, «vi è una porzione di essa che continua, permanentemente, ad esercitarsi come attività giuridica che esprime – esattamente – l'ordine giuridico della società»²⁷⁹. E ciò avviene proprio in virtù di quel riconoscimento che la Costituzione fa dei diritti come sussistenti già al momento del farsi dell'ordinamento.

I diritti delle persone quali entità giuridiche autonome che si esprimono attraverso un proprio ordine esistono indipendentemente dall'ordine giuridico formale dell'autorità. I diritti fondamentali esprimendosi in un ordine autonomo e indipendente dall'ordine dell'autorità si trattengono costantemente nel *nomos* costituzionale della sovranità popolare, con ciò spiegando il continuo flusso attraverso cui fanno ingresso nell'ordinamento i diritti di nuova generazione. Tali diritti si generano nel grande bacino che è la società e una volta sorti la Costituzione li “riconosce” come tali, con un flusso costante che non si consuma nell'atto di porre in essere la Costituzione stessa.

È questa la ragione per la quale «l'ordine giuridico della società si legittima nell'ambito della sovranità ed essa si trattiene parzialmente nella società, senza mai esaurirsi nello sforzo di porre in essere l'ordinamento»²⁸⁰.

L'esistenza di un ordine giuridico della società come elemento caratterizzante la spettanza della sovranità alle persone ha il pregio di mostrare come la sovranità non si articoli nei poteri dello stato, né dell'ordinamento e neppure, per il tramite di questi, nei poteri dell'autorità²⁸¹.

13.3. Funzionalizzazione dei compiti dell'amministrazione alla sovranità delle persone in conformità della Costituzione: l'efficienza come misura della massimizzazione dei diritti fondamentali

La spettanza della sovranità al popolo e il riconoscimento dei diritti fondamentali permettono altresì di affermare come la Costituzione abbia inteso

²⁷⁹ L.R. PERFETTI, *op. ult. cit.*, pp. 1163-1164, dal momento che «l'ordinamento positivo “riconosce” i diritti inviolabili essi sono sussistenti già al momento del costituirsi dell'ordinamento e lo sono come “diritti”, come entità – dunque – giuridiche».

²⁸⁰ L.R. PERFETTI, *op. ult. cit.*, p. 1164. Con ciò, secondo l'A., si spiega anche «perché la Corte costituzionale e la dottrina hanno sempre ritenuto l'art. 2 Costituzione una clausola aperta, attraverso la quale entrano nell'ordinamento i diritti di nuova generazione».

²⁸¹ L.R. PERFETTI, *op. loc. ult. cit.* In questo senso la sovranità non si esaurisce dopo che essa viene esercitata per costituire le istituzioni democratiche o dopo che è assegnata allo stato. La sovranità non si consuma neppure dopo che viene esercitata attraverso il voto che di quella è l'espressione dinamica. Secondo l'A., infatti, «l'idea che il cittadino sia attivo solo con la legittimazione democratica di chi è chiamato a porre in essere norme giuridiche – il Parlamento – determinerebbe la conservazione della sua qualità di suddito rispetto all'esercizio di tutti i restanti poteri pubblici, a cominciare da quello esecutivo».

porre l'amministrazione e la sua organizzazione quali funzioni del godimento dei diritti da parte delle persone.

Sta in ciò il punto decisivo.

Se l'organizzazione e l'azione amministrative sono funzioni del godimento dei diritti della persona in conformità del sistema costituzionale, allora il concetto giuridico di efficienza non può che essere la misura della massimizzazione di quei diritti in confronto tra loro.

Il concetto giuridico di efficienza è allora caratterizzato dalla funzionalizzazione dell'attività e dell'organizzazione al raggiungimento dell'obiettivo di massimizzazione delle pretese dei destinatari dell'esercizio del potere amministrativo, che debbono essere individuate, valutate e bilanciate nell'esercizio del potere, nell'organizzazione e nella decisione amministrativa che ne esprime la sintesi dell'agire per fini pubblici.

In questa prospettiva chiedersi se l'amministrazione è 'giuridicamente' efficiente o inefficiente equivarrà a domandarsi se l'amministrazione abbia o meno adempiuto il suo compito di massimizzare i diritti delle persone garantendo loro il bene della vita con tempi e modi compatibili con il godimento che quel bene implica, apprestandovi un'organizzazione adeguata e con l'uso più conveniente delle risorse pubbliche e private (che, ad esempio, sono coinvolte nella partecipazione procedimentale).

Il concetto giuridico di efficienza, quindi, non coincide con la valutazione circa il raggiungimento dello scopo di produrre un risultato 'economicamente' apprezzabile in termini di massimizzazione delle risorse impiegate o di minimizzazione degli oneri e dei costi sostenuti a beneficio dell'ente.

In questa prospettiva si soffre l'incertezza che le stesse categorie economiche propongono, si rischia la compressione delle garanzie e, più ancora assai, manca il parametro alla luce del quale misurare l'efficienza; infatti, se manca il criterio alla luce del quale misurare l'efficienza, quest'impostazione si risolve solo nel minore uso possibile di tempo e risorse, senza chiarire fin dove sia (appunto) 'possibile' ridurre un tale consumo.

Il problema non è interamente risolto neppure chiarendo che l'amministrazione è funzione servente la società e non lo stato. Infatti, conservando la visione classica della sovranità, il centro dell'azione continua ad essere il potere pubblico e il suo esercizio, sicché si finisce per tornare nello schema per il quale è efficiente l'esercizio del potere che consuma le minori risorse possibili.

È necessario – per costruire il concetto giuridico di efficienza – sia identificare lo scopo da raggiungere con i mezzi utilizzati (tempo e risorse), sia chia-

rire come questo stesso fine sia il fondamento del potere che si utilizza e non il suo oggetto.

Se i diritti fondamentali delle persone non sono l'oggetto del potere e il potere la risorsa da esercitare efficientemente e, invece, essi sono la fonte del potere e la loro massimizzazione il fine da raggiungere, viene a ricomporsi il quadro complessivo e a chiarirsi il concetto.

La massimizzazione dei diritti fondamentali è lo scopo dell'organizzazione e dell'azione e in esso l'amministrazione, e per il tramite di essa lo stato, cessa di essere a-finalistica.

La funzionalizzazione di tutte le attività pubbliche ai compiti fissati in Costituzione e particolarmente al godimento pieno ed eguale dei diritti delle persone fissa il criterio di misurazione dell'efficienza.

Ne consegue che si potrà parlare di efficienza amministrativa come criterio che consente di determinare i mezzi che occorrono perché l'azione dell'amministrazione massimizzi il godimento dei diritti fondamentali delle persone, in confronto tra di loro e in relazione alla previsione di un potere pubblico cui sovrintenda un'organizzazione anch'essa pubblica, essendo questi ultimi – potere e organizzazione – fondati e legittimati dalla sovranità che non alberga entro essi stessi (o lo stato) ma negli stessi diritti che azione e organizzazione debbono massimizzare quanto al loro godimento.

LORIANO MACCARI

Professore a contratto di Governo del territorio presso il Dipartimento di Giurisprudenza
Università di Urbino Carlo Bo
loriano.maccari@uniurb.it

**LE FORME ORGANIZZATIVE
DELL'AMMINISTRAZIONE PUBBLICAE LA TUTELA
DELLE POSIZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE**

**THE ORGANIZATIONAL FORMS OF THE PUBLIC
ADMINISTRATION AND THE PROTECTION
OF INDIVIDUAL RIGHTS**

SINTESI

Il proliferarsi di soggetti privati ai quali l'ordinamento giuridico ha attribuito lo svolgimento delle funzioni pubbliche (Consorzio, Società partecipate) ha sollecitato una riflessione sulla adeguatezza del sistema processuale per garantire livelli di tutela non inferiori a quelli riconosciuti nei confronti degli atti e dei comportamenti della pubblica amministrazione in senso tradizionale. Il tema dell'indagine è rivolto alla valutazione se nella impugnazione o nella censura dei comportamenti di un soggetto privato, che svolge funzioni pubbliche, siano deducibili in giudizio gli stessi vizi di legittimità in modo da garantire, quantomeno, un livello di tutela equivalente. Il dubbio più consistente si concentra sul vizio di incompetenza dell'organo che ha adottato o istruito il provvedimento finale, considerando che nei soggetti costituiti da un ordinamento privato potrebbe non ritenersi soddisfatto il dettato costituzionale di cui all'art. 97 Cost. "I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge". Lo scopo dell'indagine è quello di pervenire, all'esito di una ricostruzione del percorso evolutivo della l. n. 241/90 all'affermazione secondo la quale il punto dirimente risiede, ai fini del riconoscimento di una tutela piena con livelli di garanzia non inferiori a quelli generali, non nelle caratteristiche costitutive del soggetto, bensì nella funzione ad esso attribuita.

ABSTRACT

The private subject's proliferation engaged in public duties (Consortium, Associated companies) called for a thought on the adequacy of procedural law compared to traditional administration. The point of that question is the possibility to challenge an administrative action with classic instruments, in order to ensure an equivalent legal protection. It is for this reason that art. 97

of Italian Constitution will be analyzed reconstructing the evolution of Italian law on administrative procedure (l. n. 241/90).

PAROLE CHIAVE: Legittimità, soggetto privato, amministrazione pubblica, tutela piena, tutela effettiva.

KEYWORDS: Legitimacy, private subject, public administration, full jurisdiction, effective protection.

INDICE: 1. L'evoluzione della forma dei soggetti – 2. La giustificazione costituzionale del fenomeno (artt. 5 e 118 Cost.) – 3. La tendenza dell'ordinamento ad adeguarsi all'evoluzione del fenomeno, da una soggettività individuata ad una soggettività diffusa.

1. L'evoluzione della forma dei soggetti

La disciplina sull'azione amministrativa ha affrancato con l'introduzione del comma 1 *ter* dell'art. 1 della l. 7 agosto 1990, n. 241 e del comma 1 dell'art. 29 della l. n. 241/90, definitivamente un fenomeno ormai diffuso, l'ingresso dei soggetti a struttura privata, per lo svolgimento di funzioni amministrative. La collocazione della norma, aggiunta nel contesto dei «*Principi generali dell'attività amministrativa*», anche a non voler valorizzare la sua felice formulazione, fa chiaramente intendere che siamo di fronte all'affermazione di portata generale rivolta ai «*I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative*». La seconda parte del testo impone perentoriamente anche ai soggetti privati «*il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge*».

Il richiamo espresso dei criteri e dei principi di cui al comma 1 comprende «*le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti*», con la conseguenza che tutti i soggetti, a prescindere dalle loro forme organizzative e statutarie, devono osservare il principio di legalità nello svolgimento della funzione amministrativa.

L'art. 29 comma 1 della l. n. 241/90 stabilisce che «*Le disposizioni della presente legge si applicano, altresì, alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative*».

Si può dunque subito concludere che le norme sull'azione amministrativa trovano applicazione nei confronti dei soggetti ai quali l'ordinamento giuridico ha attribuito lo svolgimento di funzioni amministrative, stante la dirimente collocazione del punto discriminante nella manifestazione dinamica del potere, a prescindere dalla forma costitutiva di chi lo esercita. Volge in questo senso anche l'impiego della congiunzione “*altresì*” a testimonianza della piena estensio-

ne di una disciplina a carattere generale. La giurisprudenza ha adeguatamente chiarito e ben interpretato la portata delle norme pervenendo a conclusioni perfettamente coerenti con il loro testo letterale e con la tendenza a individuare lo spartiacque del riparto di giurisdizione sulla natura della funzione svolta, anziché sulle caratteristiche costitutive dei soggetti protagonisti.

Il richiamo alla giurisdizione potrebbe apparire fuori tema, in realtà la pienezza della tutela viene concretamente in rilievo proprio nel processo e lo scopo di queste riflessioni è quello di offrire un'affidabile ricostruzione del sistema collegata fortemente all'assetto normativo, così come evolutosi con la riforma costituzionale del 2001, con la l. 11 febbraio 2005, n. 15 e con il d. lgs n. 2 luglio 2010, n. 104¹.

Correlativamente l'art. 7 del d. lgs. n. 104/2010 individua la giurisdizione del Giudice amministrativo muovendo dall'esercizio o mancato esercizio del potere amministrativo, valorizzando la funzione amministrativa nel suo momento dinamico.

Il comma 2 puntualizza che «*Per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo*». L'avverbio "comunque" rafforza l'omnicomprensività del sistema verso tutti i soggetti ai quali l'ordinamento attribuisce lo svolgimento di pubbliche funzioni e si presta per essere applicato anche a nuove e sopravvenute figure di pubblica amministrazione in senso soggettivo, definibili a geometria diversificata.

2. La giustificazione costituzionale del fenomeno (artt. 5 e 118 Cost.)

L'ultimo comma dell'art. 118 Cost. prevede che «*Stato, regioni, città metropolitane, province e comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale sulla base del principio di sussidiarietà*», contiene una norma programmatica destinata nel tempo ad aprire il sistema della pubblica amministrazione a nuovi soggetti.

Il loro moltiplicarsi è riconducibile ad un ampio concetto di autonomia, ormai riconosciuta a tutti i beneficiari di un'affrancazione pubblica, che hanno acquistato la capacità di dettare le regole per la propria organizzazione e per in-

¹ La riforma costituzionale ha accentuato il pluralismo amministrativo e la sussidiarietà orizzontale, la l. n. 15/2005 ha istituito l'art. 3 comma 1 *ter* e il Capo IV *bis* della l. n. 241/1990. Il d. lgs. n. 104/2010 ha delimitato l'ambito della giurisdizione ispirandola al momento dinamico dell'esercizio della funzione amministrativa (art. 7).

staurare dei rapporti con altri soggetti. Si tratta della concretizzazione di una idea ampiamente rappresentata anche in passato da autorevole dottrina.

Nei primi anni settanta Giannini aveva sostenuto che la locuzione «*esercizio privato di pubbliche funzioni o di pubblici servizi*» non rappresenta una nozione giuridica propria, ma piuttosto un'espressione verbale per raccogliere un insieme di figure, moduli, formule, attinenti all'organizzazione amministrativa espressa non direttamente dall'ente pubblico titolare della funzione o del servizio².

Benvenuti ha descritto la pubblica amministrazione in senso soggettivo un sistema composto di un numero non definito di componenti, non identificabili, se non in ragione della funzione che svolgono in un dato momento storico, taluni di essi sconosciuti e suscettibili di incremento³.

Oggi sarebbe particolarmente difficile immaginare un elenco di soggetti di pubblica amministrazione, in un preciso riferimento temporale, in ragione dell'apertura del sistema in senso dinamico alla moltiplicazione dei medesimi in funzione di quello che concretamente svolgono con pubblico riconoscimento.

Possiamo ragionevolmente limitarci ad alcuni esempi idonei ad introdurre i temi trattati, quali: i Consorzi di Bonifica, le SOA (Società Organismi di Attestazione), le cooperative edilizie per la realizzazione degli alloggi di edilizia residenziale, la soc. RFI, Fincantieri, le aziende speciali.

3. La tendenza dell'ordinamento ad adeguarsi all'evoluzione del fenomeno, da una soggettività individuata ad una soggettività diffusa

La tendenza muove dalla oggettivizzazione della funzione amministrativa, nel senso che le regole applicabili al suo svolgimento dipendono dalla sua qualificazione, a prescindere dalle forme costitutive del soggetto che la svolge.

Dopo queste riflessioni all'interprete è attribuito il compito di disegnare il percorso del ragionamento che dovrebbe condurre ad assicurare, quantomeno i medesimi livelli di tutela, nei confronti dell'azione amministrativa svolta da soggetti a cuore privato. In altre parole occorre affermare in via definitiva la piena sindacabilità dei provvedimenti adottati da tali soggetti, con lo stesso corredo di strumenti che l'ordinamento ha tradizionalmente offerto nella storia della Giustizia amministrativa, per la tutela delle posizioni soggettive incise dall'esercizio o dal mancato esercizio del potere.

² M. S. GIANNINI, *Scienza dell'Amministrazione Pubblica*, 11 Vol., Vicenza 1967/1969.

³ «*La Pubblica amministrazione e ciò che essa appare in base a ciò che essa fa*», v. F. BENVENUTI, *Disegno della amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, Cedam, 1996, p. 100.

La riforma introdotta con la l. n. 15/2005, che prevede la codificazione dei vizi di legittimità del provvedimento amministrativo, contenuta nel Capo IV *bis* della l. n. 241/90, comprende, evidentemente non a caso, l'art. 1 comma 1 *ter* e l'art. 29 comma 1.

Il legislatore, con la norma di cui al comma 1 *ter*, ha inteso dotare il sistema di uno strumento idoneo a creare le regole nel procedimento, che gioco-forza si riverberano nella definizione orizzontale del sindacato del Giudice amministrativo, esercitato nell'ambito dei vizi definiti nell'art. 21 *octies* della l. n. 241/90, nei confronti dei provvedimenti a chiunque riconducibili, a prescindere dall'anima del soggetto che li ha adottati.

La definizione delle regole del corretto svolgimento della funzione amministrativa consente, nel processo, il rilievo della loro violazione, nell'ambito dei vizi di legittimità.

Questa conclusione sembra rappresentare l'effetto conseguente del sottolineato obbligo contenuto nel comma 1 *ter* a carico de «*I soggetti privati preposti dall'esercizio di attività amministrative*».

La felice locuzione “preposti” usata come sostantivo, lascia chiaramente intendere che la norma si rivolge ai soggetti comunque investiti dall'ordinamento di una funzione amministrativa.

Essa si adatta anche ad una interpretazione in senso dinamico, perché consente di riferirsi ad una entità titolare di compiti collocati fra le finalità per il raggiungimento dell'interesse generale fissato dalla legge.

Questa saldatura dovrebbe collegare l'ordinamento procedimentale con quello processuale, consentendo la deducibilità nel processo, anche nei confronti dei provvedimenti adottati da soggetti privati, delle medesime censure storicamente previste verso i tradizionali enti di diritto pubblico.

L'ordinamento si è preoccupato di offrire una garanzia di livello non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni tradizionali. Tale conclusione è autorizzata anche dalla portata dell'art. 21 *octies* intestato «*Annulabilità del provvedimento*» laddove consente una valutazione postuma in sede processuale, circa il contenuto del provvedimento finale adottato in violazione delle garanzie procedimentali.

Questa possibilità costituisce l'anello di congiunzione fra la fase procedimentale e quella processuale e all'interprete non sembra ragionevolmente consentito di immaginare una forma di tutela depotenziata, limitata ai vizi di eccesso di potere e violazione di legge.

Una certa riluttanza è pienamente giustificabile dalla riserva di legge contenuta nell'art. 97 comma 2 Cost. relativamente alla organizzazione dei pubblici

uffici. Gli atti costitutivi e gli statuti degli assetti societari o consortili sono solo ispirati alla disciplina del codice civile, che peraltro consente un'ampia autonomia contrattuale, con la conseguenza che le attribuzioni dei singoli organi, assemblea, consiglio od altri, non è attribuita per legge, ma in base alla legge⁴.

Questa è la ragione che sollecita la più importante riflessione che non ha consentito la piana affermazione della deducibilità in via giurisdizionale anche del vizio di incompetenza. Tuttavia in questo senso si può affermare che l'ordinamento con la riforma del Titolo V della Costituzione ha introdotto significative aperture verso le autonomie locali, come si ricava dall'art. 4 della l. Cost. 5 giugno 2003, n. 131 (c.d. Legge La Loggia)⁵.

Un ragionamento approfondito, che dovrebbe condurre alla affermazione di una legalità diffusa rilevante anche nel contesto delle attribuzioni dei singoli organi a contesti privati, sarebbe afflitto da dubbi interpretativi che lo renderebbero scarsamente affidabile. Invece, l'estensione in blocco della disciplina contenuta nell'art. 1 comma 1 *ter* non autorizza una conclusione incerta, anche se autorevole dottrina ha legittimamente manifestato dei dubbi in tal senso⁶.

In questo contesto la legalità si estende anche all'osservanza delle norme che regolano lo svolgimento interno dell'attività dei soggetti privati contenute nei rispettivi statuti e regolamenti quando conduce all'adozione dei provvedimenti amministrativi⁷.

Le regole del funzionamento interno della persona giuridica possono incidere anche sul corretto svolgimento della funzione e la loro violazione po-

⁴ I. PIAZZA, *La disciplina dell'attività amministrativa di soggetti privati tra autonomia organizzativa e garanzie degli amministrati*, in *Diritto Amministrativo*, 2-3/2015, p. 541. L'autore si è preoccupato di chiarire che la rilevanza del dato organizzativo interno non può essere svincolata da previsioni di rilievo pubblicistico ed ha finalità specifiche di tutela dei destinatari dell'atto segnalando il rischio di dare rilievo, anche processuale, a elementi che sul piano contenutistico non sono privi di un apprezzabile contenuto garantistico, ma non ha neppure attinenza con il versante funzionale. Perviene alla conclusione che né sul piano teorico, né su quello pratico, si può escludere in assoluto il vizio di incompetenza degli atti dei soggetti privati che costituiscono esercizio di un pubblico potere.

⁵ Porta il nome del Ministro proponente. Il disegno di legge è intitolato «*Adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla Legge costituzionale 18/10/2001 n. 3*». Il disegno di legge è stato convertito con l. 5 giugno 2003, n. 131.

⁶ Cfr. ID., op. cit. In particolare, si è posto il problema se le norme contenute negli atti costitutivi dei soggetti privati che svolgono funzioni pubbliche siano opponibili ai terzi ed efficaci *erga omnes* onde consentire il sindacato di legittimità sotto il profilo dell'incompetenza. Riflessione enunciata anche da E. FOLLIERI, *Gli atti soggettivamente privati e oggettivamente amministrativi, con particolare riferimento al sindacato giurisdizionale*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge ed amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 327-336.

⁷ Al soggetto privato viene chiesto di rendersi protagonista dell'imparzialità contro la sua naturale indole. Sul punto si richiamano le riflessioni di B. GILIBERTI, *Il Merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013, p. 44.

trebbe collocarsi nella figura dell'eccesso di potere. In questo caso l'attenzione si sposterebbe semplicemente dalla violazione di legge a quella di eccesso di potere sotto il profilo della funzione, con analoghi effetti dal punto di vista pratico.

Del resto l'art. 111 Cost. garantisce «*La tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi all'ordine di giustizia ordinaria e amministrativa*», stabilendo il divieto di esclusioni o limitazioni «*a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti*».

La pienezza della tutela deve dunque comprendere, senza limitazione alcuna, anche i provvedimenti adottati da soggetto privato nell'esercizio della funzione pubblica⁸.

La giurisprudenza, sia del Giudice ordinario, che di quello amministrativo hanno, come il legislatore del codice del processo, sottolineato ai fini della individuazione della giurisdizione, la riconducibilità del provvedimento o del comportamento all'esercizio del pubblico potere⁹.

Le conclusioni alle quali si perviene sono coerenti con la lettura delle norme sopra descritte, nel senso che il richiamo dell'intero corpo normativo della legge, che disciplina, in generale l'azione amministrativa, ad opera della

⁸ E. FOLLIERI, *Gli atti soggettivamente privati e oggettivamente amministrativi*, op. cit. In particolare, l'autore ha affermato che «*E comunque l'organizzazione del soggetto privato, per effetto della funzionalizzazione amministrativa (di parte) della sua attività, diviene rilevante verso i terzi, anche al fine della deduzione del vizio di incompetenza. Non solo, ma il soggetto privato deve seguire i passaggi procedurali della legge n. 241/1990 e documentali per iscritto perché la mancanza di questi atti endoprocedimentali rende illegittima l'attività svolta, ciò in conseguenza, rende ostensibile e sindacabile l'attività del privato*». Nel senso dell'obbligo di rispettare tutte le scansioni procedurali A. MALTONI, *Il Conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 502, nota 27.

⁹ Corte Costituzionale n° 35 del 2010 e n° 191 del 2006; Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 settembre 2015, n. 4545: «*La legge sul procedimento amministrativo ha portata ed applicazione universale, onde gli istituti giuridici dalla stessa introdotti devono trovare indistinta applicazione in relazione a tutti i procedimenti amministrativi previsti da leggi pregresse, siano esse di fonte statale o regionale. Anche nei procedimenti amministrativi previsti da leggi regionali, i principi della legge generale sul procedimento amministrativo trovano applicazione; a fortiori, pertanto quel modello procedimentale deve trovare applicazione in relazione ad un procedimento previsto da una fonte normativa statale di rango secondario che, nella specifica materia dell'approvazione dei progetti riguardanti la nautica da diporto in cui sono coinvolti una pluralità di soggetti portatori di interessi pubblici differenziati, ha richiamato l'istituto della conferenza di servizi proprio per assicurare agibilità, concertazione e speditezza all'azione amministrativa. Nessun dubbio pertanto sulla applicabilità alla fattispecie di causa del disposto di cui all'art. 14-quater, comma 3 della legge n. 241 del 1990*»; cfr. Corte di Cassazione, SS.UU., 22 dicembre 2011, n. 28330: «*In definitiva ciò che è comunque essenziale è la riconducibilità dell'atto, del provvedimento o del comportamento all'esercizio di un pubblico potere...*»; TAR Lazio - Roma, Sez. II, 7 luglio 2006, n. 5540: «*gli atti delle procedure ad evidenza pubblica sono oggettivamente amministrativi ancorchè poste in essere da stazioni appaltanti formalmente private, di talchè tali soggetti assurgono, limitatamente agli atti di gara, ad amministrazioni pubbliche in senso oggettivo*», cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 30 settembre 2015, n. 4545; Cons. Stato, Sez. VI, 5 giugno 2003, n. 3124; Cons. Stato, Sez. VI, 17 febbraio 2003, n. 843; Cons. Stato, Sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478.

modifica del 2005, comporta nei confronti dei provvedimenti adottati da soggetti privati nell'esercizio di funzioni pubbliche la medesima pienezza della tutela giurisdizionale.

MASSIMILIANO BELLAVISTA

Professore associato di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento
di Scienze Politiche e Internazionali dell'Università di Siena

massimiliano.bellavista@unisi.it

LA POSIZIONE ORGANIZZATIVA DEL RESPONSABILE DEL PROVVEDIMENTO E DI QUELLA DEL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO

THE ORGANIZATIONAL POSITION OF THE RESPONSIBLE OF THE ADMINISTRATIVE ACT AND THAT OF THE RESPONSIBLE OF THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE

SINTESI

Ci sono riforme che vanno oltre la particolare disciplina giuridica sulla quale intervengono; dal momento che, queste, sono motore (oppure semplicemente parte) di movimenti riformatori più ampi, volti ad incidere profondamente sull'ordinamento giuridico vigente.

Questa è certamente la caratteristica della legge italiana sul procedimento amministrativo (l. 7 agosto 1990, n. 241).

La tradizionale connotazione della costruzione del diritto amministrativo moderno (basata, da un lato, sulla c.d. dialettica fra il principio di autorità e quello di libertà e, dall'altro lato, sull'organizzazione in senso soggettivo e verticale) è scossa dalle fondamenta, proprio grazie alla ricordata legge.

Innanzitutto, il paradigma duale (fondato sulla dialettica autorità/libertà) entra in crisi irreversibile, mostrando tutte le contraddizioni delle quali è portatore, a causa del declino dell'unilateralità dell'attività amministrativa.

In secondo luogo, ma in conseguenza di ciò che si appena osservato, l'apertura della procedura amministrativa (meglio sarebbe, però, usare la locuzione *rito amministrativo sostanziale*) alla partecipazione (che non ha un ruolo meramente collaborativo, poiché la legge assicura alle parti interessate l'effettività del diritto di difesa) a soggetti diversi dall'amministrazione procedente, e spesso, in posizione antagonista rispetto a questa, delinea un modello aperto di decisione amministrativa, ove la caratteristica di autorità non può essere ancora attribuita al soggetto amministrazione, ma può essere solo riferibile (in una dimensione oggettiva) alla decisione stessa (qualora essa sia rispettosa delle regole che disciplinano il formarsi della stessa).

Il modello aperto e partecipato di decisione amministrativa ha inciso in maniera decisiva in ogni settore dell'ordinamento amministrativo.

Molta attenzione è stata, giustamente data, agli effetti che ha avuto la legge sul procedimento sulla riforma del processo amministrativo; minore considerazione, invece, è stata accordata alle implicazioni sull'organizzazione amministrativa.

La figura del responsabile del procedimento e di quella del provvedimento sono state poco indagate sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, ancorché esse, in particolare maniera la seconda, abbiano una loro precisa collocazione nell'organizzazione amministrativa.

Tale collocazione, però, non è, per così dire neutrale ossia non è irrilevante rispetto al modello di organizzazione amministrativa.

Il fatto stesso che la decisione amministrativa (e la conseguente produzione del provvedimento amministrativo) sia imputata al responsabile del provvedimento piuttosto che all'organo (i tentativi di qualificazione del responsabile del provvedimento come organo, risultano essere insoddisfacenti ed incoerenti) è un fattore decisivo di «decostruzione» del sistema organizzativo soggettivo e verticale.

Sicché, grazie alla legge sul procedimento amministrativo, s'impone il modello *aperto* e *contingente* di organizzazione amministrativa, ripiegato e funzionale all'attività amministrativa concreta ed alla cura di interessi concretamente individuati.

Il tutto per la ragione che il modello aperto di decisione amministrativa necessita di simmetrico modello organizzativo per poter essere veramente effettivo.

ABSTRACT

There are reforms that go beyond the particular legal discipline on which they set in; since these are the base (or simply part) of broader reform movements aimed at profoundly affecting the current legal order.

This is certainly the characteristic of the Italian law on the administrative procedure (l. August 7, 1990, No. 241).

The traditional connotation of the construction of modern administrative law (founded both on the "dialectic between the principle of authority and that of freedom" and on the organization in a subjective and vertical sense) is shaken from the foundations, precisely thanks to the aforementioned law.

First of all, the dual paradigm (based on authority/freedom dialectics) enters an irreversible crisis, showing all the contradictions it carries, due to the decline of the unilateral nature of administrative activity.

In addition, but as a consequence of what has just been observed, the opening of the administrative procedure (it would be better, however, to use the expression "substantial administrative rite") to participation (which does not have a simply collaborative role, because the law ensures to the interested parties the effectiveness of the right of defense) to subjects other than the proceeding administration, and often, in an antagonistic position with respect to this, draws an open administrative decision model, where the authority feature cannot yet be attributed to the administration subject, but can only be

referable (in an objective dimension) to the decision itself (if it respects the rules governing the formation of the same).

The open and participatory administrative decision model has had a net impact in every sector of the administrative system.

Much attention has been given, correctly, to the effects that the law on the procedure on the administrative process reform had; less consideration was given to the implications on administrative organization.

The figure of the responsible of the procedure and that of the responsible of the administrative act

have been little studied under the profile of the administrative organization, even though they, especially the second, have their precise position in the administrative organization.

This location, however, could be said to be not “neutral”, in the sense that it is not irrelevant to the model of administrative organization.

The mere fact that the administrative decision (and the consequent production of the administrative act) is attributed to the person responsible for the act rather than to the organ (the attempts to qualify the person responsible for the act as an organ appear to be unsatisfactory and inconsistent) and a decisive factor in «Deconstruction» of the subjective and vertical organizational system.

So, thanks to the law on administrative procedure, the open and contingent model of administrative organization is imposed, folded and functional to the concrete administrative activity and to the care of concretely identified interests.

Everything stated above is a consequence of the fact that the open administrative decision model needs a symmetrical organizational model to be effective.

PAROLE CHIAVE: organizzazione amministrativa – persona giuridica – organo – responsabile del provvedimento – responsabile del procedimento

KEYWORDS: administrative organization – legal person – organ – responsible of the administrative act – responsible of the administrative procedure

INDICE: 1. Premessa: le aporie del paradigma autorità/libertà. – 2. La necessità di dover riconsiderare i modelli di organizzazione amministrativa alla luce della legge sul procedimento amministrativo. – 3. I connotati del modello classico di organizzazione amministrativa. – 4. (segue) le contraddizioni del modello classico in ragione del collegamento fra organizzazione ed attività amministrativa. – 5. La posizione organizzativa del responsabile del provvedimento. – 6. La posizione organizzativa del responsabile del procedimento. – 7. Conclusioni.

1. Premessa: le aporie del paradigma autorità/libertà

La legge sul procedimento amministrativo ha rappresentato, nell'esperienza giuridica italiana, un momento tanto di rinnovamento quanto di cesura rispetto all'apparato concettuale e fattuale che aveva, sino al 1990, dominato la scena del diritto amministrativo.

Si è trattato di autentico rinnovamento nel senso della «sostituzione del vecchio con il nuovo», dal momento che, con la lenta entrata a regime della stessa, si è assistito all'affermarsi, in guisa altrettanto graduale, del cambio di paradigma nella relazione fra persona ed amministrazione.

Allo stesso modo, pure, la cesura è risultata essere autentica, ma non nell'accezione grossolana di rottura, ma di «pausa» ossia di verace interruzione dell'evoluzione del sistema giuridico affinché il passaggio¹ dal paradigma unilaterale ed autoritativo a quello paritario² potesse avviarsi in ogni margine dell'esperienza amministrativa.

È possibile sostenere che il senso ed il tono del «passaggio» è dato dal principio di processualità del procedimento amministrativo³ che si evidenzia nel contraddittorio e che, a sua volta, presiede alla decisione pubblica.

Tale principio pone in evidenza, pure dal punto di vista del linguaggio⁴, le aporie del paradigma autorità/libertà, affermatosi sin dagli albori della formazione dello stato moderno⁵ (quanto meno a partire dalle opere di Hobbes⁶).

In via approssimativa, al solo fine di rendere maggiormente comprensibile il discorso che si va facendo, ci si può rendere conto della fallacia della diar-

¹ Sul concetto di «passaggio» si veda lo schema di ragionamento contenuto in M. HEIDEGGER, *Identität und Differenz* (1957), trad. it. *Identità e differenza*, Milano, Adelphi Edizioni, 2009, p. 82 ss.

² Cfr. F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, p. 807 ss.

³ L'esistenzialismo c'insegna che, pure, a livello generale vi è distinzione fra i lemmi procedimento e procedura. Il procedimento può richiamare il concetto di metodo per raggiungere un qualsiasi risultato (ad esempio, in una ricerca scientifica), mentre il lemma procedura rimanda al movimento in una regione aperta, sul punto cfr. M. HEIDEGGER, *Holzwege. Sentieri erranti nella selva*, Milano, Bompiani, 2002, p. 93 ss. È singolare che la stessa distinzione sia stata proposta dalla dottrina italiana, per distinguere la mera costruzione formale del percorso che porta alla decisione amministrativa (senza alcuna considerazione sulla sua sostanza), dalla procedura che, invece, conforma quel percorso sul principio del contraddittorio e sulla tutela del diritto di difesa delle parti interessate. Sul punto, si vedano per tutti, G. PASTORI, *Introduzione generale*, in *La procedura amministrativa*, Vicenza, Neri Pozza Editore, 1964, p. 5 ss.; G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione* (1975), ora in *Scritti scelti*, Padova, Jovene, 2018, p. 549 ss. Sul rapporto fra procedimento e processo si veda fra gli altri L.R. PERFETTI, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 53 ss. e M. MONTEDURO, *Sul processo come schema d'interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande inammissibili o manifestamente infondate*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 103 ss.

⁴ Di recente è stato posto l'accento sulla centralità del linguaggio nell'esperienza amministrativa, sul punto si veda L. BENVENUTI, *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2017.

⁵ Sulla costruzione dello stato moderno si veda, fra gli altri, C.S. MAIER, *Leviathan 2.0. Inventing Modern Statehood*, Harvard, Harvard University Press, 2012.

⁶ Sulla visione del celebre filosofo inglese, oltre il riferimento obbligato al *Leviatano*, si veda T. HOBBS, *Elementi filosofici sul cittadino* (1646), ora in *Opere politiche*, a cura di N. BOBBIO, Torino, Utet, 1971, p. 57 ss.

chia, sopra ricordata, se solo si volge l'attenzione al significato autentico dei termini *autorità* e *libertà* in relazione alla loro collocazione.

Nel c.d. «paradigma duale» i due termini hanno una collocazione soggettiva ovvero l'uno è riferito al soggetto amministrazione e l'altro al soggetto persona (ossia al destinatario dell'attività amministrativa).

Il luogo dell'autorità presuppone uno stretto collegamento con il concetto di potere; già questo solo fatto evidenzia la prima aporia⁷.

Dal punto di vista della teoria generale, è stato evidenziato che con il lemma autorità si indica un qualsiasi potere che un soggetto od un gruppo di soggetti esercitano su un altro soggetto o su altri soggetti⁸.

Siffatta accezione dimostra che non sussisterebbe alcuna distinzione di significato fra i due termini; con la logica conseguenza che gli stessi altro non sarebbero che elementi costitutivi di un endiadi, ovvero sia di quella figura retorica con la quale, per mezzo della coordinazione degli stessi, si vorrebbe esprimere il non precisato concetto che starebbe a fondamento dell'attività amministrativa.

Con altra impostazione, pur ammettendo la stretta correlazione fra potere ed autorità, la dottrina ha cercato di distinguere i due termini sul diverso meccanismo di obbedienza⁹.

In particolare, chi esercita il potere senza autorità (c.d. potere puro o potere bruto) confida nell'osservanza da parte di una persona, grazie alla minaccia del possibile avverarsi, sul piano fisico, di un evento pregiudizievole; mentre il potere assieme all'autorità è la posizione che assume qualcuno quando ordina ad altri di accettare qualche cosa senza darne spiegazioni¹⁰.

Tale distinzione, però, male si attaglia a ciò che qui interessa, dal momento che il potere amministrativo, ovvero quel potere connotato soggettivamente dall'autorità, raramente in passato (e mai ora) poteva essere esercitato «senza darne spiegazioni»: le vicende della motivazione della decisione amministrativa, sconfessano ampiamente questa chiave di lettura.

Anche quando i moventi dell'obbedienza, ad effetto della posizione dell'autorità, derivano da considerazioni sulla bontà, ma soprattutto sulla dimo-

⁷ Sulla distinzione fra potere ed autorità si rinvia a C. SCHMITT, *Verfassungslehre* (1928), trad. it. *Dottrina della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 109.

⁸ Cfr. N. ABBAGNANO, (voce) *Autorità*, in *Dizionario di Filosofia*, Torino, Utet, 2006, p. 110.

⁹ Sul meccanismo di obbedienza, dal punto di vista sperimentale, cfr. S. MILGRAM, *Obedience to Authority* (1974), trad. it. *Obbedienza all'autorità*, Torino, Einaudi, 1974, p. 3 ss.

¹⁰ Sul punto si veda T.D. WELDON, *The Vocabulary of Politics*, Harmondsworth, Penguin Books, 1955, p. 50.

strabilità delle ragioni del suo esercizio, nondimeno i risultati non sono soddisfacenti.

Difatti, si rimane pur sempre nella logica del comando ed in quella dell'obbedienza, la quale (se non in casi sporadici) non è riferibile all'attività amministrativa; il tutto per la considerazione che quest'ultima si incentra sulla morfologia e sulla meccanica del percorso giuridico che porta alla decisione amministrativa¹¹ che, appunto, è connotata al principio di processualità e, quindi, alla partecipazione.

Se si vuole, pertanto, ritenere valido ed utile il concetto di autorità (anche a soli fini descrittivi), esso, da un lato, deve essere emancipato dal quello di potere e, dall'altro lato, necessita di essere connotato oggettivamente piuttosto che soggettivamente.

Sotto il primo profilo, se è vero che il fondamento dell'autorità non sta tanto nel possesso della forza, ma quanto nell'esercizio della stessa¹², è altrettanto corrispondente a realtà che la stessa autorità né può essere potere, né può essere associata ad un particolare potere, ancorché di natura pubblica.

Su questa linea, se è dunque vero che essa è pertinente all'esercizio concreto di una determinata attività giuridica (piuttosto che del soggetto o dei soggetti che ne sono protagonisti), è logica ed inevitabile l'implicazione che la medesima presieda al gioco dei poteri che ivi si incontrano e si scontrano.

Il secondo profilo è logica conseguenza del primo; se, inverò, l'autorità è pertinente all'esercizio concreto dell'attività, essa non può che assumere una connotazione oggettiva; la qual cosa significa che la medesima non è l'attributo di un particolare potere, ma è la caratteristica necessaria del percorso giuridico necessario che porta alla decisione amministrativa¹³.

La seconda aporia attiene alla collocazione della *libertà* come termine contrapposto a quello di autorità.

La c.d. dialettica *autorità/libertà* risulta essere un «non senso», pure nella visione classica, dal momento che se l'autorità è potere soggettivamente imputato all'amministrazione la qual cosa implica la negazione radicale della libertà.

Di ciò ci si può rendere conto se si ferma l'attenzione alla formulazione neutrale dell'«argomento a contrario», nella visione classica e liberale ottocentesca¹⁴.

¹¹ Ci si permetta il rimando a M. BELLAVISTA, *Il rito sostanziale amministrativo*, parte prima, Padova, Cedam, 2012, p. 137 ss.

¹² Come c'insegnarono gli stoici e come fu fortemente asserito da CICERONE, *De legibus*, I, 10. 28; 12. 33, citazione ripresa da N. ABBAGNANO, (voce) *Autorità*, op. cit., p. 111. Ma si veda, pure, la seguente edizione dell'opera: CICERONE, *Delle leggi*, Bologna, Zanichelli, 1985, p. 13 ss.

¹³ Le stesse osservazioni possono essere considerate valide nella giurisdizione, per il processo; sul punto cfr. J. FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba* (2007), trad. it. *La valutazione razionale della prova*, Milano, Giuffrè, p. 27.

¹⁴ Sull'applicazione dell'argomento a contrario all'attività amministrativa, cfr. A. LEVI, *Attività lecita individuale ed attività discrezionale amministrativa*, in *Scritti minori di filosofia del diritto*, vol. II, Padova, Cedam, 1957, p. 113 ss. Per una critica alla connotazione neutrale dell'argomento a

Se «tutto ciò che non è vietato è permesso», lo spazio della libertà è ritagliato dell'ordinamento in negativo, ovvero nell'assenza di una norma interdittiva che impedisce il manifestarsi, sin dall'origine, di un'attività della persona come lecita. Il che implica, in quel modello, che dove c'è libertà non c'è potere unilaterale dello stato e dove c'è quest'ultimo non c'è libertà.

Diverso è il discorso sui limiti che pone l'ordinamento all'esercizio delle attività delle persone (e qui entra in gioco l'amministrazione), ma ciò non attiene tanto alla libertà, ma quanto alle modalità ed alle condizioni di esercizio delle pretese individuali.

D'altro canto, se, come insegna l'esistenzialismo, anche la libertà non ha una connotazione soggettiva, ma è legata all'essere, inteso come evento¹⁵, il suo divenire, come appello alla scelta¹⁶, risulta quindi essere inconciliabile con un potere contrario unilaterale; o c'è potere unilaterale o c'è libertà, non è data una terza possibilità.

Non è un caso, infatti, che a fronte delle riforme degli anni novanta del secolo scorso (quella del procedimento amministrativo, ma non solo quella), la parte maggiormente sensibile della dottrina colse il mutamento di paradigma e volle, anche dal punto di vista nominalistico, descrivere il modello di amministrazione che si andava affermando (in contrapposizione con quello classico soggettivo) con i termini di demarchia¹⁷ o di poliarchia¹⁸.

2. La necessità di dover riconsiderare i modelli di organizzazione amministrativa alla luce della legge sul procedimento amministrativo

Dal punto di vista dell'attività, il trapasso da un modello all'altro (da soggettivo e chiuso ad oggettivo ed aperto) è evidente nell'affermazione di diritti di difesa delle parti interessate¹⁹, a seguito dell'affermarsi del principio del contraddittorio.

contrario, si veda R. GUASTINI, *Le lacune nell'ordinamento italiano*, in M. BESSONE, R. GUASTINI (a cura di), *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Padova, Cedam, 1995, p. 66 ss.

¹⁵ Secondo la visione heideggeriana, sul punto si rimanda a L. PAREYSON, *Ontologia della libertà*, Torino, Einaudi, 1995, p. 18 ss. Per una ricostruzione del concetto di libertà, nelle sue accezioni storiche, cfr. M. BARBERIS, *Libertà*, Bologna, Il Mulino, 1999. Per l'evidenza dei punti di crisi del concetto, cfr. C. MARCHELLO, *La crisi del concetto filosofico di libertà*, Milano, Giuffrè, 1959, specialmente p. 59 ss.

¹⁶ In questo senso si veda L. PAREYSON, *Esistenza e persona*, Genova, Il Melangolo, 1985, p. 266 ss., specialmente p. 268.

¹⁷ Così F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Venezia, Marsilio, 1994, p. 22 ss.

¹⁸ Così A. PREDIERI, *Euro, poliarchie democratiche e mercati monetari*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 95 ss.

¹⁹ È preferibile l'uso del sintagma *parte interessata* piuttosto che il lemma *partecipante*, il tutto per la ragione che la parola *parte* rappresenta in maniera completa il complesso di poteri che l'ordinamento attribuisce a coloro che si trovano coinvolti in una procedura

Si è affermato, da inizio, che la L. 241/90 non costituisce solo un modello di esercizio dell'attività amministrativa, ma pure un modello generale di amministrazione, la qual cosa significa che, con la stessa, si è innescato il movimento di innovazione della disciplina giuridica che involge qualsiasi rapporto fra amministrazione e persona.

Sono evidenti i riflessi che tale legge, ad esempio, ha avuto sull'evoluzione dell'ordinamento sulla giurisdizione amministrativa; non sembra eccessiva l'affermazione che senza la legge sul procedimento amministrativo non si sarebbe pervenuti alla risarcibilità degli interessi legittimi e, di conseguenza, alla riforma del processo amministrativo, sino all'entrata in vigore dell'attuale codice sul processo amministrativo.

Poco evidente, invece, ma non meno importante, è l'effetto che la legge di cui si tratta ha avuto ed ha sull'organizzazione amministrativa.

Ad esempio l'imputazione della decisione al responsabile del procedimento, non solo ha posto in crisi irreversibile la teoria dell'organo (e della persona giuridica), ma ha implicato, ad esempio, la distinzione fra attività

amministrativa, rispetto a quello di *partecipante*. D'altro canto, ciò trova conferma nel dato normativo, difatti, l'art. 3 dell'All. E della l. n. 2248/1865 usa espressamente tale sintagma. È pur vero che, ad una prima lettura, alcuni autori (generalmente processualciviliisti o meglio proceduralisti che seguivano il metodo francese) attribuirono a tale norme un significato restrittivo ossia limitato alla disciplina dei procedimenti in via di giustizia amministrativa (sul punto si veda L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, vol. I, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1892, p. 406; L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. I, Milano, Vallardi, s.d., p. 49 e p. 164 s.), ma è altrettanto vero che tale tesi fu successivamente smentita dalla migliore dottrina, con l'attestazione che la norma in questione contiene, in realtà, i principi sulla disciplina del procedimento amministrativo, cfr. A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1940, p. 16; E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1942, p. 88 ss. Per la ricostruzione del significato della norma in questione si permetta il rimando a M. BELLAVISTA, *Il rito sostanziale amministrativo*, cit., p. 59 ss. Nella stessa legge, poi, al concetto di *parte interessata* è contrapposto quello di *amministrazione interessata* (nella combinazione fra l'art. 3, co. 1, e l'art. 9), a dimostrazione della razionalità del disegno sui principi sul procedimento ivi contenuto. La norma in questione non solo è vigente, ma la sua vigenza è stata ritenuta necessaria dal legislatore con l'art. 1, co. 1, del d.lgs. 1° dicembre 2009, n. 179, le implicazioni della disposizione in questione sono dunque evidenti: la norma di cui si tratta contiene delle disposizioni necessarie sulla disciplina del procedimento amministrativo, quindi quelle contenute nella L. 241/90 devono essere lette alla luce dei principi contenuti nell'art. 3, co. 1, dell'All. E della l. n. 2248/1865. Da qui l'ulteriore implicazione che con la partecipazione procedimentale si acquista la qualità di parte e se il procedimento è un percorso decisionale di parti, esso non può essere che procedura o rito sostanziale. Per un recente contributo alla teoria delle parti nel procedimento amministrativo, si veda P. LOMBARDI, *Le parti nel procedimento amministrativo. Tra procedimento e processo*, Torino, Giappichelli, 2018. In altri ordinamenti, come quello austriaco, la legge contempla sia la figura di parte sia quella di mero partecipante al procedimento amministrativo, a seconda del tipo di interesse proprio dell'una o dell'altra (§ 8 AVG), sul punto cfr. C. SCHRAMEK, *El procedimiento administrativo austriaco*, in *Estudios sobre el procedimiento administrativo*, vol. I, *Derecho comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 59.

d'indirizzo politico ed attività amministrativa.

Tutto ciò non costituisce solo uno o più mutamenti di settori, pur rilevanti, dell'organizzazione amministrativa, ma impone una riconsiderazione generale della teoria della stessa (che, per ovvi motivi, in questa sede può essere solamente accennata), alla luce soprattutto, del cambio di paradigma che sottende alla L. 241/90.

Per effetto di questo (sinteticamente sopra descritto), l'affermazione del modello aperto (oggettivo e paritario) involge in maniera decisiva l'organizzazione amministrativa²⁰.

Il tutto per la ragione che la figura del procedimento non solo non è indifferente all'organizzazione, come questa seconda non lo è per il primo, ma il mutare del modello dell'uno determina l'adozione di un particolare modello per l'altro²¹.

3. I connotati del modello classico di organizzazione amministrativa

In senso classico e soggettivo, l'organizzazione amministrativa, come si è accennato, ha la connotazione organizzativa statica, chiusa e verticale (ripiegata sul modello gerarchico²²); i poli di questa costruzione, com'è noto, sono la persona giuridica e l'organo.

Senza volere o potere dare conto degli sconfinati rivoli che dipanano dalla teoria della persona giuridica (visti i limiti di questo lavoro), è sufficiente precisare che la costruzione storica della persona giuridica ha avuto la funzione

²⁰ Ciò fu da subito notato dalla dottrina che, a partire dagli anni cinquanta del secolo scorso, aveva studiato con maggiore attenzione il procedimento sotto il profilo dinamico dell'attuazione della funzione amministrativa, cfr. F. BENVENUTI, *Impatto del procedimento nell'organizzazione e nell'ordinamento (quasi una conclusione autobiografica)* (1995), ora in *Scritti giuridici*, vol. V, Milano, Vita e Pensiero, 2006, p. 4381 ss.

²¹ In linea generale, l'esistenzialismo ha distinto il principio di *organizzazione* dal mero *organizzativismo*, sul punto proprio del modo di essere del procedimento; su questa linea, se il procedimento non mantiene aperta l'organizzazione al rinnovamento costante non si ha questa, ma si è in presenza del secondo fenomeno. Sul punto cfr. M. HEIDEGGER, *Holzwege*, cit., p. 118 s. Il medesimo ragionamento è applicabile al margine dell'esperienza amministrativa; difatti, si perviene allo stesso risultato (proprio dal punto di vista organizzativo), qualora il procedimento lo si voglia inquadrare con la logica statica, e chiusa, dell'atto amministrativo piuttosto che in quella dinamica che gli è propria. Sul punto cfr. G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968, p. 157 ss.

²² Per la ricostruzione in chiave critica del modello gerarchico, si veda per tutti G. MARONGIU, (*voce*) *Gerarchia amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, Giuffrè, 1968, p. 616 ss. È stato, però, sottolineato che, con l'avvento dello stato moderno, il concetto di gerarchia è stato oggetto di una manipolazione distorsiva, rispetto al significato originario ed autentico del termine ed alla funzione del pertinente concetto, cfr. P. CAPPELLINI, *Storie di concetti giuridici*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 151 ss.

(tanto nel diritto privato, quanto nel diritto pubblico) di determinare un centro d'imputazione di interessi collettivi²³.

Su questa linea, la posizione della persona giuridica costituisce uno schermo tanto con riguardo all'attività delle persone²⁴ che operano all'interno dell'ente, quanto all'organizzazione che precede la persona giuridica stessa²⁵.

La logica implicazione è che, con ciò, si è portati a considerare l'organizzazione in maniera separata rispetto all'attività, come se ambedue non facessero parte del medesimo fenomeno giuridico.

Conseguentemente, da un lato, si perde di vista il momento dinamico dell'organizzazione²⁶ e, dall'altro lato, quello del potere, nell'incertezza della collocazione di esso nell'uno o nell'altro momento dell'esperienza amministrativa²⁷.

La stessa collocazione dell'organo nell'organizzazione mostra tutte le difficoltà sopra indicate.

È pur vero che la figura organizzativa dell'organo si è affermata non solo per definire il centro d'imputazione della fattispecie alla persona giuridica, ma anche per la necessità di tutela dei destinatari dell'attività amministrativa; infatti in quest'ultimo senso, grazie alla formazione del pertinente concetto, è stato possibile, sin dall'inizio ed in maniera stabile, individuare la sede giuridica di immediato collegamento fra persona giuridica e consorzio sociale²⁸.

Rimane il fatto, però, che pure tale momento di garanzia (sul piano della certezza delle relazioni organizzative) ha consumato ben presto la spinta propulsiva iniziale.

Per rendersi conto di ciò, è sufficiente fare riferimento all'altra figura or-

²³ Cfr. M. BASILE - A. FALZEA, (voce) *Persona giuridica (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Milano, Giuffrè, 1983, p. 238 ss.

²⁴ Operando, in questo senso, una finzione, dal momento che gli atti e le attività della persona giuridica sono esperienze di persone fisiche, cfr. B. LEONI, *Lezioni di filosofia del diritto*, Soveria Mannelli, Rubbettino Editore, 2003, p. 133. Tanto è vero che una parte rilevante della dottrina ha inteso d'identificare l'organo dell'ente con la persona fisica del funzionario, sul punto, anche per i riferimenti bibliografici, si veda G. BERTI, *Il Principio organizzativo nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1986, p. 49.

²⁵ In realtà, nella costruzione tradizionale, la persona giuridica si frapponerebbe fra l'organo e l'organizzazione, cfr. G. BERTI, *Il Principio organizzativo nel diritto pubblico*, cit., p. 45 ss.

²⁶ Cfr. G.B. VERBARI, *L'attività amministrativa (interna)*, Roma, Bulzoni, 1971, p. 43.

²⁷ Cfr. G. BERTI, *Il principio organizzativo*, cit., p. 42. Su questa linea, la stessa incertezza si riscontra nella collocazione dei singoli momenti di declinazione concreta del potere, in funzione della formazione della decisione amministrativa, ovvero dei comportamenti, sul punto cfr. E. ZAMPETTI, *La nuova nozione di comportamento amministrativo*, in *Dir. soc.*, 4, 2017, p. 810 ss., specialmente p. 814 ss.

²⁸ Sul punto si veda M.S. GIANNINI, (voce) *Organi (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXI, Milano, Giuffrè, 1981, p. 41. Sulla posizione organizzativa dell'organo si veda A. MERKL, *Teoría general del Derecho Administrativo*, Santiago, Ediciones Olejnik, 2018, p. 381 ss.

ganizzativa classica ossia a quella dell'ufficio²⁹; la distinzione fra uffici in senso funzionale ed uffici in senso giuridico (ossia fra quello che è portatore di una qualsiasi funzione propria dell'organizzazione e quello che, invece, da evidenza giuridica alla funzione e che, quindi, coincide con l'organo)³⁰ ha avuto l'effetto per così dire di «spezzettare» l'attività amministrativa e, quindi, di scindere l'unità fra organizzazione ed attività.

Sicché la garanzia ricordata si riduceva ad essere meramente formale e di maniera, in grado, cioè, di rendere evidente il sistema di imputazione astratto della fattispecie, ma nulla di più.

Invero, ciò che rimaneva in ombra era il momento essenziale di continuità fra organizzazione ed attività ossia la declinazione concreta del potere verso la decisione amministrativa.

4. (segue) Le contraddizioni del modello classico in ragione del collegamento fra organizzazione ed attività amministrativa

D'altra parte, la costruzione statica e chiusa dell'organizzazione era giustificata dall'ideologia che aveva presieduto, nel secolo decimonono, alla costruzione dello stato moderno attorno alla teoria della volontà.

Senza potere entrare nel merito di siffatto tema (data l'ampiezza), qui è sufficiente precisare che l'assetto volontaristico dell'ordinamento giuridico arrivava a conformare la norma giuridica al criterio dell'imperativo o del comando³¹.

Tale teoria, proprio per l'implicazione descritta, entrò in crisi già alla fine dell'ottocento, per vari motivi.

In primo luogo, perché la logica dell'imperativo *tout court* risultava essere di difficile compatibilità con l'esistenza di situazioni giuridiche soggettive imputate alla persona fisica in quanto tale.

In secondo luogo, per la ragione che il volontarismo era il fondamento di ogni sistema assolutistico; così che risultava essere contraddittorio il voler costruire lo stato liberale, proprio, sulle fondamenta di quello assolutistico che si voleva combattere³².

La storia, poi e non a caso, ha dimostrato quanto fosse debole la costru-

²⁹ Sul concetto di ufficio cfr. S. AGRIFOGLIO, (voce) *Ufficio (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLV, Milano, Giuffrè, 1992, p. 669 ss.

³⁰ Su tale distinzione cfr. M.S. GIANNINI, (voce) *Organi*, cit., p. 41 ss.

³¹ Cfr. A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 104 ss.

³² Con riguardo alle critiche alla teoria volontaristica cfr. A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., p. 110 ss.

zione dello stato ottocentesco, il quale non riuscì a sopravvivere ai grandi movimenti della storia che portarono delle grandi dittature di destra, nella prima parte del secolo scorso³³.

Se essa fu presto congedata come teoria fondante l'ordinamento, sotto il profilo della produzione delle norme giuridiche primarie, la stessa cosa non avvenne nel margine dell'esperienza amministrativa.

Difatti: l'organo era la figura organizzativa deputata a manifestare la volontà dell'amministrazione e l'atto amministrativo negoziale (e successivamente il provvedimento amministrativo, dotato di imperatività) era l'ipostasi giuridica di siffatta manifestazione di volontà.

Dalle osservazioni fatte, risulta chiara la ragione per la quale la tradizionale costruzione dell'organizzazione amministrativa male si attaglia alle novità introdotte dalla L. 241/90, soprattutto con riferimento alla distinzione fra organizzazione ed attività.

Prima di tutto, perché, in linea generale, la disciplina del procedimento non attiene solo alla regolazione giuridica dell'attività, ma pure a quella dell'organizzazione³⁴; dal momento che, le disposizioni contenute nella l. n. 241/90 spesso hanno, spesso, contenuto normativo tanto con riguardo all'attività, quanto con riferimento all'organizzazione.

Tale duplice valenza si coglie in maniera evidente negli art. 4 e 5 della legge sul procedimento: le figure del responsabile del provvedimento amministrativo e di quello del procedimento hanno una posizione definita sia in rapporto all'attività, sia in riferimento all'organizzazione; ma, pure, gli articoli 14 e seguenti della stessa legge (in tema di conferenza dei servizi, di acquisizione dei pareri e delle valutazioni tecniche ecc.) attengono tanto all'attività, quanto all'organizzazione.

Il continuare, poi, a distinguere fra i due momenti dell'esperienza amministrativa potrebbe avere l'estrema conseguenza di svuotare il contenuto di tutela della disciplina sul procedimento.

La funzione organizzativa, infatti, esprime delle attività che possono avere la capacità di condizionare l'esito della decisione finale, pur non essendo diretta espressione dei responsabili della procedura (non a caso la tradizionale teoria dell'organizzazione distingue, come si è visto, fra uffici in senso funzionale ed uffici in senso giuridico), la qual cosa significherebbe che, in costanza della ricordata distinzione, potrebbero inammissibilmente esistere, appunto,

³³ Per alcune considerazioni sul punto, si rimanda a M. BELLAVISTA, *Oggettività giuridica dell'agire pubblico*, Padova, Cedam, 2001, p. 69 ss.

³⁴ Cfr. G. BERTI, *Il principio organizzativo*, cit., p. 154 ss.

delle attività non coperte dalle garanzie procedurali.

Il rischio sopra ricordato è tutt'altro che teorico, per rendersene conto è sufficiente guardare ad altri ordinamenti.

In questo senso, la legge sulla procedura amministrativa spagnola (Ley 39/2015) ha disciplinato con gli articoli 79, 80 ed 81, peraltro in maniera insufficiente, alcuni momenti organizzativi dinamici che tendono a sfuggire alle garanzie procedurali³⁵.

5. La posizione organizzativa del responsabile del provvedimento.

Il fattore dirompente rispetto al modello di organizzazione è la posizione organizzativa del *responsabile del provvedimento* (art. 5, co. 1, l. n. 241/90); esso, infatti, non è solo il soggetto deputato alla decisione amministrativa, ma è, pure, la figura organizzativa designata dalla legge all'emanazione del provvedimento amministrativo.

Alla prima lettura della norma in questione, si evidenzia l'affermarsi della persona fisica come protagonista dell'organizzazione al posto dell'ufficio in senso giuridico.

Ciò pone certamente in crisi la figura dell'organo, ma la qual cosa non sembra essere sufficiente alla sostituzione del modello tradizionale, nella decisione amministrativa, con quello della persona fisica; dal momento che il disegno organizzativo della legge sul procedimento potrebbe avere sostituito la corrispondenza fra l'ufficio in senso giuridico e l'organo con quella della persona fisica e l'organo stesso, facendo salva, per certi versi, la trama organizzativa tradizionale.

Per rendere conto dell'effettiva portata dell'affermarsi della figura del responsabile del provvedimento, sembra utile volgere lo sguardo al significato autentico delle parole che compongono il sintagma *responsabile del provvedimento*.

Il lemma *responsabile* è il composto del participio passato di *responder* (che significa, da una parte, rispondere ad una domanda e, dall'altra parte, essere responsabile di una persona o di una cosa) con la terminazione *bilem* (che si riferisce alla facoltà di operare).

Sicché, con tale lemma si indica colui che è garante di qualcuno o di qualcosa.

Significato, per certi versi, analogo lo ha il termine giuridico inglese *re-*

³⁵ Sul punto si veda A. PALOMAR OLMEDA, *Procedimiento Administrativo*, Pamplona, Thompson Reuters, 2017, p. 414 ss.

sponsibile che rimanda non solo alla competenza, ma anche all'essere obbligati in genere.

Il termine *provvedimento*, invece, designa l'atto o la misura con cui s'intende provvedere a delle necessità o fare fronte a problemi ed inconvenienti.

Esso, inoltre, è di diretta derivazione dal verbo *provvedere*, il quale è il risultato della combinazione delle parole *pro* (essere innanzi) e *videre* (vedere), le quali rimandano all'accezione di procacciare ciò che è di bisogno oppure di avere occhio a qualche cosa oppure di vegliare su di essa.

Per ciò che si è visto, il sintagma di cui ci si occupa non indica solo la competenza della persona fisica, in relazione ad una determinata attività giuridica, ma riassume in sé tutta una serie di obblighi in relazione alla necessità di dovere operare per fare fronte alle occorrenze del caso concreto.

In particolare, tali obblighi non sono rivolti (tanto per i procedimenti avviati su domanda di parte, quanto per quelli avviati d'ufficio) verso l'amministrazione come soggetto (od almeno non solo), ma sono volti (se non esclusivamente, quanto meno principalmente) alle parti interessate (in coerenza della norma contenuta nell'art. 98, co. 1, cost. che impone al funzionario – ossia alla persona fisica – di essere fedele al consorzio sociale piuttosto che all'amministrazione come persona giuridica).

Gli stessi, quindi, attengono al momento di produzione del provvedimento, sul quale il responsabile è garante della correttezza non solo della decisione, ma, pure, di quella che è riferibile al percorso che ha determinato il provvedimento conclusivo del procedimento³⁶; la qual cosa vale, pure, nel caso che la persona fisica non sia, anche, responsabile del procedimento, dal momento che la proposta di quest'ultimo non ha efficacia vincolante per la cognizione del primo.

Se, dunque, compariamo il significato di questo sintagma con quello del concetto di organo, ci si rende conto della distanza fra i due.

Pure, l'organo ha una funzione di garanzia per coloro che entrano in contatto con l'amministrazione, ma essa è squisitamente formale e si limita a fornire certezza solo su quale sia la figura organizzativa competente ad emanare il provvedimento.

L'organo, poi, assolve alla funzione primaria di imputazione dell'atto amministrativo alla persona giuridica; la quale, però, è indifferente rispetto alla posizione organizzativa del responsabile.

³⁶ Momento questo delicato, soprattutto nel caso del c.d. merito amministrativo, concetto che, però, di recente è stato oggetto di una definitiva decostruzione, sul punto si rimanda alla lettura integrale di B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013.

La qual cosa non significa che il meccanismo d'imputazione venga meno, tale cosa non sarebbe in effetti possibile, ma semplicemente si vuole evidenziare che esso rimane nell'ombra non assumendo più il ruolo decisivo che aveva ed ha con riferimento all'organo.

Ne consegue che, in definitiva, se l'organo ha funzione servente verso la persona giuridica, al contrario il responsabile del provvedimento ce l'ha nei confronti delle parti interessate; non caso, ad esempio, il comportamento inerte del responsabile del provvedimento (ma pure di quello del procedimento o, a maggior ragione, di ambedue contemporaneamente se le due posizioni organizzative coincidono nella stessa persona fisica) genera il silenzio inadempimento (nei confronti del diritto procedurale della parte interessata che ha formulato la domanda), piuttosto che il silenzio rifiuto (con riguardo alla mera non ottemperanza al contenuto della norma giuridica sul termine).

Una volta evidenziate le differenze fra le due figure organizzative, risulta chiaro che non vi può essere coincidenza fra le stesse. Sicché, a partire dalla legge sul procedimento amministrativo (sebbene già in precedenza vi erano stati casi in cui l'emanazione del provvedimento era rimessa al dirigente, piuttosto che all'organo; ma non si trattava tanto di una vera e propria attribuzione di competenza, quanto piuttosto di una delega di funzione, in via normativa, atteso che il ministro, come organo di vertice, manteneva il potere di avocazione), la produzione dell'atto amministrativo conclusivo della procedura, salvo rare eccezioni, è rimessa alla persona fisica del responsabile del provvedimento, come figura organizzativa distinta dall'organo.

La qual cosa non significa che il modello della persona giuridica e dell'organo sia stato sostituito integralmente dal nuovo modello organizzativo.

Infatti, è indubitabile il permanere dell'esistenza degli stessi: nessuno potrebbe negare al sindaco od al consiglio comunale la qualità di organo, come non si potrebbe confutare la qualifica di ente dotato di personalità giuridica di diritto pubblico al comune.

Semmai è la posizione ed il ruolo del modello organizzativo classico che è profondamente mutato, grazie alla dirompente affermazione della posizione organizzativa del responsabile del provvedimento.

La persona giuridica e l'organo perdono la centralità, che era loro propria, e rimangono sullo sfondo nel momento dell'esercizio della funzione amministrativa; mentre essi riacquistano centralità in quello della produzione normativa ed in quello attinente alla funzione d'indirizzo politico.

Con altro modo di dire, il nuovo modello ha liberato l'organizzazione amministrativa dal «letto di Damaste» della persona giuridica, quanto meno nel

momento del farsi della funzione amministrativa.

D'altro canto, la configurazione del procedimento, come luogo di confronto e/o di scontro di interessi antagonisti piuttosto che di mera successione formale di atti, postula un modello di organizzazione dinamico e ripiegato sul fatto concreto.

Tale modello esiste ed è in atto, sebbene talune volte non se ne abbia la piena consapevolezza, e può essere definito come *aperto e contingente*³⁷.

6. La posizione organizzativa del responsabile del procedimento.

L'articolo 5 della L. 241/90 contempla tanto la figura organizzativa del responsabile del procedimento, quanto quella del responsabile del provvedimento.

Di solito, si tende ad indicare con l'attributo di responsabile solo il primo, considerando il secondo quasi una figura marginale.

Le ragioni sono molteplici. Una attiene alla struttura della norma: infatti, la circostanza che la responsabilità della decisione possa essere combinata con quella dell'istruttoria e della trattazione certamente non aiutato a distinguere le due figure. Un'altra, e forse la più importante, concerne la preminente rilevanza che alla legge sul procedimento è stata data come disciplina dell'attività (con il risultato di porre in secondo piano la regolazione di rilevanti momenti organizzativi che, pure, sono evidenti nella stessa legge).

Sotto questo ultimo profilo, è fuori dubbio la centralità del responsabile del procedimento, rispetto a quello del provvedimento. La decisione è sì importante, ma ciò che più conta è il percorso che permette di arrivarci; perché è proprio lì che si giocano le libertà delle persone che hanno pretese nei confronti dell'amministrazione procedente.

Non a caso nei sistemi chiusi ed autoritari o il procedimento non è ammesso oppure esso è disciplinato e studiato alla stregua di una mera successione cronologica di atti interni sino al provvedimento finale.

Si può, pertanto, comprendere che la preoccupazione di evitare che la legge sul procedimento subisse (come, in effetti, è avvenuto nei primi anni della sua applicazione) una lettura dequalificante, ha fatto sì che sia stata (e per certi versi, non a torto) data preminenza al responsabile del procedimento, come garante del contraddittorio e, quindi, del procedimento come processo.

Nondimeno, anche sotto il profilo dell'attività, il momento della decisio-

³⁷ Sul punto si veda, fra gli altri, R.W. SCOTT, *Organizations. Rational, Natural and Open Systems* (1981), trad. it. *Le organizzazioni*, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 45 ss. e 117 ss.

ne non è irrilevante, dato che la chiusura dell'istruttoria non è di per se stessa decisione; ma si ipostatizza in una proposta di decisione con effetto obbligatorio, ma non vincolante. Quindi, l'attività del responsabile del provvedimento è tutt'altro che irrilevante ed è poco indagata dalla dottrina, per quell'effetto di mala amministrazione, tipicamente italiano, di fuga dalla responsabilità (o di esercizio apparente del potere amministrativo) che determina l'appiattimento della decisione amministrativa sulla proposta del responsabile del procedimento.

La stessa cosa accade al responsabile del procedimento, con riguardo alla sua posizione organizzativa, rispetto a quello del provvedimento.

In questo caso, è proprio il primo a farne le spese, proprio, per l'enfasi data al ruolo che ricopre nel momento dell'attività.

D'altro canto, neppure è semplice ricavare, dalle scarse disposizioni contenute nella l. n. 241/90, con sicurezza il ruolo di questo nell'organizzazione amministrativa.

A complicare la situazione, è l'assenza di una grammatica giuridica propria del modello organizzativo aperto e contingente.

Se lo stesso problema si pose nello studio del procedimento come attività, in quel caso la soluzione fu semplice, facendo ricorso al linguaggio del processo; la stessa operazione non è, però, praticabile con riguardo al procedimento come organizzazione, poiché, com'è noto, i profili organizzativi della giurisdizione sono sempre rimasti sullo sfondo degli studi della dottrina processualistica ed i rari studi sul tema non sono giunti a risultati significativi.

D'altro canto, il linguaggio proprio dell'organizzazione classica risulta essere di difficile utilizzo, pure, per un uso meramente descrittivo della posizione organizzativa del responsabile del procedimento.

Ad esempio non si potrebbe descrivere tale figura per mezzo del concetto di ufficio in senso funzionale, dal momento che l'attività di questo ha un'immediata rilevanza giuridica; neppure, però, tale operazione sarebbe fattibile ricorrendo al concetto di ufficio in senso giuridico, dal momento che il suo operare non determina la decisione, salvo nel caso che le due posizioni siano cumulate nella stessa persona fisica.

Dato atto di ciò, si può solo partire dalla semplice descrizione dei compiti di questo, per tentare di individuare degli elementi che forniscano delle indicazioni sulla sua posizione nell'organizzazione.

In prima battuta, si può affermare che il responsabile del procedimento governa l'istruzione e la trattazione del procedimento, con rilevanti poteri di direzione ed acquisizione (ad esempio in forza dell'art. 6 e dell'art. 11 della l. n. 241/90).

Ciò è rilevante tanto per l'attività quanto per l'organizzazione, visto che il modello aperto e contingente comporta non solo l'interazione dell'ultima con la «regione aperta» della procedura, ma, finanche, prefigura una sorta di ruolo attivo, dal punto di vista organizzativo, delle parti interessate.

D'altro canto, il governo della trattazione, pone il responsabile del procedimento, spesso, nella necessità di ridurre ad unità organizzativa la complessità.

Ciò avviene quando le attività di più amministrazioni concorrono, a diverso titolo, alla decisione amministrativa.

La legge austriaca del 1925, in casi simili, aveva optato per la soluzione processuale della connessione, mentre quella italiana, sul modello della legge federale germanica del 1977, ha adottato il modello della conferenza dei servizi³⁸.

La scelta del legislatore italiano è marcatamente organizzativa, rispetto a quella austriaca, è ciò determina delle funzioni di coordinamento del responsabile del procedimento³⁹; ma la stessa necessità di coordinamento⁴⁰ si pone anche quando per il caso concreto sia opportuno addivenire ad accordi fra più amministrazioni, oppure quando la sequenza procedimentale non possa prescindere o necessiti dell'acquisizione di pareri o di valutazioni tecniche⁴¹.

Si tratta di scelte organizzative che, però, travalicano il ristretto margine delle relazioni fra le amministrazioni coinvolte.

Infatti, pur non attenendo direttamente al contraddittorio, la loro adozione non è indifferente alle parti interessate, dal momento che l'attività organizzativa di coordinamento del responsabile del procedimento, se non è garante del buon andamento (inteso sia in senso di efficienza, sia in quello di effettività), ha effetti negativi sul contraddittorio stesso e, quindi, sulle pretese di coloro che sono coinvolti nel procedimento. Da qui, la nascita di pretese delle parti interessate di natura squisitamente organizzativa, finalizzate ad ottenere il migliore modello concreto di organizzazione, in ragione della decisione amministrativa⁴².

³⁸ Sul punto si rimanda a P. FORTE, *La conferenza dei servizi*, Padova, Cedam, 2000.

³⁹ Sul punto insiste in maniera particolare G.D. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 172 ss.

⁴⁰ Si ha attività di coordinamento del responsabile del procedimento, anche, con riguardo agli interessi delle parti interessate (anche se non di natura organizzativa in senso stretto), nella funzione di mediazione che gli è propria, sul punto si veda E. FREDIANI, *Il modello processuale di Franz Klein: dal conflitto alla funzione di mediazione del responsabile del procedimento*, in *Dir. soc.*, 2017, p.697 ss.

⁴¹ Cfr. G.D. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale*, cit., p. 124 ss.

⁴² Cfr. G.D. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale*, cit., p. 363 ss.

L'attività di coordinamento sopra descritta delinea una posizione di garanzia del responsabile del procedimento, finalizzata non solo a governare la dinamica organizzativa, ma pure ad operare delle scelte organizzative non obbligate (come quella di addivenire ad accordi con altre amministrazioni), ma opportune per garantire non solo la migliore organizzazione possibile, ma pure la migliore tutela degli interessi delle parti coinvolte nel procedimento amministrativo.

7. Conclusioni

È curioso osservare che la parte della dottrina, maggiormente sensibile ai temi del procedimento e dell'organizzazione, in quella stagione fecondissima che furono gli anni sessanta del secolo scorso, ebbe modo di cimentarsi sul collegamento fra attività ed organizzazione con profondità di analisi e con risultati relevantissimi: il riferimento è a Giorgio Pastori ed a Giorgio Berti.

Quelli erano tempi dove la costruzione dell'organizzazione in senso classico era considerata un postulato e, quindi, risultava essere indiscutibile.

Non era quindi facile approcciarsi allo studio della stessa volendo andare oltre al concetto di persona giuridica ed a quello di ufficio e di organo.

Essi lo fecero e si resero conto non dell'inutilità della costruzione classica, ma della sua insufficienza all'uopo della comprensione del fenomeno amministrativo nell'unità di organizzazione ed attività.

Feliciano Benvenuti, in una delle sue ultime riflessioni, ha descritto in maniera viva le preoccupazioni che aveva, nei suoi primi approcci alla teoria del procedimento, con riguardo all'individuazione di una figura organizzativa di responsabilità e riteneva di averla riconosciuta nella legge austriaca del 1925.

Al di là degli scarni riferimenti contenuti in tale legge, si era ben lungi dalla definizione, anche solo dal punto di vista teorico, di una tale figura che facesse da connettore fra l'organizzazione e l'attività.

La stessa preoccupazione si riscontra in Giorgio Pastori nelle riflessioni contenute sia nella sua opera maggiore, sia in quelle contenute nella procedura⁴³; il frutto maturo delle stesse lo si coglierà quando lo stesso, partecipando alla commissione Nigro, sarà uno degli artefici (se non l'unico) della disciplina del responsabile del procedimento e di quella del responsabile del provvedimento.

⁴³ Si rimanda alla lettura integrale di G. PASTORI, *La burocrazia*, Padova, Cedam, 1967 e gli spunti problematici contenuti nell'introduzione generale ed in quella alla legge austriaca di G. PASTORI, *La procedura*, cit.

Su un altro versante, il collegamento fra produzione ed organizzazione permetterà a Giorgio Berti di delineare le caratteristiche salienti dell'amministrazione come fatto organizzato e come fatto organizzante, ovvero come organizzazione aperta e contingibile⁴⁴.

Il modello di organizzazione aperta, però, per essere effettivo necessita di figure organizzative, del tutto dirompenti, quali sono quelle del responsabile del provvedimento e del responsabile del procedimento.

Anche se è difficile la definizione giuridica della loro posizione, ciò che conta è il ruolo organizzativo di garanzia che ambedue, pur se a titolo diverso, ricoprono: l'uno a tutela delle parti interessate nel momento della decisione; l'altro a tutela delle stesse nel momento della trattazione.

⁴⁴ Cfr. G. BERTI, *la pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., p. 369 ss.

MARIA CONCETTA D'ARIENZO

Ricercatore confermato di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Motorie e del Benessere dell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope"

m.darienzo@uniparthenope.it

CRISI E RISCATTO DELLE FUNZIONI «SERVENTI» DEGLI ORDINI E DEI COLLEGI PROFESSIONALI

CRISIS AND REVALUATION OF «SERVING» FUNCTIONS OF PROFESSIONAL BODIES AND ASSOCIATIONS

SINTESI

Prendendo spunto da alcune vicende recenti il cui esito potrebbe condizionare l'esistenza e la permanenza in vita degli Ordini e dei Collegi professionali, il saggio partendo dall'evoluzione concettuale e normativa di ente pubblico evidenzia le peculiarità e le caratteristiche degli stessi che assumono una specifica rilevanza sia sotto il profilo organizzativo che della disciplina sostanziale e processuale applicabile. In un momento storico particolarmente delicato nel quale essi rivendicano la loro identità e il proprio ruolo portando avanti con forza e determinazione la specifica *mission* loro affidata in contrapposizione con chi al contrario anche di recente ne ha auspicato la soppressione e la conseguente contestuale liberalizzazione delle professioni sia per la scarsa qualità dei servizi sia per l'assenza di adeguate garanzie per gli iscritti, il lavoro focalizza l'attenzione su alcuni profili connessi alla natura giuridica ed alla specifica *mission* loro affidata.

Avvalorando la nozione, il significato e gli effetti che discendono dalla qualificazione di ente pubblico, lo studio rivaluta la doppia legittimazione degli Ordini e dei collegi professionali ad impugnare provvedimenti lesivi in proprio e nell'interesse degli iscritti, evidenziando che non osta - di regola - a tale riconoscimento il conflitto di interessi con i singoli professionisti o associati beneficiari dell'atto impugnato, né alcun limite se non l'ambito delle questioni concernenti le attività rientranti nella disciplina, nelle prerogative e nei poteri degli stessi. Il lavoro ammette la possibilità per l'Ordine professionale di contestare ai dirigenti il reato di cui all'art. 323 c.p. e sulle conseguenze derivanti dalla distrazione dei prelievi a carico degli iscritti per il finanziamento di attività estranee a quelle dell'Ente o per il perseguimento di scopi ultronei rispetto a quello istituzionale o per favorire il perpetrarsi di irregolarità, illegittimità e/o altri illeciti. Infine si focalizza sugli obblighi di trasparenza, correttezza e buona fede negli appalti pubblici alla luce dei reciproci rapporti tra detti enti esponenziali, le altre Pubbliche Amministrazioni e l'ANAC, riconoscendo che a fronte di vizi particolarmente gravi ed evidenti del provvedimento lesivo dell'affidamento riposto dal professionista incaricato,

l'omessa pronuncia sull'istanza di riesame proveniente dall'Ordine professionale configura una condotta negligente e contraria alle fondamentali regole di correttezza e buon andamento della P.A., nonché lesiva del principio di leale cooperazione tra PP.AA. Senza sottovalutare il ruolo propulsivo e di stimolo all'attività di controllo sugli atti adottati dalle altre pubbliche amministrazioni svolta dell'ANAC che si sostanzia nel potere di intervenire sulla qualità della decisione amministrativa anche in funzione deflattiva del contenzioso.

ABSTRACT

Taking inspiration from some recent events which could affect the existence and survival of professional bodies and associations and starting from the conceptual and normative evolution of «public body», the essay highlights their peculiarities and characteristics assuming a specific relevance both from an organizational point of view and from the applicable substantive and procedural law.

In a particularly delicate historical moment in which professional bodies and associations claim their identity and their role by carrying out with force and determination the specific mission, in contrast to people which called also recently for their suppression and for the consequent simultaneous liberalization of professions, arguing both the service poor quality and the lack of adequate guarantees for members, the work focuses attention on some profiles connected to the legal nature and to the specific mission entrusted to them.

Confirming the notion, the meaning and the effects deriving from the qualification of «public body», the study re-evaluates the double legitimacy of professional association and bodies to challenge harmful measures in their own right and in the interest of the members, highlighting that the conflict of interests with every professional or member taking advantage of the disputed act generally does not impede such legitimacy, which is exclusively hindered by the problems concerning the activities falling within the professional's or member discipline, prerogatives and powers. The study admits that the professional associations have the power to charge the managers with the crime referred to in article 323 of the Italian Criminal Code and underlines the consequences deriving from the misappropriation of the funds paid by the members to finance activities being extraneous to the Entity activity, to pursuit purposes different from the institutional ones or to favor the perpetration of irregularity, illegitimacy and/or other illicit. Finally, the research focuses on transparency, fairness and good faith requirements in public procurement, in the light of mutual relations between the exponential bodies, the other Public Authorities and National Anti-Corruption Authority, recognizing that in presence of particularly serious and evident provision defects undermining the trust placed by the professional in charge, the failure by the professional association to adjudicate in the request for review constitutes a negligent conduct, which is contrary to the fundamental rules of

public Authorities correctness and good performance adversely affecting the principle of loyal cooperation.

Nevertheless, it has to be underestimated the propulsive stimulating role to the control the acts adopted by the other Public Authorities carried out by the National Anti-Corruption Authority, which essentially consists in the power to affect the quality of administrative act, also with the aim to reduce the administrative litigation.

PAROLE CHIAVE: Ordini e collegi professionali, natura giuridica e relativa disciplina; interesse e legittimazione ad agire; obblighi di trasparenza, correttezza e buona fede negli appalti pubblici, poteri di intervento e di controllo sugli atti amministrativi.

KEYWORDS: *Professional bodies and associations, legal nature and related rules, interest and legitimacy to the judicial appeal, transparency requirements, fairness and good faith in public procurement, control and power to affect the administrative act.*

INDICE: 1. Ordini e Collegi professionali: problemi definitivi e le ricadute sulla individuazione della disciplina sostanziale e processuale concretamente applicabile. - 2. Notazioni in materia di interesse a ricorrere e legittimazione ad agire. - 3. Applicabilità dell'art. 323 c.p. ai dirigenti degli Ordini e dei Collegi professionali. - 4. Obblighi di trasparenza, correttezza e buona fede negli appalti pubblici. - 5. Conclusioni.

1. Ordini e Collegi professionali: i problemi definitivi e le ricadute sulla individuazione della disciplina sostanziale e processuale concretamente applicabile

Una recentissima ed interessante sentenza del TAR Piemonte¹ ha dichiarato illegittima la scelta dell'Ordine Professionale dei Tecnici Sanitari di Radiologia Medica di incorporare nella quota annuale di iscrizione all'Albo riversando sui professionisti il costo pro capite della polizza assicurativa collettiva stipulata dall'Ordine o dalla Federazione, ritenendola attività estranea alle prerogative di detti enti e non rientrante nel concetto di spese necessarie al funzionamento dello stesso. Si è osservato, infatti, che essi per legge possono esclusivamente negoziare con le compagnie assicurative «*le condizioni generali*» delle polizze assicurative da offrire «*in convenzione ai propri iscritti*» (art. 3, comma 5 lett e) d.l. 13 agosto 2011, n. 138), ferma restando la libertà di adesione e di scelta della compagnia assicurativa di fiducia che si desumono altresì dal combinato disposto degli artt. 1372 e 1411 cc.

In attesa degli ulteriori sviluppi della vicenda in appello e di altri giudizi simili pendenti innanzi al TAR Lazio, la decisione offre lo spunto per svolgere alcune riflessioni su questioni essenziali connesse all'esistenza (ed alla

¹ TAR Piemonte, sez. II, 3 gennaio 2019, n. 16.

permanenza in vita) dei Collegi e degli Ordini professionali, intercettando altresì il problema della sussistenza o meno del controllo di gestione da parte della Corte dei conti, in un momento storico tra l'altro molto delicato in cui essi rivendicano la loro identità e il proprio ruolo portando avanti con forza e determinazione la specifica *mission* di tutela delle professioni, in contrapposizione all'opinione di chi ne auspica invece la soppressione entro il 2020, sia in considerazione della scarsa qualità dei servizi offerti ai cittadini sia per l'assenza di adeguate garanzie per gli iscritti fortemente penalizzati dai tributi, dalla società e dalle logiche del mercato².

In attesa di una Riforma di sistema che preveda la revisione della pressione fiscale, la sburocratizzazione delle procedure, iniziative concrete ed incentivi per lo sviluppo che siano frutto di confronto e interazione costante tra politica e professionisti, il presente lavoro analizza i profili connessi alla natura giuridica, alle caratteristiche, ai ruoli e alle funzioni di detti Enti e problematiche connesse ad un tema di grande rilevanza pratica oltre che teorica che spaziano dalla individuazione dei fini pubblici a tutela dei propri iscritti, ai poteri di vigilanza sul corretto esercizio della professione (ivi compresa la facoltà di irrogare sanzioni disciplinari), dalla verifica dell'assolvimento dei doveri e degli obblighi imposti agli iscritti dalla normativa vigente, agli obblighi di trasparenza, correttezza e buona fede negli appalti pubblici nei rapporti tra la stazione appaltante ed il professionista iscritto all'Albo dall'attività propulsiva, di stimolo e di controllo sugli atti adottati dalle altre PP.AA. a tutela dei propri iscritti alla tutela del prestigio della professione.

² La contestazione è originata da un esposto alla Commissione europea da parte di un ingegnere di Salerno che lamentava l'impossibilità di versare i contributi (o almeno le ritenute) INARCASSA sul corrispettivo incassato come Onorevole alla Camera dei Deputati, nonostante la rinuncia alla pensione elettiva, i continui e vani solleciti indirizzati all'Ordine professionale di appartenenza, agli uffici e il ricorso al TAR Campania. Tale vicenda che a livello nazionale e locale non ha prodotto esiti significativi, al contrario ha suscitato particolare interesse nella Commissione UE che ha stigmatizzato le modalità di accesso, le caratteristiche, le prerogative ed i privilegi per contrasto con la normativa europea, al punto da imporne l'abolizione e la contestuale liberalizzazione delle professioni nell'interesse dei professionisti e degli utenti del servizio. Si è osservato, infatti, che gli ordini professionali si riducono a *lobby* di danaro e centri di potere che di fatto ostacolano l'iniziativa e sacrificano le esigenze dei giovani professionisti e inoltre che in un mercato già fortemente condizionato dalla concorrenza a basso costo, dalla crisi economica, dalla riduzione dei fatturati e nel quale per molte professioni regolamentate l'offerta supera abbondantemente la domanda, al di là degli ostacoli dovuti a rigidi schemi formalistici ed istituzionali, il dato più preoccupante è rappresentato dalla mentalità corrente della società che garantisce l'effettività dei diritti ed il consolidamento dei privilegi di pochi a scapito dello sviluppo economico e sociale dei più deboli, in assenza di adeguati controlli e verifiche.

L'indagine deve necessariamente partire dalla individuazione del concetto di ente pubblico che se in altri contesti è apparso scontata in base ad una nozione apparentemente consolidata e sulla scorta di «*indici sintomatici*» della loro esistenza a prescindere dal riconoscimento legislativo espresso o tacito, così non è stato per i collegi e gli ordini professionali³ per i quali al contrario si sono posti numerosi dubbi interpretativi e questioni applicative di difficile risoluzione.

A ben vedere, le questioni più controverse e significative originano dalla “crisi” della categoria tradizionale (*id est*: ente pubblico) che ha indotto il legislatore nazionale e, soprattutto, europeo ad individuare, accanto agli enti pubblici tradizionali, enti definiti «*a cavallo*», caratterizzati, cioè, dalla compresenza della veste esteriore di soggetti privati e dall'essenza pubblicistica per la natura dei fini perseguiti e dei poteri esercitati, pur senza attribuire esplicita prevalenza al profilo formale né a quello sostanziale⁴.

Ciò, evidentemente, in virtù di una scelta ben precisa sostanziata nella elaborazione di un nuovo concetto di ente pubblico di natura variabile e ibrida,

³ Locuzione con la quale in generale si suole identificare gli enti sottoposti al controllo dei vari Ministeri ed aventi il compito di vigilare sulla professionalità degli iscritti all'Albo professionale che in quanto tali sono tenuti all'osservanza delle norme di comportamento dettate dal codice deontologico, all'obbligo della formazione continua, e sono altresì soggetti alla verifica della permanenza dei requisiti di accesso oltre che al versamento della quota di iscrizione annuale.

⁴ In argomento, cfr., V. CERULLI IRELLI, *Problemi della individuazione delle persone giuridiche pubbliche dopo la legge sul parastato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, 626 ss.; G. ROSSI, *Enti pubblici associativi: aspetti del rapporto fra gruppi sociali e pubblico potere*, Napoli, Jovene, 1979, p. 23 ss.; G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana 1861-1993*, Bologna, Il Mulino, 1996; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 91; M. S. GIANNINI, *Il problema dell'assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell'attuale momento*, in AA. VV., *Riordinamento degli enti pubblici e funzione delle loro avvocature*, Napoli, Jovene, 1974, p. 35; S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, Edizioni di Comunità, 1962; ID., *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, Einaudi, 1989, p. 136 ss. R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Molfetta, Nel diritto editore, 2018, p. 91 ss. e spec. p. 178 ove è chiarito che per effetto della proliferazione dei modelli di amministrazione «(...) tanto nel contesto europeo che in quello nazionale va progressivamente affermandosi (accanto all'ente pubblico classico di cui agli artt. 97, co. 2, Cost. e 4 della l. 20 marzo 1975, n. 70 cd. legge sul parastato) una nozione di ente pubblico “a geometrie variabili” in base al quale il criterio da utilizzare per tracciare il perimetro del concetto di ente pubblico non è più fisso e immutabile, bensì si adatta a seconda dell'istituto, del regime normativo che deve essere applicato e della ratio ad essa sottesa». Non a caso, quindi, sia le qualificazioni legislative che i cd. indici sintomatici di cui si è detto si sono rivelati tutt'altro che risolutivi onerando il giudice di fare chiarezza e «mettere a sistema» diversi profili della vasta materia. F.G. SCOCA, *La pubblica amministrazione e la sua evoluzione*, in ID. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 67 li qualifica «centri di riferimento» o anche «centri di potere». Su questi temi, cfr., L. FERRARA, *Enti pubblici ed enti privati dopo il caso I.p.a.b.: verso una rivalutazione del criterio sostanziale di distinzione?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 468. In giurisprudenza, Corte cost., 7 aprile 1988, n. 396. 21 aprile 2011, n.153; 15 febbraio 2000, n. 59; 19 dicembre 2003, n. 363; 23 luglio 2013, n. 229; 25 novembre 2013, n. 26283.

pertanto non definibile a priori, e di una nozione dal carattere sostanzialmente elastico e teleologico, e quindi per sua natura mutevole con riferimento ai diversi istituti, in base ai fini perseguiti ed in applicazione della logica dell'effetto utile di cui all'art. 4 TFUE.

Il che ha consentito di scindere i piani e, quindi, ad esempio, di considerare un ente privato per quanto concerne gli aspetti dell'organizzazione ed i profili attinenti alla scelta del modulo organizzativo, pubblico invece per quelli che si riconnettono al potere, ai compiti ed alle funzioni che possono essere esercitati e svolti da soggetti privati⁵.

Ad oggi, la «relatività» è l'elemento maggiormente qualificante la nozione di ente pubblico⁶ che non ha perso nel tempo la sua importanza e la sua polisemicità nel diritto interno ed in quello europeo.

In assenza di una definizione generale nella legge⁷ che infatti contempla diverse P.P.AA. fornendo altrettante nozioni, più o meno «inclusive» e distinte

⁵ Sulla rilevanza oggettivamente pubblicistica degli enti in considerazione delle funzioni esercitate e sulle conseguenze di tale qualificazione, cfr. F. GOISIS, *Ente pubblico*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2014, 418. F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, Cedam, 2000, p. 347; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 171 ss.; ID., *Enti pubblici*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, p. 2230. Sulla perdurante necessità di operare una netta distinzione in base alla natura pubblica o privata degli enti per far luce sul concetto di ente pubblico, cfr., L. FERRARA, *Il diritto amministrativo (e in particolare l'ente pubblico) sull'onda di Giampaolo Rossi*, in *Dir. soc.*, 2006, 321; F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2004, 447 ss.; V. CERULLI IRELLI, «Ente pubblico»: problemi di identificazione e disciplina applicabile, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di V. Cerulli Irelli, G. Morbidelli, Torino, Giappichelli, 1994, 84 ss.; A. CATELANI, *La distinzione fra enti pubblici e privati e le caratteristiche giuridiche della pubblica amministrazione*, in *Rass. parl.*, 2001, 883 ss. Sulle caratteristiche e le peculiarità dei Collegi e degli Ordini professionali, cfr., G. MIELE, *La distinzione fra ente pubblico e ente privato*, in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1987, 408 ss.; V. OTTAVIANO, *Ente pubblico*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, Giuffrè, 1965, 963 ss.

⁶ La nozione di ente pubblico che non è più universale, di carattere ontologico, ma una nozione variabile di carattere teleologico; ne consegue che l'ente non è mai pubblico o privato in assoluto, ma è pubblico o privato se in base allo scopo perseguito dalla legge nel disciplinare un certo istituto, sia più compatibile la scelta della natura pubblicistica o della natura privatistica.

⁷ A titolo meramente esemplificativo, cfr., art. 1 co. 2 del d.l. 30 marzo 2001, n. 165, cd. Testo Unico sul Pubblico Impiego (Finalità ed ambito di applicazione): «Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI».

Solo nella l. 7 agosto 1990 n. 241 si rinvencono diverse nozioni di ente pubblico. Cfr., art. 1 co. 1 ter (Principi generali dell'attività amministrativa) «I soggetti privati preposti all'esercizio di

in base al settore di riferimento, al fine perseguito ed al proprio ambito di operatività, ma accomunate dal medesimo regime giuridico sostanziale (che contempla poteri, privilegi ed immunità, ma anche limiti procedurali, limiti legati ai controlli sugli atti, sugli organi, sulla gestione delle finanze, ecc., in funzione del perseguimento dell'interesse pubblico), e processuale (la devoluzione alla giurisdizione del G.A. delle controversie in cui la P.A. esercita in prevalenza un potere pubblico), la Costituzione, all'art. 97 ne disciplina il profilo organizzativo sancendo, rispettivamente, il principio di riserva di legge nella creazione degli enti pubblici, nella organizzazione degli stessi e, infine, il principio del concorso pubblico per l'accesso al pubblico impiego⁸.

Ciò posto sul piano più generale, è viepiù evidente che la qualificazione dei Collegi e degli Ordini professionali, ora come allora, è decisiva tanto per i profili organizzativi, quanto ai fini della individuazione della disciplina sostanziale ad essi applicabile, nonché degli aspetti processuali (legittimazione a ricorrere avverso atti o provvedimenti adottati da altre PP.AA.) e del riparto di

attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge»; art. 29 co. 1 (Ambito di applicazione della legge) «1. Le disposizioni della presente legge si applicano alle amministrazioni statali e agli enti pubblici nazionali. Le disposizioni della presente legge si applicano, altresì, alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative. Le disposizioni di cui agli articoli 2-bis, 11, 15 e 25, commi 5, 5-bis e 6, nonché quelle del capo IV-bis si applicano a tutte le amministrazioni pubbliche»; art. 23 (Ambito di applicazione del diritto di accesso) «1. Il diritto di accesso di cui all'articolo 22 si esercita nei confronti delle pubbliche amministrazioni, delle aziende autonome e speciali, degli enti pubblici e dei gestori di pubblici servizi. Il diritto di accesso nei confronti delle Autorità di garanzia e di vigilanza si esercita nell'ambito dei rispettivi ordinamenti, secondo quanto previsto dall'articolo 24».

Ancora, indicazioni specifiche si rinvencono nel Codice dei Contratti pubblici e nel c.p.a., (cfr., art. 3 co. 25 e co. 28 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ss.mm. ii. in combinazione con l'art. 133 c.p.a.).

L'art. 3 co. 25 (Definizioni) testualmente recita: «Le "amministrazioni aggiudicatrici" sono: le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti»; art. 3 co. 28 del d.lgs. n. 50/2016 citato, ove si legge: «Le "imprese pubbliche" sono le imprese su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese. L'influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente:

a) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto;
b) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa;
c) hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa»; art. 7 co. 2, c.p.a. ove si legge: «Per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo».

⁸ Ci si intende riferire, in particolare, ai co. 2 e 4 della citata disposizione le cui previsioni, per completezza espositiva, qui si riportano: «I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione»; «agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge».

giurisdizione nei giudizi che a vario titolo coinvolgono detti enti aventi ad oggetto provvedimenti da questi adottati (ad esempio, la delibera di decadenza dall'incarico di consigliere) o atti che incidono sull'organizzazione degli stessi⁹, storicamente qualificati dalla giurisprudenza «enti pubblici associativi non economici ad appartenenza necessaria»¹⁰, ponendone in luce le peculiarità e la principale caratteristica che consiste nella duplice natura di ente pubblico ed esponenziale della categoria rappresentata in base alla quale essi «sono legittimati ad impugnare in sede giurisdizionale gli atti lesivi non solo della sfera giuridica dell'ente come soggetto di diritto, ma anche degli interessi della categoria dei soggetti appartenenti all'ordine o al Collegio, di cui l'ente ha la rappresentanza istituzionale»¹¹.

In passato, l'assenza di una definizione che ne sottolineasse la specificità, le peculiarità della loro configurazione, della forma istituzionale e della loro irrinunciabile autonomia organizzativa e finanziaria ha creato non pochi problemi interpretativi ed applicativi puntualmente evidenziati da una parte della giurisprudenza nazionale¹², dalla CGUE¹³ ed invocati dagli stessi Ordini

⁹ Cons. Stato, sez. VI, 24 febbraio 2011, n. 1165 ha escluso la legittimazione «ad impugnare i provvedimenti attinenti all'organizzazione del pubblico impiego, esulando dalle loro funzioni il "controllo" di coloro che prestino alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni attività lavorative di contenuto corrispondente a quella della libera professione». Essi, infatti, «hanno il compito istituzionale di provvedere alla tutela dell'attività svolta o da svolgere da parte degli iscritti, ma non sono titolari di poteri disciplinari o organizzativi, quando si tratti di pubblici dipendenti, anche se questi abbiano una qualifica omonima o simile a quella degli iscritti all'ordine (Cons. Stato, sez. IV, 22 ottobre 1993, n. 918; sez. V, 20 agosto 1996, n. 929)».

¹⁰ Cfr., *ex multis*, Corte. cost., 24 ottobre 2005; 3 novembre 2005 n. 405; Cass., SS. UU., 3 novembre 2009 n. 23209; 24 giugno 2009 n. 14812; 27 gennaio 2009 n. 1874; 12 marzo 2008 n.6534; 11 giugno 2001 n.7872; Cass., 18 dicembre 1990 n.12010; 14 marzo 1990 n. 2079; SS. UU., 19 marzo 1979 n.1582. Cons. Stato, 27 ottobre 2003, n. 4061; sez. III, 11 giugno 2000 n. b139; sez. VI, 15 dicembre 1999 n.2088; C.G.A.R.S., 1° luglio 1999 n. 298; Cons. Stato, sez. VI, 11 settembre 1999 n. 1156; sez. IV, 23 ottobre 1998 n. 1378.

¹¹ Così, Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2009, n. 6011 e 7 marzo 2001, n. 1339.

¹² Corte Cass., 14 ottobre 2011, n. 21226 ha giustificato la sottrazione degli Ordini professionali al controllo della Corte dei Conti per l'impossibilità di ricondurre gli enti nella generica nozione di P.A. assoggettandoli alla medesima disciplina in quanto essa «non consente l'automatica attribuzione di un identico significato a concetti giuridici non del tutto coincidenti, seppur rappresentati nei medesimi termini definitivi (...) nel nostro ordinamento non esiste una definizione unitaria di pubblica amministrazione, mentre al contrario è emerso in sede dottrinarie l'orientamento secondo il quale si dovrebbe parlare non di pubblica amministrazione ma di pubbliche amministrazioni, vale a dire con una diversificazione del concetto in relazione alle singole discipline del settore pubblico ed ai non coincidenti fini in vista dei quali il detto concetto dovrebbe essere utilizzato».

¹³ Corte Giust., 12 settembre 2013, C-526/11 in *Urb. e app.*, n. 1/2014, p. 13 ss. con nota di Mameli ha stabilito che gli Ordini professionali non costituiscono un organismo di diritto pubblico ai sensi della Direttiva 2004/18/CE per la considerazione che «un organismo come un ordine professionale di diritto pubblico, non soddisfa il criterio relativo al finanziamento maggioritario da parte dell'autorità pubblica (...) né il criterio relativo al controllo della gestione da parte dell'autorità pubblica». (Sull'argomento, cfr., R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Gli appalti pubblici*, in *www.giustamm.it*, spec. § 9.1).

professionali per sottrarsi agli obblighi in materia di trasparenza ed anticorruzione, riferibili soprattutto alle caratteristiche dimensionali e strutturali in ipotesi con esse incompatibili.

Gli enti, infatti, ad ulteriore sostegno della non applicabilità *tout court* delle norme *de quibus*, puntando sulla natura «ibrida»¹⁴, sulle competenze istituzionali,

Nello stesso senso, cfr., Reg. UE n. 549/2013 (SEC 2010) che inserisce le «*organizzazioni professionali o di categoria*» non nel settore delle pubbliche amministrazioni, ma nel settore ben diverso delle «*Istituzioni senza scopo di lucro al servizio delle famiglie*» (S 15, par. 2.129 e 2.130). In precedenza il Reg. UE n. 2223/1996 aveva espressamente ricompreso nel settore gli «*organismi senza scopo di lucro dotati di personalità giuridica al servizio delle famiglie, che sono produttori privati di altri beni e servizi non destinabili alla vendita*» (par. 2.88).

Ciò in quanto la nozione di *operatore economico* adottata nelle direttive del 2004 per indicare i soggetti ammissibili alle gare, non era sovrapponibile, perché più ampia, all'omonima categoria vigente nell'ordinamento nazionale (art. 3 co. 19 e 22 e art. 34 Codice appalti). Di qui l'esclusione di taluni soggetti, benché qualificabili come operatori economici (tra cui gli enti pubblici non economici) dalla partecipazione alle gare per l'assenza di determinate caratteristiche (fine lucrativo, regime di imputazione degli effetti del contratto, responsabilità personale e patrimoniale, capacità all'esercizio di attività d'impresa etc.), secondo un orientamento piuttosto restrittivo che solo di recente è stato ribaltato dalla giurisprudenza nazionale (cfr., Cons. Stato, sez. VI, 16 giugno 2009 n. 3897; 11 luglio 2008 n. 3499; TAR. Veneto, 26 giugno 2006 n. 1899; TAR Liguria, sez. II, 23 dicembre 2002 n. 1206) al fine di adeguarsi agli obblighi imposti dai Trattati ed alle sentenze della Corte di Giustizia UE (cfr., C.G.U.E., sez. IV, 23 dicembre 2009, in C-305/08, CoNISMA c. Regione Marche; 18 dicembre 2007, in C-357/06, Frigerio L. & C. Snc c. Comune di Triuggio e nei confronti di Azienda Servizi Multisettoriali Lombarda – A.S.M.L. SpA con cui la Corte ha adottato un approccio di tipo sostanziale ammettendo la partecipazione alle gare da parte degli enti pubblici sulla base di una nozione più ampia di operatore economico che prescinde totalmente dal riscontro di indici o delle caratteristiche formali di cui si è detto, al fine di favorire la massima partecipazione e la concorrenza, non potendosi giustificare forme di esclusione a priori. Tale interpretazione è stata condivisa dall'Autorità di Vigilanza nel parere 22 ottobre 2009, n. 119). Nulla osta, quindi, a che un Ordine professionale partecipi ad una gara per l'affidamento di un servizio di ricerca scientifica in concorrenza con altri soggetti privati offrendo dietro corrispettivo la prestazione in favore di altra Amministrazione se ciò è compatibile con la finalità istituzionale. La Corte, infatti, ha chiarito che a tal fine è del tutto irrilevante la forma giuridica di ente pubblico che è ammesso a partecipare alla gara di appalto e non può beneficiare di affidamenti diretti, a meno che l'Ente non sia impossibilitato ad erogare la prestazione anche al di fuori della gara perché l'attività richiesta non può essere svolta o se essa è incompatibile con la sua forma giuridica.

¹⁴ Sovente, come in questo caso, il ricorso alla riqualificazione di enti di natura ibrida si è rivelato uno sforzo inutile e dannoso o, semplicemente, «*un modo improprio di impostare il problema*» (così, in dottrina, G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 175 ss., secondo cui «*in un sistema caratterizzato dalla moltitudine delle figure soggettive incaricate della cura degli interessi generali, la questione sembra allora porsi in termini opposti: verificare quali norme orizzontalmente riferite alle amministrazioni e agli enti pubblici siano ad esse applicabili, sulla base delle finalità perseguite e degli interessi tutelati. (...) Si tratta, in altri termini, di costruire un regime congruo all'identità organizzativa e funzionale della fattispecie osservata in via interpretativa, con il solo ausilio di argomenti sistematici e teleologici. Ciò impone di valutare, regola per regola, a seconda della sua ratio, se ed in quale misura debba applicarsi al soggetto ordinato in forme privatistiche*»). L'assenza di parametri predeterminati ha generato incertezze sul piano della disciplina ed i vuoti legislativi sono stati colmati dalla giurisprudenza che nel tempo ha elaborato i principi generali della materia a prescindere dalle classificazioni e dall'individuazione dei criteri distintivi o di indici di

sulle peculiarità e la relativa difficoltà definitoria e su tutti gli altri fattori interni ed esterni alla complessità del fenomeno giuridico, hanno fatto leva, altresì, sulla mancanza di dirigenti e funzionari che avrebbero dovuto redigere il Piano di Prevenzione della corruzione e predisporre il Portale della trasparenza, ecc., all'uopo osservandosi che se, in generale, le divisioni burocratiche generano conflitti, nel caso di specie, il cumulo delle funzioni (di controllore e controllato) in capo allo stesso soggetto (consigliere dell'Ordine) certamente non favorirebbe la concorrenza, il merito, l'uguaglianza, alimentando invece tutti quei fattori che offrono terreno fertile per scandali, abusi, corruzione creando le condizioni per creare nuovi o consolidare antichi privilegi, laddove invece, gli Ordini professionali, al pari dei soggetti privati che esercitano pubbliche funzioni, sono tenuti ad assicurare lo stesso livello di tutela e di efficienza nell'attività svolta al pari delle altre PPAA., dovendo assicurare il rispetto dei medesimi criteri e principi di economicità, efficienza, imparzialità e trasparenza, nonché dei principi dell'ordinamento comunitario con i medesimi livelli di garanzia.

Ciò in quanto «*gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico*»¹⁵; perseguono fini istituzionali aventi «*schietto carattere pubblicistico perché attinenti all'interesse di tutta la collettività*»¹⁶; di conseguenza, l'azione, assoggettata a continue verifiche e controlli, non è mai libera nel fine, ma anzi costantemente indirizzata al perseguimento dell'interesse pubblico da parte di tali soggetti il cui tratto distintivo comune è rappresentato dalla capacità di auto-organizzarsi attraverso propri regolamenti o statuti, dalla titolarità di funzioni e poteri amministrativi, e dalla conseguente soggezione alla disciplina sostanziale e processuale prevista per gli enti pubblici.¹⁷

riconoscimento che hanno progressivamente perso la loro validità e credibilità. Permangono, tutt'ora, problemi interpretativi ed applicativi connessi alla eccessiva differenziazione degli enti pubblici. Cfr., in proposito, E. CASETTA, S. FOIÀ, *Pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg. I, Torino, Utet, 2000, p. 436 ss.; G. NAPOLITANO, *Gli enti pubblici tra disegni di riforme e nuove epifanie*, a cura di G. Vesperini, Milano, 2005, 51 ss., C. FRANCHINI, *L'organizzazione*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, I, Milano, Giuffrè, 2003, 303. Il rischio è che la nozione di ente pubblico finisca per essere «*derubricata a mera ed irrilevante etichetta formale*» (F. GOISIS, *Ente pubblico*, cit., 428), laddove al contrario ad essa «*non può rifiutarsi, almeno fino a prova in contrario, un proprio significato e propri effetti*» (G. MIELE, *La distinzione fra ente pubblico e ente privato*, cit., 367).

¹⁵ D. SORACE, *Diritto delle Amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 226.

¹⁶ Così, C. LEGA, *Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1974.

¹⁷ Cfr. A. ROMANO, *Introduzione*, in L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, III ed., Bologna, Il Mulino, 2001, spec. 55 e 276 ss. A. BRANCASI, *L'ordinamento contabile*, Torino, Giappichelli, 2005.

Prova ne sia che anche la legge 11 gennaio 2018, n. 3¹⁸, nel Capo II dedicato alle Professioni sanitarie all'art. 4 (rubricato «*Riordino della disciplina degli Ordini delle professioni sanitarie*») che definisce gli Ordini e le relative Federazioni nazionali: «*a) (...) enti pubblici non economici (ch)e agiscono quali organi sussidiari (e non più ausiliari) dello Stato al fine di tutelare gli interessi pubblici, garantiti dall'ordinamento, connessi all'esercizio professionale*», rimarcandone la natura e le caratteristiche, il ruolo e le funzioni, l'autonomia patrimoniale, finanziaria, regolamentare e disciplinare¹⁹.

Senza tralasciare una delle novità più significative destinate indubbiamente ad incidere sull'organizzazione dell'attività di detti Enti, vale a dire il recente Regolamento UE 2016/279 sulla protezione dei dati personali (*General Data Protection Regulation – GDPR*) il quale - nel richiamare spesso e (forse) impropriamente il principio di *accountability* riferendolo a tutto il sistema di *governance* dei dati che quindi nei fatti assume un significato ben più ampio e complesso rispetto all'esigenza di responsabilizzare il Titolare o il Responsabile del trattamento nelle attività e/o nelle scelte da assumere al fine di assicurare la massima protezione dei dati, ricomprendendo al contempo i concetti di trasparenza, responsabilità e *compliance* – trova applicazione anche nei confronti degli enti pubblici non economici a carattere associativo, come in effetti si desume dall'art. 37, lett. a) del GDPR.

La disposizione, infatti, impone l'obbligo di nomina del DPO alle «*autorità pubbliche*», categoria in cui rientrano a pieno titolo anche gli Enti in questione in quanto esercenti un potere autoritativo che si traduce nel potere di adottare atti incidenti nella sfera giuridica degli iscritti.

¹⁸ Recante «*Delega al Governo in materia di sperimentazione clinica di medicinali nonché disposizioni per il riordino delle professioni sanitarie e per la dirigenza sanitaria del Ministero della salute*» pubblicata in G.U. 31 gennaio 2018, n. 25. Il d.l. Lorenzin, noto per lo più per aver reintrodotto l'obbligo vaccinale ai fini dell'iscrizione agli asili nido ed alle scuole di infanzia, ha inteso altresì completare l'iter di revisione ed integrazione nell'ordinamento delle professioni sanitarie e la contestualizzazione nel concetto di salute dell'area delle professioni socio-sanitarie, trasformando i collegi in ordini professionali ed istituendo albi ed ordini mancanti, per la necessità di adeguare e armonizzare il quadro normativo all'evoluzione scientifica e tecnologica del comparto sanitario colmando così il *gap* con gli altri Paesi europei ed extraeuropei. Alquanto significativamente entrando nel merito della natura degli ordini professionali il provvedimento ne sottolinea i tratti caratteristici (prerogative e poteri) il regime giuridico e gli effetti dell'attività svolta, prevedendo al contempo un aumento della pena in caso di esercizio abusivo della professione (art. 348 c.p.).

¹⁹ La tesi era stata sostenuta in precedenza da Cass. SS.UU., ord. 3 novembre 2009, n. 23209 all'uopo invocando l'art. 6, co. 3, d.lgs. 28 giugno 2005, n. 139 che qualifica espressamente il Consiglio nazionale e gli ordini territoriali «*enti pubblici non economici a carattere associativo*».

Come si avrà modo di chiarire in seguito, essi operano sia nell'interesse generale sia nell'interesse degli iscritti e, pertanto, istituzionalmente svolgono principalmente attività di trattamento e monitoraggio regolare e sistematico su larga scala dei dati della categoria rappresentata curando la tenuta e l'aggiornamento degli Albi e degli elenchi, indispensabile per l'espletamento dei compiti istituzionali, nonché alle opportune verifiche del rispetto degli obblighi deontologici e della formazione continua obbligatoria. Ad ulteriore conferma di quanto appena detto, giova inoltre richiamare il WP 29 *«che tranne quando sia evidente che un soggetto non è tenuto a nominare un Responsabile della Protezione dei dati, (...) raccomanda a Titolari e responsabili di documentare le valutazioni compiute all'interno dell'azienda o dell'ente per stabilire se si applichi o meno l'obbligo di nomina di un DPO, così da poter dimostrare che l'analisi abbia preso in esame correttamente i fattori pertinenti»* onerando *«le associazioni e gli altri organismi rappresentanti le categorie di titolari del trattamento (Ordini professionali) o responsabili del trattamento (interni o esterni all'Ente dotato di nuovi compiti e “corresponsabile” insieme con il titolare del trattamento di eventuali danni a terzi e destinatario di eventuali sanzioni amministrative)»* di elaborare codici di condotta *«destinati a contribuire alla corretta applicazione del (...) regolamento, in funzione delle specificità dei vari settori di trattamento»* (cfr. art. 40 del Regolamento Privacy).

Su tali premesse, è ora possibile affrontare alcuni profili della vasta materia connessi all'esercizio del *«munus publicum»* loro affidato, tra cui la legittimazione ad agire di detti enti esponenziali della categoria unitariamente considerata²⁰, la sussistenza del controllo di gestione da parte della Corte dei conti, l'operatività del disposto di cui all'art. 323 c.p. nei confronti dei dirigenti degli Ordini e dei Collegi professionali, agli obblighi di trasparenza, correttezza e buona fede negli appalti pubblici con un accenno ai reciproci rapporti tra i suddetti Enti pubblici e l'ANAC.

2. Notazioni in materia di interesse a ricorrere e legittimazione ad agire degli Ordini e dei Collegi professionali

Chiarito, quindi, sotto il profilo definitorio, che l'Ordine professionale è espressione di un gruppo sociale – professionale (in quanto ad esso è affidata la tutela del gruppo di appartenenza, nonché della dignità della funzione individualmente esercitata dai singoli, il prestigio di cui essa ed i suoi operatori

²⁰ TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 11 luglio 2018, n. 1358; 13 luglio 2018, n. 1421. Cons. Stato, sez. V, 3 ottobre 2017, n. 4614.

devono essere circondati nel contesto sociale, dal quale dipende – di conseguenza – l'affidamento dei terzi e la garanzia di un corretto e adeguato esercizio dell'attività professionale) e rileva quale ente esponenziale di tale gruppo e dei suoi interessi, se ne deduce altresì che esso rientra a pieno titolo nel novero delle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost. per indicare uno dei tanti tipi di organizzazione o comunità che rappresenta l'essenza stessa della società pluralistica *«frappone(ndosi) tra l'individuo e lo Stato»*²¹.

Ciò posto, invertendo l'ordine delle questioni che si intendono affrontare, occorre sgombrare il campo da alcuni equivoci di fondo, riempiendo gli spazi vuoti e dissipando i dubbi preesistenti concernenti ciascuno dei profili trattati che neanche la nozione più chiara ed esaustiva possibile avrebbe potuto eliminare.

Giova, in primo luogo, evidenziare che gli Ordini professionali in quanto enti pubblici ad appartenenza necessaria (cui è affidata una *«rilevante parte della tutela del diritto di difesa»*²² oltre che la tenuta degli albi professionali, la tutela della professione anche attraverso procedimenti disciplinari e la formazione continua, il controllo del possesso e la permanenza dei requisiti in capo al professionista e la garanzia del corretto esercizio della professione a tutela dell'affidamento della collettività) e titolari *ex lege* di funzioni pubblicistiche²³ e di specifici poteri (di autorganizzazione, rappresentativo, dispositivo, disciplinare, di redazione e proposta delle tariffe e di liquidazione dei compensi a richiesta dei professionisti)²⁴ che esercitano in regime di monopolio²⁵ agiscono tramite l'emanazione di atti amministrativi, ivi compresi

²¹ Così, R. BIN, *Formazioni sociali*, in www.robertobin.it; E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, Editori vari, 1989.

²² TAR Lazio, sez. III, 6 maggio - 24 settembre 2015, n. 11391.

²³ Utilizzando un'espressione di F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, Vallardi, 1911-12, pp. 650-651, si potrebbe dire che gli Ordini professionali *«ha(nno) per scopo l'esecuzione di una pubblica funzione»* mirando a *«(...) soddisfare bisogni sentiti da una pluralità di persone che il diritto reputa in un determinato momento storico e in determinate contingenze debba esercitarsi dallo Stato o direttamente o indirettamente a mezzo di altra personalità»*. Pertanto è legittimo ritenere che sia proprio la funzione a permeare di sé l'ente ed i compiti attribuitigli direttamente dalla legge. Non a caso, tra gli indici rivelatori individuati dalla giurisprudenza figura *«la partecipazione diretta o indiretta all'esercizio dei pubblici poteri o alle mansioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato e delle altre collettività pubbliche»* che è particolarmente significativo in quanto, a differenza di altri *«meramente formali»* assume un marcato connotato sostanziale.

²⁴ Cfr., in proposito, Cons. Stato, sezione per gli atti normativi, 27 ottobre 2003, n. 4061.

²⁵ In tempi non sospetti la dottrina ha affermato che *«gli Ordini e i Collegi professionali sono, nell'ordinamento italiano, enti pubblici o, per usare una terminologia tradizionale, enti ausiliari della pubblica amministrazione e, solitamente, agiscono tramite l'emanazione di atti amministrativi»* (così, G. BARONE, *Ordine professionale od ordine confessionale?*, in giustamm.it, n. 2/2009. Nello stesso senso, F. MERUSI,

quelli a carattere sanzionatorio, come ad esempio, la decadenza dalla carica di consigliere che costituisce estrinsecazione di un potere connotato da amplissima discrezionalità, idoneo ad incidere su una carica elettiva. Tale provvedimento, per le sue caratteristiche intrinseche ed estrinseche, non può che soggiacere alla disciplina sostanziale e processuale prevista per gli atti amministrativi della stessa natura. In particolare, trattandosi della misura afflittiva più grave, l'apprezzamento delle circostanze addotte ad esempio a giustificazione delle assenze alle sedute del Consiglio non si risolve in «un'attività meramente ricognitiva dell'avvenuto verificarsi di presupposti antecedentemente tipizzati dal legislatore»²⁶, bensì a condotte esplicate nell'esercizio dell'attività la cui valutazione è rimessa all'Ente.

Così, a titolo meramente esemplificativo, con specifico riferimento a condotte quali l'astensionismo dalle sedute consiliari, così come l'omesso svolgimento delle attività individuali di carattere propulsivo, conoscitivo e di controllo che incidono sia sul buon funzionamento dei lavori consiliari, sia sul grado di affidabilità e credibilità del singolo responsabile nei confronti del gruppo di appartenenza e degli stessi elettori per aver assunto atteggiamenti ritenuti non partecipativi, né dialettici né democratici, si evidenzia che se, da un lato, la mancanza, l'inconferenza o l'estrema genericità delle giustificazioni addotte a fronte di un comportamento manifestamente grave è tale da impedire qualsiasi accertamento sulla fondatezza, serietà e rilevanza dei motivi, dall'altro, ferma restando l'ampia facoltà di apprezzamento dell'organo consiliare delle circostanze addotte a giustificazione delle assenze, è evidente che le stesse vanno interpretate restrittivamente e con estremo rigore, data la limitazione che la decadenza comporta all'esercizio di un *munus publicum*.

In ogni caso, per quanto qui importa, non vi è motivo di dubitare della natura provvedimento dell'atto che, proprio in quanto va ad incidere su una carica elettiva, costituisce estrinsecazione di un potere connotato da amplissima discrezionalità e richiede, altresì, un onere motivazionale per così dire "aggravato", il che rileva sia ai fini dell'impugnazione dinanzi al giudice munito di giurisdizione (il G.A., appunto) e della sindacabilità con riferimento a profili di arbitrarietà o di manifesta irragionevolezza (in caso di mera genericità della motivazione e di palese inadeguatezza allo scopo, unitamente alla riscontrata

Il diritto pubblico delle libere professioni. Ordini, albi e diritto di stabilimento nel diritto vigente e "quasi vigente", in *Dir. amm.*, 2005, 3, 449 ss.).

²⁶ Così, Cons. Stato, sez. VI, 27 luglio 2011, n. 4496.

omissione della comunicazione di avvio procedimentale), sia ai fini del ritiro dell'atto in autotutela²⁷.

Sotto altro profilo, è noto che essi nella predetta qualità, i suddetti Enti «assumono, nel rispetto dell'integrità funzionale dell'Ordine, la rappresentanza esponenziale della professione»²⁸ e sono legittimati ad agire in giudizio in quanto titolari dell'interesse qualificato e differenziato alla correttezza dell'azione amministrativa e al corretto svolgimento dell'attività professionale da parte degli iscritti all'Albo.

In proposito, la giurisprudenza anche di recente ha ribadito che «affinché possa riconoscersi agli enti esponenziali una tutela processuale, gli interessi di cui sono portatori devono distinguersi tanto da quelli della collettività di riferimento quanto dagli interessi dei singoli associati dovendosi accertare in concreto che la rappresentatività dell'ente

²⁷ Cons. Stato, sez. V, 22 settembre 2017, n. 4433 ha chiarito che «La decadenza dalla carica, intesa quale misura sanzionatoria, non può riguardare il deliberato astensionismo di un consigliere comunale che venga esercitato in un contesto di dialettica politica di documentata conflittualità, tra maggioranza ed opposizione». Ancor più di recente, cfr., TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 20 aprile 2018, n. 925 che ha annullato il provvedimento di decadenza dalla carica ex art. 43 TUEL per mancata partecipazione alle sedute consiliari affermando che è illegittima la decadenza dall'incarico politico per cause generiche, ribadendo che *in subiecta materia*, non vi può essere spazio per alcun automatismo ma occorre verificare la veridicità e la serietà delle giustificazioni addotte dall'interessato.

Premettendo che la protratta astensione dalla partecipazione alle sedute del Consiglio può determinare la revoca dell'incarico quando mostrano con ragionevole deduzione un atteggiamento di disinteresse per motivi futili o inadeguati rispetto agli impegni assunti, ha dichiarato l'illegittimità del provvedimento gravato nella parte in cui ha ritenuto insufficiente la produzione delle copie dei certificati medici in luogo degli originali e la motivazione addotta a sostegno dello stesso fondata sulla affermata incertezza, genericità dei certificati medici, alcuni dei quali postumi, nonostante fossero stati redatti dal medico specialista riportando puntualmente la diagnosi e la prescrizione del necessario periodo di riposo facendo fede fino a querela di falso.

Le medesime considerazioni valgono per l'esercizio del potere disciplinare, come è stato ribadito di recente in una recente decisione dal Tribunale dell'Unione europea ove si legge testualmente: «In ogni caso, anche se, in tali circostanze, non è necessario prendere definitivamente posizione sulla questione della misura in cui l'esercizio, da parte dell'Ordine, del suo potere disciplinare, si ricolleggi all'esercizio di una prerogativa dei pubblici poteri, cosicché esso fuoriesce dall'ambito di applicazione dell'articolo 101 TFUE, occorre ancora precisare che l'esistenza di una siffatta prerogativa non può offrire una protezione assoluta nei confronti di qualsiasi affermazione di un comportamento restrittivo della concorrenza, in quanto l'esercizio manifestamente improprio di un siffatto potere configurerebbe, in ogni caso, uno sviamento di tale potere» (Tribunale UE, causa T-90/11, sentenza del 10 dicembre 2014, ONP, punto 207).

²⁸ Con specifico riferimento al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati, giova richiamare l'art. 24 della L. 31 dicembre 2012 n. 247 (Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense) ove si legge «Il CNF e gli ordini circondariali sono enti pubblici non economici a carattere associativo istituiti per garantire il rispetto dei principi previsti dalla presente legge e delle regole deontologiche, nonché con finalità di tutela della utenza e degli interessi pubblici connessi all'esercizio della professione e al corretto svolgimento della funzione giurisdizionale. Essi sono dotati di autonomia patrimoniale e finanziaria, sono finanziati esclusivamente con i contributi degli iscritti, determinano la propria organizzazione con appositi regolamenti, nel rispetto delle disposizioni di legge, e sono soggetti esclusivamente alla vigilanza del Ministro della giustizia».

*sia tale da consentirgli di intervenire a tutela di un interesse da considerarsi, non come semplice sommatoria degli interessi dei singoli associati, ma come interesse proprio dell'associazione in quanto tale, in virtù di precise disposizioni statutarie che prevedano espressamente la tutela di determinati interessi da considerarsi conformi a quelli del gruppo sociale di riferimento; occorre accertare anche che l'interesse tutelato in sede giurisdizionale dall'associazione non sia conflittuale, neanche in potenza, con quello anche solo di uno dei consociati, oppure che non vengano tutelate le posizioni giuridiche solo di parte dei consociati stessi*²⁹.

Generalmente si ritiene che la legittimazione degli Ordini professionali ad impugnare provvedimenti amministrativi per la tutela dell'interesse generale dell'intera categoria rappresentata deriva dal ruolo ricoperto e dalla pienezza dei poteri di vigilanza e di controllo che ad essi fanno capo e nei limiti in cui i provvedimenti gravati non esulino dalle attività svolte e dalle funzioni di vigilanza e di controllo; che essa non può essere limitata in ordine alle censure proponibili dai detti ordini, valutabili tuttavia ai fini dell'accertamento della sussistenza di un interesse a ricorrere; che il ricorso proposto dagli ordini

²⁹ La legittimazione attiva degli Ordini professionali discende dai compiti ad essi affidati, tra cui in particolare spicca il ruolo di vigilanza e di controllo dell'osservanza della legge professionale e delle disposizioni concernenti l'esercizio della professione, coesenziali alla realizzazione dei fini istituzionali e, all'uopo, intimare la cessazione di comportamenti illeciti o illegittimi provenienti da terzi, assumendo le iniziative del caso con i mezzi e le modalità ritenute più opportune.

Cons. Stato, sez. III, 28 novembre 2013, n. 5691. Più di recente, Cons. Stato, sez. V, 3 ottobre 2017, n. 4614, cit. Su tali presupposti, di recente il TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 13 luglio 2018, n. 1421 ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto dal Presidente regionale dell'Associazione Nazionale Dentisti Italiani e dai Presidenti delle Commissioni Albo odontoiatri istituite nei Consigli dell'Ordine dei Medici-Chirurghi e degli Odontoiatri delle Province di Vibo Valentia, Crotona, Cosenza, Catanzaro e Reggio Calabria avverso il Decreto adottato dal Commissario *ad acta* per l'attuazione del piano di rientro dai disavanzi del Servizio Sanitario Regionale Calabria a seguito della riscontrata carenza del requisito negativo dell'assenza di potenziali conflitti tra la tutela del citato interesse e gli appartenenti alla categoria professionale odontoiatrica (*contra*, Ad. Plen., 3 giugno 2011, n. 10 ha riconosciuto la legittimazione ad impugnare anche nell'ipotesi in cui possa configurarsi un conflitto di interessi tra ordine professionale e singoli professionisti beneficiari dell'atto impugnato. Nella specie, l'Ordine aveva impugnato la procedura di evidenza pubblica per violazione del principio della par condicio tra i partecipanti alla gara, e di cui di fatto aveva beneficiato un solo iscritto.

Cons. Stato, sez. VI, 24 febbraio 2011, n. 1165 ha dichiarato inammissibile il ricorso per difetto di legittimazione attiva per la considerazione che «*le prerogative degli Ordini e dei Collegi professionali vanno poste in stretta correlazione con i compiti ad essi affidati dall'ordinamento giuridico (tenuta di albi, esercizio dell'azione disciplinare, predisposizione dei compensi)*» e, di conseguenza, «*non potrebbero essere estese sino al punto da ipotizzare un interesse a sindacare le determinazioni delle pubbliche amministrazioni aventi per oggetto la selezione dei propri dipendenti, che svolgano attività pur di contenuto corrispondente a quella di una libera professione*».

Sulla legittimazione a ricorrere degli Ordini professionali, cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 30 settembre 2013, n. 4854; 14 febbraio 2012, n. 718; 8 febbraio 2011, n. 861; 12 agosto 2011, n. 4776.

professionali, invero, può essere accolto solo allorché si contesti la legittimità di un provvedimento amministrativo che si assume lesivo degli interessi della categoria di professionisti rappresentati e, in via generale, se dall'accoglimento di quest'ultimo derivi un'utilità, anche strumentale, per il ricorrente; che gli ordini professionali non possono impugnare i provvedimenti amministrativi lesivi degli interessi di un iscritto, essendo riconosciuta loro, in tal caso, solo una legittimazione ad intervenire; che gli stessi, invece, non sono legittimati ad impugnare i provvedimenti della pubblica amministrazione concernenti i titoli di idoneità professionale per lo svolgimento di pubbliche funzioni, né possono dolersi del titolo di studio o degli altri requisiti d'ammissione ai pubblici concorsi che la stessa pubblica amministrazione richieda ai propri dipendenti, in ragione della loro preparazione professionali.

Ciò posto, si rendono necessarie alcune precisazioni in punto di legittimazione attiva e interesse a ricorrere.

Sovente, infatti, alquanto frettolosamente i giudizi proposti dai Collegi o dagli ordini professionali si sono conclusi con la declaratoria di inammissibilità del ricorso per carenza della legittimazione a ricorrere, stante l'ipotetica inutilità della sentenza costitutiva di arrecare alcun vantaggio al ricorrente³⁰, in spregio

³⁰ In tempi ormai remoti la giurisprudenza ha chiarito che l'indagine sull'interesse a ricorrere innanzitutto si sostanzia in un giudizio di utilità e sull'accertamento della esistenza ed attualità della lesione subita (Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 1981, n. 113), nonché sull'idoneità della sentenza di accoglimento del ricorso ad arrecare un qualche vantaggio al ricorrente (Cons. Stato, Ad. Plen., 26 ottobre 1979, n. 25). In dottrina, cfr., E. GUICCIARDI, *Interesse personale, diretto, attuale*, in *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, Utet, 1967, p. 82. G. ROMEO, *Interesse legittimo e interesse a ricorrere: una distinzione inutile*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 3, 400 ss. Di recente, A. TRAVI, *Introduzione a un colloquio sull'interesse legittimo*, in *Dir. Amm.*, 2013, 1-2, 1 ss.; ID., *L'effettività della giustizia amministrativa*, in L. Benvenuti, Marcello Clarich (a cura di), *Il diritto amministrativo alle soglie del nuovo secolo*, Pisa, Edizioni ETS, 2010, 51 ss.

Contestando quell'impostazione tendente ad identificare l'interesse legittimo con l'interesse a ricorrere, M. DEL SIGNORE, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, p. 185 ss., ha osservato: «Vero è che l'interesse legittimo non si esaurisce nell'interesse a ricorrere, poiché l'aspetto processuale non è in grado di dar conto della valenza sostanziale della posizione giuridica.(...) L'accertamento della titolarità dell'interesse legittimo non comporta affatto il perseguimento o la conservazione del bene della vita, ottenibile solo a seguito del corretto esercizio del potere. L'interesse a ricorrere è, infatti, distinto e diverso dall'interesse legittimo, in quanto, come è noto, collegato all'eventuale utilità ricavabile dall'accoglimento del ricorso, sicché l'accertata titolarità della situazione giuridica soggettiva, benché illegittimamente violata, non implica necessariamente la sussistenza di un interesse a ricorrere». La dottrina, in argomento, è vastissima. A titolo meramente esemplificativo, cfr., P. DEL PRETE, *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1951, I, 38; S. SATTA, *Interesse e legittimazione*, in *Foro it.*, 1954, IV, 160; A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, Cedam, 1958; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1962; E. GRASSO, *Note per un rinnovato discorso sull'interesse ad agire*, in *Jus*, 1968, 3-4, 349; B. SASSANI, *Note sul concetto di interesse ad agire*, Rimini, Maggioli, 1983; P.M. VIPIANA, *In margine ad un recente orientamento del Consiglio di Stato sul cosiddetto interesse strumentale a ricorrere*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 1, 107 ss.; ID., *Usi ed abusi giurisprudenziali in materia di interesse strumentale a ricorrere*, in *Il Foro Amm.*, 1987, p. 2917 ss.; A. ROMANO, *La situa-*

alla tendenza - tutt'ora in atto e che sembra destinata a prendere il sopravvento - ad ampliare gli spazi di legittimazione per sottoporre a controllo giurisdizionale gli atti amministrativi illegittimi al fine di “conformare” ed orientare l'azione dell'amministrazione per perseguire la “giustizia della funzione pubblica”³¹.

Quindi, *nulla quaestio* per quanto riguarda la legittimazione dell'Ente ad impugnare provvedimenti amministrativi immediatamente lesivi per la tutela dell'interesse generale, né, evidentemente, per l'intervento adesivo dipendente sotto forma di intervento *ad adiuvandum* nel giudizio intrapreso dagli iscritti per la tutela di un interesse diverso ma connesso con quello fatto valere dal ricorrente principale al fine di trarre quell'utilità che solo il processo amministrativo è in grado di assicurare al di là di quella spettante al

zione legittimante al processo amministrativo, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 7, p. 511 ss. e in *Studi per il centenario della quarta sezione*, vol. II, Roma, 1989, 513 ss.; R. VILLATA, *Interesse ad agire*, II, *Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1990, 1 ss.; ID., *Legittimazione processuale (diritto processuale amministrativo)* in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1990, 1 ss.; S. TASSONE, *Brevi note sul concetto di interesse strumentale*, in *Giur. it.*, 1992, CXLII, III, 1219; R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 285; S. SPAMPINATO, *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004; R. LOMBARDI, *Interesse ad agire e giustiziabilità delle pretese del privato: una lettura oggettivistica del processo amministrativo*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 2181; L. R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2004; ID., *Legittimazione e interesse a ricorrere nel processo amministrativo: il problema delle pretese partecipative*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 688 ha, in proposito, rilevato che «non è affatto chiaro in giurisprudenza se valga anche nel diritto amministrativo la regola – propria del processo ordinario – per cui la legittimazione discende dall'affermazione della posizione sostanziale» evidenziando come l'«impropria utilizzazione giurisprudenziale di quelle che tradizionalmente si ritengono condizioni dell'azione consegna nelle mani del giudice amministrativo strumenti di regolazione dell'accesso al giudizio che – per quanto utilizzati sapientemente e con risultati pratici ordinariamente condivisibili – non paiono convincenti dal punto di vista della protezione costituzionale del diritto di azione (propendendo per la diffusione e l'affermazione) di modelli di giurisdizione oggettiva non coerenti con il modello costituzionale descritto dall'art. 24».

³¹ Il virgolettato è di P. QUINTO, *L'interesse legittimo anfibio nell'Europa del diritto*, in www.giustizia-amministrativa.it. In giurisprudenza, *ex multis*, cfr., TAR Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 16 aprile 2015, n. 289; TAR Puglia, Lecce, sez. I, 23 febbraio 2015, n. 678; TAR Lazio, Roma, sez. III, 23 febbraio 2015, n. 2984; Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2015, n. 994; Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2015, n. 2256; TAR Puglia, Lecce, sez. I, 21 maggio 2015, n. 1723; TAR Molise, Campobasso, sez. I, 14 marzo 2014, n. 162; Cons. Stato, sez. V, 23 ottobre 2014, n. 5255; Cons. Stato, sez. IV, 7 novembre 2014, n. 5487; 19 giugno 2014, n. 3114; sez. III, 7 luglio 2014, n. 3441; TAR Veneto, Venezia, sez. II, 4 gennaio 2012, n. 639. Sui caratteri del giurisdizione e sui suoi riflessi sull'interesse a ricorrere anche in un'ottica comparata, cfr., A. TRAVI, *Feliciano Benvenuti e la giustizia amministrativa*, in *JUS*, 2008, 2-3, 409 ss.; M.A. SANDULLI, *Profili soggettivi e oggettivi della giustizia amministrativa: il confronto*, in federalismi.it, n. 3/2017 e in in M.A. SANDULLI, F. FRANCIOSI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di L. Mazzaroli*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 339 ss.; L. DE LUCIA, *Legittimazione al ricorso e sfiducia sociale nell'amministrazione pubblica. Tre modelli a confronto*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania*, Milano, Giuffrè, 2017, 99 ss.; ID., *Prospettive della tutela giurisdizionale amministrativa in Germania e in Italia*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, 3, 711 ss.

professionista che è l'unico legittimato a proporre l'azione in quanto titolare dell'interesse lesivo.

Rispetto ad esso, quindi, l'Ente assume in giudizio una posizione accessoria e subordinata (o dipendente), che tuttavia non gli impedisce di trarre comunque un vantaggio, anche in via mediata e indiretta, dall'accoglimento del ricorso principale, «*se ed in quanto non miri ad eludere i termini di impugnazione da parte di chi risulti titolare di una posizione tutelabile con una propria autonoma impugnativa*»³² in applicazione dei principi generali in materia di impugnazione degli atti amministrativi³³ e in un sistema che non ammette forme di legittimazione processuale straordinaria, in assenza di una espressa previsione

³² Così, Cons. Stato, sez. IV, 12 aprile 2011, n. 2275. In precedenza, TAR Veneto, sez. II, 19 gennaio 2004, n. 133. Più di recente, TAR Lombardia, 18 giugno 2014, n. 1592.

³³ Sui presupposti e le condizioni di ammissibilità dell'intervento nel processo amministrativo, cfr., di recente, Cons. Stato, sez. IV, 29 novembre 2017, n. 5596; sez. VI, 13 agosto 2018, n. 4939 hanno confermato un indirizzo ormai consolidato secondo cui è inammissibile l'intervento *ad adiuvandum* spiegato nel processo amministrativo da chi sia *ex se* legittimato a proporre direttamente il ricorso giurisdizionale in via principale, considerato che in tale ipotesi l'interveniente non fa valere un mero interesse di fatto, bensì un interesse personale all'impugnazione di provvedimenti immediatamente lesivi, che deve essere azionato mediante proposizione di ricorso principale nei prescritti termini decadenziali.

La dottrina in argomento è vastissima. A titolo meramente esemplificativo, cfr., P. DEL PRETE, *Studi sul litisconsorzio nel processo amministrativo*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza*, Università di Bari, 1942, 5, 81 ss.; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, II, 8^a ed., Milano, Giuffrè, 1958, p. 266 ss.; A. ROMANO, *In tema di intervento nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 1961, I, 1247; F. BENVENUTI, *Contraddittorio* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 738 ss.; A. M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato ed ai giudici subordinati*, in *Trattato del processo civile*, Napoli, Morano ed., 1963, p. 258; M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1963, p. 148; F. BENVENUTI, *Giudicato* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 893 ss., (spec. 907 ss.); ID., *Parte* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 962 ss.; P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982, 216 ss.; L. COSSU, *Litisconsorzio. II) Diritto Processuale Amministrativo*, in *Enc. giur.*, Milano, 1988, 1 ss.; M. RAMAJOLI, *Riflessioni in tema di interveniente e controinteressato nel giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. Amm.*, 1997, 118 ss.; M. D'ORSOGNA, *L'intervento nel processo amministrativo: uno strumento cardine per la tutela dei terzi*, in *Dir. proc. amm.* 1999, 381 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 2002, 271; M. D'ORSOGNA, *Il litisconsorzio nel processo amministrativo. Il problema delle parti e l'intervento*, in AA.VV., *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2003, p. 187. Tra i contributi più recenti, cfr., E. PICOZZA (a cura di), *Il processo amministrativo*, II ed., Milano, Giuffrè, 2009, pp. 146-147; G. SIGISMONDI, *Le impugnazioni*, in *Il Codice del processo amministrativo*, in *Foro it.*, 2010, V, 222; A. ZITO, *Le impugnazioni*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 432 ss.; S. PERONGINI, *Le impugnazioni nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 61 ss.; G.P. CIRILLO, *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Padova, Cedam, 2017, p. 715 ss. Sui reciproci rapporti tra il ricorso principale e l'intervento, cfr., TAR Veneto, sez. II, 14 febbraio 2013, n. 221; Cons. Stato, sez. IV, 22 marzo 2012, n. 1640. A proposito delle differenze tra l'intervento adesivo dipendente e il litisconsorzio del soggetto interveniente che al contrario fa valere un interesse autonomo, benché connesso o collegato con la domanda principale, cfr., TAR Campania, Napoli, sez. I, 7 gennaio 2013, n. 153; TAR Lazio, Roma, sez. I, 3 luglio 2012, n. 6028.

di legge che la giustifichi ma che parallelamente deve fare i conti con le esigenze mutevoli della società civile caratterizzata dall'emersione di interessi sempre nuovi per i quali si pone il problema di assicurare una tutela giurisdizionale anche, eventualmente, superando i rigidi schemi della legittimazione processuale imposti dal processo amministrativo.

Sul piano squisitamente organizzativo, è indubitabile la legittimazione del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati ad impugnare atti concernenti l'organizzazione degli uffici giudiziari del circondario nel quale opera, in qualità di ente esponenziale per la tutela dell'interesse degli iscritti al Foro all'efficienza del servizio giudiziario, in considerazione del grave nocumento prodotto dal provvedimento di riduzione del personale di magistratura, nella misura in cui esso determina in termini oggettivi e inevitabili, gravi disfunzioni organizzative e funzionali aggravando la già critica situazione preesistente caratterizzata dal cronico sottodimensionamento dell'organico rispetto alle esigenze degli uffici e da tempi di attesa di definizione dei giudizi in corso già piuttosto lunghi, con il rischio di accumulare ulteriori ritardi nella trattazione dei procedimenti nuovi e di ricadute negative sull'efficienza di tutto il Tribunale.

È questo un caso emblematico in cui il ricorrente agisce nella qualità di Presidente p.t. dell'Ordine professionale e in qualità di iscritto all'Ordine per le conseguenze negative che il provvedimento impugnato produce sul funzionamento e sull'organizzazione degli uffici giudiziari in cui svolge la propria attività la cui crescente inefficienza si ripercuote sulle potenzialità lavorative.

La legittimazione ad impugnare si desume chiaramente dai principi generali sulle condizioni dell'azione, desumibili dall'art. 24, comma primo, della Costituzione e dall'art. 100 c.p.c., nella misura in cui l'interesse processuale presuppone una lesione concreta ed attuale dell'interesse sostanziale dedotto in giudizio e l'idoneità del provvedimento richiesto al giudice a tutelare e soddisfare il medesimo interesse sostanziale; inoltre, per pacifica giurisprudenza, la legittimazione ad impugnare sussiste *«anche quando si tratti di perseguire comunque vantaggi di carattere strumentale, giuridicamente riferibili all'attività di competenza professionale della categoria rappresentata»*³⁴ (...) *«con il limite derivante dal divieto di occuparsi di questioni relative ad attività non soggette alla disciplina o potestà degli Ordini medesimi»*³⁵.

³⁴ Cons. Stato, sez. IV, 24 gennaio 2002, n. 391; 30 settembre 2013, n. 4854.

³⁵ Cons. Stato, sez. V, 31 dicembre 2014, n. 6447.

Vero è che, tuttavia, la necessaria omogeneità della rappresentanza di interessi di fatto tutt'ora rappresenta un ostacolo al riconoscimento della legittimazione ad agire degli Ordini professionali in caso di conflitto anche potenziale di interessi tra e con i professionisti rappresentati³⁶.

Sul punto occorre chiarirsi, innanzitutto dando atto del fatto che sulla questione non c'è affatto unanimità di vedute, registrandosi al contrario numerosi contrasti soprattutto in seno al Consiglio di Stato ove è stata sostenuta anche la tesi opposta secondo cui la legittimazione sussiste anche nei casi in cui si configura un conflitto di interessi tra l'ordine professionale e singoli professionisti in qualche modo beneficiari dell'atto impugnato che l'ordine assuma lesivo dell'interesse istituzionalizzato della categoria³⁷.

In quest'ottica è stata estesa la legittimazione degli Ordini ad impugnare atti della procedura di evidenza pubblica, se l'interesse fatto valere è quello all'osservanza di prescrizioni a garanzia della *par condicio* dei partecipanti, nonostante che di fatto dalla procedura selettiva sia stato avvantaggiato un singolo professionista³⁸. Ad avviso dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è appunto all'interesse istituzionalizzato che occorre far riferimento, tra cui vi è anche quello di «assicurare il pieno rispetto della *par condicio* nell'esercizio dell'attività professionale, e quindi non può negarsi la legittimazione a far valere in giudizio tale interesse anche nei confronti di iscritti che, rivestendo ruoli particolari (pubblici dipendenti, docenti, ecc.), si ritiene possano operare professionalmente in dispregio di tale principio di parità. (...) E, invero, gli Ordini agiscono in giudizio nell'interesse delle categorie professionali e, pertanto, non possono (...) farsi paladini della tutela della concorrenza e del mercato in generale, ma solo della tutela della concorrenza e del mercato per le attività di competenza delle categorie professionali rappresentate»³⁹.

È su tali premesse che va rivalutata la cd. «doppia» legittimazione degli ordini professionali (ad impugnare atti lesivi «non solo della propria sfera giuridica come soggetto di diritto, ma anche degli interessi di categoria dei soggetti appartenenti all'Ordine»⁴⁰ ed in base alla considerazione che, a rigore, l'Ente costituisce un autonomo centro di imputazione di interessi rispetto, com'è evidente, alla

³⁶ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 1° aprile 2011, n. 2033; sez. V, ord. 19 ottobre 2009, n. 5171; Cons. Stato, sez. IV, 23 marzo 2009, n. 1473; sez. IV, 12 maggio 2008, n. 2178; sez. IV, 27 aprile 2005, n. 1940; sez. VI, 29 novembre 2004, n. 7792; sez. V, 17 luglio 2004, n. 5138; sez. VI, 21 aprile 2004, n. 2281; sez. V, 30 gennaio 2002, n. 505; sez. V, 15 settembre 2001, n. 4919; 7 marzo 2001, n. 1339; sez. VI, 9 ottobre 2000, n. 5388; 3 giugno 1996, n. 624.

³⁷ Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009 n. 710; sez. V, 7 marzo 2001 n. 1339 e 3 giugno 1996 n. 624.

³⁸ Cons. Stato, sez. IV, 23 gennaio 2002 n. 391; sez. V, 7 marzo 2001, n. 1339 cit.

³⁹ Così, Cons. Stato, Ad. Plen., 3 giugno 2011, n. 10.

⁴⁰ TAR Lazio, Roma, sez. Terza Ter, 17 novembre 2015, n. 13020.

generalità dei consociati e, soprattutto, per quanto qui importa, ai singoli iscritti, l'interesse a ricorrere e la legittimazione attiva dell'uno e degli altri andrebbero tenuti ben distinti.

Diversamente opinando, infatti, l'interesse *proprio* dell'Ente rischia di risultare pressoché assorbito da quello dei singoli professionisti e recessivo rispetto ad esso ogni qual volta la tutela di posizioni soggettive *proprie* in caso di violazione di norme poste a tutela della professione «*contrastata*» con quelle di singoli associati o di gruppi di associati⁴¹, laddove invece la legittimazione attiva dei Collegi e degli Ordini professionali dovrebbe incontrare l'unico «*limite derivante dal divieto di occuparsi di questioni relative ad attività non soggette alla disciplina o potestà degli Ordini medesimi*»⁴².

Ne consegue, quindi, che il conflitto di interessi ostativo alla legittimazione dell'ente esponenziale potrebbe ritenersi integrato «*solamente nella circostanza che il soggetto rappresentativo, a monte, abbia in concreto assunto la cura, come collettivo di un interesse (a conseguire determinati vantaggi, sia pure di carattere puramente strumentale, giuridicamente riferibili alla intera categoria) che invece già in astratto divide la categoria in posizioni diverse, e pertanto non potrebbe dirsi unitario (essendo in questo caso anche astrattamente ipotizzabile il conflitto di interesse con i singoli professionisti o associati beneficiari dell'atto impugnato)*»⁴³.

Prova ne è che di recente il Consiglio di Stato⁴⁴ nel confermare integralmente la sentenza n. 352 del 2011 pronunciata dal TAR Potenza che aveva annullato il provvedimento comunale di affidamento di un incarico di progettazione, esecuzione e direzione dei lavori impugnato da tre ordini professionali per violazione del principio di non discriminazione nelle procedure negoziate che non ammette limitazioni di accesso al mercato «*ratione loci*», ovvero in base all'ubicazione territoriale o operativa dei partecipanti alla gara, ha ribadito la legittimazione ad impugnare da parte degli Ordini professionali «*nonostante che in fatto dalla procedura selettiva sia stato avvantaggiato un singolo professionista*»⁴⁵. Ciò in quanto, evidentemente, come sottolineato di recente dal TAR Molise⁴⁶, l'esistenza di un potenziale conflitto di interessi tra Ordine professionale e singoli iscritti, per essere idonea a escludere la

⁴¹ Cfr., Cons. Stato, sez. V, 9 febbraio 2012, n. 686.

⁴² TAR Lazio, Roma, sez. III, 17/04/2014, n. 4188. Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2010, n. 8006.

⁴³ In questo senso, cfr., Cons. Stato, sez. V, 18 dicembre 2009, n. 8404. Il virgolettato è tratto da Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 2011, n. 2148 (conforme, 12 agosto 2011, n. 4776).

⁴⁴ Cons. Stato, Sez. V, 13 giugno 2012, n. 3469.

⁴⁵ Cons. Stato, Ad. Plen., 3 giugno 2011, n. 10, cit.

⁴⁶ TAR Molise, sez. I, 28 settembre 2016, n. 370. Cons. Stato, sez. IV, 23 gennaio 2002 n. 391, cit.

legittimazione processuale dell'Ente, va valutata in astratto, essendo all'uopo insufficiente la circostanza, giuridicamente insignificante, che alcuni professionisti possano beneficiare del provvedimento che l'Ordine assume lesivo dell'interesse istituzionalizzato di categoria⁴⁷.

3. Applicabilità dell'art. 323 c.p. ai dirigenti degli Ordini e dei Collegi professionali

Un problema diverso è rappresentato dalla possibilità o meno per l'Ordine di contestare ai dirigenti il reato di cui all'art. 323 c.p. Sulla questione si è pronunciata di recente la Corte d'Appello di Salerno⁴⁸ che ha confermato la sentenza di condanna emessa dal Tribunale, all'uopo rilevando che uno degli imputati (Presidente del Collegio direttivo del Collegio dei Geometri) all'epoca dei fatti aveva agito in qualità di pubblico ufficiale dell'ente pubblico non economico al fine di procurare un vantaggio alla figlia approfittando del suo ruolo apicale in seno al Collegio.

Ricorrevano evidentemente, nella specie, gli elementi costitutivi dell'illecito, anche in considerazione della posizione e del ruolo che concretamente l'imputato ha avuto nella vicenda. Vero è che, tuttavia, che la decisione e la soluzione adottata si innestano in un quadro normativo e fattuale molto più complesso che impone comunque una integrazione ed un ulteriore chiarimento, anche alla luce dei rapporti intercorrenti tra l'Ente ed il personale (dirigenti, titolari degli uffici, responsabile del procedimento) e nella consapevolezza che i ruoli non devono (o non dovrebbero) coincidere onde evitare il prodursi o il perpetrarsi di illegittimità, abusi, corruzione, ecc.

Giova, in proposito, esaminare sinteticamente i rapporti tra l'art. 6 *bis* della legge n. 241/90 che affronta il tema della prevenzione dei conflitti di interesse e l'art. 323 c.p. evidenziando il carattere prescrittivo del dovere di astensione riconducibile agli «*altri casi previsti*» cui si riferisce l'art. 323 c.p. Sotto il profilo oggettivo, la portata della disposizione è più ampia di quella della norma penale dell'abuso d'ufficio, dato che annovera al suo interno anche i conflitti potenziali, mentre, sul piano soggettivo è più ristretta, posto che a fronte della specifica individuazione dei destinatari degli obblighi di segnalazione ed astensione, l'art. 323 c.p. genericamente fa riferimento al

⁴⁷ Nello stesso senso, cfr., Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009 n. 710; sez. V, 7 marzo 2001 n. 1339, cit.

⁴⁸ Corte App. Salerno, sez. pen., 20 giugno 2017, n. 758.

pubblico ufficiale ed all'incaricato di pubblico servizio⁴⁹. La previsione di un concetto lato di conflitto di interessi, affrontato anche nella sua dimensione soltanto potenziale, se si spiega nell'ambito amministrativo per la necessità di prevenire ogni possibile collusione tra privati e pubblici funzionari e tra interessi privati ed interessi pubblici, non è tale da estendere la portata applicativa della sanzione penale di cui all'art. 323 c.p. Opinare diversamente significa ledere i principi di legalità e di tassatività delle fattispecie penali, visto che l'abuso d'ufficio è circoscritto alle situazioni di conflitto d'interesse attuali.

C'è da dire, comunque che, da un confronto anche sommario tra le disposizioni in commento emergono *ictu oculi* i punti di debolezza della disciplina pubblicistica.

In primo luogo l'omessa indicazione sia di una sanzione apposita per la violazione del duplice obbligo di astensione e di segnalazione posto a carico del responsabile (unico) del procedimento e dei titolari degli uffici del procedimento, cui devono aggiungersi anche i dirigenti preposti alla vigilanza dei primi i quali, ricevendo la segnalazione sono solidalmente obbligati alla trasparenza e a porre rimedio alle situazioni di conflitto; inoltre, qualche perplessità suscita il riferimento alle situazioni anche solo potenziali di conflitto di interessi, laddove sul versante penale l'art. 323 c.p. trova pacificamente applicazione con riguardo alle ipotesi effettive e concrete, nella parte in cui punisce l'omessa «*asten(sione) in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti (...)*».

Giova, peraltro, sottolineare che la norma di cui all'art. 6 *bis* della L. 241/90 è confinata alla materia del procedimento amministrativo, tant'è che i doveri di astensione e di segnalazione si indirizzano principalmente al responsabile del procedimento che è appunto il soggetto le cui funzioni sono puntualmente esplicitate nell'art. 6 della stessa legge n. 241/90⁵⁰, restandone

⁴⁹ Per chiarezza espositiva ed al fine di facilitare il confronto, si ritiene opportuno riportare il testo delle norme in commento.

Art. 6-*bis*. (Conflitto di interessi):

«*Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale*»

Art. 323 c.p. (Abuso d'ufficio):

«*Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da uno a quattro anni.*

La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità.

⁵⁰ Questi, ai sensi dell'art. 6, lett. e), «*ove abbia la competenza*» adotta il provvedimento finale, per lo più tuttavia, anzi nella normalità dei casi, si occupa dell'adozione degli atti endo-

esclusi tutti gli altri ambiti in cui può sussistere un conflitto di interessi rilevante ai sensi dell'art. 323 c.p. Ne consegue che, in caso di violazione del dovere di astensione di cui all'art. 6 *bis* della L. 241/90, non è integrato il delitto di cui all'art. 323 c.p. se il conflitto di interessi è a livello soltanto potenziale, ma sussisterà la responsabilità del pubblico funzionario esclusivamente sotto il profilo disciplinare. Al contrario, laddove il conflitto di interessi sia concretamente esistente, il pubblico funzionario incorrerà nella responsabilità penale ex art. 323 c.p. purché siano presenti gli ulteriori elementi tipici ivi previsti, in particolare il vantaggio patrimoniale ingiusto procurato intenzionalmente a sé o ad altri, ovvero il danno ingiusto cagionato intenzionalmente ad altri.

Tali considerazioni consentono di affrontare e risolvere un'altra annosa problematica concernente il controllo di gestione della Corte dei Conti sugli Ordini professionali.

La tesi negativa condivide e fa proprie le argomentazioni giuridiche esposte dalla Corte di Cassazione nella nota sentenza 14 ottobre 2011, n. 21226 per escludere la giurisdizione della Corte dei Conti facendo leva sulla natura e le caratteristiche degli ordini professionali e, in particolare, sulla autonomia finanziaria degli stessi che si «*autofinanziano con i soli contributi degli iscritti, senza alcun apporto a carico del bilancio statale*»⁵¹, con la conseguenza che eventuali danni al bilancio degli stessi dai propri organi si tradurrebbero in un danno essenzialmente privato che legittima l'interessato ad impugnare l'atto o il provvedimento dannoso dinanzi all'A.G.O.⁵²

In senso contrario, giova ribadire che gli Ordini professionali «*assumono, nel rispetto dell'integrità funzionale dell'Ordine, la rappresentanza esponenziale della professione*» e sono legittimati ad agire in giudizio in quanto titolari dell'interesse qualificato e differenziato alla correttezza dell'azione amministrativa e al corretto svolgimento dell'attività professione da parte degli iscritti all'Albo; di recente la giurisprudenza contabile ha chiarito che i contributi versati dagli iscritti «*lungi dall'aver una mera ed esclusiva finalità "privata" di autofinanziamento, hanno una prevalente finalità pubblica, volta a finanziare il miglior esercizio delle funzioni*

procedimentali, mentre è il dirigente dell'unità preposta al procedimento ad adottare il provvedimento finale su cui si riversa il vizio prospettato.

⁵¹ Così, Corte conti, sez. Giur. Veneto, III, 20 gennaio 2014, n. 23. In precedenza, cfr., 19 giugno 2013, n. 326; 12 giugno 2013, n. 199.

⁵² Nella citata decisione, infatti, si legge: «[...] *Ed infatti, considerato che è incontestata la circostanza che gli ordini professionali non beneficiano di alcun contributo pubblico, non è dato comprendere quale possa essere l'interesse dello Stato (che giustificerebbe poi le eventuali iniziative conseguenti) ad esercitare un controllo sulla correttezza della gestione degli enti in questione, al semplice fine di accertarne la rispondenza fra gli obiettivi programmati ed i risultati conseguiti [...]*».

*pubbliche delle quali sono attribuiti gli ordini professionali*⁵³ (...) «*al fine di garantire il corretto esercizio della professione a tutela dell'affidamento della collettività*»⁵⁴; di conseguenza, ciò che conta non è tanto la natura giuridica dell'Ente di appartenenza, quanto «*la destinazione pubblica delle risorse gestite dall'ordine stesso (...), da intendersi come finalizzata al perseguimento di obiettivi meritevoli di tutela rafforzata da parte del legislatore (nonché) la imprescindibile e fondamentale funzione sociale della professione (...), orientata all'attuazione di principi costituzionali*»; se ne deduce «*il carattere pubblico del patrimonio gestito dall'ordine professionale attraverso i contributi degli associati (e del) le risorse gestite dall'ente (che) ... per il fatto stesso di entrare nel patrimonio dell'ente pubblico, destinato a fini pubblici, sono da considerarsi pubbliche (...), con la conseguenza che ai fini del riconoscimento della giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale (...) deve aversi riguardo alla natura del danno e degli scopi perseguiti*» e che «*il danno che l'ente subisce in merito a tali risorse costituisce danno al patrimonio dell'ente*»⁵⁵.

La decisione è pienamente condivisibile sia per l'iter argomentativo seguito che per le conclusioni cui è pervenuta, per la considerazione che i prelievi a carico degli iscritti, a prescindere dalla tipologia e dalla «causale», nel momento in cui vengono distratti per il finanziamento di attività estranee a quelle dell'Ente o per il perseguimento di scopi ultronei rispetto a quello istituzionale se non anche per favorire il perpetrarsi di irregolarità, illegittimità e/o altri illeciti (come ad esempio il conferimento di incarichi in assenza di una delibera del Consiglio, o su questioni non di pertinenza dell'Ordine, o per effettuare pagamenti in assenza della documentazione giustificativa e di specifica del corrispettivo professionale, ecc.) vengono impiegati per dar vita a situazioni idonee a produrre indubbiamente ed *in primis* un danno erariale allo Stato per le conseguenze derivanti dall'«*abuso di beni pubblici*» che altro non è che la manifestazione dell'eccesso di potere quale vizio tipico della funzione⁵⁶;

⁵³ Corte conti, sez. III Giur. Centr. App., 28 luglio 2016, n. 366.

⁵⁴ Corte cost., 25 ottobre 2005, n. 405.

⁵⁵ Corte conti, sez. III Giur. Centr. App., 28 luglio 2016, n. 366, cit.

⁵⁶ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1950, spec. 32-33. M. S. GIANNINI, *In principio sono le funzioni*, in *Amm. Civ.*, 1959, 23 ss.; G. PASQUINI, A. SANDULLI, *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 2001.

In tempi ormai remoti il Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. VI, 13 aprile 1992, n. 256) ha chiarito che il vizio in questione è «*finalizzato a sindacare proprio quei limiti interni alla discrezionalità amministrativa non scritti*» e quando assume la forma dello sviamento sta indicare «*contrarietà allo spirito della legge*» (Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio 1892, n. 32) pertanto occorre «*indagare se l'esercizio di potere si sia mantenuto in conformità dello scopo per quale fu conferito*», non «*sfuorviando e sorpassando le intenzioni della legge*» (Cons. Stato, sez. IV, 19 maggio 1893, n. 185). A proposito dello sviamento di potere, cfr., P. M. VIPIANA PERPETUA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, Cedam, 2003, p. 150 ss. ha evidenziato che esso consiste nella «*divergenza fra la finalità cui in concreto risulta indirizzato l'atto e la sua funzione istituzionale e tipica*» traducendosi nell'«*esercizio del potere per un fine improprio rispetto a quello funzionale*».

un danno patrimoniale agli iscritti nella misura in cui dal comportamento degli amministratori sia derivato un pregiudizio economico agli stessi che si sono visti ingiustamente sottrarre risorse economiche che si sarebbero potute e dovute utilizzare diversamente, un danno patrimoniale all'Ente medesimo (all'immagine, al prestigio ed al funzionamento dello stesso dal momento che la condotta illegittima e plurioffensiva altera gli equilibri interni al punto da incidere negativamente sulla produttività dei dipendenti). Ne consegue, quindi, che in coerenza con l'evoluzione della giurisdizione contabile ed in considerazione della natura pubblica delle risorse finanziarie malgestite o distratte per altri scopi, radica la giurisdizione contabile per i danni arrecati al patrimonio dell'Ente pubblico in seguito ad azioni esperite nei confronti dei soggetti cui sia imputabile la sottrazione o la *mala gestio* delle risorse.

Nella specie, il danno arrecato al patrimonio dell'Ente è riconducibile innanzitutto allo Stato oltre che agli iscritti rappresentando pertanto esso stesso un danno erariale che giustifica l'attribuzione alla Corte dei conti della giurisdizione sulla relativa azione di responsabilità per gli effetti negativi (anche solo a livello potenziale) in termini di discredito e di lesione al prestigio e

Sulle origini ed evoluzione del vizio di eccesso di potere e sull'intensità del sindacato del G.A., cfr., L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, Fratelli Bocca ed., 1889, p. 81; E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, Soc. editrice libraria, 1911, p. 79; A. CORPACI, *Consiglio di Stato e sistema di giustizia amministrativa. La giurisprudenza degli anni dal 1865 al 1889 in rapporto alla istituzione e agli sviluppi della giurisdizione amministrativa*, Firenze, 1988, p. 103; F.G. COCA, *La crisi del concetto di eccesso di potere*, in MAZZAROLI, L. (a cura di), *Prospettive del processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1990, p. 117; F. LEDDA, *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 433; A. TRAVI, *Un intervento di Francesco Rovelli sull'eccesso di potere*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 455; A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2004, spec. pp. 89 e 243 ss.; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 161 ss.; A. ANGELETTI, *L'eccesso di potere e la violazione delle clausole generali*, in *Giur. it.* 2012, 5, 1229 ss.; L.R., Perfetti, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, *ivi*, p. 1213 ss.; G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, Jovene, 2012, p. 253 ss.; L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005, p. 98 ss.; C. MARZUOLI, *Voce Eccesso di potere*, in www.treccani.it (2016). Sui rapporti con gli altri vizi degli atti amministrativi, S. COGNETTI, *Legge Amministrazione Giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 101 e con le figure sintomatiche dell'eccesso di potere, E. CARDI, S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. Pubbl.*, V, Torino, 1990, 346 ss.; M. D'ALBERTI, *La giurisprudenza amministrativa degli anni trenta*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo degli anni trenta*, Bologna, Il Mulino, 1992, p. 41. Sulla trasformazione della tecnica e del ruolo dell'eccesso di potere nella prospettiva della garanzia dei principi costituzionali e della tutela «prioritaria dei diritti rispetto al potere» (G. SILVESTRI, *Relazione di sintesi*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e «sostituzione» della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 184), cfr., A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione di "risultato" e provvedimento amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, Giappichelli, 2004, 7 ss.;

all'immagine⁵⁷ per il clamore suscitato dalla vicenda sia all'interno degli uffici che nei rapporti con gli iscritti e con i cittadini, anche in considerazione del ruolo rivestito dal responsabile dell'abuso e del concreto sviluppo dei fatti.

Non a caso, la giurisprudenza ha parlato di «danno sociale»⁵⁸ per indicare il «pregiudizio complessivamente derivato all'Amministrazione (che) consta anche (...) del profilo interno, quale effetto deprimente e demotivante arrecato ai colleghi ed agenti inevitabilmente ed inconsapevolmente segnati dai riflessi del discredito suscitato verso le attività investigative di istituto pur ordinariamente e correttamente svolte»⁵⁹, cui si aggiunge il danno da disservizio provocato dalla violazione dei canoni su cui si fonda la corretta azione amministrativa che incide sull'esercizio della funzione⁶⁰.

⁵⁷ Sull'argomento, giova richiamare una sentenza della Corte dei Conti (sez. Giur. App., 9 maggio 2014, n. 6419) ove si specifica che «*il (predetto) danno può conseguire pure dalla perpetrazione di un tentato reato ai danni della P. A., poiché anche in questo caso risultano incrinata le aspettative di credibilità e di affidamento riposte dai cittadini nell'Amministrazione. Invero le fattispecie tentate non costituiscono un minus rispetto alle fattispecie consumate, bensì sono reati perfetti in cui la proibizione dei fatti descritti nelle norme incriminatrici di parte speciale viene estesa, in funzione anticipatoria rispetto alla consumazione, dalla norma di parte generale recata dall'art. 56 c.p. la stretta correlazione che lega il delitto tentato al delitto consumato, quindi, deriva proprio dall'oggetto della tutela penale, perché la norma sul delitto tentato non tutela un bene diverso da quello della norma incriminatrice primaria, ma ha per oggetto lo stesso bene. La ragione per cui si punisce il tentativo è esattamente la stessa per cui si punisce il reato consumato*». In tale tipologia di danno erariale si fanno generalmente rientrare tutte le altre forme di pregiudizio cagionato alla P.A. derivanti dalla violazione delle norme e, quindi, dalla mancata realizzazione delle specifiche finalità da esse perseguite che si è tradotta in una grave perdita di prestigio e detrimento dell'immagine nonché in una diminuzione patrimoniale, economicamente valutabili e tale da sostenere l'azione erariale.

Ciò si spiega in base alla diretta riferibilità all'Ente di appartenenza e, quindi, allo Stato degli episodi di *maladministration* che coinvolgono tali soggetti i cui atti o comportamenti esprimono i «*disvalori legati alle forme più gravi di illecito amministrativo/contabile, con evidente discredito delle istituzioni pubbliche*» inficiando non solo i rapporti individuali dipendente – cittadini, ma anche quello tra la P.A. e l'intera collettività degli amministrati, ripercuotendosi sulla fiducia riposta nelle istituzioni che risulta incrinata così come la stessa credibilità dell'ente (il virgolettato è tratto da Corte conti, sez. Giur. App., 9 aprile 2009, n. 143; sez. I Giur. App., 22 gennaio 2002, n. 16 hanno sottolineato il carattere plurioffensivo della condotta dell'agente per violazione degli artt. 2, 42, 53 e 97 Cost., nonché dell'art. 1 della l. n. 241/90 che annovera tra i principi ispiratori dell'azione amministrativa l'efficienza, l'efficacia e la trasparenza dei pubblici poteri.

⁵⁸ Così, Corte conti, sez. Giur. Reg. Lombardia, 14 marzo 2014, n. 47. Corte conti, sez. Giur. Reg. Veneto, 20 gennaio 2014, n. 25.

⁵⁹ Corte conti, sez. III Giur., App., 9 aprile 2009, n. 143; sez. I Giur. App., 22 gennaio 2002, n. 16, *cit.*

⁶⁰ Cfr., in proposito, Corte conti, sez. I App., sentenze nn. 532/2008; 103/2010 e 523/2012 secondo cui il danno in questione si configura allorché «*(...) l'azione pubblica non raggiunge, sotto il profilo quantitativo e/o qualitativo, quelle utilità ordinariamente ritraibili dall'impiego di determinate risorse, cosicché il disservizio determina uno spreco delle stesse e, dunque, finisce per incidere negativamente sull'efficienza, efficacia, economicità e produttività della P.A.*».

4. Obblighi di trasparenza, correttezza e buona fede negli appalti pubblici

Negli appalti pubblici, un rilievo del tutto peculiare rivestono gli obblighi di trasparenza, correttezza e buona fede (anche) nei rapporti con l'ANAC. Problemi interpretativi si pongono con riferimento ai casi, invero tutt'altro che infrequenti di illegittimi affidamenti esterni negli atti e nella procedura di gara e/o altre vicende caratterizzate da anomalie e illegittimità nell'operato della P.A.

Si riporta, a titolo meramente esemplificativo, una vicenda particolarmente eclatante che ha avuto per protagonista un architetto il quale lamentava che il Ministero dei Lavori Pubblici - Provveditorato Interregionale OO.PP. per la Campania, il Molise, la Puglia e la Basilicata si sarebbe appropriata dei suoi progetti e avrebbe poi illegittimamente effettuato una procedura aperta per il conferimento del relativo incarico di progettazione, senza procedere all'affidamento diretto.

Nella specie, il MIBACT ed il Ministero LL.PP., con Decreto Interministeriale avevano approvato *ex art. 1, comma 338, L. 208/2015*, gli interventi di conservazione, manutenzione, restauro e valorizzazione dei beni culturali e, in particolare, di quelli ecclesiastici. Con successivo Decreto Interministeriale sono poi stati assegnati i relativi fondi per l'esecuzione degli interventi approvati e finanziati per i quali il professionista, progettista incaricato da detti Enti e dalla Curia Arcivescovile, aveva redatto i progetti generali di intervento regolarmente approvati dalla Soprintendenza e dal Ministero LL.PP. in anni pregressi, finalizzati alla detta approvazione ed al finanziamento.

A seguito di ciò, il Provveditorato Interregionale OO.PP. richiedeva alle dette Parrocchie l'invio degli elaborati progettuali, successivamente sollecitandole anche per non perdere i fondi, a cui le Parrocchie ottemperavano inviando i relativi elaborati progettuali redatti dal professionista.

Successivamente, il Provveditorato chiedeva alle Parrocchie di avere la cessione dei progetti, la disponibilità del progettista, a redigere la progettazione esecutiva ed a rinegoziare i compensi, nonché la disponibilità del professionista ad apportare le modifiche eventualmente richieste; documenti ovviamente finalizzati ad un affidamento diretto, trattandosi di incarichi di progettazione sotto soglia. Anche in tal caso, sia le Parrocchie che il progettista, ottemperavano all'istanza inviando la documentazione richiesta.

Senonché, improvvisamente, il Provveditorato restituiva gli elaborati progettuali e poi bandiva singole procedure aperte di affidamento incarichi di progettazione fattibilità, definitivi ed esecutivi, nonché di coordinamento sicurezza in fase di progettazione, relativamente agli interventi in argomento, senza procedere all'affidamento diretto al progettista senza nulla comunicargli, benché si trattasse di incarichi sotto soglia.

In proposito, si evidenzia che l'art. 36 del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) prevede, al comma 2, lett. *a*), che per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, si procede mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta.

Orbene, fermo restando che la Stazione Appaltante può sempre ricorrere alle procedure ordinarie pur in presenza di incarichi sotto soglia, deve rilevarsi che nel caso di specie si evidenzia l'anomalia e la contraddittorietà del comportamento dell'Amministrazione, contrario anche ai principi di correttezza e buona fede, sia nei confronti delle Parrocchie sia, soprattutto, nei confronti del progettista, oltre all'assenza di motivazione ed alla illogicità della scelta finale operata.

Infatti, l'art. 23, comma 12 del D.lgs. citato, a seguito delle modifiche di cui al D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56 ed alla Legge 27 dicembre 2017, n. 205 (Legge di Stabilità 2018), dispone che la progettazione definitiva ed esecutiva è preferibilmente affidata al medesimo soggetto, onde garantire omogeneità e coerenza del procedimento, salvo motivate ragioni di affidamento disgiunto.

Inoltre, le linee guida dell'ANAC in merito agli indirizzi generali sull'affidamento dei servizi di architettura ed ingegneria, emanate con Decreto 14 settembre 2016, n. 973 stabiliscono che un principio cardine di tali incarichi è quello dell'essere la progettazione definitiva ed esecutiva affidata al medesimo soggetto, in armonia con il principio di continuità nella progettazione, stabilendo che è ammissibile la partecipazione alla gara del progettista che ha redatto il progetto di fattibilità tecnica ed economica, risultando accentuato il criterio di continuità nello svolgimento delle varie fasi della progettazione, permanendo solo il divieto per gli affidatari degli incarichi di progettazione di partecipare alla gara per l'appalto dei lavori.

Per quanto sino ad ora esposto, essendo presenti elementi di anomalia e/o illegittimità nella gestione della procedura da parte del Provveditorato, pur nella autonomia dei rispettivi poteri e competenze, e ferma restando la possibilità dell'iscritto di agire direttamente per la tutela dei suoi interessi nelle sedi opportune, l'Ordine può legittimamente e nell'ambito delle proprie

competenze contestare tali fatti al Provveditorato, a tutela del proprio iscritto ma anche del prestigio della professione, chiedendo la sospensione della procedura ed il riesame degli atti in questione, ovvero comunque chiedere di fornire chiarimenti sulla modifica della modalità di affidamento.

Nell'ipotesi descritta, giova altresì evidenziare che se è vero che la sollecitazione dell'esercizio del potere di ritiro in autotutela di un provvedimento amministrativo illegittimo, costituisce un preciso onere a carico dell'Ente pubblico in quanto ente esponenziale della categoria rappresentata che si fa portatore di forti e primari interessi pubblici ed agisce ai fini della tutela in concreto di quest'ultima, è altresì evidente che la relativa istanza è idonea a fondare l'obbligo della P.A. destinataria della stessa di provvedere, trattandosi non di una facoltà, bensì di un atto dovuto, a fronte di vizi particolarmente gravi ed evidenti del provvedimento lesivi dell'affidamento riposto dal professionista incaricato, con la conseguenza che l'omessa pronuncia sull'istanza configura una condotta negligente e contraria alle fondamentali regole di correttezza e buon andamento della P.A., nonché lesiva del principio di leale cooperazione tra PP.AA. a conferma della valenza innovativa e rafforzata dello stesso e coerentemente con un approccio più generale secondo cui «*la leale collaborazione è un canone che regola il modo di applicare la regola legislativa, esattamente come lo sono tante altre clausole generali*»⁶¹, un principio

⁶¹ Così, R. BIN, *Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2001, p. 6 ha aggiunto, inoltre, che «*il giudizio di leale cooperazione affonda il proprio esame sempre nel concreto, perché è necessario saggiare atteggiamenti e comportamenti reciproci delle parti in conflitto. Introduce un giudizio sul comportamento che le parti contendenti hanno di fatto reciprocamente adottato*». Trattasi, pertanto, di un principio generale, fondamentale ed immanente nell'ordinamento giuridico, che deve ispirare i rapporti tra PP.AA., nell'ambito delle rispettive competenze istituzionali, in quanto concorrono nella tutela di interessi primari per l'esigenza della loro piena e pronta realizzazione.

Sulle origini e l'evoluzione del principio, cfr., A. GRATTERI, *La faticosa emersione del principio di leale collaborazione nel quadro costituzionale*, in E. BETTINELLI, F. RIGANO (a cura di), *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*. Atti del seminario di Pavia 6-7 giugno 2003, Torino, Giappichelli, 2004, p. 416 ss.; F. MERLONI, *La leale collaborazione nella Repubblica delle autonomie*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 3, 865 ha sottolineato l'assenza di una disciplina organica del principio in esame, rilevando, infatti, che «*il riferimento dell'art. 120 è specifico e non estensibile, anche perché sembra ipotizzare un dovere di leale collaborazione a senso unico (un dovere delle autonomie di collaborare con lo Stato). Esso, invece, deve valere nelle due direzioni, come vincolo sia per i livelli superiori che per quelli inferiori [nonché] per la cooperazione paritaria*». R. BIN, *La leale collaborazione nel nuovo titolo V della Costituzione*, in www.roberto.bin.it. Esso costituisce un vincolo per le PP.AA. equiordinate che agiscono in maniera coordinata per l'attuazione di una «*volontà politica unitaria, congiunta e partecipata*» (così, C. BERTOLINO, *Il principio di leale collaborazione nel policentrismo del sistema costituzionale italiano*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 56) «*sia che si tratti d'attività legislativa, sia che si tratti d'attività amministrativa*» (Corte cost., sentenza n. 49 del 1958).

Sul presupposto, quindi, che il principio di leale collaborazione (o cooperazione) rientra a pieno titolo tra le «*norme autoreferenziali di ampia portata che rappresentano gli elementi fondamentali e generali del nostro sistema giuridico-democratico; regole giuridiche poste a fondamento di altre norme, tradotte*

fondamentale che informa l'istanza diretta ad ottenere un provvedimento dalla P.A., determinando, altresì, la formazione del silenzio inadempiuto impugnabile dinanzi al G.A.⁶².

Di tale vicenda, inoltre, l'Ordine può interessare l'ANAC per gli adempimenti di competenza, sollecitando i suoi poteri di vigilanza e di controllo, per le medesime indicate ragioni.

Tale ultima considerazione avvalorata la tesi appena sostenuta circa la configurabilità in questo caso di un obbligo di ritiro in autotutela che risulta addirittura «rafforzato» se la richiesta proviene dall'Authority, la quale se, di regola, ai sensi dell'art. 211, comma 1-ter, D.Lgs. n. 50/2016 ss.mm. ii.⁶³ è

esplicitamente od implicitamente in strutture prescrittive» esso opera anche nei rapporti interorganici (tra l'Ordine professionale e l'Anac) nel rispetto delle reciproche competenze che, benché formalmente separate, presentano elementi di flessibilità, di integrazione (o interferenza) specie, come in questo caso, in situazioni di sovrapposizione funzionale, convergendo, appunto, nel «dovere di collaborazione reciproca» (Corte cost., sentenza n. 168 del 1963, punto 8 del considerato in diritto) e di correttezza nell'espletamento dell'attività che deve sostanziarsi in «comportamenti coerenti e non contraddittori» (cfr., Corte cost., sentenza n. 349 del 1992; n. 110 del 1998; n. 410 del 1998 e n. 48 del 2000 e ord. n. 344 del 2000) per la risoluzione delle situazioni di illegittimità e di conflitto di interessi.

⁶² Sulla doverosità dell'annullamento d'ufficio e sulle conseguenze dell'inerzia amministrativa la dottrina è vastissima anche se fa per lo più riferimento alle istanze provenienti dagli amministratori. Tra i contributi più recenti sul tema, cfr., M. ALLENA, *La facoltatività dell'instaurazione del procedimento di annullamento d'ufficio: un "fossile vivente" nell'evoluzione dell'ordinamento amministrativo*, in *federalismi.it*, n. 8/2018; ID., *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017; G. MANFREDI, *Annullamento doveroso?*, in *P.A. Persona e amministrazione, Ricerche giuridiche sull'amministrazione e sull'economia*, 2017, n. 1, 383 ss.; N. POSTERARO, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa (anche alla luce del codice dei contratti pubblici e della Adunanza Plenaria n. 8 del 2017)*, in *federalismi.it*, n. 20/2017; M.A. SANDULLI, *Autotutela*, in *Libro dell'anno del diritto*, 2016, in *www.treccani.it*; M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, in *giustamm.it*, 2016. S. TUCCILLO, *Autotutela: potere doveroso?* in *federalismi.it*, n. 16/2016. ID., *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016; F. FRANCIOSI, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, *Atti del convegno annuale AIPDA, 7-8 ottobre 2016*, Roma, in *www.aipda.org*; N. POSTERARO, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa alla luce del codice dei contratti pubblici*, *ivi*; M. SINISI, *La nuova azione amministrativa: il "tempo" dell'annullamento d'ufficio e l'esercizio dei poteri inibitori in caso di s.c.i.a. Certezza del diritto, tutela dei terzi e falsi miti*, in *federalismi.it*, n.24/2015. M. LIPARI, *La scia e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi, intervento al seminario "La legge Madia e la riforma della pubblica amministrazione"*, in *federalismi.it*, n. 20/2015. E. ZAMPETTI, *Note critiche in tema di affidamento e motivazione in re ipsa nell'annullamento d'ufficio*, in *Riv. giur. edil.*, 2015, 4, 730 ss.; S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015. P. L. PORTALURI, *Note sull'autotutela dopo la legge 164/14 (qualche passo verso la doverosità?)*, in *Riv. giur. edilizia*, 2014, 6, 21 ss.

⁶³ Si riporta per chiarezza espositiva il testo della predetta disposizione (art. 211, co. 3, come modificato dall'art. 52 della l. 21 giugno 2017, n. 96, di conversione del d.l. 24 aprile 2017, n. 50): «L'ANAC, se ritiene che la stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del presente codice, emette, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati. Il parere è trasmesso alla stazione appaltante; se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall'ANAC, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione, l'ANAC può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni,

chiamata a rendere un parere motivato non obbligatorio né vincolante e inoltre se decide di attivarsi lo fa a prescindere dalla sollecitazione del privato. In questo caso, l'aspetto peculiare è rappresentato dal fatto che essa proviene dall'Ordine professionale, con la conseguenza che l'esercizio del potere di vigilanza e di controllo che si traduce nell'emanazione del parere non costituisce una mera facoltà né ha valore di mera manifestazione di giudizio, manifestazione di un potere connotato da ampia discrezionalità dell'Autorità, bensì un obbligo di procedere e di provvedere sull'istanza (giustificato appunto dall'esigenza di prevenzione della corruzione, tutela della concorrenza e della trasparenza e ripristino della legalità della procedura) attraverso l'emanazione del parere che, ove in ipotesi fosse favorevole all'Amministrazione che ha emanato l'atto, richiederebbe l'assolvimento di un particolare onere motivazionale⁶⁴.

5. Conclusioni

Le considerazioni svolte evidenziano la complessità del sistema in cui si operano i suddetti Enti e gli esiti incerti della riforma, soprattutto all'indomani del d.m. 15 marzo 2018 che avrebbe imposto la revisione del sistema ordinistico introducendo significative novità ma che, in realtà, finisce per consolidare nel tempo le storture, le carenze e le contraddizioni della previgente normativa allontanando dagli obiettivi prefissati già nella legge n. 3/2018 (democraticità, partecipazione, equilibrio e ricambio generazionale, tutela delle minoranze, ecc.).

Ciò è ancora più sorprendente e inaccettabile se solo si considera che quest'anno cade il 70° anniversario della Carta costituzionale: riecheggia ancora chiaro nella memoria il monito lanciato in un discorso tenuto il 26 gennaio 1955 dinanzi agli studenti dell'Università Cattolica di Milano ripreso nelle successive sette lezioni sulla Costituzione da Piero Calamandrei, richiamato di recente dal Presidente della Corte dei Conti per il Piemonte in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2018 ricordando che «*la Costituzione può*

innanzi al giudice amministrativo. Si applica l'articolo 120 del codice del processo amministrativo di cui all'allegato 1 annesso al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104».

⁶⁴ In tale ipotesi la doverosità attiene all'*an* e non al *quid* a prescindere dagli effetti che derivano dal parere per l'Amministrazione cui è indirizzato e che, eventualmente, sarà «*costretta ad avviare officiosamente il procedimento prodromico alla emanazione del dovuto provvedimento a contenuto vincolato*». (così, N. POSTERARO, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa alla luce del codice dei contratti pubblici*, cit., 2).

essere viva ed operante solo se ed in quanto conosciuta, condivisa, attuata, altrimenti resta un ideale non raggiunto, inconcluso»⁶⁵.

Al fine quindi di evitare che in un quadro normativo complesso caratterizzato dal «*disordine delle fonti, dovuto allo spazio giuridico globale, (dal)la farraginosità delle norme, spesso recanti antinomie e contraddizioni*»⁶⁶ i diritti, le libertà e l'effettività della tutela giurisdizionale possano essere travolti ed azzerati, è quanto mai indispensabile valorizzare il rapporto esistente tra la collettività e lo Stato e gli altri enti pubblici, tra cui gli Ordini professionali da cui dipenderà, anche nel prossimo futuro, l'intensità e l'ampiezza della tutela degli interessi collettivi.

Se, quindi, da questo punto di vista, indubbiamente l'obiettivo non può dirsi ancora raggiunto, al contempo, l'analisi ha posto in luce altri elementi che inducono ad esprimere complessivamente una valutazione positiva nei confronti dei Collegi e degli Ordini professionali rivalutando il ruolo e le attribuzioni di tali Enti che agiscono in qualità di interlocutori dei propri iscritti, ma anche e soprattutto delle altre PP.AA. nei cui riguardi svolgono un'attività propulsiva e di stimolo, ciascuno con la propria esperienza, il proprio bagaglio culturale e a testimonianza dell'impegno nella risoluzione delle problematiche, più generali e più specifiche, che volta per volta vengono in rilievo, intervenendo sulla qualità della decisione amministrativa a tutti i livelli ed a prescindere dal grado di complicazione della stessa in funzione deflattiva del contenzioso, conformemente con le esigenze sottese alle opportunità e alle sfide della globalizzazione.

Sotto tale profilo, non va affatto sottovalutato il ruolo dei principi (e, in particolare, del principio di leale cooperazione tra PP.AA.) nel contesto in cui nascono e si sviluppano i rapporti tra le parti sociali e che infatti assume «*un valore generale e conformante*»⁶⁷.

Ciò emerge soprattutto nel settore degli appalti pubblici, ove a fronte di vizi particolarmente gravi ed invalidanti del provvedimento ai sensi dell'art. 21 *octies*, comma 1, della legge n. 241/90 la facoltà di annullamento si trasforma in un atto dovuto, la cui mancanza «*configura una condotta negligente e contraria alle*

⁶⁵ Il testo è reperibile sul sito www.corteconti.it.

⁶⁶ L'espressione è tratta dalla citata Relazione del Presidente della Corte dei Conti per il Piemonte all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2018.

⁶⁷ L'espressione è di A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2016, 2, 13.

fondamentali regole di correttezza e buon andamento della p.a., comporta(ndo) il risarcimento del danno subito dal (professionista incaricato)»⁶⁸.

Nella fattispecie esaminata, la violazione dei principi e della normativa applicabile evidenzia di per sé la natura degli interessi pubblici pregiudicati dal provvedimento, nonché la prevalenza di questi ultimi rispetto all'interesse privato, in ragione della rilevanza costituzionale dei principi e delle finalità di interesse generale ad essi sottese e presidiate dal Codice dei contratti pubblici; ne consegue, quindi, che la doverosità dell'esercizio del potere si giustifica sia per «*esigenze di legalità oggettiva e/o del buon funzionamento dell'azione amministrativa, (sia per) esigenze di tutela degli interessi del (professionista) pregiudicat(o) dal provvedimento*»⁶⁹; a maggior ragione se la richiesta proviene da un soggetto pubblico, l'obbligo di ritiro dell'atto in autotutela origina, altresì, dal principio di leale collaborazione tra PP.AA. inteso come criterio chiave di valutazione dell'operato di ciascuna P.A. «*che affonda in strati più profondi dello stesso edificio costituzionale*»⁷⁰ e la cui violazione non può che determinare la formazione di un silenzio impugnabile e, in caso di risposta negativa, di un provvedimento ricorribile con i mezzi ordinari. Ricorre, nella specie una vicenda del tutto peculiare l'obbligo de quo deve ritenersi sussistente «*in deroga*» alla regola generale ed alle caratteristiche del potere *de quo* (facoltatività e discrezionalità del suo esercizio)⁷¹ ed operante anche a prescindere dal rispetto del termine ragionevole e del termine decadenziale per l'impugnazione, configurandosi una di quelle «*ipotesi di annullamento d'ufficio "doveroso" o "vincolato" nell'an in (una) fattispecie di non meritevolezza dell'interesse alla stabilità (o alla stabilizzazione del rapporto giuridico)*»⁷².

⁶⁸ Così, A. GRECA, *A proposito del danno esistenza provocato dal rifiuto della pubblica amministrazione di annullare d'ufficio i propri provvedimenti illegittimi, nota a giudice di pace di Bologna, 8 febbraio 2001*, in *Giur. it.*, 2002, 537 ss.

⁶⁹ Così, G. MANFREDI, *Annullamento doveroso*, cit., 385.

⁷⁰ Così, R. BIN, *Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri*, cit., 11. La dottrina in argomento è vastissima. A titolo meramente esemplificativo, cfr., S. MANGIAMELI, *Leale collaborazione (diritto costituzionale)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2008, XVI; G. TACCOGNA, *Il principio di leale collaborazione nella recente giurisprudenza amministrativa*, in *Foro amm – C.d.S.*, 2008, 4, 1332.

⁷¹ E. CANNADA BARTOLI, *Sulla discrezionalità dell'annullamento d'ufficio (nota a sent. Cons. St., sez. IV, 27 luglio 1948 n. 366)*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, II, 562; ID., *Annullabilità e annullamento – b) Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 484; F. Benvenuti, *Autotutela – b) Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 537 ss. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, 1939, Milano, Giuffrè, p. 74 ss. ID., *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1970, p. 981 ss.

⁷² Così, S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, cit., p. 77 ss.; S. VALAGUZZA, *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d'ufficio*, in *Dir. proc. Amm.*, 2004, 1, 1245 ss. B. MAMELI, *L'istituto dell'annullamento tra procedimento e processo alla luce delle recenti novità normative*, Torino, Giappichelli, 2017.

Invero, alle medesime conclusioni si giungerebbe anche all'esito della "graduazione" o del "bilanciamento" degli interessi in gioco che conduce inevitabilmente al riconoscimento della prevalenza di uno solo di essi tale per cui lo stesso costituisce una limitazione all'esercizio della discrezionalità amministrativa, trasformando la facoltà in obbligo, alla stessa stregua di quanto avviene nell'attività vincolata. Così, l'annullamento d'ufficio che di regola è espressione di un potere discrezionale nei fatti risulta assente o speso se non del tutto trasfigurato al punto da renderne obbligatorio il suo esercizio.

Richiamando un noto orientamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato a proposito dell'annullamento doveroso dei titoli edilizi è legittimo affermare anche in questo caso che a prescindere dalla constatazione della «sussistenza di un interesse pubblico in re ipsa al ripristino della legittimità violata, (tale per cui) non residuerebbero in alcun caso effettivi spazi all'amministrazione per non esercitare il proprio ius poenitendi attraverso l'annullamento d'ufficio, (né per) valutare (...) il decorso del tempo (inidoneo, nell'ottica in esame, ad attenuare la prevalenza dell'interesse pubblico al ripristino), né la sussistenza di un interesse pubblico in senso contrario (il quale sarebbe per definizione insussistente, a meno di voler determinare un vero e proprio ossimoro), né – infine – l'interesse del privato destinatario dell'atto, che non potrebbe in alcun caso essere valorizzato neppure nell'ottica del legittimo affidamento»⁷³, che infatti deve considerarsi in questo caso (comunque) «recessivo al cospetto degli interessi pubblici di valore preminente»⁷⁴ pur se al cospetto di attività non tradizionalmente intese come

⁷³ Cons. Stato, Ad. Plen., 17 ottobre 2017, n. 7 e 8.

⁷⁴ Da ultimo, TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 18 gennaio 2018, n. 415. Di recente, cfr., inoltre, Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2016, n. 1393 si pone sulla stessa scia di altre decisioni cui si sono uniformate numerose altre, tra cui si segnala, *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2016, n. 5256; 3 ottobre 2017, n. 4580 e TAR Campania, Napoli, sez. III, 27 giugno 2017, n. 3495 che espressamente richiama Cons. Stato, sez. VI, 5 gennaio 2015, n. 13 e 2 febbraio 2015, n. 474 ove tendenzialmente si esclude «che possa ammettersi la formazione di una forma di affidamento meritevole di tutela alla conservazione di situazioni di fatto illegittime, che la stessa definizione di legittimo affidamento - proprio in quanto sostanziale declinazione del principio di buona fede - sembrerebbe precludere, atteso che "l'ordinamento tutela l'affidamento solo qualora esso sia incolpevole, mentre la realizzazione di un'opera abusiva si concretizza in una volontaria attività del costruttore *contra legem*".».

La distinzione tra affidamento meritevole di tutela e affidamento recessivo è stata ampiamente illustrata da Cons. Stato, sez. IV, 21 giugno 2001, n. 3334. Il concetto è stato ulteriormente specificato di recente da A. TRAVI, *op. cit.*, p. 8 il quale ha tra l'altro chiarito che «lo svantaggio arrecato dall'intervento dell'amministrazione rispetto alla posizione precedente del cittadino non rappresenta di per sé il fattore discriminante. Ciò fra l'altro significa che la tutela dell'affidamento non può essere ricostruita correttamente come un corollario del diritto d'impresa o di iniziativa economica, né del diritto di proprietà: che normalmente l'affidamento possa maturare rispetto a un valore patrimoniale è fuori discussione, ma non è la garanzia di questo valore che lo identifica nei rapporti con l'amministrazione». L'A. sottolinea il carattere poliedrico del principio in esame cui corrispondono diverse definizioni sovente non coincidenti, ma anzi contrastanti tra loro ed invita gli operatori e gli interpreti alla prudenza, evidenziando i rischi connessi al ricorso improprio al principio del legittimo affidamento in

assolutamente vincolate nelle quali, di regola, la valutazione della posizione del contro interessato non dovrebbe neanche essere contemplata.

Giova, in proposito da un lato, evidenziare che il decorso del termine ragionevole non costituisce di per sé un fattore ostativo all'annullamento d'ufficio, di conseguenza il principio dell'affidamento non ha valore assoluto, ma presuppone comunque un bilanciamento tra gli interessi contrapposti, di conseguenza esso non prevale sul potere di annullamento d'ufficio, traducendosi piuttosto nei casi di annullamento doveroso in un onere di motivazione rafforzato⁷⁵.

Se ne deduce che la tutela dell'affidamento presuppone l'esistenza di un interesse meritevole di tutela e che quindi non si può parlare di legittimo affidamento quando esso comunque origina da un provvedimento palesemente illegittimo (nel qual caso esso, ove in ipotesi esistente, sarebbe comunque da considerarsi «colpevole» se alla mala fede dell'amministrazione si aggiunge quella del destinatario del provvedimento favorevole ma illegittimo e pertanto inidoneo a far sorgere un affidamento meritevole di tutela)⁷⁶.

situazioni connotate da una consapevole, palese e reiterata violazione di legge che si sostanziano in atti e comportamenti posti in essere in assenza di buona fede in senso oggettivo. È evidente, pertanto, che la valutazione non può farsi in astratto, ma presuppone una valutazione in concreto, caso per caso, al fine di definire il contenuto e l'ambito di applicazione dei principi ai quali infatti «non può darsi alcun significato operativo se non facendoli “reagire” con qualche caso concreto» (così, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, 1992).

⁷⁵ Cfr., A. TRAVI, *op. cit.*, p. 10 ha sottolineato come «Il principio di affidamento è rappresentabile forse anche nel diritto amministrativo come una “linea guida dell'argomentazione”, destinata a “combinarsi” con altre, piuttosto che come un precetto specifico e tassativo, diretto cioè ad assicurare l'irreversibilità della situazione preesistente di vantaggio, e comunque insensibile nella sua efficacia rispetto al contesto in cui ricade».

⁷⁶ Su questi temi, cfr., F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, ora in *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico – Dagli anni “trenta all'alternanza”*, Milano, Giuffrè, 2001; P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa tra coerenza e flessibilità*, Milano, Giuffrè, 1990; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, ESI, 1995; E. CASSETTA, *Buona fede e diritto amministrativo*, in L. Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, Padova, Cedam, 2003, vol. I, 371 ss.; F.G. SCOCA, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario alla buona fede*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese, Padova, Cedam, 2003; D. U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Dir. amm.*, 2008, 4, 757 ss.; P.M. VIPIANA, *I procedimenti amministrativi*, Padova, Cedam, 2012; E. ZAMPETTI, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017. F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. Amm.*, 2005, 4, 853 ss. ha, in proposito, chiarito che «se l'affidamento nasce con l'emaneazione del provvedimento e non in seguito ad una condotta dell'amministrazione (inerzia) considerata di per sé come sufficiente ad originare l'affidamento stesso, esso deve necessariamente soddisfare il requisito della buona fede soggettiva».

Sulla differenza tra la nozione di affidamento e quella di buona fede si rinvia a F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit., p. 25 ss.

Se ne deduce, quindi, che la fattispecie considerata individua una di quelle ipotesi di autoevidenza dell'interesse pubblico in cui l'esercizio del potere per il ripristino della legalità violata è doveroso e tutela anche il terzo in base ad una rinnovata e indubbiamente più evoluta lettura dell'art. 21^{nonies} della legge n. 241/90 che postula in alcuni casi l'«*azzeramento della discrezionalità*» e l'obbligo di annullare d'ufficio il provvedimento illegittimo allorquando la sua permanenza risulti «*semplicemente insopportabile*»⁷⁷.

Sull'irrelevanza dell'affidamento, derivante da mala fede, nonostante il decorso di un lasso considerevole di tempo dall'emanazione del provvedimento, cfr., Ad. Plen., 17 ottobre 2017, n. 8. Sulla motivazione del provvedimento di demolizione dell'immobile abusivo, cfr., Cons. Stato, Ad. Plen., n. 9/2017 (con nota di P. TANDA, *L'Adunanza Plenaria n. 9/2017 si pronuncia sul ruolo del fattore tempo nell'esercizio del potere repressivo della p.a. in materia urbanistico-edilizia*, in *federalismi.it*, n. 1/2018); Cons. Stato, sez. IV, 28 febbraio 2017, n. 908; sez. VI, 26 luglio 2017, n. 3694.

⁷⁷ Così, Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2012, n. 2549, con nota di C. NAPOLITANO, *Autotutela amministrativa: riflessioni su una figura ancipite*, in *Foro amm. CDS*, 11, 2012, 2946 ss. Tra i contributi più recenti, cfr., M. IMMORDINO, *Risarcimento del danno e obbligo di annullamento della pubblica amministrazione di annullare un proprio atto inoppugnabile su istanza del privato interessato*, in AA.VV., *Al di là del nesso autorità/ libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 255 ss.; C. DEODATO, *Il potere amministrativo di riesame per vizi originari di legittimità*, in *federalismi.it*, n. 7/2017; F. FRANCIOSI, *L'annullamento di ufficio*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 1173 ss.; ID., *Profili evolutivi dell'autotutela (decisoria) amministrativa*, relazione al convegno AIPDA, Campobasso, 8 aprile 2016, in *www.diritto-amministrativo.org*; A. PAJNO, *Conclusioni del convegno L'autotutela tra tradizione e innovazione* (consegna del premio A.M. Sandulli 2017 – Sala Vanvitelli dell'Avvocatura Generale dello Stato - Roma, 6 marzo 2017), in *federalismi.it*, n. 7/2017; M.A. SANDULLI, *Introduzione. Il ruolo dei principi nel diritto amministrativo*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, 1 ss.; ID., *Il codice dell'azione amministrativa: il valore dei principi e l'evoluzione delle sue regole*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il codice dell'azione amministrativa*, 2017, Milano, Giuffrè, 3 ss.; M. SINISI, *Il potere di autotutela caducatoria (artt. 21-quinquies e 21-nonies l. n. 241 del 1990 s.m.i.)* (giurisprudenza a cura di L. Droghini, R. Pappalardo e G. Stazza), in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, cit.; F. FRANCIOSI, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *www.federalismi.it*, n. 20/2015; ID., *Autotutela e tecniche di buona amministrazione*, in AA. VV., *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010. F. V. VIRZI, *La doverosità del potere di annullamento d'ufficio*, in *www.federalismi.it*, n. 14/2018. ; M. Allena, *La facoltatività dell'instaurazione del procedimento di annullamento d'ufficio: un "fossile vivente nell'evoluzione dell'ordinamento amministrativo"*, in *www.federalismi.it*, cit.

II
STUDI

ILDE FORGIONE

Dottoranda di ricerca in diritto pubblico e dell'economia presso
il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa
ildefor@gmail.com

**LE NORME EDILIZIE DELLA RIGENERAZIONE URBANA,
TRA ESIGENZE DI SEMPLIFICAZIONE, SOSTENIBILITÀ
AMBIENTALE E RILANCIO DELL'ECONOMIA**

**URBAN REGENERATION IN THE BUILDING REGULATION
CONCILIATING SIMPLIFICATION, ENVIRONMENTAL
SUSTAINABILITY AND ECONOMIC DEVELOPMENT**

SINTESI

Lo sviluppo del territorio negli ultimi anni ha iniziato a tenere conto dell'esigenza di tutelare alcuni valori come l'ambiente, il paesaggio, al punto che tali aspetti vengono presi in considerazione nella realizzazione di interventi edificatori. Le esigenze di sostenibilità sono così venute in rilievo tramite la promozione della logica della "ricostruzione del costruito". L'iniziativa privata, poi, è stata indirizzata verso tale interesse pubblico attraverso meccanismi incentivanti e premiali.

Sembra perciò emergere un ruolo strategico dei privati negli interventi di rigenerazione sostenibile considerando che gli strumenti edilizi, nella visione del legislatore recente, rispondono anche ad una funzione di promozione dello sviluppo economico. In quest'ottica, dunque, la rigenerazione può orientare gli interventi in materia edilizia, diventando il punto di innesto delle iniziative di sviluppo economico e sociale sul tessuto urbano esistente.

Pertanto, occorre chiedersi se il suo raggiungimento si basi su strumenti già esistenti nell'ordinamento, oppure su strumenti innovativi. In particolare, si cercherà di rintracciare i principi e le disposizioni normative in materia edilizia che possono essere riferite al concetto di rigenerazione e, nella medesima ottica, si indagherà il rapporto fra questa e le norme sull'attività edilizia, soprattutto all'indomani della loro semplificazione e liberalizzazione.

ABSTRACT

In recent years, the development of the territory has begun to take into account the need to protect certain values, such as environment, landscape, to the point that those aspects are taken into account in the implementation of building interventions. Thus, sustainability needs to be taken into consideration

through the promotion of the logic of “reconstruction of the built”. The care of public interest takes place through private initiative, which is directed through incentive and reward mechanisms.

So, a strategic role of private individuals is emerging in the interventions of sustainable regeneration, considering that building’s instruments, in the vision of the most recent legislator, also respond to a function of promoting economic development. In this perspective, urban regeneration can guide the interventions in the building sector, becoming the point of engagement of the economic and social development initiatives on the existing urban fabric.

Consequently, it is necessary to ask whether its achievement is based on instruments already existing in our system, or on innovative instruments. In particular, the research tries to find the principles and regulations in the building sector that can refer to the concept of urban regeneration. In the same vein, the relationship between urban regeneration and the rules on building activity will be investigated, especially in the aftermath of their simplification and liberalization.

PAROLE CHIAVE: rigenerazione urbana, sviluppo sostenibile, sviluppo economico, attività edilizia, procedimento amministrativo.

KEYWORDS: urban regeneration, sustainable development, economic development, construction activity, administrative procedure.

INDICE: 1. Introduzione. - 2. I profili edilizi della rigenerazione urbana, tra esigenze di sostenibilità ambientale e di rilancio dell’economia. - 3. La rigenerazione nel Testo Unico Edilizia. - 4. Conclusioni.

1. Introduzione

Lo sviluppo del territorio nel tempo ha iniziato a tenere conto dell’esigenza di tutelare valori come l’ambiente, il paesaggio e la sicurezza del territorio stesso, tanto da permeare la funzione urbanistica e quella edilizia, che hanno perso la loro connotazione in termini meramente espansivi¹. Di tal che la realizzazione di interventi edificatori e di pianificazione urbanistica richiede che vengano presi in considerazione in stretta connessione tra loro i singoli aspetti della sostenibilità ambientale, sociale e culturale². Di conseguenza, il go-

¹ In questo senso anche P. CHIRULLI, *La pianificazione urbanistica tra esigenze di sviluppo e riduzione del consumo di suolo: la riqualificazione dell’esistente*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2015, 4, p. 592, e P. OTRANTO, *Regolazione del consumo di suolo e rigenerazione urbana*, in *Giustamm.*, 2015.

² Nella dottrina internazionale (*ex multis*, A. COLANTONIO, T. DIXON (a cura di), *Urban Regeneration & Social Sustainability: Best Practice from European Cities*, Hoboken, Wiley – Blackwell, 2011) vi è un crescente riconoscimento del fatto che la rigenerazione, se deve essere sostenibile, deve adottare un approccio multifattoriale a lungo termine, affrontando la disoccupazione, migliorando la scolarizzazione, riducendo il crimine e trasformando il tessuto urbano attraverso la realizzazione di infrastrutture, la promozione della mobilità sostenibile, il miglioramento delle condizioni abitative e la riqualificazione di spazi abbandonati.

verno del territorio può essere inteso come mezzo per il raggiungimento di uno sviluppo sostenibile³ oltre che economico.

³ L'espressione "sviluppo sostenibile" fa riferimento alla necessità di rendere compatibili, a livello mondiale, le esigenze dell'economia con quelle dell'ambiente, come chiave di volta per lo sviluppo futuro. Il concetto esprime l'esigenza di un cambiamento radicale nel rapporto tra attività economica e mondo naturale, che porti alla sostituzione del modello economico dalla crescita quantitativa con quello del miglioramento qualitativo. (Per le numerose definizioni nel tempo si vedano R. REPETTO, *The Global Possible-Resources, Development and the New Century*, New Haven, Yale University Press, 1985, R. GOODLAND, G. LEDEC, *Neoclassical economics and principles of sustainable development*, in *Ecological Modelling*, 1987, pp. 1-2; H.E. DALY, J.B. COBB, *For the Common Good: Redirecting the Economy Toward Community, the Environment, and a Sustainable Future*, Boston, Beacon Press, 1994; Y. JABAREEN, *A new conceptual Framework for Sustainable Development*, in *Environment Development and Sustainability*, 2008, p. 2; P. SANDS, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 253 ss.). La nozione si è evoluta fino ad includere diverse dimensioni, come quella sociale, economica, ambientale e istituzionale. Nelle più recenti definizioni, dunque, lo sviluppo sostenibile viene ritenuto funzionale ad assicurare obiettivi di inclusione sociale all'interno delle città e tra di esse. (A. COLANTONIO, *Sustainable Development - a Challenge for European Research*, Oxford Institute for Sustainable Development (OISD), Oxford, 26-28 May 2009; P. BIRNIE, A. BOYLE, C. REDGWELL, *International Law and the Environment*, Oxford, Oxford University Press, 2009, spec. pp. 127 ss.).

A livello internazionale, l'interesse verso questo tema ha iniziato a manifestarsi in occasione della conferenza ONU di Stoccolma del 1972, con l'approvazione della "Dichiarazione di Stoccolma sull'ambiente umano", anche se la definizione di sviluppo sostenibile più nota è quella del Rapporto Brundtland, elaborato nel 1987 dalla *World Commission on Environment and Development* dell'ONU, e significativamente intitolato *Our Common Future*. Nel rapporto lo sviluppo sostenibile viene definito come «uno sviluppo che soddisfi i bisogni del presente senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare i propri», declinando il concetto non solo come equità sociale tra generazioni, ma anche all'interno di una stessa generazione. E, per raggiungere questo obiettivo, si fa riferimento ad un approccio di lungo periodo nella gestione delle risorse nel presente. Di fondamentale importanza per la definizione del concetto sono state anche la Dichiarazione di Rio de Janeiro sull'Ambiente e lo Sviluppo del 1992, la nota Conferenza di Kyoto sui cambiamenti climatici del 1997, nonché l'Agenda 21, documento di azione redatto a seguito della Dichiarazione di Rio, che pone lo sviluppo sostenibile come un obiettivo da perseguire per tutti i popoli. Un ulteriore passo in avanti a livello mondiale si è avuto nel 2015, con l'approvazione dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile (Risoluzione delle Nazioni Unite A/RES/70/1), che propone una serie di obiettivi di sviluppo sostenibile (OSS). Sul punto si veda M. MONTINI, *L'interazione tra gli SDGs ed il principio dello sviluppo sostenibile per l'attuazione del diritto internazionale dell'ambiente*, in *Federalismi*, 2019.

Contemporaneamente, il dibattito sullo sviluppo sostenibile ha trovato terreno fertile in Unione europea, le cui Istituzioni hanno promosso incontri e *policies* in vista del raggiungimento di quell'obiettivo. Tra i momenti di discussione che meritano di essere ricordati rientrano la Conferenza di Aalborg del 1994, nel cui ambito nacque la *Campagna Europea "Città Sostenibili"*, la Conferenza Europea sulle città sostenibili, tenutasi a Lisbona nel 1996 e la terza Conferenza Europea sulle città sostenibili di Hannover del 2000.

Quello di sviluppo sostenibile non è però un concetto solo convenzionale o dottrinario, ma un ruolo essenziale nella sua definizione è stato svolto dalla giurisprudenza, a vari livelli.

A livello internazionale, il primo riferimento di rilievo allo sviluppo sostenibile è dato dalla sentenza del 25 settembre 1997 della Corte Internazionale di Giustizia (*Gabcikovo-Nagymaros*). In quell'occasione la CIG riconobbe la necessità di conciliare protezione dell'ambiente e sviluppo economico, pur senza pronunciarsi circa la vincolatività del principio. Con tale sentenza "pilota", citata e ripresa nelle decisioni successive, la giurisprudenza

internazionale ha aperto al riconoscimento dello sviluppo sostenibile come obiettivo rispetto al quale si può legittimamente condizionare l'interpretazione e l'applicazione delle norme internazionali. Con lo *Shrimp Case* del 1998, l'organo di appello del WTO ha poi ritenuto che l'uso ottimale delle risorse naturali dovesse essere realizzato in accordo con l'obiettivo dello sviluppo sostenibile, anche in ragione del fatto che la protezione ambientale rientra tra gli obiettivi delle politiche internazionali e nazionali, come ricordato dal Preambolo dell'accordo WTO. Recentemente, nel *Pulp Mills Case* del 2010, i giudici della CIG hanno insistito sulla necessità di conciliare protezione ambientale e sviluppo economico affermando che l'essenza dello sviluppo sostenibile sta proprio nel bilanciamento tra le due opposte esigenze.

A livello europeo, l'approccio delle Istituzioni al tema ha subito una interessante evoluzione, sia per quanto riguarda il profilo normativo, sia per quello giurisprudenziale. In origine né il Trattato CEE né la Convenzione Europea contenevano alcun riferimento all'ambiente, lacuna colmata in via interpretativa attraverso la c.d. clausola di salvezza contenuta nell'art. 235 t.c.e. (art. 352 t.f.u.e.), mentre una esplicita affermazione del principio dello sviluppo sostenibile si ebbe solo con la proclamazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 37). Attualmente i Trattati riconoscono la portata economica, sociale e ambientale dello sviluppo sostenibile e sanciscono fermamente l'impegno per la sua promozione, in particolare all'articolo 3, par. 3, e all'articolo 21, par. 2 lett. d), t.u.e., nonché all'articolo 11 t.f.u.e. (sul punto, *ex plurimis*, M. LEE, *The Environmental Implications of the Lisbon Treaty*, in *European Law Review*, 10, 2008; G. GRASSO, *Solidarietà ambientale e sviluppo sostenibile tra Costituzioni nazionali, Carta dei diritti e progetto di Costituzione europea*, in *Pol. Dir.*, 2003, 4, pp. 581 ss.; O. PORCHIA, *Tutela dell'ambiente e competenze dell'Unione europea*, in *Riv. Ita. Dir. Pubbl. Com.*, 2006, p. 1).

A livello giurisprudenziale, un primo riferimento al principio dello sviluppo sostenibile si ritrova nella sentenza 20 maggio 2008, causa C-91/05, della Corte di Giustizia, ove si pongono in relazione sviluppo sostenibile e democrazia, ricordando che «*non vi può essere sviluppo sostenibile ed eliminazione della povertà senza pace e senza sicurezza*». In altre occasioni la CGUE ha poi fatto riferimento al principio dello sviluppo sostenibile come criterio di risoluzione delle controversie, come nella sentenza 11 settembre 2012, causa C-43/10. Oppure, come nella sentenza 26 settembre 2013, C-195/12, la Corte ha ritenuto lo sviluppo sostenibile un obiettivo altamente prioritario a livello dell'Unione, rimarcandone la centralità nelle politiche europee. In tal senso la Corte, a proposito del rapporto tra misure di tutela ambientale e libera circolazione delle merci, ha rimarcato il carattere di «*esigenze imperative*» delle politiche ambientali, capaci in quanto tali di imporre restrizioni alla libertà degli scambi (sentenza 20 settembre 1988, causa C 302/86), pur riconoscendo la necessità che vi sia proporzione tra i vantaggi ottenibili e le azioni proposte (sentenza 10 dicembre 2002, causa C-153/01).

A livello nazionale il principio dello sviluppo sostenibile è sancito espressamente dall'art. 3 *quater*, d.lgs. 152/2006 che impone di conformarvi «*ogni attività umana giuridicamente rilevante*», «*al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future*».

Le pronunce della giurisprudenza, e in particolare della Corte costituzionale, non hanno trattato la questione nei termini di tutela *ex se*, quanto piuttosto nell'ottica del dovere di solidarietà connesso al rispetto delle generazioni future, o trattando del riparto di competenze Stato-Regioni. (S. GRASSI, *Ambiti della responsabilità e della solidarietà intergenerazionale: tutela dell'ambiente e sviluppo sostenibile*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro, Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, Jovene, 2008, p. 180; V. PEPE, *Lo sviluppo sostenibile tra governo dell'economia e profili costituzionali*, in R. FERRARA, P.M. VIPIANA (a cura di), *I "nuovi diritti" nello stato sociale in trasformazione*, Padova, Cedam, 2002, p. 249). La Corte, pur riconoscendo il diritto all'ambiente e allo sviluppo sostenibile come diritto della persona e interesse della collettività (Corte Cost. 28 maggio 1987, n. 210) e, dunque, come prevalente dell'interesse sulla concorrenza e sul corretto funzionamento del mercato (Corte Cost. 7 ottobre 2003, n. 307 e 27 ottobre 2003, n. 331) ha però anche ritenuto che, in generale, il rispetto delle norme tecniche ambientali sia sufficiente a perseguire

La finalizzazione delle funzioni di governo del territorio alla promozione sia dello sviluppo economico, sia della sostenibilità, trova sempre maggiore spazio nella legislazione statale e regionale⁴, nonché all'interno delle politiche comunitarie⁵ le quali, in particolare, pongono l'accento sull'esigenza di prevenire i processi di degrado del territorio. L'Unione europea, cioè, ha adottato un approccio multilaterale alla rigenerazione urbana e allo sviluppo sostenibile, collegando la promozione delle attività economiche a miglioramenti ambientali e sociali e, negli ultimi anni, ha promosso una metodologia comune, in seguito

l'obiettivo dello sviluppo sostenibile (Corte Cost. 16 aprile 1990, n. 127), mentre il profilo socio-economico della sostenibilità è emerso soltanto in casi eccezionali, attraverso sporadici riferimenti ad un modello sostenibile di società (sentenze 13 gennaio 2004, n. 14). In altre pronunce, i giudici hanno poi promosso la necessità di una conciliazione fra esigenze di crescita e necessità di carattere sociale e ambientale (Corte cost. 1 giugno 2006, n. 213).

Il concetto di sviluppo sostenibile, dunque, lungi dall'essere approfondito dalla giurisprudenza nazionale, è stato più che altro evocato nonché utilizzato per lo svolgimento del bilanciamento tra vari interessi (A. LORENZETTI, *Sviluppo sostenibile e principio di precauzione nella giurisprudenza italiana: alla ricerca di un paradigma incerto*, in A.R. Coutinho, A. Copetti, L.A.D. de Araújo (a cura di), *Nas fronteiras do direito: Sustentabilidade e Desenvolvimento*, Florianópolis, Empório do Direito, 2015, pp. 147 ss.).

Il medesimo approccio è rinvenibile nella giurisprudenza amministrativa la quale, occupandosi in particolare del governo del territorio, ha chiarito che l'iniziativa economica privata deve essere correlata ai valori della tutela del paesaggio e svolta nell'ottica dello sviluppo sostenibile. Ovvero, seguendo la recente pronuncia 23 luglio 2018, n. 172 della Corte costituzionale, i giudici hanno riconosciuto agli strumenti urbanistici la funzione di ricognizione del territorio oggetto di pianificazione prendendo a parametro anche lo sviluppo sostenibile (*ex plurimis*, C.d.S. 24 aprile 2019, n. 2651 e 11 gennaio 2013, n. 118; T.a.r. Catania, 30 aprile 2019, n. 963). Ma ci si è limitati a questo, cioè a dare una lettura in chiave di sostenibilità dello sviluppo anche a strumenti già presenti nell'ordinamento, senza approfondire il concetto in sé e senza attribuire ad esso una precisa collocazione sistematica.

⁴A riprova di quanto si dice, si noti che l'espressione sviluppo territoriale sostenibile è significativamente utilizzata nella rubrica dell'articolo 30 del decreto legge 30 aprile 2019, n. 34 ("Decreto crescita"), convertito con modificazioni dalla legge 28 giugno 2019, n. 58, altrettanto significativamente contenuto nel Capo II, dedicato alle misure per il rilancio degli investimenti privati. Mediante tale scelta il legislatore dimostra di essere consapevole della necessità di creare un rapporto sinergico tra sviluppo economico e protezione ambientale. La norma, seguendo i dettami dello sviluppo sostenibile, mira infatti a realizzare uno sviluppo territoriale equilibrato anche attraverso interventi in ambito sociale, facendo pure riferimento alle esigenze di messa in sicurezza del patrimonio pubblico e mobilità sostenibile.

Inoltre, il perseguimento dello sviluppo urbano sostenibile attraverso la promozione di meccanismi incentivanti gli interventi di rigenerazione costituisce obiettivo della programmazione 2016-2020 della Regione Toscana, secondo quanto definito nel Progetto regionale 7 «*Rigenerazione e riqualificazione urbana*» contenuto nella Nota n. 2 del 2019, di aggiornamento al Documento di economia e finanza regionale 2019 approvato dal Consiglio Regionale con deliberazione n. 87 del 2018.

⁵ S. CARNIZZARO, *La matrice solidaristica dei principi europei e internazionali in materia ambientale e il ruolo della fiscalità nel sistema interno*, in *Riv. dir. trib.*, 2017, 3, p. 103. Sulle politiche europee si vedano M. P. CHITI, *Il ruolo della Comunità europea nel governo del territorio*, in *Riv. giur. edil.*, 2003, 3, p. 91; M. BOZZAOTRE, *Unione europea e governo del territorio. Spunti per una ricerca*, in *Riv. giur. Urb.*, 2004, p. 314.

all'emergere di un *Acquis Urbain* europeo⁶, che si basa appunto sulla necessità di promuovere uno sviluppo urbano integrato e sostenibile.

A ciò deve aggiungersi la considerazione in base alla quale gli strumenti di governo del territorio, inclusi quelli edilizi⁷, rispondono anche ad una funzione di promozione dello sviluppo economico. Fino al punto che nel disciplinare le trasformazioni possibili ed i modi per attuarle, questi diventano una parte necessaria di una funzione complessa, che include componenti diverse, come quelle economiche, sociali, ambientali e paesaggistiche.

Se letta secondo queste coordinate, dunque, la rigenerazione urbana può essere considerata un «*modo per pianificare il territorio*»⁸ e per orientare gli interventi in materia edilizia, ovvero il punto di innesto delle iniziative di sviluppo economico e sociale sul tessuto urbano.

In altri termini, l'evoluzione della nozione di rigenerazione dell'esistente è arrivata ad includere interventi relativi alla sfera economica e sociale; in tal senso dovrebbe mirare al superamento delle situazioni di degrado fisico e sociale mediante il rinnovamento del contesto esistente⁹. A ben vedere, quindi, lo scopo della rigenerazione di un determinato territorio diventa quello di introdurre un cambiamento relativo anche alle attività economiche e sociali che su esso si svolgono¹⁰. E, se si ritiene che la rigenerazione urbana possa svolgere un

⁶ L'*Acquis Urbain* di Rotterdam del 2004 si basa su un approccio integrato e intersettoriale; ulteriori sviluppi di tale politica includono la Carta di Lipsia (2007), con la quale per la prima volta gli Stati membri hanno delineato un modello ideale per la "città europea del 21° secolo" e hanno concordato principi e strategie comuni per la politica, legati allo sviluppo urbano, gettando le basi per una nuova politica urbana integrata; l'Agenda territoriale dell'UE (UE, *Territorial Agenda of the European Union: Towards a More Competitive and Sustainable Europe of Diverse Regions. Informal Ministerial Meeting on Urban Development and Territorial Cohesion*, Leipzig, 2007) secondo le politiche di rigenerazione urbana devono affrontare le disparità esistenti tra le città europee adottando un approccio integrato alle sfide fisiche, economiche e sociali che si presentano. In ultimo, occorre ricordare la dichiarazione di Toledo del 2010, che unisce l'incentivo dell'efficienza energetica negli edifici esistenti all'esigenza di migliorare il metabolismo urbano, a partire dalla gestione del ciclo delle acque e dei rifiuti e all'uso di energie rinnovabili. Sul punto si veda anche UE, *Promoting Sustainable Urban Development in Europe: Achievements and Opportunities*, Bruxelles, 2009.

⁷ In tal senso si è espressa la Corte costituzionale, sentenza 15 luglio 2005, n. 343

⁸ R. DI PACE, *La rigenerazione urbana tra programmazione e pianificazione*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2014, 5, pp. 237 ss., al medesimo scritto si rimanda sia per la definizione di rigenerazione come attività urbanistica e complessa rispetto alle dimensioni coinvolte, che si distingue dalla "riqualificazione" edilizia e dal "recupero" materiale; nonché per la ricostruzione delle linee evolutive nel governo del territorio. In particolare, per l'idea dei programmi integrati di rigenerazione urbana come di programmi complessi aventi natura programmatica e strategica e non meramente attuativa e settoriale.

⁹ P. CHIRULLI, *La pianificazione urbanistica tra esigenze di sviluppo e riduzione del consumo di suolo: la riqualificazione dell'esistente*, cit., pp. 592 ss.

¹⁰ T. BONETTI, *Il diritto del "governo del territorio" in trasformazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011.

ruolo chiave nel raggiungimento della sostenibilità a vari livelli (dal singolo edificio, comunità o quartiere, città e regione, fino all'intero territorio nazionale), allora occorre innanzitutto chiedersi su quali strumenti si basi il suo raggiungimento, ovvero se si tratti di strumenti già esistenti nel nostro ordinamento, oppure di strumenti innovativi.

Inoltre, dallo studio condotto è emerso che risulta scarsamente indagato il tema degli aspetti edilizi delle trasformazioni urbane e ciò nonostante che il tema della rigenerazione urbana sia al centro di un dibattito interdisciplinare da alcuni anni, e ampio spazio sia dedicato ad altre componenti, quali quelle sociali, urbanistiche e ambientali. Tuttavia, dal momento che le operazioni di rigenerazione possono riguardare singoli edifici o gruppi di essi, ciò implica la necessità di verificare la compatibilità di tali operazioni con la normativa edilizia, pertanto, può essere utile rintracciare i principi e le disposizioni normative in materia edilizia riconducibili al concetto di rigenerazione urbana, anche a prescindere dal *nomen iuris* utilizzato dal legislatore.

2. I profili edilizi della rigenerazione urbana, tra esigenze di sostenibilità ambientale e di rilancio dell'economia

Il settore delle costruzioni ha un ruolo centrale nelle strategie di rilancio delle economie europee per facilitare l'uscita dalla crisi, dal momento che risulta ampiamente insufficiente limitarsi a promuovere la qualità energetica e ambientale dei nuovi edifici, se si considera che la nuova produzione edilizia costituisce ormai un settore residuale. Si è infatti notata il progressivo affermarsi di un modello di sviluppo urbano orientato verso riqualificazione e rigenerazione, dovuta anche alla saturazione del mercato delle abitazioni¹¹. La rigenerazione urbana, ad esempio, è stata indicata come *driver* per il rilancio del Paese in quanto la si ritiene in grado di dare un significativo contributo alla crescita¹². Sotto il profilo economico-finanziario, inoltre, il Rapporto Annuale CRESME 2017¹³ ha messo in evidenza come la parte dominante del mercato delle costruzioni sia costituita dal recupero, che mostra un *trend* di crescita significativo.

¹¹ Associazione Nazionale Costruttori Edili (ANCE), *Rapporto Congiunturale*, 2017.

¹² R. PADOVANI, G. CAFIERO (a cura di), *Questione urbana e Mezzogiorno*, in *Rivista economica del Mezzogiorno*, 2013, 1-2. Si veda inoltre SVIMEZ, *Rapporto 2013 sull'Economia del Mezzogiorno*, Bologna, Il Mulino.

¹³ CRESME (Centro ricerche economiche, sociologiche e di mercato nell'edilizia), *Rapporto annuale*, 2017. In tal senso si veda anche lo Studio del Servizio Documentazione e Ricerche della Camera dei Deputati n. 32 del 19 novembre 2018.

La sensibile diminuzione dell'espansione edilizia in termini “quantitativi” ha quindi portato alla necessità di ripensare lo sviluppo urbano sulla base di modelli qualitativi e più vicini ai bisogni dei cittadini. Sicché, per valutare la qualità della vita in una città occorre fare riferimento anche a indicatori quali quelli ambientali, di sviluppo economico e di *welfare*, non potendo limitare la valutazione alle sole opere di urbanizzazione ed ai servizi pubblici. I fattori appena ricordati si influenzano reciprocamente, essendo strettamente connessi fra di loro; perciò è possibile attribuire al degrado anche una dimensione “im-materiale”, ossia di tipo ambientale e socio-economico, oltre quella fisica¹⁴. E sembrano coerenti con tale impostazione le previsioni dell'art. 1, commi 431-434 della legge di stabilità 2015 (l. 190/2014), che predispongono il finanziamento di un Piano nazionale per la riqualificazione sociale e culturale delle aree urbane degradate, allo scopo di favorire interventi diretti alla riduzione di fenomeni di marginalizzazione e degrado sociale, il miglioramento della qualità del decoro urbano e del tessuto socio-ambientale.

Nella visione del legislatore (europeo, nazionale, regionale) lo sviluppo sostenibile si è quindi imposto come una delle direttrici fondamentali dello sviluppo della normativa edilizia, grazie alla quale promuovere anche la messa in sicurezza delle strutture esistenti – in particolare per quanto riguarda i sistemi urbani, per ridurre le possibili occasioni di rischio – con un impatto positivo sulla qualità dell'ambiente urbano in generale. Per il settore edilizio, dunque, le nuove parole chiave sembrano essere il recupero, il costruire sul costruito, la riqualificazione dell'esistente¹⁵. Può essere letta in questo senso, ad esempio, la previsione contenuta nella legge di stabilità per il 2014 (l. 147/2013, art. 1, comma 369), ove si stabilisce che «*per favorire la ricostruzione, riqualificazione e rifunzionalizzazione dei centri storici e dei centri urbani che hanno subito danni gravi al patrimonio edilizio pubblico e privato, ai beni culturali e alle infrastrutture*», i Comuni colpiti devono predisporre appositi piani organici, i quali dovranno essere «*finalizzati al ripristino delle condizioni di vita, alla ripresa delle attività economiche e alla riduzione della vulnerabilità edilizia e urbana*».

Il legislatore recente a più livelli ha avvertito, cioè, la necessità di trasferire i concetti acquisiti per le nuove edificazioni anche al patrimonio edilizio esistente, come l'impiego di materiali edili eco-compatibili o il ricorso a fonti

¹⁴ F. FOLLIERI, *Dal recupero alla rigenerazione: l'evoluzione della disciplina urbanistica delle aree degradate*, in *Giustamm.*, 2015.

¹⁵ A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018; P. MANTINI, *Dall'urbanistica per piani ed accordi al governo liberale del territorio per sussidiarietà e concorsualità*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2013, 3, p. 141.

energetiche rinnovabili¹⁶. Muovendo da questa prospettiva, le previsioni normative vanno nella direzione di incentivare una maggiore qualità edilizia e architettonica, oltre a standard innovativi in campo energetico, tecnico e ambientale. In tal modo, per via mediata, si intende disincentivare iniziative edilizie che abbiano costi diretti e indiretti per l'ambiente, come accade per il consumo di nuovo suolo¹⁷.

Dall'analisi condotta sembra che la prospettiva in cui il legislatore si pone sia quella volta a governare il territorio con strumenti edilizi in grado di frenare le nuove costruzioni, incentivando la rigenerazione del patrimonio edilizio inadeguato, anche attraverso lo snellimento delle procedure amministrative e strumenti premiali¹⁸.

La dottrina ha osservato che il legislatore ha confidato nel fatto che la componente fisica ed edilizia degli interventi di rigenerazione riuscisse ad innescare un positivo effetto moltiplicatore, talvolta finendo per sovrapporre riqualificazione e rigenerazione¹⁹. In sostanza, è stato privilegiato un tipo di intervento a carattere puntuale, spesso privo di una visione strategica e non finalizzato specificamente alla rigenerazione.

A ciò si aggiunga la considerazione per cui se pure è stata avvertita la crescente necessità di proteggere l'ambiente, di ridurre il consumo di suolo e di promuovere il risparmio energetico, tuttavia queste esigenze sono nate in un contesto in cui è stata altrettanto forte la richiesta di interventi per il rilancio dell'economia del paese. Per cui, le esigenze di sviluppo urbano sostenibile

¹⁶ Sul punto si vedano le considerazioni svolte nel documento AUDIS (Associazione aree urbane dismesse), *Linee d'azione per la rigenerazione urbana* e il documento *Carta Audis della rigenerazione urbana* (2008), entrambi in www.audis.it. Si veda anche il documento del Consiglio Nazionale degli architetti, pianificatori, paesaggisti e conservatori "Il piano nazionale per la rigenerazione urbana sostenibile".

¹⁷ P. OTRANTO, *Regolazione del consumo di suolo e rigenerazione urbana*, cit.

¹⁸ In tale direzione sembrano muovere le previsioni del d.l. 4 giugno 2013, n. 63 (convertito con modificazioni dalla l. 3 agosto 2013, n. 90), di recepimento della Direttiva 2010/31/UE sulla prestazione energetica nell'edilizia, il cui articolo 14 prevede meccanismi incentivanti gli interventi di efficienza energetica. L'impostazione è confermata anche dalla previsione di cui all'art. 10, comma 1 del d.l. 34 del 2019, che ha ampliato le ipotesi originariamente previste o ne ha prorogato la durata.

¹⁹ In questo senso A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana*, cit., p. 14; P. MANTINI, *Rigenerazione urbana, resilienza, re/evolution. Profili giuridici*, XXVIII Congresso dell'Istituto Nazionale di Urbanistica, Salerno, 2013; E. BOSCOLO, *La riqualificazione urbana: una lettura giuridica*, in *Urban@it*, 2017, p. 1; T. BONETTI, *La rigenerazione urbana nell'ordinamento giuridico italiano: profili ricostruttivi e questioni aperte*, in E. Fontanari, G. Piperata, (a cura di), *Agenda re-cycle*, Bologna, Il Mulino, 2017, p. 62 ss.; E. BOSCOLO, *Nuove dimensioni della pianificazione comunale*, in F. Di Lascio, F. Gigliani, (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, Bologna, Il Mulino, 2017, pp. 151 ss.

hanno finito per essere inglobate in quelle a carattere economico²⁰. Il legislatore ha quindi finito per affrontare il tema della rigenerazione all'interno di iniziative collegate al rilancio dell'economia, anche facendo ricorso a misure tipicamente edilizie. Si pensi, in tal senso, a quanto previsto dalla legge di bilancio 2018 in tema di incentivi per la sistemazione a verde di aree scoperte private²¹.

Tale nuova impostazione deve altresì essere inserita nel più ampio dibattito circa l'evoluzione dell'approccio al governo del territorio²², visto che l'attività dei privati nel mercato edilizio, soprattutto con riferimento ai centri storici, può giocare un ruolo di primo piano sia al fine della conservazione e rigenerazione del tessuto urbano, sia al fine di riattivare il processo economico²³. Infatti, nell'impostazione attuale, gli investimenti privati sono visti come uno dei modi per rigenerare l'esistente attraverso la riqualificazione materiale del patrimonio edilizio e attraverso lo sviluppo socio-economico e ambientale che ne consegue. Nei recenti interventi in materia edilizia, di conseguenza, la semplificazione risulta funzionale ad incentivare singoli strumenti di intervento sul patrimonio esistente.

²⁰ A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana, cit., ibidem*.

Per quanto riguarda le categorie degli interventi edilizi, si distingue tra manutenzione ordinaria e straordinaria, restauro, conservazione, ristrutturazione, nuova costruzione (art. 3, t.u.e.); in quasi tutti i casi, per ogni categoria di intervento viene individuata una *sub* specie: "leggera" (o semplice) e "pesante". Ogni fattispecie si caratterizza per la presenza di parametri specifici, previsti dal legislatore e chiariti dalla giurisprudenza (*ex multis* Cons. St., 12 novembre 2015, n. 5184, Cons. St., 6 giugno 2016, n. 2395). Si può parlare di ristrutturazione ai sensi dell'art. 3, comma 1, *lett. f)* t.u.e. se è avvenuta una modifica della distribuzione delle superfici interne e dei volumi o se risulta rinnovata l'originaria fisionomia e consistenza fisica dell'immobile; è necessario, inoltre, distinguere la ristrutturazione edilizia dalla ristrutturazione urbanistica. Gli altri interventi, come la manutenzione straordinaria o il restauro e risanamento conservativo, di cui all'art. 3, comma 1, *lett. a), b), c)* t.u.e., presuppongono la realizzazione di opere che non modificano gli elementi tipologici, formali e strutturali dell'edificio e lasciano inalterata l'identità, la struttura e la fisionomia dello stesso (*ex plurimis* Cons. St., 5 settembre 2014, n. 4523).

²¹ Legge 27 dicembre 2017, n. 205, articolo 1, commi 11-15.

²² Per approfondimenti sul punto, E. BOSCOLO, *La riqualificazione urbana: una lettura giuridica, cit.*, pp. 5 ss. Per l'evoluzione verso un'urbanistica consensuale, P. STELLA RICHTER, *I sostenitori dell'urbanistica consensuale*, in P. Urbani (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto urbanistico*, Torino, Giappichelli, 2013, Parte I, Cap. 3; per l'evoluzione verso un'urbanistica solidale, P. URBANI, *Urbanistica solidale. Alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici*, Torino, Bollati Boringhieri, 2011, pp. 110 ss.

²³ Cfr. F. TIGANO, *La riqualificazione dell'esistente*, in P. Stella richter (a cura di), *Giudizio amministrativo e governo del territorio. La generazione dei piani senza espansione*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 216, il quale afferma che «riqualificare l'esistente significa [...] "muovere l'economia" dal momento che si rimettono in circolazione risorse già in qualche misura "esaurite" (*rectius: utilizzate*); in secondo luogo, perché in un'ottica votata al ridimensionamento ed alla razionalizzazione dell'uso dei territori, il recupero delle zone degradate e/o di beni non utili, rende più vivibili zone e quartieri delle città».

I decreti attuativi della riforma amministrativa che più hanno inciso sull'attività edilizia infatti si pongono come principale obiettivo la semplificazione, in funzione di incentivo verso gli operatori economici. Le novelle legislative – in un certo senso – hanno inteso ampliare lo strumento della s.c.i.a., “liberando” i privati dall'amministrazione²⁴. Ossia, la nuova disciplina intende rendere l'attività amministrativa il più possibile funzionale al bilanciamento tra i diversi interessi del governo del territorio, da una parte, e del libero svolgimento dell'attività economica, dall'altra.

Il *favor* per il riuso del patrimonio edilizio si coglie pure considerando l'estensione della ristrutturazione nella nuova formulazione dell'art. 3, comma 1, lett. d) t.u.e. Innanzitutto, è possibile notare l'ampliamento della possibilità di procedere al recupero degli immobili “ordinari” attraverso l'estensione della nozione fino ad includere la demolizione e ricostruzione dell'edificio. Superando i due limiti precedenti, ossia quello della esistenza fisica del manufatto e della stretta correlazione temporale tra demolizione e recupero, che ne facevano un *unicum* sotto il profilo temporale, la norma oggi consente la ricostruzione di un manufatto crollato o demolito anche da tempo, purché sia possibile documentarne la precedente consistenza²⁵. Nell'ipotesi in cui il recupero sia preordinato a migliorare le qualità dell'edificio sotto il profilo energetico, sismico, di eliminazione delle barriere architettoniche etc., l'intervento addirittura può essere riconosciuto “di interesse pubblico”, con la possibilità di usufruire di una serie di incentivi sia premiali che procedurali, come il ricorso all'istituto del permesso di costruire in deroga (art. 14, comma 1-bis), fino ad ora riservato a interventi a connotazione pubblica e volti a soddisfare interessi superindividuali (comma 1).

Al medesimo intento risponde l'art. 1 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con legge 27 marzo 2012, n. 27 (“Cresci Italia”), il quale non solo ha abrogato tutte quelle disposizioni che prevedono «*limiti numerici, autorizzazioni, licenze, nullaosta o preventivi atti di assenso dell'amministrazione*», ma anche «*le disposi-*

²⁴ I d.lgs. 30 giugno 2016, n. 126 e 25 novembre 2016, n. 222, emanati in attuazione degli artt. 4 e 5, legge 124/2015 si occupano rispettivamente di riformare il regime della s.c.i.a. e di disciplinare le attività esercitabili dal privato in materia di commercio, edilizia e ambiente. Ad essi va aggiunto il d.P.R. 12 settembre 2016, n. 194, parimenti emanato in attuazione dell'art. 4, per la semplificazione e l'accelerazione nella realizzazione degli interventi rilevanti per lo sviluppo nazionale. Per un commento si veda E. BOSCOLO, *La SCLIA dopo la Legge Madia e i decreti attuativi*, in A. Angeletti, M. Protto (a cura di), *Le novità della riforma Madia*, in *Giur. It.*, 2016, 12, pp. 2799 ss.

²⁵ Modifiche operate dal D.lgs. 27 dicembre 2002, n. 301, art. 1 comma 1, lett. a) e dal d.l. 21 giugno 2013, n. 69, art. 30 comma 1 lett. a), convertito con modificazioni dalla legge n. 98 del 9 agosto 2013.

zioni di pianificazione e programmazione territoriale o temporale autoritativa con prevalente finalità economica o prevalente contenuto economico, che pongono limiti, programmi e controlli non ragionevoli, ovvero non adeguati ovvero non proporzionati rispetto alle finalità pubbliche dichiarate».

Tali interventi si pongono poi in sintonia con il concetto di economia circolare, che inizia a diffondersi nel nostro ordinamento grazie all'impulso dell'Unione europea²⁶. Siccome il modello di crescita fondato sul presupposto che le risorse sono abbondanti, disponibili, accessibili ed eliminabili a basso costo, è diventato inaccettabile, secondo l'Agenda per l'efficienza delle risorse stabilita con la strategia Europa 2020, occorre orientarsi verso un sistema in cui i prodotti mantengono il loro valore aggiunto il più a lungo possibile e le risorse restano all'interno del sistema economico, in modo da poter essere riutilizzate più volte a fini produttivi e creare così nuovo valore. In questo senso si potrebbe pensare al riuso del territorio come un'applicazione di questi principi²⁷.

3. La rigenerazione nel Testo Unico dell'Edilizia

Come noto, il legislatore regionale si è occupato di rigenerazione nell'ambito della potestà legislativa in materia di governo del territorio²⁸. Il legislatore statale, invece, si è mosso attraverso le ampie disposizioni in materia economica, con ciò confermando la tendenza ad occuparsi degli aspetti economici unitamente a quelli ambientali, con un approccio integrato.

Nell'ordinamento statale si possono richiamare alcune previsioni del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (Testo Unico Edilizia; d'ora in poi, t.u.e.) che confermano l'impostazione della rigenerazione come una delle possibili forme di intervento sul patrimonio edilizio esistente in un'ottica di sostenibilità. La richiamata impostazione sembra emergere dall'art. 5 comma 9 del d.l. 13 maggio 2011, n. 70 ("Decreto Sviluppo", convertito con l. 12 luglio 2011, n. 106) che è nato con l'intento di «liberalizzare le costruzioni private» e finalizzato ad introdurre disposizioni «per la riqualificazione incentivata delle aree urbane» prevedendo altresì un termine fisso per eventuali normative regionali che volessero regolamentare le misure destinate a riqualificare le aree urbane degradate in quanto «caratteriz-

²⁶ COM (2014)398 del 02/07/2014, Comunicazione della Commissione europea, *Verso un'economia circolare: programma per un'Europa a zero rifiuti*, ove si afferma che occorre arrestare lo sviluppo economico avvenuto all'insegna dello spreco.

²⁷ P. LOMBARDI, *Il permesso di costruire in deroga tra interessi, uso e riuso del territorio*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2016, 3, p. 249.

²⁸ Per gli approfondimenti sulla legislazione regionale si veda A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana*, cit., pp. 63 ss.

zate da funzioni eterogenee e tessuti edilizi disorganici o incompiuti nonché edifici a destinazione non residenziale dismessi o in via di dismissione ovvero da rilocalizzare», anche con interventi di demolizione e ricostruzione. A tal fine, gli incentivi prevedono misure premiali (riconoscimento di una volumetria aggiuntiva rispetto a quella preesistente), la possibilità di delocalizzare le volumetrie in aree diverse; l'ammissibilità delle modifiche di destinazione d'uso, le modifiche della sagoma necessarie per l'armonizzazione architettonica con gli edifici esistenti.

In questa accezione, dunque, il termine rigenerazione assume la valenza di strumento di pianificazione e gestione del territorio e del patrimonio edilizio esistente pertanto, gli interventi di demolizione e ricostruzione diventano incentivi per tali azioni. In tal senso la giurisprudenza ha stabilito che la normativa «prevede espressamente l'obiettivo di riqualificare le aree urbane degradate ed esclusivamente all'attuazione di tale scopo risultano connessi i premi di volumetria e/o di superficie previsti» (T.a.r. Potenza, 21 giugno 2013, n. 366). Non ogni intervento può dunque beneficiare delle misure incentivanti, tant'è che il successivo comma 10 chiarisce che gli interventi non possono riferirsi ad edifici abusivi o siti nei centri storici o in aree soggette ad inedificabilità assoluta.

Da quanto detto sembra che gli interventi rientranti nelle finalità del comma 9 assumano di per sé un rilievo pubblicistico dal momento che permettono di razionalizzare e riqualificare aree degradate. Tuttavia, la giurisprudenza ha chiarito che l'interesse del privato ad attuare un intervento costruttivo assume un rilievo pubblicistico nella misura in cui consente di razionalizzare e di riqualificare le aree urbane degradate, con l'unico limite che si tratti di destinazioni tra loro compatibili e complementari (T.a.r. Torino, 18 settembre 2018, n. 1028), e pur rimanendo fermo che la valutazione circa la rispondenza dell'intervento costruttivo privato alle finalità di interesse pubblico compete al Consiglio comunale (T.a.r. Piemonte, 29 gennaio 2016, n. 91)²⁹.

La flessibilità degli strumenti edilizi è necessaria per consentire di far fronte in maniera efficace alla episodica e puntiforme convergenza sul territorio degli interessi diversificati, evitando che per attuare interventi edificatori di recupero si debba attendere la modifica del piano regolatore. In questa direzione va il decreto "Sblocca-Italia" (d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito dalla l. 11 novembre 2014, n. 164), che mette in relazione l'attività edilizia con lo sviluppo sostenibile. La disposizione contiene un insieme di previsioni di sempli-

²⁹ Critico nei confronti della modifica operata dal decreto Sblocca-Italia è P. MANTINI, *Luci e ombre della semplificazione edilizia nella legge Sblocca-Italia*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2014, 6, Suppl. f., p. 83, secondo il quale la previsione di una delibera del Consiglio comunale anche per la ristrutturazione edilizia costituisce un ingiustificato ed illogico aggravamento procedurale, soprattutto se si considera che questo tipo di interventi è tra i più diffusi e rilevanti sotto il profilo del riuso urbano.

ficazione, incentivanti il recupero del patrimonio edilizio esistente – dal punto di vista sia economico che procedurale – e la riduzione del consumo del suolo³⁰.

L'art. 17 prevede una serie di modificazioni al t.u.e. al fine, tra gli altri, «di assicurare processi di sviluppo sostenibile, con particolare riguardo al recupero del patrimonio edilizio esistente e alla riduzione del consumo di suolo». La strategia di fondo, dunque, è quella di incentivare gli interventi sull'esistente rendendoli più semplificati, in una prospettiva anticrisi che cerca di coniugare l'aspetto economico con quello ecologico³¹. In altri termini, mediante la riduzione degli oneri a carico dei cittadini e delle imprese si cerca di promuovere uno sviluppo urbanistico sostenibile. Le misure previste si dividono in due principali categorie; una prima categoria è relativa ai costi amministrativi per la realizzazione degli interventi di rigenerazione edilizia, mentre una seconda è data dalle misure di semplificazione delle procedure urbanistiche ed edilizie.

Sono stati poi introdotti nuovi criteri di determinazione dei contributi comunali relativi agli oneri di urbanizzazione. La modifica normativa ha interessato, in particolare, l'art. 16 t.u.e., all'interno del cui comma 4 è stata inserita la lett. d-bis ad opera del d.l. 133/2014. La previsione consente al consiglio comunale di differenziare fra gli interventi, in modo da favorire le ristrutturazioni edilizie nelle aree a maggiore densità del costruito rispetto alle nuove costruzioni. La disposizione è riassuntiva della *ratio* di fondo delle innovazioni riferite al tema dei contributi costruttivi e deve essere letta insieme alla successiva lettera d-ter, che disciplina il contributo straordinario (versamento finanziario a favore dell'amministrazione) quale corrispettivo per le valorizzazioni urbanistiche, premiando gli interventi rigenerativi. La disposizione, inoltre, deve essere letta congiuntamente al comma 10, il quale prevede che nel caso di interventi su edifici esistenti il costo di costruzione debba essere determinato in relazione al costo degli interventi stessi e, al fine di incentivare il recupero del patrimonio, per gli interventi di ristrutturazione edilizia ai comuni è concessa la facoltà di deliberare che i costi di costruzione ad essi relativi siano inferiori ai valori determinati per le nuove costruzioni.

³⁰ E. BOSCOLO, *Commento all'art. 6*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Testo unico dell'edilizia*, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 140 ss. In senso critico verso il metodo legislativo utilizzato, quello della deroga ad istituti già esistenti e dotati di un proprio equilibrio giuridico, M. BRAY, *Sblocca-regole*, in Aa.Vv., *Rottama Italia*, Milano, Altraeconomia, 2015.

³¹ Cfr. E. BOSCOLO, *Commento all'art. 6*, cit., p. 140, il quale afferma che alla «determinante economica si aggiunge dunque quella ecologica e questa, al di là delle previsioni di dettaglio, è sicuramente la novità, indicativa di un approccio non più esclusivamente anticongiunturale ed attento solamente alle ragioni dell'economia».

Il medesimo principio trova applicazione anche nelle modifiche introdotte nell'art. 17 del t.u.e., il quale prevede la possibilità di riduzione della componente relativa al costo di costruzione per favorire gli interventi di densificazione edilizia, di ristrutturazione, recupero o riuso degli immobili dismessi o in via di dismissione, rispetto a quelli di nuova costruzione (comma 4-bis). Al contrario, la nuova formulazione sottopone al pagamento del costo di costruzione gli interventi di manutenzione straordinaria, ove comportanti aumento del carico urbanistico e della superficie calpestabile, che in precedenza vi erano esenti.

Come detto, con il decreto “Sblocca-Italia” il legislatore ha introdotto una serie di misure per la semplificazione delle procedure urbanistiche ed edilizie, che sono centrali per la definizione del rapporto tra rigenerazione ed attività edilizia. Si fa riferimento a quegli strumenti che permettono di superare le previsioni urbanistiche pregresse, ritenute non più compatibili con le esigenze di rigenerazione. Nello specifico si tratta dell'articolo 3-bis (interventi di conservazione); dell'articolo 10, (permesso di costruire); dell'articolo 14 comma 1-bis, (permesso di costruire in deroga) e dell'articolo 28-bis, (permesso di costruire convenzionato).

Nell'art. 3-bis t.u.e. assume particolare rilevanza l'intervento di conservazione, praticabile laddove lo strumento urbanistico abbia individuato edifici esistenti incompatibili con gli indirizzi strategici della pianificazione ed abbia prefigurato politiche attive rispetto ad oggetti edilizi incongrui da sostituire. In generale, deve trattarsi di manufatti la cui presenza determini delle rilevanti criticità territoriali o impedisca il perseguimento delle azioni definite dal piano urbanistico. In questi casi, in alternativa all'espropriazione, il Comune può favorire forme di compensazione incidenti sull'area interessata e senza aumento della superficie coperta³².

La disposizione si occupa di un aspetto attuativo di dettaglio, tralasciando la cornice di riferimento e, pur essendo rubricata “interventi di conservazione”, è inserita nel Capo V del decreto intitolato “misure di rilancio per l'edilizia”, che si propongono di promuovere la crescita del paese attraverso un incremento di tale attività. Essa, quindi, dimostra la volontà del legislatore di legare gli aspetti della pianificazione, della compensazione e della riqualificazio-

³² E. BOSCOLO, *Commento all'art. 6, cit.*. Sulla legittimità costituzionale della norma si veda Corte Cost. 5 aprile 2016, n. 67, che la ha ricondotta al sistema della perequazione urbanistica, «*sintesi a combinare, in contesti procedurali di “urbanistica contrattata”, il mancato onere per l'amministrazione comunale, connesso allo svolgersi di procedure ablatorie, con la corrispondente incentivazione al recupero, eventualmente anche migliorativo, da parte dei proprietari, del patrimonio immobiliare esistente: il tutto in linea con l'esplicito intento legislativo di promuovere la ripresa del settore edilizio senza, tra l'altro, aumentare, e anzi riducendo, il consumo di suolo.*».

ne. Tuttavia la dottrina si è mostrata critica in quanto il “conservare” attraverso interventi di carattere attivo necessita di una legislazione precisa e dettagliata. In caso contrario vi è il rischio di trasformare gli intenti di tutela del territorio in interventi dai margini poco chiari, poiché «non si prevede se e in che limiti le compensazioni possano derogare alle disposizioni di piano, né si precisa in cosa possano consistere»³³.

Il legislatore ha anche introdotto dei limiti, prevedendo che le attribuzioni compensative non potranno comunque generare aumenti della superficie coperta. I proprietari possono eseguire su tali fabbricati unicamente interventi di matrice conservativa, mentre la demolizione e ricostruzione può essere operata solo per obiettive ed improrogabili ragioni di ordine statico o igienico-sanitario, in quanto in tal modo si finirebbe per consolidare la presenza del manufatto, allontanando la prospettiva di decostruzione.

Tra le norme sintomatiche della volontà del legislatore di favorire la rigenerazione sostenibile possiamo inserire anche l'art. 10, comma 1, lett. c) t.u.e. il quale, nella sua ultima versione, prevede che costituiscono interventi di trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio, e sono subordinati a permesso di costruire, quelli capaci di portare «ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente e che comportino modifiche della volumetria complessiva degli edifici o dei prospetti, ovvero che, limitatamente agli immobili compresi nelle zone omogenee A, comportino mutamenti della destinazione d'uso, nonché gli interventi che comportino modificazioni della sagoma di immobili sottoposti a vincolo»³⁴. Il “Decreto del Fare” (d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito dalla l. 9 agosto 2013, n. 98) ha operato una prima modifica all'art. 10 t.u.e. con l'art. 30, dedicato alla semplificazione edilizia, prevedendo una sostanziale modifica degli interventi edilizi soggetti a permesso di costruire³⁵. In deroga alla versione precedente, si ammette la s.c.i.a. anche per

³³ P. CHIRULLI, *La pianificazione urbanistica tra esigenze di sviluppo e riduzione del consumo di suolo: la riqualificazione dell'esistente*, cit., pp. 592 ss.

³⁴ T. BONETTI, *Il “riciclo” del tessuto edilizio esistente nell'ordinamento italiano. Spunti ricostruttivi*, in T. Bonetti, N. Marzot, M. Roversi Monaco (a cura di), *Frammenti per un codice del riciclo urbano*, Roma, Aracne, 2016, pp. 11 ss.

³⁵ Il permesso di costruire è necessario per gli interventi di nuova costruzione, di ristrutturazione urbanistica e di ristrutturazione edilizia che portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente e che comportino modifiche della volumetria complessiva degli edifici o dei prospetti. Limitatamente agli immobili compresi nei centri storici, è necessario il permesso di costruire per quegli interventi che comportino mutamenti della destinazione d'uso, nonché per gli interventi che comportino modificazioni della sagoma di immobili vincolati.

gli interventi di ristrutturazione edilizia che prevedano una modifica della sagoma dell'edificio³⁶.

Dalla disciplina sono esclusi gli immobili sottoposti a vincolo, per i quali è necessario il mantenimento della sagoma originale ai fini dell'accesso al regime semplificato. Parimenti, è esclusa la possibilità di ricostruire edifici o porzioni dei medesimi di cui non sia possibile ricostruire la preesistente consistenza. Il decreto "Sblocca-Italia" con l'art. 17 è intervenuto includendo nella ristrutturazione edilizia gli interventi di modifica della volumetria complessiva, ampliando ulteriormente tale nozione. Nell'ottica di sostenibilità, dunque, il *favor* per il recupero edilizio si spinge fino al punto di qualificare gli interventi di ristrutturazione come di "interesse pubblico" ed a rendere residuale la possibilità di realizzare nuove edificazioni sui suoli non ancora urbanizzati³⁷.

Il legislatore, in definitiva, è intervenuto sul t.u.e. per coordinarlo meglio con gli obiettivi di semplificazione e certezza del diritto perseguiti con la riforma amministrativa e lo ha fatto, in particolare, prevedendo espressamente la compatibilità tra gli interventi di riqualificazione e restauro conservativo, in regime di s.c.i.a., e il mutamento della destinazione d'uso, ammettendoli implicitamente anche nella Zona A)³⁸.

Nella medesima ottica incentivante deve essere letto l'ampliamento delle ipotesi di permesso di costruire in deroga alle destinazioni d'uso, di cui all'art. 14 t.u.e.³⁹. Il comma 1-bis ammette la richiesta di permesso di costruire in deroga alle destinazioni d'uso per gli interventi di ristrutturazione edilizia, anche

³⁶ Il sistema dei titoli edilizi è disciplinato dagli artt. 6, 6 bis, 10 e 22 del t.u.e.. Tra le novità introdotte dall'ultima riforma del settore edilizio, operata dalla legge 214/2015 vi è stata quella di ridurre il numero dei modi di relazione tra il privato proprietario e l'amministrazione, eliminando la d.i.a. (Dichiarazione di inizio attività), la Super-d.i.a. e la c.i.l. (Comunicazione di inizio lavori). Il sistema attualmente vigente a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. 222/2016, individua cinque procedure edilizie principali, a cui corrispondono i relativi titoli abilitativi: attività edilizia libera, senza necessità di adempimenti (nessun titolo abilitativo); attività edilizia libera subordinata a c.i.l.a. (comunicazione di inizio lavori asseverata); attività sottoposta a s.c.i.a. (segnalazione certificata di inizio attività); attività sottoposta a s.c.i.a. in alternativa al permesso di costruire; attività sottoposta a permesso di costruire. Per approfondimenti cfr. E. BOSCOLO, *Decreti attuativi della legge Madia: liberalizzazioni e ridisegno del sistema dei titoli edilizi*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2016, 6, p. 601.

³⁷ F. GUALANDI, *Dallo "jus aedificandi" allo "jus restituendi" (inteso come diritto di recuperare, rigenerare e sostituire l'esistente). Riflessioni sulla rigenerazione urbana*, in *Lex Italia*, 2014, p. 4.

³⁸ Secondo D.m. 2 aprile 1968, n. 1444, art. 2, comma 1, *lett. a)*, rientrerebbero nella zona A) le parti del territorio interessate da agglomerati urbani aventi carattere storico, artistico e di particolare pregio ambientale o da porzioni di essi, comprese le aree circostanti, che possono considerarsi parte integrante, per tali caratteristiche, degli agglomerati stessi.

³⁹ Per un commento alla norma si rimanda a A. CASSATELLA, *Il permesso in deroga: caratteri e disciplina (art. 14 DPR 6.6.2001, n. 380)*, in S. Battini, L. Casini, G. Vesperini, C. Vitale (a cura di), *Codice di edilizia e urbanistica*, Torino, UTET, 2013, p. 1222.

attuati in aree industriali dismesse. Il permesso può essere concesso a condizione che il mutamento di destinazione d'uso non comporti un aumento della superficie coperta prima dell'intervento di ristrutturazione. Originariamente l'ambito di applicazione era circoscritto a edifici ed impianti pubblici o di interesse pubblico, mentre il legislatore del 2014 lo ha esteso agli interventi di ristrutturazione edilizia, attuati anche in aree industriali dismesse, previa attestazione dell'interesse pubblico da parte del consiglio comunale. In tal modo si realizza in via eccezionale un intervento in deroga alle prescrizioni del Piano Regolatore, in alternativa ad una variante o ad una nuova previsione.

Vi è una differenza tra la formulazione del comma 1 e del comma 1-bis in quanto, mentre nel primo caso l'interesse pubblico attiene all'edificio o all'impianto in relazione al quale si vuole operare la deroga, nel comma 1-bis l'interesse pubblico è relativo all'intervento di ristrutturazione edilizia in sé, a prescindere dalla natura pubblica o privata del bene su cui viene attuato. In sostanza, ciò che rileva negli interventi in deroga sembra essere la soddisfazione dell'interesse della collettività. Muovendo dalla premessa per cui la rigenerazione e la riqualificazione dell'esistente sono "di interesse pubblico", si consente l'accesso al permesso di costruire in deroga, che è un istituto in grado dare significativa flessibilità e ampi margini di manovra all'intervento stesso.

Inoltre, si è ritenuto il permesso di costruire in deroga agli strumenti urbanistici generali un atto di micro-pianificazione e, di conseguenza, si è affermato che ampliarne le ipotesi applicative significa ampliare le possibilità per il cittadino di contribuire al governo del territorio, permettendo la sua partecipazione attiva alle decisioni di trasformazione mediante la definizione dell'interesse pubblico da perseguire in concreto⁴⁰. A tal proposito, il rilascio del permesso in deroga sarebbe da ammettere solo se la zona interessata dall'intervento abbia le caratteristiche di un'area urbana degradata e soddisfi l'interesse pubblico tipizzato, ovvero quello alla riqualificazione di tali aree⁴¹.

Il decreto "Sblocca-Italia", infine, ha introdotto una nuova disciplina relativa al mutamento di destinazione d'uso urbanisticamente rilevante. L'art. 23-ter t.u.e. consente sempre il mutamento della destinazione d'uso all'interno di

⁴⁰ P. LOMBARDI, *Il permesso di costruire in deroga tra interessi, uso e riuso del territorio*, ^[1] in *Riv. Giur. Ed., cit.*

⁴¹ Cons. St., 11 novembre 2014, n. 1767. I giudici hanno ulteriormente chiarito che si deve trattare di un intervento edilizio circoscritto e predeterminato, che lasci inalterato l'assetto urbanistico della zona in cui lo stesso è ricompreso (T.a.r. Salerno, 9 novembre 2011, n. 1803). Inoltre, al provvedimento è stata attribuita natura discrezionale, in quanto emanato all'esito di una comparazione dell'interesse alla realizzazione (o al mantenimento dell'edificio) con ulteriori interessi pubblici, tra cui quelli paesistici e ambientali (T.a.r. Catanzaro, 11 settembre 2011 n. 375)

una delle quattro categorie funzionali elencate dallo stesso articolo, salvo preclusioni da parte delle leggi regionali o degli strumenti urbanistici generali. Dalla norma emerge, in definitiva, una forte accentuazione della deregolamentazione in senso incentivante le operazioni di ristrutturazione edilizia⁴².

Da ultimo, l'articolo 5 del d.l. 18 aprile 2019, n. 32 ("Sblocca cantieri") – convertito con modificazioni dalla legge 14 giugno 2019, n. 55 – è intervenuto sull'art. 2-bis t.u.e., modificando il comma 1 e introducendo i commi 1-bis e 1-ter, al dichiarato fine di favorire la rigenerazione urbana. Ossia, le previsioni del t.u.e. vengono funzionalizzate alla realizzazione di un assetto complessivo e unitario del territorio urbano, anche mediante la definizione di limiti di densità edilizia, altezza e distanza dei fabbricati.

A ben vedere cioè, con questa modifica la disposizione viene espressamente finalizzata (tra l'altro) a favorire la rigenerazione del patrimonio edilizio esistente, nonché a promuovere e agevolare la riqualificazione di aree urbane degradate, ovvero caratterizzate da funzioni eterogenee e tessuti edilizi disorganici o incompiuti. Per cui, sembra che nella visione del recente legislatore gli interventi di demolizione e ricostruzione debbano essere uno strumento dello sviluppo urbano sostenibile da attuarsi, tra l'altro, mediante la rilocalizzazione di edifici per favorire la densificazione urbana.

4. Conclusioni

Le recenti trasformazioni hanno la materia del governo del territorio il punto di intersezione, e talora di sovrapposizione, di varie discipline, al punto da includere anche la tutela di valori quali il paesaggio, l'ambiente e la salute. Una lettura del territorio che parta dalla città pubblica, specialmente dalla carenza di servizi e spazi pubblici, permette di non ragionare più solo in funzione della vocazione edificatoria dei suoli, ma di favorire, da un lato, una "ricostruzione del costruito" degradato o obsoleto e, dall'altro, di rendere compartecipi di tale scelte i privati destinatari delle prescrizioni urbanistiche⁴³.

Vista in un'ottica di sostenibilità, quindi, la disciplina edilizia deve essere intesa anche come un complesso di prescrizioni volte a realizzare finalità di sviluppo economico e sociale della comunità locale, attraverso una pluralità di

⁴² A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana*, cit., pp. 128 ss.

⁴³ In proposito si è parlato di un'urbanistica consensuale e, in molti casi, solidale. Cioè attenta alle esigenze di riconvertire, riqualificare, rinnovare intere parti di città piuttosto che orientata a favorire nuove urbanizzazioni. Cfr. P. URBANI, *La rigenerazione urbana: la posizione del giurista*, Astrid, 2017; ID., *Le modifiche al testo unico dell'edilizia dopo la l.164/2014 tra semplificazione edilizia e deroghe alla disciplina urbanistica dello strumento urbanistico generale*, in *Giustamm*, 2015.

obiettivi, contenuti, soggetti e modalità di attuazione⁴⁴. Si è affermato, infatti, che poiché esiste un rapporto inscindibile tra territorio, attività economiche ed esigenze della popolazione, il governo del territorio deve essere orientato non solo e non tanto a finalità conservative ma, altresì, a obiettivi di sviluppo civile e sociale⁴⁵. Di questo avviso è anche quella giurisprudenza secondo cui la normativa edilizia sarebbe anche volta alla realizzazione “contemperata” di una pluralità di interessi pubblici, aventi fondamento nella Costituzione⁴⁶.

La rigenerazione, dunque, sembra essere la risposta alla crescente domanda di qualità dello spazio urbano per ciò che all’incrementare della qualità della città diminuiscono gli indicatori del disagio sociale⁴⁷. Agli interventi di rigenerazione sostenibile sarebbe dunque da riconoscere un carattere strategico, nel senso che essi che devono superare la contingenza di linee di finanziamento singole e isolate per divenire strumento ordinario della pianificazione territoriale. E, di conseguenza, assumere un valore funzionale al conseguimento di altri obiettivi.

Ciononostante, l’esigenza di valorizzare l’esistente è lasciata soprattutto all’iniziativa privata. Le previsioni normative identificano cioè la tendenza a favorire il riuso attraverso la collaborazione tra soggetti pubblici e privati, sia singoli che associati⁴⁸. In questo senso l’intervento privato contribuisce a realizzare interessi pubblici ulteriori, che trascendono la sfera edilizia ed urbanistica.

Tuttavia, non è dato sottacere la struttura puntiforme e il carattere episodico dei recenti interventi normativi in materia edilizia i quali sono stati concepiti al di fuori di una cornice generale, essendo mancato il loro inserimento nelle politiche pubbliche del territorio all’interno di un disegno organico, nonostante vi siano state proposte in tal senso⁴⁹. Il legislatore, quindi, pur avendo riconosciuto la centralità della rigenerazione sostenibile, sembra averne affidato

⁴⁴ P. URBANI, S. CIVITARESE, *Diritto urbanistico*, Torino, Giappichelli, 2017; F. GUALANDI, *Dallo “jus aedificandi” allo “jus restituendi”*, cit.

⁴⁵ R. DIPACE, *La rigenerazione urbana tra programmazione e pianificazione*, cit., pp. 244 ss.

⁴⁶ La giurisprudenza ha sottolineato che le norme hanno l’obiettivo «di introdurre misure volte a favorire lo sviluppo economico in una fase storica di particolare difficoltà per il Paese, prefigurano più ampi margini di azione per chi intenda provvedere all’attività edilizia, così da incoraggiarne l’esercizio» (T.a.r. Bologna, 24 luglio 2012 n. 518), in modo da «rilanciare l’attività edilizia in modo compatibile con gli obiettivi di razionalizzazione del patrimonio edilizio esistente e di riqualificazione delle aree urbane degradate» (T.a.r. Torino, 28 novembre 2013, n. 1287).

⁴⁷ A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana*, cit., p. 110; R. DIPACE, *La rigenerazione urbana tra programmazione e pianificazione*, cit., pp. 244 ss.

⁴⁸ E. CHITI, *La rigenerazione di spazi e beni pubblici: una nuova funzione amministrativa?*, in F. Di Lascio, F. Giglioni, *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, cit., pp. 29 ss.

⁴⁹ Ci si riferisce alla proposta di legge A.C. 113 del 23 marzo 2018, che si pone lo scopo di dettare alcuni principi generali in materia di strumenti di pianificazione urbanistica, inclusa la rigenerazione.

le sorti principalmente all'attività edilizia favorendo iniziative isolate e agevolando meccanismi in deroga⁵⁰, attraverso una logica positiva, incentivale⁵¹.

Pur nella frammentarietà del quadro normativo di riferimento si possono trarre alcune considerazioni circa il regime giuridico relativo ai processi di rigenerazione urbana sostenibile. In primo luogo, si è notato che le misure poste in essere ricorrono a molti degli strumenti già presenti nell'ordinamento (permesso di costruire, s.c.i.a. etc.)⁵², mentre a cambiare è lo scopo a cui essi sono ispirati, che ora include la sostenibilità energetica e ambientale⁵³. In altri termini, se l'essenza della rigenerazione risiede in un'azione complessa e progressiva volta a realizzare forme di trasformazione e/o ridefinizione, anche funzionale, dei contorni del tessuto edilizio esistente, allora, come conseguenza, l'opzione teleologica è identificabile soprattutto nella circostanza per cui la dimensione edilizia esistente è valorizzata come supporto materiale, strumentale alla progettazione e realizzazione di manufatti rispondenti ai canoni della sostenibilità energetica ed ambientale, sia dal punto di vista strutturale, che da quello funzionale.

La seconda considerazione concerne la disciplina giuridica applicabile. Gli interventi di rigenerazione nella pratica si conformano ai principi, alle regole e alle prescrizioni a cui soggiacciono le altre categorie di intervento. Sebbene le finalità perseguite attraverso gli interventi di riuso, riqualificazione, ristrutturazione e rigenerazione trovino un presupposto comune nell'esigenza di razionalizzare l'uso del suolo e degli edifici, tuttavia la rigenerazione si differenzia da essi e dovrebbe esserlo, oltre che negli obiettivi e nelle finalità, anche negli strumenti attraverso cui viene realizzata. Ciò si riflette inevitabilmente sul regime relativo agli interventi ed ai processi di rigenerazione urbana che, come si è evidenziato, risulta frammentario e privo di coerenza.

Vi è stata, dunque, una scarsa lungimiranza del legislatore, per cui gli intenti rigenerativi sono perseguiti spesso mediante la formulazione di proposizioni normative in cui l'espressione "rigenerazione" è talvolta indicata quale principio ispiratore, talaltra come un obiettivo da raggiungere, altre volte ancora come un'azione da compiere in vista del perseguimento di interessi pubblici ulteriori. In ulteriori occasioni l'espressione "rigenerazione" viene utilizzata in-

⁵⁰ A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana*, cit., pp. 183 ss.; T. BONETTI, *Il "riciclo" del tessuto edilizio esistente nell'ordinamento italiano. Spunti ricostruttivi*, in T. Bonetti, N. Marzot, M. Roversi Monaco, *Frammenti per un codice del riciclo urbano*, cit., pp. 11 ss.

⁵¹ Si tratta di quella stessa logica incentivante che Bobbio indicava con l'espressione «*sanzioni positive*». Cfr. N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1970.

⁵² A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana*, cit., *ibidem*.

⁵³ P. MANTINI, *Luci e ombre della semplificazione edilizia nella legge Sblocca-Italia*, cit.

sieme a (o in luogo di) quelle di riqualificazione, riuso e recupero⁵⁴. Soprattutto in seguito alle modifiche normative del t.u.e. attuate dai decreti “anti-crisi”, gli strumenti edilizi preesistenti sono stati declinati a favore della rigenerazione, contribuendo per tale via a disegnare un ruolo nuovo per l’edilizia nei processi rigenerativi.

La terza considerazione riguarda il rapporto fra rigenerazione e norme sull’attività edilizia soprattutto all’indomani della loro semplificazione e liberalizzazione⁵⁵. Tale relazione non può essere letta in termini di contrapposizione, ciò in quanto la rigenerazione urbana ha bisogno anche di regole flessibili e semplici. Procedimenti troppo complessi hanno spesso costituito un ostacolo per la positiva intrapresa di azioni di recupero o riuso dell’esistente⁵⁶. Per cui, occorre ammettere una certa flessibilità delle regole sulle modalità di intervento, sulle destinazioni, sui contenuti del rapporto negoziale pubblico-privato, allo scopo di incentivare il recupero del patrimonio esistente.

Il panorama dei titoli abilitativi, risulta difatti notevolmente semplificato e riserva una posizione privilegiata per lo strumento della s.c.i.a., che comporta una dequotazione della discrezionalità amministrativa, a favore della centralità del dato normativo⁵⁷.

Le modifiche apportate al t.u.e. tuttavia non intendono diminuire il potere di controllo pubblico quanto, piuttosto, sottrarre oneri amministrativi al privato dal momento. Ciò che significa scoraggiare interventi di nuova costruzione, sottoposti al più oneroso permesso di costruire, incentivando gli interventi sul tessuto edilizio esistente e promuovendo così indirettamente la rigenerazione e il miglioramento del contesto urbano. E se la qualità dello spazio urbano si pone quale obiettivo primario, perché il suo incremento porta altresì ad una riduzione degli indicatori del disagio sociale, allora i meccanismi di semplificazione previsti dal legislatore rispondono ad esigenze di promozione della rigenerazione.

⁵⁴ T. BONETTI, *La rigenerazione urbana nell’ordinamento giuridico italiano: profili ricostruttivi e questioni aperte*, in E. Fontanari, G. Piperata, *Agenda re-cycle*, cit., pp. 62 ss.

⁵⁵ In generale su tema si rimanda a E. BOSCOLO, *Decreti attuativi della legge Madia: liberalizzazioni e ridisegno del sistema dei titoli edilizi*, cit.

⁵⁶ A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana*, cit., p. 189.

⁵⁷ In questo senso E. GIARDINO, *L’individuazione, la semplificazione e l’accelerazione dei procedimenti. Il commento*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2017, 1, p.27.^[1]_{SEPT}

III
OPINIONI E RECENSIONI

ALBERTO ZITO

Professore ordinario di diritto amministrativo presso la
Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Teramo.

Docente temporaneo presso la SNA – Scuola Nazionale della Pubblica Amministrazione
azito@unite.it

**DALL'EPOCA DEL CAMBIAMENTO AL CAMBIAMENTO
D'EPOCA: IL RUOLO DELLE PUBBLICHE
AMMINISTRAZIONI NELLA PROSPETTIVA DEL GIURISTA**

**FROM THE AGE OF CHANGE TO AGE CHANGE: THE
ROLE OF PUBLIC ADMINISTRATIONS
IN THE JURIST'S PERSPECTIVE**

INDICE: 1. Considerazioni introduttive sul tema. - 2. La legittimazione della pubblica amministrazione nell'epoca del cambiamento: il rispetto della dignità della persona. - 3. Dignità della persona, diritti sociali, ed obbligazioni pubbliche aggiuntive sul piano dell'organizzazione e dell'azione amministrativa. - 4. Considerazioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive sul tema

Se quello che stiamo vivendo non è semplicemente un'epoca di cambiamento, ma è un cambiamento d'epoca, quale ruolo sono destinate ad assumere le pubbliche amministrazioni nel nuovo scenario? La questione è assai complicata, come pure è complicato anche solo abbozzare una risposta. In via preliminare devo precisare che assumo la coppia concettuale «epoca del cambiamento-cambiamento d'epoca» non nel senso filosofico-teologico in cui sovente viene usata. Nel senso anzidetto il passaggio dall'epoca del cambiamento al cambiamento d'epoca sta a significare la necessità di abbandonare l'antirealismo e il costruttivismo filosofico e di abbracciare una prospettiva in cui l'uomo è nel contempo soggetto naturale e soggetto storico e dunque si realizza nella storia senza però dissolvere la realtà naturale e spirituale nella mera soggettività individuale¹. Ai fini del discorso che intendo svolgere la dicoto-

¹ L. LEUZZI, *La Chiesa del Concilio. Servire il cambiamento d'epoca*, Vol. I, Roma, Libreria Editrice Vaticana, 2017. Sul tema del nuovo realismo inteso sia in senso ontologico sia in senso metodologico cfr. M. FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo*, Roma-Bari, Laterza, 2012. Più in

mia è assunta in un significato più limitato. Se in ogni epoca vi è cambiamento, perché la realtà umana è dinamica, vi sono momenti in cui il cambiamento investe le stesse fondamenta su cui si è costruita un'epoca. Il cambiamento d'epoca segnala dunque un mutamento più profondo e, vorrei dire, radicale rispetto all'epoca del cambiamento.

Che quella che stiamo attraversando non sia una semplice epoca del cambiamento, ma un cambiamento d'epoca, è un'idea molto diffusa nelle scienze sociali, ma anche nelle scienze cosiddette dure. I progressi scientifici e tecnologici, l'impetuoso avanzare dell'informatica, della robotica e dell'intelligenza artificiale, i mutamenti che si sono verificati nel sistema economico a livello globale, i cambiamenti che si registrano nei rapporti sociali, i fenomeni migratori che mettono in contatto, in una misura per l'innanzi sconosciuta, culture, religioni, modi di vita e mondi della vita diversi, le potenzialità, ma anche i rischi insiti nei nuovi strumenti di comunicazione, tutto induce a ritenere che ci troviamo di fronte ad un cambiamento d'epoca. Non è dunque un caso che in molti saperi si sia creato lo spazio per la nascita di specifiche aree di studio per la cui denominazione si è scelto di utilizzare il suffisso "bio": e così ad esempio si parla sempre più spesso di biodiritto² e di biopolitica³ talvolta in termini di nuove discipline ciascuna con un proprio oggetto e metodo di studio. Ebbene tutto ciò non può che suonare conferma del fatto che viviamo in un'epoca in cui tutti i cambiamenti prima ricordati sono potenzialmente in grado di interferire con la dimensione più intima della vita, ossia con il corpo e con lo spirito delle persone. Dunque (e con buona ragione) si può dire che, nel momento stesso in cui il divenire storico e il fare dell'uomo, che genera tale

generale sul tema del realismo cfr. A. LAVAZZA, V. POSSENTI (a cura di), *Perché essere realisti. Una sfida filosofica*, Milano, Mimesis, 2013.

² Che il diritto sia sempre interessato alla (ed abbia sempre regolato la) vita non è certamente una novità. Ciò che di nuovo segnala l'espressione biodiritto sta nella rilevanza qualitativa e quantitativa delle connessioni tra regolazione giuridica e mondo della vita, rilevanza che, secondo una parte della dottrina giuridica, è tale da giustificare la nascita di un'autonoma disciplina del sapere giuridico avente un proprio oggetto di studio ed un proprio metodo. Per quest'ultima impostazione cfr. G. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Terza Ed., Torino, Giappichelli (il volume è significativamente suddiviso in tre capitoli: il biodiritto e il suo oggetto; le fonti del biodiritto; il metodo del biodiritto). Al biodiritto è peraltro dedicato un Trattato a cura di S. RODOTÀ, P. ZATTI, di cui cfr. in particolare il volume S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2010.

³ Anche l'espressione biopolitica segnala la connessione sempre più stretta che si è venuta a creare tra vita e politica. L'uso dell'espressione è più risalente nel tempo rispetto a quella di biodiritto e lo stesso statuto scientifico di tale campo del sapere ha una tradizione più consolidata grazie soprattutto ai lavori di M. FOUCAULT sul biopotere. Per un approccio sistematico al tema nella prospettiva filosofica cfr. U. VERGARI, *Governare la vita tra biopotere e biopolitica*, Trento, Tangram Edizioni, 2010.

divenire, pervadono la stessa intimità della persona, non si è più nell'epoca del cambiamento, ma nel cambiamento d'epoca.

Peraltro il cambiamento d'epoca indicato non è poi così lontano da ciò di cui si discute in ambito filosofico e teologico perché, anche in queste sedi, a venire in rilievo è il rapporto tra l'uomo, inteso nella sua naturalità ed umanità, e il fare dell'uomo nella storia, rapporto che, per effetto del progresso scientifico e tecnico, corre il concreto rischio di orientarsi non nella direzione di un arricchimento della persona, bensì nella direzione di una sua devastazione⁴.

E, se questa è la situazione, qual è allora, tornando alla domanda iniziale, il ruolo e il destino delle istituzioni amministrative? A dispetto di quanto si possa superficialmente pensare ritengo che le pubbliche amministrazioni, nell'ambito dei poteri pubblici, siano le istituzioni meglio attrezzate a servire e, mi verrebbe da dire, a gestire il cambiamento d'epoca. E lo sono perché anche nel cambiamento d'epoca non si potrà prescindere dalla loro azione. E' infatti parte costitutiva della natura di ogni pubblica amministrazione la funzione di far vivere nella concretezza dei rapporti sociali le ragioni dello stare insieme di una comunità, sia essa piccola o grande, nazionale o transnazionale; ed ancora è parte costitutiva della loro natura la funzione di vivificare il patto che sta alla base di ogni convivenza, realizzando quel bene comune dentro il quale i diritti ed i doveri delle persone possono trovare effettiva realizzazione e puntuale adempimento⁵. Dunque anche nel cambiamento d'epoca (e quale che sia la di-

⁴ Molti sono gli studiosi, di diversi ambiti disciplinari, che affrontano il tema del rapporto tra l'umano e l'artificiale e dei rischi di disumanizzazione derivanti dalla pervasività della tecnica. Seppure il tema non sia nuovo, perché ha attraversato tutto il secolo scorso, esso si pone oggi in termini più urgenti sol che si pensi al dibattito sulla possibilità di costruire *robot* che replicano la persona non soltanto sul piano del fare, ma anche sul piano della coscienza. Piuttosto che dilungarsi in lunghi elenchi di citazioni, sembra più utile al fine di confermare l'urgenza della questione ricordare la lettera aperta che quattro studiosi di diverse discipline e di orientamento marxista (tra cui un giurista Pietro Barcellona) hanno pubblicato il 16 ottobre 2011 sul quotidiano "Avvenire" nella quale si ricordava come oggi ad essere in gioco è la stessa libertà e dignità della persona sin dal suo concepimento (i quattro studiosi sono oltre al già citato Pietro Barcellona, Paolo Sorbi, Mario Tronti e Giuseppe Vacca).

⁵ Per l'ordine concettuale indicato nel testo si può vedere in particolare G. BERTI, *Diritto e Stato. Riflessioni sul cambiamento*, Padova, Cedam, 1986. L'autore tornerà anche negli anni successivi su questo tema affinando il proprio pensiero sino a giungere ad una svolta in cui ad essere messa in discussione è la stessa ricostruzione della pubblica amministrazione in termini di potere (cfr. G. BERTI, *La responsabilità pubblica. Costituzione e Amministrazione*, Padova, Cedam, 1994). Nel volume si afferma, infatti, che la p.a. è dalla Costituzione collegata direttamente alla società e che dunque essa non può che configurarsi come uno spazio d'azione libero, sia pure connotato da una particolare doverosità («il fatto che la Costituzione non identifichi l'amministrazione ha ... un significato preciso e cioè che la Costituzione non ha pensato all'amministrazione come ad un potere dello stato e che ha, al contrario, inteso che l'amministrazione dovesse vedersi collegata immediatamente con la società... L'amministrazione insomma appare come forma della società e non come un'immagine dello stato»). L'impostazione di G. BERTI è adottata e sviluppata con accenti di novità in particolare da L. R.

rezione dell'epoca nuova) vi sarà uno spazio vitale, nel senso etimologico della parola, per le istituzioni amministrative (d'altronde già nell'Ottocento si soleva affermare che i governi cambiano mentre l'amministrazione resta).

Quello che ho appena detto dovrebbe essere un patrimonio culturale comune, un sentire condiviso della (e nella) società. Ma purtroppo non è così se si pensa alla continua opera di delegittimazione che viene condotta da qualche decennio a questa parte, soprattutto in Italia, nei confronti delle pubbliche amministrazioni e dei loro funzionari. Naturalmente non voglio che le mie parole siano interpretate come una sorta di ingenuo elogio delle pubbliche amministrazioni. Sono perfettamente consapevole dei tanti mali che affliggono il nostro sistema amministrativo e della necessità di porvi, con grande impegno e lena, rimedio. Ma, così come il buon medico non confonde la persona con le patologie che l'aggrediscono, ma tenta di curare queste patologie consapevolmente del valore assoluto della persona, così non dobbiamo confondere la ragion d'essere delle istituzioni amministrative con le disfunzioni da cui le stesse possono essere affette. A negare la loro ragion d'essere sulla base della patologia non si rende, infatti, un buon servizio alla società.

Se si vuole una conferma empirica di quanto ho detto è sufficiente un solo e banale esempio: si afferma, e con ragione, che viviamo in una società del rischio⁶. Ma quando il rischio si materializza, sia esso dovuto ad un evento naturale o ad un evento umano, quando il rischio irrompe nelle nostre vite impaurendole e devastandole, a chi ci affidiamo e su che cosa confidiamo? Sulla presenza di una pubblica amministrazione, fatta di uomini e donne in carne ed ossa, che intervengono in nostro aiuto spendendo un sapiente *mix* di conoscenze scientifiche e tecniche (il sapere fare), di sapienza (il sapere essere), di *humanitas* (il sapere empatico) e di abnegazione personale (il sapere rischiare per proteggere gli altri dal rischio)⁷.

Da quanto detto ritengo di potere far discendere una prima e provvisoria conclusione. Nel cambiamento d'epoca avremo oltremodo bisogno delle pub-

PERFETTI di cui si vedano i saggi, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Diritto Amministrativo*, 2013, p. 309 ss. e *Sull'ordine giuridico della società e la sovranità*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Milanofiori Assago, 2016, p. 1153 ss. Per ulteriori sviluppi ed applicazioni relativamente al tema dell'efficienza cfr. di recente D. VESE, *Sull'efficienza amministrativa in senso giuridico*, Padova, Cedam, 2018.

⁶ Sul tema del rischio nelle odierne società è doveroso il rinvio a U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Trad. it., Roma, Carocci, 2013. Nella prospettiva giuridica cfr. lo studio, esaustivo ed efficace, di A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, Giuffrè, 2010.

⁷ Dovrebbe peraltro essere oggetto di maggiore attenzione e riflessione il fatto che, in presenza dei fenomeni sopra ricordati, i tanti vituperati funzionari pubblici siano considerati (giustamente) alla stregua di eroi.

bliche amministrazioni. Ogni fase di transizione è destinata, infatti, nel breve periodo - e fintanto che perdura - a generare insicurezza ed incertezza nella coscienza delle persone e nelle loro interazioni reciproche. Non è necessario che mi dilunghi sul punto perché, anche in questo caso, tante e tali sono le analisi scientifiche, che siamo in presenza di un dato indiscutibile di cui peraltro noi tutti siamo testimoni diretti. A cosa altro si riferisce se non a questo la fortunata espressione, piena però di grandi implicazioni teoriche, di società liquida?⁸. Ma, proprio perché questa è la situazione odierna, la società avrà bisogno di un fattore di stabilità e di coesione, di cui ci si fida e al quale ci si affida, che è fornito proprio dall'esserci e dall'agire delle pubbliche amministrazioni.

2. La legittimazione della pubblica amministrazione nell'epoca del cambiamento: il rispetto della dignità della persona

Con ciò si tocca la vera questione da affrontare. A quali condizioni si può realizzare oggi quel fidarsi delle (ed affidarsi alle) pubbliche amministrazioni? Ovvero, in termini diversi, ma per esprimere la stessa sostanza: a che condizioni le amministrazioni sono legittimate nel cambiamento d'epoca? Certamente ci si fida delle (e ci si affida alle) istituzioni amministrative se queste ultime rispettano le regole giuridiche che disciplinano la loro azione⁹; certamente ci si fida delle (e ci si affida alle) pubbliche amministrazioni se queste ultime sono gestite in modo efficiente e dunque utilizzano bene le risorse pubbliche loro riconosciute¹⁰. Ma ciò dicendo, siamo ancora immersi nell'epoca del cambiamento e non nel cambiamento d'epoca. A convincersi di quanto appena detto è sufficiente ricordare lo sviluppo delle teorie sulle pubbliche amministrazioni lungo l'Ottocento e il Novecento: ad una primigenia legittimazione basata sul rispetto della legge, secondo il modello magistralmente teorizzato da Weber a cavallo tra i due secoli, si è aggiunta una legittimazione basata anche sulla capacità di essere efficienti in particolare nell'erogazione delle prestazioni volte a garantire i diritti sociali. Si tratta però di un cambiamento realizzatosi in

⁸ Cfr. Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Bari-Roma, Laterza, 2011.

⁹ Seppure si parli sempre più spesso di crisi del principio di legalità dell'azione amministrativa, è difficile revocare in dubbio che esso rappresenti ancora oggi il primo (storicamente) e il più importante fattore di legittimazione della pubblica amministrazione in un ordinamento che sia democratico e garante dei diritti di libertà e dei diritti sociali.

¹⁰ Sul concetto di efficienza colto nella sua dimensione giuridica cfr. D. VESE, *Sull'efficienza amministrativa*, cit., che si segnala per completezza e sistematicità. Lo studio infatti affronta la questione dell'efficienza amministrativa non soltanto nella dimensione cui si fa riferimento nel presente scritto ma anche in rapporto al tempo dell'azione amministrativa, al termine di conclusione del procedimento, agli istituti di semplificazione amministrativa.

società culturalmente ed assiologicamente coese all'interno della figura dello Stato nazionale e dunque di mutamenti -certo relevantissimi- ma che si inseriscono in un orizzonte culturale e valoriale di fondo stabilmente acquisito, pur in presenza talvolta di un'elevata conflittualità tra le classi sociali. Ma oggi in società non più così coese dal punto di vista della cultura e dei valori, in società immerse in un incessante moto di cambiamento che pervade tutti i livelli, da quello scientifico a quello economico, da quello sociale a quello della comunicazione, in società in cui vengono meno concezioni forti e condivise del "bene" anche in ragione della diversa composizione della base sociale di riferimento, quelle legittimazioni, valide nell'epoca del cambiamento, non sono più da sole sufficienti a creare fiducia ed affidamento nelle pubbliche amministrazioni.

Dunque se è (e rimane importante) il rispetto da parte loro della legge, se è e rimane importante l'efficienza organizzativa e quella funzionale, si deve cercare (e teorizzare) qualcosa di più. E questo di più va trovato, a mio parere, nel rispetto della dignità della persona in ogni occasione, in ogni episodio di vita, in cui la persona stessa viene in contatto con la pubblica amministrazione. Se, infatti, le istituzioni amministrative continueranno ad essere il soggetto deputato a distribuire benefici ed oneri in capo ai componenti la collettività in vista del perseguimento di interessi comuni, se questo agire costituisce la condizione necessaria per l'effettivo godimento dei diritti e l'assolvimento dei doveri da parte di ciascuno secondo la misura fissata nel patto sociale, se dunque l'amministrare è nella sua essenza un fatto sociale di tipo relazionale e se oggi questo fatto relazionale si realizza in un contesto di velocissime trasformazioni e di accentuato pluralismo culturale e valoriale, è evidente come il presupposto indefettibile di una tale relazione, quella che può dare un elemento di stabilità alla convivenza umana, non possa che essere il riconoscimento della pari rilevanza delle persone che vengono a contatto con l'esercizio della funzione amministrativa e dunque il riconoscimento della loro pari dignità, indipendentemente dalla cultura e dai valori di cui ciascuno risulta portatore. È dunque solo dal rispetto della dignità della persona che può oggi scaturire un rinnovato e più profondo fidarsi delle (ed affidarsi alle) pubbliche amministrazioni¹¹.

¹¹ Il concetto di dignità è centrale nell'ambito del nostro sistema costituzionale ispirato al principio personalista (ma ciò vale ovviamente anche per altri ordinamenti ivi compreso quello europeo). Molti sono dunque i contributi anche monografici sul tema della persona e della sua dignità offerti dai costituzionalisti (tra i più recenti cfr. sul tema della persona A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, Giappichelli, 2016 vol. 1, p. 2083 ss. e sul tema della dignità, A. PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, Napoli, ESI, 2012). La stessa Corte Costituzionale ha fatto grande uso del concetto di pari dignità sociale di cui all'art. 3 Cost. a partire dagli esordi con la precisazione

Ma cosa discende da questa connessione tra amministrazione pubblica e rispetto della dignità delle persone? Che effetti produce questa connessione sulla ricostruzione teorica e pratica di ciò che chiamiamo pubbliche amministrazioni? Ritengo preferibile, piuttosto che inoltrarmi in lunghi ragionamenti, adottare il metodo kantiano del giudizio riflettente e dunque illustrare attraverso due casi esemplari, attinenti alla tutela dei diritti sociali, cosa deve significare oggi il rispetto della dignità umana da parte delle pubbliche amministrazioni.

3. Dignità della persona, diritti sociali ed obbligazioni pubbliche aggiuntive sul piano dell'organizzazione e dell'azione amministrativa

Quello della tutela dei diritti sociali è un tema particolarmente dibattuto¹². Ed il dibattito si svolge lungo due direttrici. In particolare ci si chiede: *i*) se i diritti sociali vadano riconosciuti anche a chi cittadino non è (e dunque agli immigrati); *ii*) se e fino a che punto il godimento dei diritti sociali possa essere subordinato alle esigenze del pareggio di bilancio o comunque della sua sostenibilità cui sono tenute le pubbliche amministrazioni per espressa previsione costituzionale.

Con riferimento alla prima tematica, ossia se i diritti sociali vadano riconosciuti anche a chi cittadino non è, lo stato dell'arte è in proposito (e in via generale) il seguente. Posto che i diritti sociali tutelano beni primari, in particolare istruzione e salute, indispensabili per condurre una "buona vita", il correlato diritto spetta non soltanto al cittadino, ma anche all'immigrato, regolare o irregolare che sia, sia pure a certe condizioni ed entro certi limiti¹³. Il quadro che emerge è dunque positivo. Tuttavia forse si può fare di più come mostra il seguente esempio. Si pensi al caso in cui si rechi al pronto soccorso un'immigrata che, per ragioni connesse al credo religioso che pratica o alla morale cui ispira il proprio comportamento, può farsi visitare solo da personale

che dagli anni Sessanta del secolo scorso la dignità è stata sempre più spesso correlata al principio personalista (cfr. in particolare la sentenza n. 44/1964) e alla tutela dei diritti sociali (cfr. sentenza n. 346/1989). Persona e dignità sono naturalmente concetti e tematiche presenti anche nella riflessione degli amministrativisti (sul punto si veda da ultimo P. FORTE, *Enzimi personalisti nel diritto amministrativo*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2017, p. 63 ss.) anche se, a parere di scrive, dal principio personalista e dal concetto di dignità della persona non si sono ancora tratte tutte le conseguenze a livello di ricostruzione sistematica dei profili dell'organizzazione e dell'azione amministrativa.

¹² Sul tema dei diritti sociali cfr. da ultimo R. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, Torino, Giappichelli, 2018.

¹³ Su questa problematica cfr. S. D'ANTONIO, *Appunti introduttivi sul diritto alla salute degli stranieri nell'ordinamento italiano*, in F. RIMOLI (a cura di), *Immigrazione e integrazione. Dalla prospettiva globale alle realtà locali*, Vol. I, Napoli, ESI, 2014, p. 79 ss.

sanitario di sesso femminile. Non trovando tale personale in servizio, rinuncia ad accedere alla prestazione sanitaria con grave rischio per la propria salute se portatrice di una patologia potenzialmente letale (ad esempio un infarto), che potrebbe però essere curata, evitando gli esiti infausti, con un intervento immediato. Di fronte alla situazione descritta è consentito ragionare in due modi. È possibile ritenere che la prestazione sia stata correttamente messa a disposizione del beneficiario e che dunque il rifiuto di usufruirne sia il frutto di una libera scelta dettata da ragioni religiose od etiche. Oppure ritenere che la prestazione sia stata messa a disposizione non in un modo completamente corretto, dal momento che la struttura pubblica avrebbe previamente potuto organizzare l'erogazione della prestazione stessa con modalità in grado di rispondere ad una domanda di cura facilmente prevedibile *ex ante*, specie se ciò non avesse comportato costi aggiuntivi.

Ebbene, se il rispetto della dignità della persona diventa elemento intrinseco e costitutivo dell'agire amministrativo, è evidente come non vi siano più due opzioni, ma una soltanto: ossia organizzare il servizio in modalità compatibile con il rispetto della dignità di chi intende o ha necessità di usufruirne. Ecco dunque un esempio di come il rispetto della dignità della persona contribuisca a rimodellare l'organizzazione e la stessa azione delle pubbliche amministrazioni, rendendola all'altezza del cambiamento d'epoca. In altri termini potrei dire che, se la dignità della persona diventa la stella polare dell'agire amministrativo, essa ci consente di individuare in capo alle pubbliche amministrazioni obbligazioni aggiuntive che in un diverso ordito concettuale inevitabilmente sfuggirebbero¹⁴.

Passando ad esaminare la seconda tematica, ossia se e fino a che punto il godimento dei diritti sociali possa essere subordinato alle esigenze del pareggio o dell'equilibrio di bilancio, lo stato dell'arte in via generale è il seguente. Tutti siamo consapevoli del fatto che i diritti ed in particolare i diritti sociali hanno un costo¹⁵. Per evitare dunque che, in tempi di contrazione delle risorse pubbli-

¹⁴ Sul punto per più diffuse considerazioni sia consentito rinviare ad A. ZITO, *Beni primari, diritti sociali degli immigrati e ruolo delle pubbliche amministrazioni*, in *Nuove Autonomie*, 2013, pp. 223-228.

¹⁵ Che la tutela effettiva dei diritti necessita di adeguate risorse è opinione comune soprattutto con riferimento ai diritti sociali. Ma ciò vale anche per l'effettivo esercizio dei diritti di libertà. Se desidero fare una passeggiata in un parco pubblico, ma il parco non è sorvegliato dall'autorità pubblica per mancanza di risorse e dunque non è sicuro, è assai probabile che rinuncerò a fare la passeggiata con una evidente limitazione del potere di fare che è insito nel diritto di libertà personale (si deve però precisare che l'affermazione è corretta solo se si aderisce ad una ricostruzione dei diritti di libertà in termini di libertà positiva e non in termini di libertà negativa). In ogni caso sulla tematica del costo dei diritti si può rinviare al lavoro che è ormai un classico di S. HOLMES, CASS R. SUSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Trad. it, Bologna, Il Mulino, 2000.

che, la loro tutela possa progressivamente assottigliarsi sino a scomparire, l'argine viene costruito utilizzando la teoria del c.d. nucleo minimo indefettibile o irriducibile del diritto sociale che va comunque garantito. Teoria quest'ultima senz'altro meritoria che è stata utilizzata dalla stessa giurisprudenza della Corte Costituzionale¹⁶, ma che è forse insufficiente se si esamina l'esempio che mi accingo a fare. Immaginiamo che il diritto dello studente, portatore di una disabilità grave, a ricevere il supporto dell'insegnante di sostegno sia riconosciuto dall'amministrazione scolastica non nel numero di ore massimo previsto dalla normativa vigente e richiesto dalla gravità acclarata della patologia, ma in misura inferiore a causa dell'insufficienza delle risorse disponibili. Il risultato sarà che il diritto in questione, pur salvaguardato forse nel suo nucleo minimo, verrà riconosciuto non secondo il bisogno che emerge dalla situazione concreta. Insomma la pubblica amministrazione applicherebbe la regola non a ciascuno secondo il bisogno, ma a ciascuno secondo la disponibilità delle risorse pubbliche e la loro allocazione decisa con l'attività di indirizzo politico. Ebbene, se si parte dalla premessa che in linea di principio il diritto in questione dovrebbe essere riconosciuto secondo il bisogno, perché esso garantisce la dignità della persona e la possibilità di realizzare attraverso lo studio il proprio piano o progetto di vita, le garanzie che ne discendono in termini di tutela sono diverse (e maggiori) rispetto a quanto assicura l'applicazione della teoria del nucleo minimo indefettibile¹⁷. Rispetto all'allocazione delle risorse queste ultime dovranno, infatti,

¹⁶ Cfr. ad esempio Corte Cost., sentenza n. 309/1999 nella quale, pur riconoscendo che il diritto alla salute non può non subire i condizionamenti derivanti dalle risorse disponibili, tuttavia si afferma che tali condizionamenti non possono assumere un peso tale da comprimere il nucleo irriducibile di tale diritto.

¹⁷ Proprio sul tema del diritto allo studio delle persone disabili si sono avute aperture significative in giurisprudenza nel senso indicato nel testo. Per quanto riguarda la Corte costituzionale è opportuno richiamare la sentenza n. 275/2016. La pronuncia è assai nota ed è molto innovativa nel seguente passaggio che si riporta testualmente: «è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione». Si tratta di un'affermazione destinata a lasciare il segno in quanto indica un deciso cambiamento di rotta dell'orientamento della Corte Costituzionale. In proposito si deve ricordare come la sentenza citata sia stata preceduta da tre pronunce di tenore diverso (sentenze n. 264/2012, n. 10/2015 e n. 70/2015). Come è stato di recente ricordato (cfr. F. PALLANTE, *Dai vincoli "di" bilancio" ai vincoli "al" bilancio*, in *Giur. Cost.*, 2016, p. 2498) nei primi due casi l'equilibrio di bilancio ha prevalso sul diritto sociale (si trattava di diritti previdenziali previsti dall'art. 38 Cost. e di diritti del contribuente previsti dall'art. 53 Cost.); nel terzo caso il diritto alla previdenza ha prevalso sull'equilibrio di bilancio. Dunque con la sentenza n. 275/2016 si è in presenza di un deciso ripensamento (a favore del mutamento si sono espressi fra gli altri oltre che il già menzionato F. PALLANTE, *Dai vincoli "di" bilancio" ai vincoli "al" bilancio*, *cit.*, anche A. LUCARELLI, *Il diritto all'istruzione del disabile: oltre i diritti finanziariamente condizionati*, in *Giur. Cost.*, 2016, p. 2343 ss.). Peraltro si deve segnalare come una parte della giurisprudenza amministrativa si sia collocata con decisione sulla strada tracciata dalla predetta sentenza. In proposito si veda la sentenza del CGARS n. 514/2017. Il caso deciso riguardava l'assegnazione

essere indirizzate prioritariamente a soddisfare in modo pieno il diritto sociale e, soltanto in presenza di una accertata e motivata impossibilità, si potrà derogare al principio «a ciascuno secondo il bisogno», fermo restando che questa deroga dovrà essere la meno onerosa per il titolare del diritto¹⁸. Sono evidenti le conseguenze teoriche e pratiche che si possono determinare in primo luogo sugli atti di indirizzo politico-amministrativo (ed in particolare sulla ricostruzione della loro natura, dello spazio d'azione in cui possono operare, dei vincoli che incontrano) e poi sugli stessi provvedimenti amministrativo adottati in relazione al caso concreto

4. Considerazioni conclusive

Ma perché è soprattutto l'appello alla dignità della persona che consente di costruire un nuovo modello di amministrazione adeguato al cambiamento d'epoca? Per una ragione che è semplice, ma al contempo indiscutibile. Se è vero che la persona si realizza nella storia e dunque anche attraverso i cambiamenti che, per effetto del fare umano, si producono, è altrettanto vero che mai come oggi non possiamo rinunciare al *datum*, ad un qualche punto fermo che riguarda la stessa natura umana. Ebbene la dignità può assumere proprio il ruolo di *datum*, dal momento che è ad essa che qualunque persona fa appello, indipendentemente dalla cultura e dai valori di cui è portatrice, per salvaguardare il nucleo intangibile della propria natura umana ossia il proprio *datum* ontologico.

dell'insegnante di sostegno per un numero di ore settimanali inferiore al numero massimo stimato dal Gruppo Misto di cui all'art. 12, comma 5, della Legge n. 104/1992. Ebbene nella sentenza si legge che «nessun dubbio che il diritto all'istruzione dei disabili minori sia come tutti i diritti sociali a prestazione un diritto finanziariamente condizionato e che la tutela dell'effettività dello stesso non è esente da oscillazioni, dipendenti dall'attuale crisi finanziaria, che inevitabilmente si riverberano su tale diritto». Subito dopo però si legge che «ciononostante i condizionamenti finanziari non possono incidere sul nucleo indefettibile di tale diritto, così da renderlo puramente nominale, il che avverrebbe inevitabilmente ove si riconoscesse ad un alunno handicappato grave un numero di ore inferiore a quello necessario per l'effettività del diritto allo studio del soggetto stesso». Sebbene la sentenza parli di nucleo indefettibile del diritto tale nucleo finisce però per coincidere con quanto è necessario al suo effettivo godimento rispetto alle esigenze del caso concreto quale individuate nel giudizio scientifico e dunque è potenzialmente svincolato dai vincoli di bilancio.

¹⁸ Considerazioni parzialmente coincidenti con quelle espresse nel testo si trovano in menzionato F. PALLANTE, *Dai vincoli "di" bilancio" ai vincoli "al" bilancio*, cit. Nel saggio si legge infatti che «La ricostruzione ora prospettata comporta, in definitiva, due rilevanti implicazioni. La prima è che risulta radicalmente contrario alla natura stessa della Costituzione attribuire al principio dell'equilibrio del bilancio forza tale da renderlo capace di prevalere su tutti gli altri principi costituzionali, come se si trattasse di un super-principio gerarchicamente sovraordinato ... La seconda è che le spese inerenti al nucleo duro dei diritti devono essere qualificate come spese "costituzionalmente vincolate" nel senso che sarebbe contrario alla Costituzione – e dunque denunciabile per vizio di incostituzionalità – un bilancio di previsione (e gli eventuali atti di assestamento e variazione dello stesso) che, nella distribuzione delle risorse disponibili, non destinasse risorse adeguate all'attuazione dei livelli essenziali delle prestazioni dei diritti civili e sociali».

Dunque un'amministrazione pubblica che sia primariamente attenta alla dignità delle persone è veramente quella che serve per dare un contributo a sradicare o quantomeno ad attenuare quell'orfananza di cui sovente ha parlato Papa Bergoglio¹⁹ e di cui soffrono le persone a Roma come a Buenos Aires, quell'orfananza che riduce la persona a scarto della società quando non sia più utile al funzionamento della società stessa secondo una logica di puro mercato.

La gestione del cambiamento d'epoca richiede e reclama dunque un modello di pubblica amministrazione radicalmente nuovo rispetto al passato. Non soltanto una pubblica amministrazione che è, insieme, rispettosa delle regole ed efficiente, ma anche una pubblica amministrazione che operi nel rispetto della dignità della persona. Per definire questo modello potrei ricorrere ad un'espressione che sempre più viene utilizzata nell'ambito degli studi di diritto amministrativo: l'amministrazione affettuosa²⁰. Potrebbe sembrare a prima vista che si tratti di un ossimoro. Siamo, infatti, stati educati a pensare la pubblica amministrazione come un fatto di esercizio del potere e non come un luogo in cui trova spazio l'empatia o, per riprendere il titolo di un recente studio, il luogo in cui hanno rilievo i fatti di sentimento²¹. Ma i casi esemplari, di cui prima ho discusso, ci dicono che la strada dell'amministrazione affettuosa è quella giusta. E forse nel cambiamento d'epoca in cui siamo immersi è giunto anche il tempo di interrogarsi se davvero l'amministrazione pubblica debba risolversi in un fatto di esercizio del potere o non vada ricostruita nei termini di una libertà sociale, caratterizzata da una particolare doverosità, che si confronta con le altre libertà per la ricerca del bene comune e dell'interesse generale²², di cui l'interesse pubblico, come pure gli interessi privati, costituiscono frammenti che vanno dialogicamente, od anche attraverso il conflitto, composti²³. Se si adottasse questa prospettiva, il potere non sarebbe più un attributo consustanziale all'amministrazione pubblica, ma si ridurrebbe ad un fatto tecnico che attiene alla efficacia autoritativa della decisione, ma non alla posizione che la pubblica amministrazione riveste nel sistema giuridico e prima ancora sociale. Una parte della dottrina amministrativistica si è già posta su questa strada o

¹⁹ Il pensiero di Papa Bergoglio, cui si accenna nel testo, è diffusamente analizzato da L. LEUZZI, *La Chiesa del Concilio. Servire il cambiamento d'epoca*, cit., p. 279 ss.

²⁰ Sul tema dell'amministrazione affettuosa cfr. in particolare U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, Cedam, 1996.

²¹ Cfr. in particolare V. BERLINGÒ, *Beni relazionali. L'apporto dei fatti di sentimento all'organizzazione dei servizi sociali*, Milano, Giuffrè, 2010.

²² Per questa prospettiva d'analisi cfr. in particolare il già citato lavoro di G. BERTI, *La responsabilità pubblica*, cit.

²³ Sul tema cfr. G. MARONGIU, *Gli istituti della democrazia amministrativa*, in *La democrazia come problema. I. Diritto, amministrazione ed economia*, Tomo 2, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 479 ss.

tornando ad interrogarsi sul potere e sulla sua inesauribilità²⁴ o direttamente facendo applicazione di un paradigma basato sull'agire doveroso della pubblica amministrazione, più che sulla nozione di potere, per proporre ricostruzioni innovative e convincenti di istituti classici del diritto amministrativo²⁵. Credo che questa sia la strada giusta in presenza di un cambiamento d'epoca.

²⁴ Cfr. il recente studio di M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

²⁵ Cfr. di recente S. DETTORI, *Esercizio legittimo del potere di revoca e doveri di comportamento della pubblica amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2017, pp. 861 ss.

ENRICO MAURO

Ricercatore confermato di Diritto amministrativo presso
il Dipartimento di Storia, Società e Studi sull'Uomo, Università del Salento
enrico.mauro@unisalento.it

Recensione a Jo LITTLER, *Against meritocracy, Culture, power and myths of mobility*, Routledge, Abingdone (Oxon) – New York, 2018, pp. XIV + 236

«[C]iascun essere umano [...] è [...] qualcosa che non c'è mai stato prima d'ora».

H. ARENDT, *La crisi dell'istruzione*, in *Ead., Tra passato e futuro* [1961, ma 1954-1961, riveduti e ampliati], Garzanti, Milano, 1991, rist. 2017, p. 246.

Tra i libri di critica delle dottrine e delle pratiche meritocratiche quello in oggetto, di una sociologa inglese, merita una menzione, perché, interessante e godibile dall'inizio alla fine, dice più di altri a proposito di tutti e tre i nodi problematici su cui si interroga: la genealogia teorica di «meritocrazia»; la sua genealogia retorico-politica; le strategie retoriche attraverso le quali meritocrati e meritocratici popolarizzano la meritocrazia, riuscendo a farla apparire a molti, troppi, come una via per il successo alla portata di tutti, perlomeno di tutti coloro che sono disposti a lavorare duramente, e riuscendo ad apparire non come privilegiati che continuano ad accumulare privilegi, bensì come persone ordinarie che semplicemente hanno lavorato duramente (la fortuna non rileva, i patrimoni ereditari non rilevano, tutti i punti di partenza, che sono sempre, per definizione, questione di fortuna, non rilevano: il 'campo di gioco' è uguale per tutti!).

Anche solo ciò che il libro dice in tema di genealogia teorica di «meritocrazia» sarebbe sufficiente a renderlo di particolare interesse (cfr. specialmente cap. 1 della parte I).

In primo luogo, infatti, il recensore scopre qui che il conio di «meritocrazia» non è semplice come (si) credeva (cfr. pp. 12, 32-34, 37-38, 214). Lo storico inglese David Kynaston rivela nel 2013 che il vocabolo è usato, circa due anni prima che nel noto romanzo di Michael Young (*L'avvento della meritocrazia, Gli uomini sono tutti uguali?* [1958], Edizioni di Comunità, Roma – Ivrea, 2014, rist. 2015), ossia nel 1956, in un breve articolo (contenente un paragrafetto intitolato «*The meritocracy*»), in cui la parola appare una seconda volta nel paragrafetto

to, in un tentativo di definizione di società meritocratica) del sociologo industriale inglese Alan Fox (anche se, considerato che il romanzo è pubblicato dopo essere stato rifiutato da undici editori, non è detto che Fox preceda Young nel concepimento, oltre che nella pubblicazione). Inoltre, nel 1958, anno di uscita del romanzo di Young, il vocabolo sarebbe usato anche in una conferenza di Hannah Arendt in tedesco, pubblicata in inglese (in traduzione non dell'autrice) in rivista lo stesso anno, quindi rimaneggiata e raccolta in un volume in inglese dell'autrice, ormai nel 1961 (cfr. pp. 37-38, ma cfr. anche p. 12). Qui Littler sembra cadere in errore (dal che il «sarebbe» usato poco sopra), dal momento che, non comparando attentamente le due versioni dello scritto della filosofa, non si accorge che «meritocrazia» compare due volte nella versione rimaneggiata e pubblicata in volume, che Littler riporta (cfr. p. 38; in italiano il passo è in H. ARENDT, op. cit., p. 236), ma non compare mai nella versione originaria (cfr. EAD., *The crisis in education*, in *Partisan review*, 4/1958, p. 499; stesso errore, sulla scia di Littler, in M. BOARELLI, *Contro l'ideologia del merito*, Laterza, Bari – Roma, 2019, pp. 8-9 e 116, pure recensito dal sottoscritto in [Dialettica & Filosofia](#), 3 agosto 2019). La distanza di tre anni tra le due versioni è tutt'altro che irrilevante, perché tra il 1958 e il 1961 Arendt potrebbe aver letto (Fox o, molto più probabilmente,) Young, anche perché l'uso arendtiano di «meritocrazia» trae ragione, proprio come in Young, dalla precoce selettività della scuola inglese. Il vocabolo, dunque, è coniato, quasi contemporaneamente e forse indipendentemente (la mancata citazione non significa necessariamente mancata conoscenza) da due o tre pensatori, che ne fanno uso in termini radicalmente critici. Sicché nessun dubbio sull'originario significato negativo, per non dire spregiativo, del concetto. Naturalmente è dovuta alla sola (s)fortuna del romanzo di Young la circolazione planetaria del vocabolo (ma non del suo significato spregiativo).

In secondo luogo, Littler ripercorre (a volte un po') schematicamente, ma più dettagliatamente degli autori finora letti dal recensore, le principali tappe prima dello scivolamento a destra e poi del ribaltamento di significato di «meritocrazia» (cfr. pp. 12, 39-43, 214-215). Il processo inizia per opera di un saggio del 1972 (che si conclude con un paragrafo intitolato, purtroppo senza ironia, «A just meritocracy») e di un noto volume del 1973 del sociologo statunitense Daniel Bell: in un clima politico-economico ancora ottimistico – non si sono ancora conclusi i cosiddetti trenta gloriosi –, confrontandosi in particolare con l'appena edito capolavoro rawlsiano, Bell taccia di socialismo l'eguaglianza (che non è egualitarismo, ma riduzione delle diseguaglianze) dei risultati e la sostituisce con la 'liberale' eguaglianza delle opportunità, convinto, a torto, che la

meritocrazia sia motore di mobilità sociale. Lo smottamento semantico culmina in un «pamphlet» apertamente reazionario del 1995 del giornalista inglese Adrian Wooldridge, in cui lo Stato sociale è visto come principale ostacolo al diffondersi dei ‘valori’ meritocratici: mercato, competizione, crescita, disegualianza, stratificazione, denaro per il denaro, azione per l’azione, produzione per la produzione. Al ribaltamento del significato originario di «meritocrazia» contribuisce non poco, infine, da angolazione neosocialdemocratica (dove «neo-» sta per tendente al centro, cioè a destra), la teorizzazione, da parte del sociologo inglese Anthony Giddens, soprattutto in un volume ben noto del 1998, della «terza via» tanto cara al Primo Ministro britannico Tony Blair.

Anche ciò che Littler dice in tema di genealogia retorico-politica della meritocrazia è di particolare interesse, soprattutto, probabilmente, per chi non segue troppo da vicino le vicende politiche britanniche (cfr. specialmente cap. 3 della parte I). Il libro ripercorre le tappe dell’impiego di «meritocrazia» o di slogan meritocratici da parte dei Primi Ministri britannici da Margaret Thatcher a oggi, sottolineando, da un lato, le diversificate sfumature semantiche che caratterizzano la meritocrazia di ogni nuovo governante e, dall’altro, la trasversalità di un discorso che dovrebbe, di contro, polarizzare le parti politiche rispetto a un sistema di valori e di fini che, puntando tutto sull’eguaglianza delle opportunità (formale), delegittima totalmente l’eguaglianza degli esiti (sostanziale) (cfr. pp. 13, 35, 78-106, 215). Si va da Margaret Thatcher (1979-1990), appunto, che non viene fuori dal nulla (Fondo monetario internazionale, Scuola economica di Chicago, Ronald Reagan) e la cui retorica antielitaria cattura i ceti medio-bassi e in particolare le donne, a John Major (1990-1997), anch’egli conservatore e sostanziale prosecutore, con toni socialmente ma non moralisticamente ammorbiditi, delle politiche thatcheriane; poi da Tony Blair (1997-2007), che, ispirato da Giddens (e da Bill Clinton), invece di cambiar via rispetto ai predecessori, si serve di «meritocrazia» compulsivamente e del tutto acriticamente (decisamente spassose le citazione blairiane a p. 86), fino a scatenare l’ira di Young (*Down with meritocracy, The man who coined the word four decades ago wishes Tony Blair would stop using it*, in www.theguardian.com, 29 giugno 2001), a Gordon Brown (2007-2010), anch’egli laburista e sostanziale prosecutore delle politiche di Blair senza averne lo smagliante sorriso; infine, da David Cameron (2010-2016), conservatore, la cui ipocrita (quale ambizione lo avrebbe portato dov’è arrivato se non fosse nato in cima alla scala sociale?) ‘visione del mondo’ ruota intorno alla virtù di credere in se stessi ed essere ambiziosi, a Theresa May (2016-2019), pure conservatrice, la cui meritocrazia, subito ribattezzata «Mayritocracy» (cfr. pp. 97-98), è meno spudoratamente classista di quella cameroniana-

na, ma compulsiva ed entusiastica come quella di Blair: «*I want Britain to be the great meritocracy of the world*» (pp. 1 e 100)!

Il terzo e ultimo nodo problematico affrontato da Littler è quello delle tecniche di popolarizzazione della meritocrazia, ossia dell'uso della televisione, del cinema, dei *social media* e via dicendo per travasare nelle menti delle persone di estrazione sociale medio-bassa, bassa o bassissima la convinzione fideistica che solo la meritocrazia garantisce a tutti un 'terreno di gara' eguale per tutti e, dunque, mobilità sociale per tutti, laddove le statistiche relative ai Paesi più impregnati di teorie e di politiche per l'eccellenza consentono all'autrice di parlare, nel sottotitolo, di *myths of mobility* (cfr. specialmente cap. 2 della parte I e intera parte II). Appena più in dettaglio, il cap. 2 della parte I tratteggia un quadro dei dispositivi discorsivi attraverso cui si nascondono gli effetti sessisti, razzisti e classisti delle politiche meritocratiche, partendo dal presupposto, mai realizzato e mai realizzabile, che, se si garantisce l'eguaglianza delle opportunità, ossia una linea di partenza eguale per tutti, tutti possono vincere o perlomeno essere 'performanti' e nessuno può lamentarsi, se non con se stesso, di non ottenere abbastanza. Mentre tutti e tre i capitoli della parte II affrontano «*case studies*» che svolgono, in particolare, il cap. 2 della parte I. Il primo dei tre capitoli si sofferma sugli stratagemmi retorici che i vertici della scala meritocratica impiegano per apparire «*just like us*», persone ordinarie che hanno solo avuto più fiducia in se stesse e lavorato più duramente di tutte le altre (quale meritocrate ammetterebbe di aver avuto più fortuna?), delle quali, pertanto, conviene fidarsi quando si affidano loro le redini della società, dell'economia, della finanza, della politica. Si prenderanno loro cura di noi, possiamo esserne certi e non dobbiamo prendercela troppo se «*they primarily look after themselves and their friends*» (p. 129). Il secondo ripercorre un episodio di forse inconsapevole, ma non per questo meno grave, sessismo e razzismo meritocratico (il merito è maschile e bianco: i meriti femminili e non bianchi sono imperfette imitazioni) che nel 2015 ha per protagonista Matt Damon, attore e produttore di fama globale, nell'ambito di un *talent show* statunitense. Il terzo analizza la figura della «mumpreneur», la mamma-imprenditrice, che fa affari da casa senza smettere di badare ai propri figli, mentre il proprio marito fa affari dall'ufficio, non essendo compito suo badare ai figli. Questa sarebbe la soluzione meritocratica al persistere di una delle più antiche e profonde differenze di genere: non una minore disegualianza tra i ruoli genitoriali, ma l'imprenditorializzazione – non della donna, si faccia attenzione, bensì – della madre (e del nido domestico e magari anche dei figli, per i quali non è mai troppo presto per sviluppare un io imprenditoriale,

meritocratico-neoliberista), incitata ad aiutarsi e a non aspettarsi troppo aiuto dallo Stato sociale né dal marito.

Detto in estrema sintesi delle tre principali linee di indagine, ancora quattro punti non possono non essere apprezzati, prima di un cenno, in conclusione, all'unico punto su cui è il caso di prendere qualche distanza.

In primo luogo, non è senza interesse l'enfasi di Littler sulla scala come simbolo della società meritocratica, enfasi che giustifica la scala lunga e stretta in copertina (cfr. pp. 2-3, 28, 222). Si legge in apertura di libro: «*Meritocracy is regularly symbolised in popular and political culture by the image of the ladder. [...] the ladder is a perfect symbol of the bourgeois idea of society, for, while it undoubtedly offers the opportunity to climb, "it is a device that can only be used individually; you go up the ladder alone"*» (pp. 2-3). Si incontra poi la sottolineatura che le scale meritocratiche non sono tutte egualmente lunghe e strette: «*[W]hereas some societies [...] can be understood as being short, broad ladders, with lots of room for many people all the way to the top, other societies (particularly the US and South Africa) have tall, narrowing ladders: ladders with vast distances between top and bottom rungs*» (p. 28). Ma è significativo che siano più lunghe e strette dove le politiche meritocratiche hanno fatto più strada, sempre più ipocritamente nobilitandosi tramite la retorica dell'eguaglianza dei punti di partenza. E ci si imbatte, infine, nella riflessione radicalmente antimeritocratica che si potrebbe tentare di convivere senza salire alcuna scala, riflessione seguita da questa precisazione: «*This is not just inviting other people to drop out and do nothing. It is inviting them, or us, to engage in constructing alternatives that involve working together and to share resources*» (p. 222, ma cfr. anche p. 223).

In secondo luogo, è merito (ulteriore) di Littler mettere in evidenza fin da subito, e senza giri di parole, che «meritocrazia» sta per «plutocrazia», il che riduce i più brillanti ai più benestanti, spessissimo ereditariamente benestanti (p. XII e *passim*). La tesi dell'indagine è così enunciata: «*This book argues that it is not merely a coincidence that a pronounced lack of social mobility and the continual importance of inherited wealth [...] coexist with the common idea that we live in a meritocratic age. On the contrary: the idea of meritocracy has become a key means through which plutocracy – or government by a wealthy elite – perpetuates, reproduces and extends itself. Meritocracy has become the key means of cultural legitimisation for contemporary capitalist culture [...], [...] an alibi for plutocracy and a key ideological term in the reproduction of neoliberal culture*» (p. 2, corsivi aggiunti). E l'ultimo capoverso dell'indagine costruttivamente recita: «*The alternative to plutocracy-as-meritocracy is a more plural understanding of merit – which considers merit on a collective and not a purely individual basis – alongside mutual*

and co-operative forms of social reproduction which create greater parity in wealth, opportunity, care and provision» (pp. 223-224).

In terzo luogo, anche se il punto è più accennato che svolto, Littler evidenzia l'autocontraddittorietà delle politiche meritocratiche, che pretendono di mirare all'eccellenza, ma ne seppelliscono probabilmente ben più di quanta ne scoprono e ne coltivano. Le premesse sono queste: «The first problem with the contemporary meaning of meritocracy is that it endorses a competitive, [...] hierarchical system in which by definition certain people [magari la stragrande maggioranza] *must* be left behind. The top cannot exist without the bottom. Not everyone can 'rise'». E la conclusione è tale da sbriciolare qualunque marketing dell'eccellenza: «*Unrealised talent is therefore [...] the necessary and structural condition of its [della meritocrazia] existence»* (p. 3, corsivi aggiunti).

In quarto luogo, Littler non cade nella trappola della confusione tra «merito» e «meritocrazia». Il bersaglio polemico risulta, fin dal titolo del libro, la meritocrazia in quanto degenerazione teorica e pratica del criterio del merito, che quindi non può essere sinonimo della propria degenerazione (come «partitocrazia» non può essere sinonimo di «partito» o «telecrazia» di televisione). Giova puntualizzare ciò perché invece è tuttora usuale, persino tra gli studiosi, considerare i due vocaboli come tendenzialmente sinonimi e quindi rischiare di buttar via, come si dice, il bambino con l'acqua sporca (cfr., per fare un solo esempio recente, il per altri versi interessante e condivisibile M. BOARELLI, op. cit., pp. 3-4 e *passim*; di contro cfr. B. BONATO, *Sospendere la competizione, Un esercizio etico*, Mimesis, Milano – Udine, 2015, p. 120). Mentre già Young, nel citato articolo del 2001, avverte espressamente che occorrerebbe non confondere: «*It is good sense to appoint individual people to jobs on their merit. It is the opposite when those who are judged to have merit of a particular kind harden into a new social class without room in it for others»* (corsivi aggiunti). L'autrice, dunque, da un lato, si mostra pienamente consapevole che «merito» è un concetto ambiguo, politicamente non neutrale, gnoseologicamente non oggettivo, manipolabile, riempibile di contenuti molto diversi a seconda anche dei capricci di chi ha il potere di stabilire cos'è il merito, un giudizio di valore insomma (cfr. *passim* ma specialmente p. 150); ma, dall'altro lato, salvando il bambino, afferma con forza che «*it is not useful or credible to deny the importance of merit. It is, however, important to argue about what forms of merit are useful for what purpose, and to nurture them in their diversity»* (p. 221, corsivo aggiunto) Per poi chiudere il libro proprio con queste parole, già riportate: «*The alternative to plutocracy-as-meritocracy is a more plural understanding of merit – which considers merit on a collective and not a purely individual basis – alongside mutual and co-operative forms of social repro-*

duction which create greater parity in wealth, opportunity, care and provision». Come dire che, dove non arriva il criterio del merito, pluralisticamente e collettivamente inteso, la logica della ricompensa, arriva il criterio del bisogno, la logica dell'aiuto, della solidarietà, della riduzione delle diseguaglianze materiali.

Il punto su cui, infine, è il caso di dissentire da Littler è la valutazione del romanzo di Young come critica alla meritocrazia più ambigua, meno radicale – socialdemocratica – di quella – socialista – abbozzata nel citato articolo tutto sommato giornalistico (per brevità e totale carenza di riferimenti bibliografici) di Fox (cfr. pp. 36-37). Talmente ambigua da essere addirittura, sia pure del tutto involontariamente, all'origine dell'appropriazione plutocratica di un concetto nato esattamente per mettere in guardia nei confronti del pericolo del dilagare plutocratico: «[T]his ambivalence enabled the incipient discourse of neoliberal meritocracy to take hold» (p. 214).

Valutazione del romanzo non immotivata, ma che non convince per molteplici motivi. Primo, impossibile valutare comparativamente un romanzo satirico e un serio articolo giornalistico (che si potrebbe semmai paragonare, p. es., a M. YOUNG, *Is equality a dream?*, in *Dissent*, fall/1973, p. 415): potrebbe l'ironia, l'arma scelta da Young, non essere ambigua, trattandosi della figura retorica che consiste nel sostenere qualcosa affermando l'esatto contrario? Secondo, la vita di Young testimonia persino più dell'opera che i deboli sono stati la preoccupazione non centrale ma unica del suo lungo e operosissimo percorso (cfr. almeno A. BRIGGS, *Michael Young, Social entrepreneur*, Palgrave, Basingstoke – New York, 2001) Terzo, e questo argomento sarebbe sufficiente da solo, la pagina decisamente più ispirata del romanzo di Young, quella sul «*Manifesto di Chelsea*» (l'importanza della quale è segnalata dallo stesso autore nella non tradotta in italiano *Introduction to the Transaction edition*, la seconda edizione del romanzo, Transaction publishers, New Brunswick [New Jersey], 1994, rist., 2006, p. XVII), è un inno all'eguaglianza della dignità – e alla conseguente inclassificabilità – delle attitudini, da cui i valori di riferimento di Young, a cominciare dall'eguaglianza, emergono chiari purché si tenga conto che il narratore, giovane sociologo di convinzioni meritocratiche, non è il portavoce dell'autore, bensì del pensiero meritocratico, tanto è vero che riferisce del manifesto in termini che crede canzonatori: «È un lungo ed enfatico documento, che comincia proclamando [...] che lo scopo principale del gruppo, come di tutti i suoi predecessori socialisti, [...] è di *promuovere la varietà*. La loro meta è la società senza classi. *Combattono l'ineguaglianza perché è l'espressione di una visione angusta dei valori. Negano che un uomo possa essere fondamentalmente superiore a un altro. Perseguono l'uguaglianza tra gli uomini nel senso che vogliono che ognuno sia rispettato per*

quanto di buono è in lui. Ogni uomo è un genio in qualche cosa, persino ogni donna, dicono: è compito della società scoprire e onorare questa cosa, si tratti di genio per la ceramica, o per la coltivazione delle margherite, o per suonare le campane, o per accudire i bambini, o persino [...] per inventare radiotelescopi». Fin qui il commento del manifesto, di cui poi il narratore cita la conclusione, credendo che basti citarla per beffarsene, mentre andrebbe mandata a memoria alle elementari: «La società senza classi sarà quella che avrà in sé e agirà secondo una *pluralità di valori*. Giacché se noi valutassimo le persone non solo per la loro intelligenza e cultura, per la loro occupazione e il loro potere, ma anche per la loro bontà e il loro coraggio, per la loro fantasia e sensibilità, la loro amorevolezza e generosità, le classi non potrebbero più esistere. Chi si sentirebbe più di sostenere che lo scienziato è superiore al facchino che ha ammirevoli qualità di padre, che il funzionario statale straordinariamente capace a guadagnar premi è superiore al camionista straordinariamente capace a far crescere rose? La società senza classi sarà anche la società tollerante, in cui *le differenze individuali verranno attivamente incoraggiate e non solo passivamente tollerate*, in cui finalmente verrà dato il suo pieno significato alla dignità dell'uomo. Ogni essere umano avrà quindi uguali opportunità non di salire nel mondo alla luce di una qualche misura matematica, ma di sviluppare le sue particolari capacità per vivere una vita ricca» (*L'avvento*, cit., pp. 193-194, corsivi aggiunti). Quarto, un'altra delle pagine più importanti del romanzo contrappone nettamente «meritocrazia» a «democrazia» (cfr. *ivi*, p. 210). Quinto, il romanzo si conclude con la *rivolta antimeritocratica* del maggio (!) 2034 a Peterloo (!), in cui la voce narrante perde la vita (cfr. *ivi*, pp. 216-218). Sesto, nel menzionato articolo del 2001 Young, sempre con fare satirico, scrive, tra l'altro: «*So assured have the elite become that there is almost no block on the rewards they arrogate to themselves. [...] Generous share option schemes have proliferated. Top bonuses and golden handshakes have multiplied*». E ancora: «*As a result, general inequality has been becoming more grievous with every year that passes, and without a bleat from the leaders of the party who once spoke up so trenchantly and characteristically for greater equality*». E ancora: «*Can anything be done about this more polarised society? It would help if Mr Blair would drop the word [«meritocracy»!] from his public vocabulary [...]. It would help still more if he and Mr Brown [Ministro delle finanze di Blair e suo successore sia come Primo Ministro che come segretario laburista] would mark their distance from the new meritocracy by increasing income taxes on the rich*». Insomma, può considerarsi la satira più ambigua della serietà? Nessun dubbio. Ma può per questo considerarsi meno radicale, tagliente, caustica? Nessun dubbio di nuovo.

GIANLUCA ROMAGNOLI
Professore associato di diritto dell'economia presso l'Università degli Studi di Padova
gianluca.romagnoli@unipd.it

**RAPPORTI DI DURATA TRA ASSICURATORI ED
INTERMEDIARI NELLA PROSPETTIVA DELLA
DISCIPLINA DELLA CONCORRENZA.
IL CASO DELL'ACCORDO NAZIONALE AGENTI DI
ASSICURAZIONE***

SINTESI

Lo scritto verifica se il diritto della concorrenza vieta alle associazioni degli assicuratori e degli agenti la definizione di un testo base da usare senza vincoli, per la scrittura dei contratti individuali. L'autore esclude l'esistenza di divieti assoluti.

ABSTRACT

The paper checks whether competition law prohibits insurers and agents' associations from defining a basic text for unconstrained use for writing individual contracts. The author excludes the existence of absolute prohibitions.

PAROLE CHIAVE: diritto della concorrenza, distribuzione prodotti assicurativi, agente di assicurazione.

KEYWORDS: competition law, insurance distribution, insurance tied agent.

INDICE: 1. L'ipotesi di definizione di un nuovo accordo nazionale agenti – 2. Il dubbio pregiudiziale di compatibilità con la disciplina della concorrenza – 3. La persistente possibilità di definizione di un nuovo quadro negoziale contenente punti già oggetto dell'accordo ANA del 2003 – 4. Le prese di posizione di AGCM relative a talune clausole dell'accordo ANA del 2003 – 5. Conclusioni e prospettive.

1. L'ipotesi di definizione di un nuovo accordo nazionale agenti.

Da tempo si discute dell'opportunità di un confronto – analogo a quello che impegnò sino a fine 2003 ANIA¹ e le principali associazioni degli iscritti alla sezione A del RUI – per la definizione d'un nuovo accordo nazionale agen-

* Il presente scritto, con l'aggiunta di alcune note essenziali, riproduce il testo preparato per la relazione tenuta a Bologna il 4 luglio 2019, all'incontro "*Prepariamoci insieme al confronto con ANIA*", organizzato da ANAPA - Associazione Nazionale Agenti Professionisti di Assicurazione.

¹ Associazione nazionale tra le imprese assicuratrici.

ti. L'utilità della redazione condivisa d'un quadro di riferimento aggiornato alle necessità dei tempi ed alle caratteristiche dell'attività assicurativa viene sollecitata evidenziando le problematiche sollevate dall'attuale stato di fatto. Da un lato, si registra una sostanziale persistente rilevanza di clausole datate (e, peraltro, parte di un accordo superato), dall'altro, si sottolinea l'insoddisfacente risultato cui conduce l'impiego di clausole concepite per ordinare rapporti in un mercato avente diverse regole, struttura e dimensione². I contenuti dell'accordo del 2003, infatti, vengono più o meno ampiamente e frequentemente richiamati nei singoli mandati conferiti dalle imprese di assicurazione operanti in Italia tanto che il costante rinvio li ha trasformati in una sorta di fonte "naturale" di integrazione del singolo rapporto negoziale.

2. Il dubbio pregiudiziale di compatibilità con la disciplina della concorrenza.

L'avvio d'un'utile discussione tra ANIA ed associazioni rappresentative degli agenti – a prescindere dalle considerazioni di carattere "politico" – risulta, però, significativamente condizionata da un dubbio pregiudiziale. Si teme, infatti, la contrarietà alla disciplina della concorrenza (art. 2, l. 10 ottobre 1990, n. 287; art. 101 TFUE ed art. 1, reg. CE/1/2003)³ d'un accordo che possa avere per oggetto anche una sola parte dei temi trattati in quello del 2003. In altri termini, ci si chiede se quei potenziali vincoli alla libertà negoziale delle imprese di settore, che potrebbero derivare da un positivo esito di un confronto tra enti esponenziali degli operatori economici, collidano con l'aspirazione alla realizzazione di mercati aperti, altamente competitivi e come tali, in tesi, in grado di garantire il massimo beneficio per i consumatori.

Se non ci si inganna – nella sua assolutezza – si tratta di un dubbio mal posto.

La disciplina della concorrenza, infatti, non preclude, ogni spazio alla contrattazione tra associazioni rappresentative di imprese ed intermediari per la fissazione di una "cornice negoziale", impiegabile come "base" o fonte d'ispirazione per la definizione degli accordi che legheranno ciascuno specifico distributore all'assicuratore preponente. Tanto le norme europee (art. 101 TUFE) quanto quelle interne (art. 2 l. 287/1990), invero, bandiscono in assoluto

² In tal senso si vedano le prese di posizione di ANAPA, consultabili in <https://anapaweb.it/>.

³ Cfr. V. DI GENNARO, S. IANNITTI, *Agenti di assicurazione: vigenza e validità degli accordi nazionali agenti*, in www.diritto24.ilsole24ore.com, 2016.

solo gli accordi che mirano direttamente ad escludere o limitare la concorrenza; al contrario, non vietano quelli di durata – tra cui appunto quelli tra imprese ed agenti – che creano vincoli non istantanei tra operatori economici e, come tali, possono avere effetti restrittivi per la concorrenza⁴.

Poiché non c'è vincolo protratto che non possa riflettersi negativamente sulla concorrenza, il legislatore ha adottato una “linea di temperamento”. Infatti ne subordina la loro ammissibilità all'inidoneità (anche potenziale) degli stessi a produrre significativi effetti limitativi o restrittivi sulla competizione tra imprese. In altri termini, la sanzione della nullità (art. 101, par. 2, TFUE; art. 2, comma 3, l. 287/1990) delle clausole non aventi oggetto anticompetitivo diretto presuppone l'emersione di una loro capacità a produrre un significativo effetto distorsivo/restrittivo dell'andamento del mercato di un singolo prodotto condizionando, in vario modo, rispettivamente, le scelte degli altri operatori economici e dei consumatori⁵.

E', peraltro, da segnalare come la valutazione degli effetti e del potere di mercato - inteso come contesto in cui si va a misurare la “forza negativa” dell'accordo - è sostanzialmente dipendente dal modo con cui si ricostruisce un dato “segmento di scambi”⁶. È, infatti, intuitivo che a fronte di un progressivo ampliamento dell'ambito territoriale di riferimento corrisponde, in modo inversamente proporzionale, una diminuzione della capacità di condizionamento dell'intesa sospetta di effetti restrittivi. Analogamente, ad una valutazione di ammissibilità – per difetto di significativi effetti restrittivi – si può giungere se la misurazione delle “conseguenze indirette” viene effettuata avendo riguardo ad un contesto – ferma la sua dimensione territoriale – in cui si includono, accanto al prodotto tipico, anche i beni fungibili, cioè quelli che hanno una utilità sostanzialmente equivalente⁷ e dunque sono sostituibili⁸. Ancora, alla stessa

⁴ Cfr. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'unione europea*, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 99-100; P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 91. Da ultimo, sui punti d'interesse si veda anche A. PAPPALARDO, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea. Profili sostanziali*, Torino, UTET Giuridica, 2018, *passim*.

⁵ In giurisprudenza, recentemente, si segnala T.A.R. Lazio, sez. I, 14 novembre 2018, n. 10997, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶ Sulle problematiche relative all'individuazione del c.d. “potere di mercato” riferibile alle imprese parti dell'intesa nonché per la ricognizione dei criteri impiegati per la definizione del mercato rilevante, per tutti si vedano, P. FATTORI, M. TODINO, *op. cit.*, p. 29 ss.

⁷ Cfr. Trib. UE, 26 febbraio 2016, CT-251/12 (part. 33, 34, 42, 48, 52, 53), in www.europa.eu.

⁸ Dunque, se si dovessero valutare gli effetti indiretti d'un'intesa relativa alla distribuzione di prodotti assicurativi d'investimento (ad es. polizze *linked*), si dovrebbe ricostruire il mercato avendo riguardo all'operatività su d'un dato territorio anche degli operatori economici che offrono prodotti con analoga funzione d'impiego di risparmio, quali i fondi d'investimento mobiliare aperti e SICAV.

conclusione, in termini di ammissibilità, si può giungere se si allarga la potenziale platea dei concorrenti e, dunque, si includono – accanto a coloro che già offrono il prodotto che caratterizza quel mercato – coloro che hanno la possibilità di iniziare a competere perché non ostacolati da c.d. barriere d'ingresso, siano esse di tipo normativo o strutturale⁹.

In conclusione, il c.d. diritto *antitrust* non pone preclusioni assolute ai patti non aventi contenuto anticoncorrenziale diretto ma stigmatizza solo quelle intese che, in esito ad una verifica tecnica complessa – attenta alle peculiarità di contesto anche in una prospettiva temporale – si rivelano capaci di deprimere significativamente¹⁰ la più ampia competizione, considerata fattore di crescita di un sistema improntato all'economia sociale di mercato, ove la regola, interviene non per orientare l'iniziativa economica ma per controbilanciare o prevenire gli eccessi¹¹.

3. La persistente possibilità di definizione di un nuovo quadro negoziale contenente punti già oggetto dell'accordo ANA del 2003.

Le richiamate coordinate del diritto della concorrenza, dunque, consentono di affermare che l'attuale quadro regolatorio non pone preclusioni alla discussione di una cornice negoziale in cui siano dedotte clausole ad effetti astrattamente restrittivi come quelle relative alla definizione di una c.d. “zona agenziale”, quelle che privilegino la fedeltà dell'agente o, ancora, la sua “anzianità di servizio”. Tali clausole – che non godono di quella discussa esenzione

⁹ Dunque, la valutazione della forza di mercato di prodotti c.d. standardizzati non potrebbe prescindere dal considerare l'ingresso potenziale nel settore di tutti i soggetti che possono ottenere l'iscrizione alla sezione sez. D del RUI (banche, SIM, intermediari finanziari ex art. 106 del TUB, Istituti di pagamento ex art. 114-*septies* del TUB e Poste italiane - Divisione servizi di bancoposta).

¹⁰ Si deve ricordare che, ferma la necessità d'una valutazione caso per caso di ciascuna intesa, la Commissione UE – nella sua veste di autorità garante della concorrenza – nel corso del tempo ha adottato le c.d. comunicazioni *de minimis* con cui ha isolato taluni parametri utili al fine della valutazione degli effetti dell'intesa, al cui non superamento accompagna una presunzione semplice di non distorsività dell'accordo. Da ultimo, si veda la Comunicazione 2014/C-291/01, parte I.3, in www.europa.eu.

¹¹ In dottrina viene, peraltro, costantemente osservato come la preservazione della struttura competitiva del mercato – in funzione di incremento del benessere dei consumatori – non impone di considerare automaticamente restrittivi della concorrenza tutti gli accordi che, di fatto, limitano la politica commerciale degli agenti economici, poiché dagli stessi possono anche derivare dei benefici per l'ordinato funzionamento di quello stesso mercato o per coloro che vi accedono per reperire beni o servizi utili alla soddisfazione dei propri bisogni. In tal senso per tutti, si vedano, P. FATTORI, M. TODINO, op. cit., p. 58.

riservata alla contrattazione collettiva¹² – non possono essere censurate a priori perché, rispettivamente, non hanno un oggetto, in sé (autonomamente), illecito e per assolvere ad una funzione organizzativa.

Probabilmente, a difesa di uno spazio di libertà nella definizione dei potenziali con-tenuti d'un accordo quadro, si può spendere qualche argomento ulteriore, teso a valorizzare la valenza positiva della componente organizzativa e ciò a prescindere da un non secondario dubbio. Non sembra, infatti, possibile prospettare con facilità un'ampia generalizzazione della carica limitativa della normativa positiva (art. 101, par. 1, TUF; art. 2, l. 287/1990), concepita per essere applicata alla produzione di beni o servizi "industriali" e non di natura finanziaria; dunque, prescindendo totalmente dal considerare le specificità della disciplina assicurativa che impone strette forme di collaborazione tra impresa ed intermediario.

Le varie clausole relative al rapporto d'agenzia – che prevedono zone esclusive o privilegiano chi intrattiene un rapporto preferenziale con una sola impresa preponente – ben potrebbero essere ritenute lecite¹³, indipendente-

¹² Si ricorda che con una non recente pronuncia la Corte di giustizia (Cort. giust. CE, 21 settembre 1999, C-67/96, in www.europa.eu) aveva escluso dai limiti del diritto della concorrenza il contratto collettivo finalizzato al "miglioramento" del trattamento dei lavoratori. Tale soluzione, criticata per i dubbi in merito alla definizione dell'esenzione in ragione delle finalità sociali, è stata oggetto di una profonda rivisitazione critica rilevandosi che anche i contratti collettivi possono sortire effetti restrittivi della concorrenza. A titolo esemplificativo si è ricordato come la tutela del lavoratore che si traduce nella fissazione di limiti all'apertura d'un esercizio commerciale – garantendogli certezza del periodo lavorativo o del momento di godimento del riposo infrasettimanale - di fatto "ingessa" il mercato impedendo che la competizione dal lato dell'offerta si sviluppi tramite l'estensione del periodo in cui l'utenza può usufruire dei servizi dell'impresa aderente al contratto collettivo. Sul punto e sulle relative problematiche, per tutti, si veda, P. ICHINO, *Contrattazione collettiva e antitrust. Un problema aperto*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 1/2000, p. 63 ss. ed ora liberamente consultabile, in <https://archivio.pietroichino.it>. Si deve ricordare, poi, come la considerazione per la contrattazione collettiva, a livello europeo, si sia sviluppata in un duplice ordine di direzioni che, peraltro, portano ad escludere che gli accordi conclusi dalle organizzazioni rappresentative degli agenti di assicurazione vi possano ricadere. Sul versante normativo, la Carta dei diritti fondamentali UE, al suo art. 28, riconosce il diritto dei lavoratori, dei datori di lavoro e delle relative associazioni sindacali a concludere contratti collettivi, ponendo tale forma di negoziazione su d'un piano differenziato dai contratti od accordi tra imprese. A livello giurisprudenziale, si assiste ad un'assimilazione del lavoratore autonomo al dipendente quando questi, per la sua posizione di integrazione sostanziale nell'organizzazione dell'impresa non sopporta il relativo rischio. Sul punto e per i relativi riferimenti giurisprudenziali e bibliografici, si rinvia a M. BIASI, *Ripensando il rapporto tra diritto della concorrenza e contrattazione collettiva relativa al lavoro autonomo all'indomani della l. 81 del 2017*, in <http://csdle.lex.unict.it>, 358/2018.

¹³ Simili clausole, peraltro, ragionevolmente, non si caratterizzano per un loro potenziale effetto restrittivo della concorrenza, potendosi attribuire loro – in forza della vigente normativa imperativa (art. 22, comma 10 e 12, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179) – la capacità di generare un vincolo unilaterale a carico della sola impresa preponente. Si ricorda, infatti, che l'agente "riservatario" può sempre operare in regime di collaborazione con altri intermediari

mente dai loro effetti secondari restrittivi, per l'operare della c.d. eccezione legale (art. 1, par. 2, reg. CE/1/2003)¹⁴: cioè, per la loro idoneità a garantire una più efficiente ed efficace applicazione della disciplina di settore, dichiaratamente strumentale alla tutela degli assicurati ed aventi diritto alle prestazioni (cfr. art. 3, d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 – cod. ass.). In altre parole, per essere in grado di contribuire alla realizzazione di condizioni per una più efficiente distribuzione dei prodotti del segmento, con un vantaggio in termini di più elevato rispetto degli standard normativi posti a presidio di interessi generali e particolari.

Sembra ragionevole immaginare che la clausola che assegna in esclusiva una zona agenziale o che premia il rapporto preferenziale con un singolo distributore si possa apprezzare – in punto di efficienza – per agevolare l'assolvimento di quegli obblighi organizzativi e di controllo che la normativa sulla distribuzione pone anche a carico dell'agente, peraltro, autonomamente esposto al rischio di sanzione in caso d'inosservanza.

Un'operatività in ambito predefinito consente al distributore di calibrare al meglio la propria struttura aziendale così come un'interlocuzione preferenziale gli permette di realizzare in modo più puntuale ed economico quella stretta integrazione con il preponente che gli impone proprio la disciplina distributiva. Si pensi, ad esempio, alla diversa e più complicata situazione di chi opera liberamente o con più interlocutori, con tutte le difficoltà conseguenti in punto di rispetto delle disposizioni sul governo e controllo del prodotto (art. 30-decies, cod. ass. e reg. UE/2017/2358). Si ricorda, infatti, che il diritto assicurativo europeo, per garantire - già prima della fase di contatto con il cliente - l'offerta di prodotti adeguati ai consumatori, impone a tutti i distributori - e dunque anche gli agenti - di dotarsi, autonomamente (ed in proprio), di presidi e procedure, anche informatiche, di controllo, in grado di: "interfacciarsi" con continuità con l'impresa produttrice; sollecitare ogni informazione necessaria relativa al prodotto; verificare autonomamente la rispondenza del prodotto ai bisogni delle classi di "assicurandi" definita dall'impresa (art. 4, reg. UE/2017/2358); riscontrare la persistenza nel tempo dalla loro capacità di

per fornire al cliente quei prodotti idonei a soddisfare le necessità assicurative di quest'ultimo e di cui non dispone in proprio perché non presenti nella gamma "costruita" dall'impresa preponente.

¹⁴ Si ricorda, infatti, che il sistema dell'autorizzazione preventiva delle intese ancor'oggi contemplata dal testo della legge domestica (art. 3, l. 287/1990), deve ritenersi superata dall'indicazione della prevalente disciplina europea (art. 1, par. 2, reg. 1/2003/CE), che esclude l'applicabilità del divieto a quelle intese che - sostanzialmente - a prescindere da qualunque provvedimento amministrativo d'accertamento, soddisfano le condizioni previste dall'art. 101 TFUE (già art. 81 Tratt. CE).

soddisfare quel bisogno individuato in sede di progettazione (art. 11, reg. UE/2017/2358); di informare, eventualmente, la proponente dell'obsolescenza sopravvenuta (art. 11, reg. UE/2017/2358) per consentirne una sollecita revisione (art. 7, reg. UE/2017/2358).

4. Le prese di posizione di AGCM relative a talune clausole dell'accordo ANA del 2003.

Richiamate le peculiarità della normativa assicurativa, ci si deve concentrare su d'una presa di posizione di AGCM del 2013 che, forse, rappresenta una delle principali fonti di alimentazione del dubbio di compatibilità concorrenziale che gravano sulla fissazione di un'intesa "cornice" tra ANIA ed associazioni rappresentative degli agenti.

Secondo una diffusa vulgata, infatti, una qualunque forma di riedizione di una "base negoziale" sarebbe ostacolata dalle considerazioni svolte dall'Autorità della concorrenza, rispettivamente, nell'atto d'avvio del procedimento n. 702/2013, in punto di rapporti d'esclusiva, di operatività degli agenti e di definizione delle provvigioni, contenute nell'accordo ANA del 2003 e nel provvedimento con cui la stessa amministrazione rendeva obbligatori (*ex art. 14-ter l. 287/1990*) gli impegni proposti dalle imprese indagate.

Ora la risposta negativa – in termini di inidoneità conformativa di condotte future di soggetti terzi – dovrebbe essere scontata considerato il modo con cui fu definito il procedimento. Il persistente richiamo nel dibattito intercategoriale alla presunta capacità di condizionamento delle valutazioni "infraprocedimentali" di AGCM giustifica, però, una sia pur sintetica indicazione delle molteplici ragioni che escludono una loro rilevanza esterna o, se si vuole, di tipo obbiettivo.

a) In primo luogo, il procedimento iniziato nel 2013 non si concluse con un accertamento di anticoncorrenzialità – cioè con una valutazione amministrativa di incompatibilità – ma con un provvedimento che rendeva obbligatorie talune proposte formulate in sede di interlocuzione istruttoria tra P.A. ed imprese indagate; in particolare, con un atto mirante a superare i dubbi¹⁵ emersi nel corso degli accertamenti preistruttori – necessariamente, per la loro stessa

¹⁵ Si deve, altresì, evidenziare come la definizione del procedimento con provvedimento che rende obbligatori gli impegni delle imprese indagate viene adottato, per determinazione della stessa Autorità della concorrenza (Delibera 6 settembre 2012, n. 23863, in www.agcm.it), o quando si debbano definire procedure aventi ad oggetto "infrazioni meno gravi" oppure quando sia dubbio il fondamento della contestazione perché non sussistono ragionevoli certezze in merito alla sua sussistenza.

natura – parziali, su cui era fondato l’atto d’avvio (art. 14-ter l. 287/1990 e art. 9, reg. CE/1/2003). In altri termini, tanto la determinazione iniziale quanto quella conclusiva non consentono di trarre indicazioni negative relative alle clausole che furono oggetto di attenzione poiché l’una fu formulata sulla base di un apprezzamento incompleto – sui soli dati raccolti unilateralmente dalla P.A., senza un minimo contraddittorio con le parti private – l’altra perché era funzionale a valutare se quanto le indagate, spontaneamente proponevano¹⁶ fosse stato idoneo a fugare quelle «preoccupazioni»¹⁷ che l’Autorità aveva documentato nell’atto di avvio del procedimento.

b) A prescindere dalla considerazione sulle modalità di conclusione del procedimento n. 702/2013, si deve ricordare come la valutazione di un potenziale riflesso anticoncorrenziale d’un’intesa abbia un carattere storicamente relativo¹⁸. La misurazione degli effetti d’un accordo tra imprese, infatti, è condizionata dall’assetto del mercato nel momento in cui viene svolta la verifica. Dunque, dipende da una serie di variabili mutevoli nel tempo che, come tali, precludono l’affermazione di una persistente validità per il futuro di apprezzamenti svolti nel passato¹⁹. Apprezziamenti, come già segnalato²⁰, che dipendono, ancora, dal modo con cui si individua il mercato rilevante nella prospettiva dei concorrenti. Infatti, il potenziale effetto restrittivo dell’intesa può apparire non rilevante se si considerano oltre agli operatori “attuali” anche quelli “potenziali”, vale a dire coloro che possono accedere ad un dato “segmento di scambi” senza essere ostacolati da c.d. barriere d’ingresso, come sono tutti i soggetti iscrivibili alle diverse sezioni del RUI.

¹⁶ Ed, al limite, anche oltre quanto strettamente necessario per far venir meno il dubbio sulla compatibilità dei contenuti dell’intesa, con conseguente impossibilità per le proponenti, una volta resi obbligatori gli impegni, di richiederne una revisione, rappresentando la loro “eccedenza” rispetto al ripristino delle condizioni di un mercato concorrenziale o la non proporzionalità di quanto loro imposto, dalla P.A. con il provvedimento ex art. 9, reg. CE/1/2003 (o ex art. 14-ter, l. 287/1990), Cfr. G. ROMAGNOLI, *I procedimenti di accertamento della violazione della disciplina europea della concorrenza. Pluralità di autorità a presidio di uno stesso diritto*, in M. FRIGESSI DI RATTALMA (a cura di), *La disciplina della concorrenza in ambito assicurativo*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 115-116.

¹⁷ L’art. 9, reg. CE/1/2003, per dar ragione della situazione parziale su cui sono formulate le prime valutazioni della P.A., espressamente indica come l’atto che rende obbligatori gli impegni proposti dalle indagate sia adottato se il loro contenuto sia idoneo a fugare «le preoccupazioni espresse loro dalla Commissione nella sua valutazione preliminare».

¹⁸ Si veda par. 1.

¹⁹ La giurisprudenza, peraltro, ha avuto modo di ricordare come se non ci si trova innanzi ad intese aventi oggetto restrittivo, la censura è rigorosamente subordinata all’esame dei loro effetti ed alla «sussistenza di tutti gli elementi comprovanti che il gioco della concorrenza è stato, di fatto, impedito, ristretto o falsato in modo rilevante», Cons. Stato, sez. VI, 22 marzo 2016, n. 1164, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁰ Si veda par. 1.

c) In fine, tanto l'atto d'avvio del procedimento, quanto quello che rese obbligatori gli impegni, parrebbero fondarsi su d'un "presupposto" viziato che, ulteriormente, porta ad escludere qualunque valore indicativo di quelle determinazioni amministrative. L'autorità sospettò della anticoncorrenzialità delle clausole non già in ragione dei loro effetti ma in quanto le stesse, in vario modo, apparivano «*idonee a disincentivare il plurimandato, ostacolando gli agenti ad assumere mandati da diverse compagnie assicurative*». Come si vede, il presupposto dell'atto d'impulso non era costituito dalla rilevazione di ricadute anticoncorrenziali delle clausole ma dal fatto che quelle erano potenzialmente in grado di contrastare quell'assetto distributivo, caldeggiato dal legislatore con le disposizioni concernenti il divieto di clausole esclusiva nei rami danni (art. 5, comma 1, d.l. 7/2007). In altri termini, l'iniziativa di AGCM mirava a "combattere" – con conseguente dubbio d'un eccesso di potere – delle clausole sospette d'essere in grado di frustrare il disegno legislativo. Quelle disposizioni negoziali, quindi, seguendo l'impostazione dell'Autorità, avrebbero meritato una censura per essere astrattamente idonee a "frodare la legge" e non per la loro capacità di "distorcere" il naturale andamento del mercato della distribuzione di talune polizze assicurative.

5. Conclusioni e prospettive.

Volendo trarre una conclusione, sembra potersi confermare che imprese ed agenti godono dei più ampi margini di manovra per definire un quadro comune di principi e clausole negoziali da impiegare come fattore orientatore degli accordi decentrati od individuali. Quadro negoziale, si deve sottolineare, che mettendo a disposizione degli interessati una disciplina compiuta ed articolata, potrà utilmente concorrere alla riduzione dei c.d. costi di transazione, offrendo agli interlocutori delle trattative individuali, come termine di riferimento, una disciplina convenzionale compiuta ed altamente qualificata sotto il profilo tecnico per essere il risultato d'un confronto tra enti esponenziali delle categorie interessate²¹.

Ragionevolmente in sede di fissazione del quadro regolatorio dovranno solo essere evitate clausole che contengano esclusive "secche" per la distribu-

²¹ Analogamente a quanto sostenuto da P. ICHINO, op. loc. cit., p. 14, con riferimento alla persistente utilità e compatibilità concorrenziale del risultato della contrattazione collettiva.

zione dei prodotti danni, perché incompatibili con la specifica disciplina, di stretta interpretazione, su cui, peraltro forse, s'allunga qualche ombra²².

Verosimilmente, da un lato, da quella normativa limitativa non si potrà trarre argomento per escludere la legittimità di clausole che favoriscano la c.d. fidelizzazione dell'agente perché i divieti d'esclusiva sono insuscettibili d'un'applicazione sostanziale di carattere estensivo, come invece sembrerebbe ritenere AGCM. D'altro lato, l'imposizione rigorista (così come la norma su divieto di esclusive), potrebbe rivelarsi non solo incompatibile con il principio di proporzionalità ma anche con una prescrizione specifica. Infatti, sia pur limitatamente al settore della distribuzione delle polizze danni, la norma interna, potrebbe confliggere con quel precetto che vieta agli Stati membri di introdurre misure più restrittive di quelle previste a livello di normazione europea (art. 3, par. 2, reg. 1/2003/CE). Il principio della barriera unica²³, invero, esclude l'introduzione o la creazione anche per via interpretativa di norme più severe di quelle dell'Unione, mettendo così fuori campo quella interna che "criminalizza" le clausole d'esclusiva, od addirittura prende di trarre da quella un principio generale.

²² Sul punto, si veda, P. MARIANI, *Concorrenza e mercato assicurativo in Italia: la distribuzione dei servizi di assicurazione tra normativa nazionale e diritto dell'Unione europea*, in M. FRIGESSI DI RATTALMA (a cura di), *La disciplina della concorrenza in ambito assicurativo*, cit., p. 66, che, sia pur a fronte di un diverso contesto normativo rispetto a quello attuale, sembrava ritenere la normativa interna compatibile con quella UE.

²³ Cfr. S. BASTIANON, *Diritto antitrust dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 42, cui si rinvia per ogni altro aspetto di diritto UE considerato nelle precedenti parti del presente scritto.

ANDREA GEMMI

Cultore della materia di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia
andreagemmi@outlook.com

IL TRAMONTO DELLA CONCESSIONE-CONTRATTO: LA SVOLTA PUBBLICISTICA DELLA GIURISPRUDENZA.

THE ENDLINE OF THE CONCESSION-CONTRACT: THE CASE LAW TURNS BACKWARDS.

SINTESI

Il presente contributo è volto ad analizzare le recenti pronunce in materia di contratto di concessione, al fine di evidenziare il mutamento di orientamento della giurisprudenza sia amministrativa che di legittimità, con il progressivo superamento sostanziale dell'orientamento tradizionale costituito dalla tesi della concessione-contratto. Secondo il paradigma tradizionale, il rapporto tra parte pubblica e privata nel contratto di concessione è generalmente paritetico, anche se caratterizzato dalle singole facoltà pubblicistiche previste dalla normativa applicabile.

Si tratta di una tesi elaborata agli inizi del novecento dalla stessa giurisprudenza e volta a contrastare l'impostazione pubblicista in auge dalla fine dell'ottocento. In una prospettiva critica verso la categoria della concessione-contratto, la dottrina ha elaborato diverse tesi, in senso sia di completa privatizzazione del rapporto, sia di pubblicizzazione dello stesso. L'analisi delle recenti pronunce mette, però, in luce un superamento della tesi tradizionale, accogliendo invece alcuni argomenti elaborati dalla dottrina. Minoritario è l'orientamento minoritario ha valorizzato la contrattualizzazione del rapporto concessorio perseguita in alcuni ambiti dal diritto europeo, per accogliere le tesi di chi nega la configurabilità di un momento autoritativo nell'esecuzione del contratto concessorio.

La dottrina maggioritaria, invece, ha reagito alla contrattualizzazione operata dal diritto europeo valorizzando l'art. 11 della l. 241/90 per fondare la categoria del contratto di diritto pubblico, per negare nella sostanza la configurabilità di un rapporto paritetico tra le parti contrattuali. Alla base di questo mutamento, la giurisprudenza indica la necessità di tutelare la funzionalizzazione del contratto all'interesse pubblico, che sarebbe assicurata soltanto dal mantenimento di poteri autoritativi in capo all'amministrazione. Il paradigma del rapporto pubblico-privato viene così stravolto, nel senso di una generale supremazia del primo sul secondo.

La tendenza alla completa pubblicizzazione del rapporto pone però problemi di compatibilità con il principio costituzionale di legalità, fondamento e limite delle potestà autoritative dell'amministrazione. Inoltre, occorre considerare se la pubblicizzazione dell'attività dell'amministrazione assicuri effettivamente una

maggior efficienza dell'azione amministrativa nel perseguimento degli interessi pubblici.

ABSTRACT

This essay investigates the recent court decisions concerning the concession agreements, outlining the change in the case law of both the civil and administrative courts, which seem to overcome the traditional theory of "concession-contract".

Based on the traditional paradigm, the contractual relationship between public party and private party is generally based on equal positions in the concession, with the exceptions of particular authoritative powers provided for by the applicable regulation. This theory was developed by the case law to overcome the interpretation, popular at the end of XIX century, of the concession agreement as entirely regulated by public law. With a critical perspective to the concept of concession-contract, numerous authors developed different theories. According to some of these, the relationship is entirely regulated by private law. Other authors argue that the concession agreement has only public nature.

The investigation of the recent case-law decisions outlines the overcoming of the traditional interpretation, acknowledging some of the theories developed by the authors. A minor jurisprudential orientation has promoted the contractualisation of the concessions provided for by the European regulation on public contracts and acknowledged the theories of who denies any authoritative power in the execution of the concession agreement. The major jurisprudential orientation has grounded its interpretation on Art. 11 of the Law No. 241/90, denying that the parties to the concession agreement may be considered as equals.

This new interpretation is supposedly more suitable to protect the aim of the agreement to pursue and serve the public interest. According to this case law, the public interest can only be ensured if the public authority maintains authoritative powers in the execution of the concession agreements. The consequence is that the boundaries between public and private are overturned, and the public aim becomes absolutely prevalent.

This trend to acknowledging complete public nature to the execution of the concession agreement entails the risk of lack of compliance with the constitutional principle of legality, base and limit of authoritative power of public authorities. In addition, it is debatable whether this approach to the concession agreement does entail a major efficiency of the administrative action in pursuing public interests.

PAROLE CHIAVE: concessione amministrativa, convenzioni pubbliche, giurisdizione, contratti pubblici, servizi pubblici, beni pubblici.

KEYWORDS: administrative concession, public agreements, jurisdiction, public contracts, public services, public assets.

INDICE: 1. Introduzione – 2. Le teorie sul contratto di concessione. - 3. Gli elementi alla base del muta-

mento giurisprudenziale. – 4. Il tramonto della dogmatica tradizionale nella più recente giurisprudenza. – 5. A passo di gambero: il *revivement* delle istanze pubblicistiche.

1. Introduzione

La natura e l'esercizio dei poteri concessori costituiscono uno dei temi più discussi in dottrina e controversi in giurisprudenza¹. Nell'ambito del generale dibattito sulla categoria della concessione, centrale è il noto tema della natura del contratto accessivo al provvedimento di concessione². Tentare di deli-

¹ La nozione elaborata da RANELLETTI era incentrata sull'attribuzione di un nuovo diritto (in senso lato) al privato, «senza che questi ne abbia neppure il germe» (O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, 29). Si veda anche F.G. COCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *Le concessioni di servizi*, a cura di F. ROVERSI MONACO, Rimini, 1988, 25, *passim*, secondo cui il termine “concessioni” si riferisce a «intera categoria di fattispecie, differenti per oggetto, per contenuto e per effetto, caratterizzata unitariamente solo per il fatto che l'Amministrazione arricchisce di utilità la sfera giuridica del concessionario, o, secondo una diversa e più esatta interpretazione, costituisce o trasferisce nel patrimonio giuridico del concessionario nuovi status, nuove legittimazioni, nuove qualità o nuovi diritti». Secondo G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1958, 261, «carattere comune di tali provvedimenti è l'effetto, che è loro proprio, di conferire a una o più persone estranee all'amministrazione nuove capacità o nuovi poteri e diritti, dai quali resta ampliata la loro sfera giuridica». Autorevolissima dottrina ha escluso che la concessione abbia effetti traslativi. In questo senso M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, sostiene che l'idea della concessione traslativa derivi dalla errata qualificazione del contratto di servizio pubblico come concessione in senso proprio, mentre si tratterebbe di un atto organizzativo con cui l'amministrazione pone il privato a capo di un ufficio, restando però titolare della relativa funzione. Nello stesso senso F. MERLONI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2016. Se il carattere ampliativo costituisce tratto comune, la dottrina più attenta ha sottolineato come tale caratteristica sia propria anche di atti di diritto privato.

² Il dibattito sulla natura della concessione e, quindi, sullo spazio da riconoscere al diritto soggettivo nell'ambito delle concessione deriva soprattutto dalla considerazione che, per prassi o per espressa previsione, in molti casi la concessione è accompagnata o sostituita da un contratto stipulato con il privato. Tale accordo è qualificato “contratto” da chi ne riconosce la natura privatistica, seppur soggetto ad una sorta di diritto speciale che conferisce ad una parte poteri unilaterali di stampo pubblicistico (M.S. GIANNINI, *op. cit.*; F. MERLONI, *op. cit.*). Chi, invece, riconosce all'accordo natura pubblicistica preferisce parlare di “convenzioni pubblicistiche” (G.D. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, Giuffrè, 1984), ma non manca chi, utilizzando il termine “contratto di diritto pubblico”, riconosce all'accordo sia la natura pienamente contrattuale di cui all'art. 1321 c.c., sia la natura pubblica del provvedimento amministrativo (GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, V ed., 2019). Cionondimeno, la prevalenza dei poteri pubblicistici rispetto al vincolo privatistico avvicina il concetto di “contratto di diritto pubblico” a quello di “convenzione pubblica”. Attenta dottrina ha sottolineato come la definizione di “contratto pubblico”, così come quella di “contratto ad oggetto pubblico”, sia in sé contraddittoria, in quanto «l'apposizione qualificatoria finisce per negare il sostantivo» (D. SORACE, C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, III ed., 1989, 293). Simili posizioni pubblicistiche, seppur con proprie argomentazioni, sono state proposte da S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1997; E. BRUTI LIBERATI, *Le vicende del rapporto di concessione*

neare una teoria organica del contratto di concessione significa discutere della natura stessa del potere pubblico, della posizione del privato di fronte all'azione amministrativa e, in ultima analisi, del confine tra pubblico e privato. In questa prospettiva, i rari mutamenti dell'orientamento dominante costituiscono un'alterazione del rapporto stesso tra operatori economici e pubblica amministrazione. Diventa, pertanto, ancor più rilevante capire se ci si trovi oggi sulla soglia di un tale cambio di paradigma.

Muovendo dalle più recenti pronunce giurisprudenziali, il presente contributo è volto ad evidenziare il radicale mutamento subito nell'orientamento sia del Giudice Amministrativo che della Corte di Cassazione, indagandone le direttrici ed i possibili sviluppi.

Nell'operare questa analisi, non si ignora che «*molti dei contrasti e dei dubbi che investono il concetto di concessione amministrativa in generale, derivano dalla eterogeneità delle figure che vi si vogliono, e largamente vi si debbano far rientrare; del resto a loro volta contrastate e dubbie*»³. La considerazione organica delle concessioni di servizi, lavori e beni pubblici è volta qui ad evidenziare come, da una categoria comune, la progressiva contrattualizzazione degli stessi abbia portato a conseguenze diverse in termini di elaborazione dogmatica e approccio giurisprudenziale.

A questo proposito, si ritiene necessario premettere una breve analisi sulle diverse teorie che hanno caratterizzato il dibattito sulla natura della concessione contratto, sulla base delle quali si potranno cogliere i segni di un radicale mutamento di prospettiva della giurisprudenza, nel senso di un superamento dell'orientamento tradizionale.

2. Le teorie sul contratto di concessione.

Gli orientamenti giurisprudenziali che si andranno a commentare muovono entro categorie che sono state già sviluppate e discusse dalla dottrina, in una prospettiva critica verso l'orientamento tradizionale.

Come noto, la teoria delle concessioni amministrative ha origine tra la fi-

di pubblico servizio, in G. PERICU, A. ROMANO, V. SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, Giuffrè, 1995, 155; ID., *Accordi pubblici*, in Enc. dir., Annali, Aggiornamento, V ed., 1 ss., FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, in Enc. dir., Annali, I, Milano, 2007.

³ A. ROMANO, *La concessione di pubblico servizio*, in *La concessione di pubblico servizio*, (a cura di) G. PERICU, A. ROMANO, V. SPAGNUOLO VIGORITA, Milano, Giuffrè, 1995, 15. Simile critica metodologica è stata mossa da GIANNINI a F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, Cedam, 1965, che avrebbe basato i propri argomenti in merito agli effetti traslativi dei poteri concessori esclusivamente su una teoria delle concessioni di beni pubblici, salvo poi allargarla a fattispecie del tutto eterogenee, quali le concessioni di servizi. Si veda GIANNINI, *op. cit.*, 1144.

ne dell'ottocento e gli inizi del secolo scorso dal lavoro di autorevolissimi studiosi⁴.

Le prime teorie si caratterizzavano per individuare nel provvedimento di concessione l'unica fonte del rapporto con il privato, relegando l'adesione del privato a mera condizione di efficacia del provvedimento⁵. Secondo queste costruzioni pubblicistiche, non sarebbe configurabile un contratto o convenzione quale incontro tra le volontà dell'amministrazione e del privato, in quanto i rispettivi atti negoziali avrebbero natura del tutto diversa e inconciliabile; autonomia contrattuale l'una e potestà amministrativa l'altra. La fonte del rapporto è quindi esclusivamente il provvedimento di concessione stesso, qualificato come atto concessorio ad effetti bilaterali. Tale tesi provvedimentale comporta una riconduzione pressoché totale del rapporto concessorio all'ambito pubblicistico, riconoscendo alla pubblica amministrazione poteri autoritativi tipici dell'attività provvedimentale anche nel corso del rapporto concessorio.

Le teorie unilateralistiche sono state oggetto di critica in primo luogo per quanto riguarda la centralità dell'elemento autoritativo. Ci si è chiesto, infatti, «*perché dovendo in sostanza recare un vantaggio a un privato, il pubblico potere usa uno strumento autoritativo? Non è questo un controsenso?*»⁶. La stessa autorevolissima dottrina sottolinea come la tesi dell'inconciliabilità della dichiarazione negoziale del privato con la dichiarazione della p.a., in quanto funzionale al perseguimento di interessi pubblici, comporti non solo l'esclusione della configurabilità di un contratto di concessione, ma in radice di ogni contratto stipulato dalla pubblica amministrazione, in quanto tramite i contratti di diritto privato si perseguono anche interessi pubblici⁷. La tesi unilateralistica è sembrata peraltro contraddit-

⁴ I primi notissimi studi si devono innanzitutto a RANELLETTI. Si vedano O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in Giur. it., 1894, IV, 7; ID., *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in Riv. it. sc. giur., XIX, 1895, 3. Agli inizi del novecento si possono citare G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1931; M. GALLO, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1936; A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in Arch. dir. pubbl., 1938, 455 E. GUICCIARDI, *Le transazioni degli enti pubblici*, in Arch. dir. pubbl., 1936, 223.

⁵ Come riconosce B. GILIBERTI nella sua ricostruzione storica e dogmatica delle teorie delle concessioni di pubblici servizi, tali studi erano basati «*sull'idea, allora imperante, dello Stato-autorità, che opera nell'ordinamento secondo moduli unilaterali e imperativi*». Cfr. B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla natura giuridica delle concessioni di pubblico servizio*, in P.A. - Persona e Amministrazione, 2018, 1, 114.

⁶ M.S. GIANNINI, *op. cit.*. Lo stesso RANELLETTI riconosceva come apparisse apparentemente contraddittorio definire le concessioni come atti d'impero, ma ne indicava la ragione nel particolare scopo di cura degli interessi pubblici a cui tale funzione è finalizzata. Si tratta di una giustificazione poco comprensibile alla luce della dogmatica moderna. Cfr. G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984, 234; D. SORACE, C. MARZUOLI, *op. cit.*, 291.

⁷ M.S. GIANNINI, *op. cit.*, 741.

toria nella misura in cui individua la fonte del rapporto nel provvedimento unilaterale, salvo poi non poter prescindere comunque dal consenso del privato⁸.

Ad esiti simili a quelli della tesi unilateralistica perviene chi identifica la fonte del rapporto nell'accordo con il privato, avente però natura pubblicistica. Agli accordi ausiliari o sostitutivi del provvedimento, previsti dall'art. 11 della l. 241/1990 a natura facoltativa, queste teorie accostano gli "accordi necessari", e cioè «*quelle figure (concessione di pubblici servizi, convenzione di lottizzazione, convenzioni sanitarie, ecc.), che la legge ha strutturato in forma convenzionale e contrattuale, pur producendo effetti analoghi a quelli di un provvedimento amministrativo*»⁹. Anche in questo caso, si sottolinea come la funzionalizzazione dell'accordo alla cura di interessi pubblici comporti che tali convenzioni o contratti non possono che essere disciplinati dal diritto pubblico, con applicabilità del diritto privato del tutto residuale¹⁰.

Muovendo dall'esigenza di tutelare la stabilità del rapporto concessorio per quanto attiene ai profili meramente patrimoniali, la giurisprudenza ha fatto ricorso alla c.d. teoria della concessione-contratto¹¹, che trova un suo primo riferimento nella sentenza del 1910 della Corte di Cassazione di Roma¹². Lo

⁸ B. GILBERTI, *op. cit.*

⁹ G. GRECO, *op. cit.*, p. 255. Per una ricostruzione della concessione quale convenzione, cfr. soprattutto G. FALCON, *op. cit.*

¹⁰ G. GRECO, *op. cit.* Sulla inapplicabilità del diritto privato ad accordi funzionalizzati, si veda anche A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. Pubb.*, 1939, 76.

¹¹ Per una analisi storica della origine della categoria della concessione-contratto in relazione alla riforma giolittiana delle aziende municipalizzate, che avrebbe sostanzialmente già disconosciuto le tesi unilateraliste di fine ottocento, si veda M. D'ALBERTI, *Concessioni Amministrative*, in *Enc. del Dir.*, Roma, vol. VII, 1988.

¹² Cass. Roma, 12 gennaio 1910, in *Riv. dir. comm.*, 1910, 248, ai sensi della quale «*le dottrine sono non sicure e determinate e molto meno di accordo nella definizione giuridica dell'essenza di siffatte concessioni. Sembra che sia più conforme alla loro nozione considerare l'atto di concessione in due momenti giuridici. Nel primo momento può scorgersi la determinazione della volontà dello Stato che, sottraendo all'uso pubblico un'area o una pertinenza demaniale, la concede, per uno spazio più o meno lungo di tempo, o ad uso di una industria marittima o per un uso industriale estraneo alle industrie marittime, a una qualunque industria privata; è un atto di sovranità dello Stato che si concreta nella concessione. Ma in un secondo momento l'amministrazione dello Stato, regolando il suo atto di concessione, entra in rapporti di obbligazione con il concessionario; e fra l'uno e l'altro si stabiliscono le condizioni, le modalità, il prezzo, si opera cioè una vera e propria stipulazione di contratto [...]. In questa seconda ipotesi, certamente, possono aver luogo vere e proprie violazioni contrattuali e azioni ex contractu per ripararle [...]. Sorgono obbligazioni e responsabilità, diritti e doveri giuridici le cui violazioni possono dar luogo ad azioni giudiziarie*». In tale occasione, pertanto, il giudice romano, trattando di un caso di concessione demaniale, identificò «*l'atto di concessione in due momenti giuridici*»; dapprima lo Stato «*sottrae all'uso pubblico un'area*», dopodiché, «*regolando il suo atto di concessione, entra in rapporti di obbligazione con il concessionario*». In questa teorizzazione, il primo momento pubblicistico consiste nell'assunzione del bene in riserva pubblica, funzionalizzandolo al perseguimento di interessi pubblici. Occorre notare, però, che, quanto alle concessioni di pubblici servizi, si è anche sostenuto che «*la fattispecie concessoria sussiste indipendentemente dall'esistenza di una riserva esclusiva in favore dell'amministrazione*», poiché «*ciò che conta*

sviluppo di questa teoria¹³, volta ad assicurare la stabilità dei rapporti economici e la tutela dei concessionari, ha valorizzato il consenso della parte privata, che non costituisce più mero presupposto di efficacia ma partecipa alla formazione del rapporto concessorio¹⁴.

Le caratteristiche comuni alle varie teorie che si basano sul dualismo di atto unilaterale e atto paritetico consistono nella riconduzione dell'esecuzione del contratto all'ambito privatistico, entro il quale configurare diritti e obblighi rimessi alla giurisdizione ordinaria (quantomeno prima della previsione della giurisdizione esclusiva)¹⁵. In questo quadro, l'amministrazione non perde completamente la propria posizione di supremazia, mantenendo prerogative pubblicistiche in ordine a taluni aspetti della vicenda esecutiva – primo fra tutti, la revocabilità del contratto per motivi di interesse pubblico. Questa peculiarità non è dovuta alla natura pubblica del contratto, bensì alla necessaria funzionalizzazione dell'attività amministrativa anche se declinata in rapporti contrattuali. Sicché, spetta al giudice amministrativo la giurisdizione sul primo momento del rapporto, che costituisce esercizio di potere provvedimento, nonché sull'esercizio delle particolari prerogative pubblicistiche che caratterizzano il secondo momento del rapporto giuridico (e.g., la rideterminazione dei canoni concessori). Per il resto, il rapporto ha natura indiscutibilmente contrattuale e la p.a. non gode di una generale posizione di supremazia.

Varie sono state le critiche mosse a questo orientamento, comunque tradizionalmente dominante. L'incertezza di fondo sui rapporti tra l'atto amministrativo ed il contratto civilistico lascia innanzitutto irrisolte «*troppe questioni, e troppe questioni non secondarie: dalla precisazione delle relazioni che intercorrerebbero tra l'uno e l'altro, alla distinzione degli effetti giuridici che discenderebbero dal primo, da quelli che deriverebbero dall'altro*»¹⁶. L'incertezza sulla categoria deriva, inoltre, dalla diffi-

è che l'amministrazione abbia assunto fra i propri compiti quello di soddisfare le esigenze per le quali occorre procedere all'erogazione del servizio» (D. SORACE, C. MARZUOLI, *op. cit.*). il tema della assunzione nella teoria dei servizi pubblici è alla base del confronto tra le teorie dei servizi pubblici in senso oggettivo e soggettivo. Cfr. L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001.

¹³ Durante il periodo fascista le tesi unilateraliste costituivano ancora la dottrina dominante. Così, MIELE, *op. cit.*, A. AMORTH, *op. cit.*, M. GALLO, *op. cit.*. Nel dopoguerra, invece, la categoria della concessione-contratto diventa dominante anche in dottrina. In tal senso, M.S. GIANNINI, *op. cit.*, F. GULLO, *op. cit.*, E. SILVESTRI, *Il riscatto delle concessioni amministrative*, Milano, 1956.

¹⁴ M.S. GIANNINI, *op. cit.*; E. SILVESTRI, *opere citate*, e G. LANDI, *La concessione amministrativa con clausola di riserva*, Milano, 1941; F. GULLO, *op. cit.*.

¹⁵ In tal modo, la giurisprudenza ha ricondotto parte del rapporto concessorio al diritto privato, recuperando le posizioni giurisprudenziali che precedevano le teorizzazioni del RANELLETTI e della dottrina di fine ottocento.

¹⁶ A. ROMANO, *op. cit.*, p. 79.

coltà logica di individuare la fonte del rapporto contrattuale in due diversi atti, di natura peraltro radicalmente diversa¹⁷.

Ma ciò che risulta determinante è che nemmeno questa teoria riesce a chiarire perché l'esercizio di una facoltà unilaterale espressamente riconosciuta dalla legge debba essere ricondotta all'esercizio di un potere pubblicistico. Infatti, la funzionalizzazione dell'attività amministrativa non comporta, di per sé, la natura pubblicistica degli atti posti in essere, potendo l'amministrazione perseguire le finalità pubbliche attraverso atti paritetici¹⁸. Autorevole dottrina ha sottolineato come l'azione dell'amministrazione sia sempre funzionalizzata, poiché essa agisce (e non può che agire) sempre e solo nel pubblico interesse, e ciononostante può scegliere se porre in essere atti negoziali o provvedimenti amministrativi, senza che la funzione perseguita influenzi la natura di tale atto¹⁹.

Su queste basi, una più recente teoria sottolinea come le concessioni integrino rapporti giuridici patrimoniali, entro cui le parti assumono reciproche obbligazioni valutabili economicamente²⁰. Le prerogative unilaterali di cui dispone la pubblica amministrazione non comportano una diversa natura del rapporto, posto che o sono previste dal contratto, e si caratterizzano come diritti potestativi di diritto privato, oppure sono previste dalla legge, e quindi da una disciplina di carattere eteronomo che incide da fuori, senza qualificarlo²¹.

La differenza fondamentale tra le diverse teorie esposte non è la presenza o meno di un atto unilaterale dell'amministrazione, in quanto anche in questa terza teoria «*non solo vi è un atto unilaterale, ma svolge un ruolo identico a quello svolto dall'atto unilaterale avente autonoma e separata evidenza nelle fattispecie del secondo tipo*»²². La distinzione è da individuarsi nella natura di tale atto e nel suo rapporto con il contratto di concessione.

3. Gli elementi alla base del mutamento giurisprudenziale

Nonostante in giurisprudenza non manchino ancor oggi i richiami ai primi studi delle teorie monistiche, si tratta spesso di richiami di carattere stori-

¹⁷ B. GILBERTI, *op. cit.*

¹⁸ Si tratta di una possibilità oggi espressamente prevista dall'art. 1, co. I *bis*, della l. 241/1990.

¹⁹ L.R. PERFETTI, *Canone inverso al controcanone di Francesco Pugliese su concessioni e tutela giurisdizionale*, in *Studi in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2010, p. 414; PASTORI, *Statuto dell'amministrazione e disciplina legislativa*, in *Associazione dei professori di diritto amministrativo*, Annuario 2004, Milano 2005, 11.

²⁰ L.R. PERFETTI, *op. cit.*, B. GILBERTI, *op. cit.*

²¹ U. POTOTSCHNIG, *Concessione e appalto nell'esercizio di pubblici servizi*, in *Jus*, 1955; Id., *Servizi pubblici essenziali: profili generali*, in *Rass. giur. en. el.*, 1992; PERFETTI, *op. cit.*, p. 408.

²² D. SORACE, C. MARZUOLI, *op. cit.*

co²³. Sin dalla citata pronuncia del 1910, la giurisprudenza ha tradizionalmente fatto ricorso alla teoria della concessione-contratto, ancor oggi – lo si vedrà, solo dichiaratamente – dominante in giurisprudenza²⁴. Tale costruzione dogmatica, però, non offre una soluzione al problema della delimitazione delle prerogative pubblicistiche nell’ambito del rapporto paritetico che deriva dal contratto. Manca, cioè, una delimitazione dei poteri pubblicistici di cui può godere il concedente a prescindere dai diritti potestativi di natura contrattuale previsti dall’accordo. La convivenza di prerogative pubblicistiche con obbligazioni privatistiche senza una chiara connessione delle prime con oggettivi elementi di autoritarità rende incerto il confine tra i vincoli obbligatori e i poteri pubblici.

Sicché, pur senza apparentemente rinunciare alla teoria della concessione-contratto, la giurisprudenza ha potuto talvolta enfatizzare la supremazia della pubblica amministrazione sul contratto, e talaltra il rapporto paritetico nell’esecuzione del contratto, sostanzialmente allontanandosi dalla dogmatica originaria.

Sulla scorta della giurisprudenza più recente, si possono individuare tre elementi che hanno costituito la base del mutamento giurisprudenziale, e che son oggi valorizzati sia dal giudice ordinario che da quello amministrativo.

In primo luogo deve considerarsi il riparto di giurisdizione delineato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004, con cui la Consulta ha statuito che la giurisdizione esclusiva può essere prevista per “particolare materie” (e non per “blocchi di materie”) in cui la p.a. agisce come autorità²⁵. Pertanto, perché sussista giurisdizione esclusiva, è necessaria una compresenza di interes-

²³ Si veda la recentissima sentenza T.A.R. Campania-Salerno, sez. II, 7 gennaio 2019, n. 14, che si riferisce al “celebre scritto di fine ottocento di un insigne studioso del diritto amministrativo”, da identificarsi nel RANELLETTI. Come si vedrà, questa sentenza aderisce sostanzialmente a tesi pubblicistiche, pur senza rinunciare alla categoria della concessione-contratto. Cionondimeno, non sembra potersi riferire alle tesi unilateraliste di RANELLETTI, bensì alle più recenti teorie sul contratto di diritto pubblico.

²⁴ Esempio ne è Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza del 3 dicembre 2015, n. 5510, che, d’una parte, fa riferimento alla categoria della “concessioni/contratto” e, dall’altra, ne identifica una natura prevalentemente pubblicistica.

²⁵ In un’ottica pubblicistica, sia provvedimentale che convenzionale, la funzionalizzazione del contratto comporta una commistione di poteri autoritativi e interessi pubblici in qualunque aspetto del rapporto concessorio. Nella prospettiva tradizionale della concessione-contratto, la giurisdizione è del giudice ordinario non solo in materia di «*indennità, canoni ed altri corrispettivi*», ma – è da ritenersi – anche allorché il concedente eserciti facoltà contrattuali attinenti l’esecuzione del rapporto, come nel caso di risoluzione per inadempimento, diverse dagli specifici poteri autoritativi di cui gode in relazione al momento provvedimentale (come nel caso di recesso per interesse pubblico). In un’ottica contrattualista, invece, le facoltà unilaterali (persino nel caso di recesso per interesse pubblico) hanno natura di diritto potestativo contrattuale e, quindi, l’esercizio di un potere autoritativo non configura ipotesi “normale” dell’esecuzione di un contratto di concessione.

si legittimi e diritti soggettivi strettamente connessi tra loro, tale che vi sia «*inscindibilità delle questioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo, e per la prevalenza delle prime*»²⁶. In particolare, la Consulta ha ritenuto che «*la materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà, riconosciuta dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà (la quale, tuttavia, presuppone l'esistenza del potere autoritativo: art. 11 della legge n. 241 del 1990)*». La formulazione dell'art. 133 c.p.a. che risulta dalla sentenza fa salvi solo «*indennità, canoni e altri corrispettivi*», riconoscendo invece giurisdizione esclusiva le altre controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, inclusi i provvedimenti adottati dalla p.a. o dal gestore del servizio in esito ad un procedimento amministrativo.

Questa pronuncia è stata vista con favore dai sostenitori della tesi pubblicistica, che individuano nella statuizione della Consulta un riconoscimento ai poteri autoritativi caratterizzanti il contratto di diritto pubblico di concessione²⁷. Se l'esecuzione del contratto è rimessa al giudice amministrativo, allora vi deve essere commistione inscindibile di diritti soggettivi e poteri pubblici. Ma, secondo questo argomento, è l'intero contratto ad essere soggetto alla prevalente disciplina pubblicistica, e, di conseguenza, non si spiega come in caso di indennità, canoni, e corrispettivi il rapporto resti ineludibilmente paritetico²⁸. Come si ricava dalla citata giurisprudenza, il mero inadempimento può assumere rilievo pubblicistico allorché il concedente assuma provvedimenti di tipo sanzionatorio²⁹.

Dall'altra parte, invece, si deve rilevare un minoritario orientamento del giudice amministrativo che valorizza i riferimenti della Corte Costituzionale alla necessaria sussistenza di un potere autoritativo - e quindi di interessi legittimi - affinché possa ammettersi una giurisdizione amministrativa. Peraltro, la Corte

²⁶ Corte Costituzionale, sentenza del 6 luglio 2004 n. 204. Nello stesso senso, Corte Costituzionale, sentenza 11 maggio 2006, n. 191.

²⁷ G. GRECO, *op. cit.*, p. 258, che però deve notare come il riferimento all'art. 11 nella sentenza n. 204/2004 non sia rivolto ai contratti stipulati in esercizio del potere autoritativo - i contratti c.d. necessari - bensì quelli c.d. facoltativi, adottati in sostituzione del provvedimento.

²⁸ Anche chi, come G. GRECO, *op. cit.*, riconosce la natura pienamente contrattuale e vincolante dei contratti di concessione, nondimeno ne afferma la subalternatività rispetto ai poteri di diritto pubblico. Qualunque aspetto del rapporto può essere soggetto al potere autoritativo se ritenuto necessario dalla p.a., come alternativa al piano paritetico: «*In nessun caso, dunque, il vincolo contrattuale potrà prevalere sul difetto funzionale (sopravvenuto) dei rapporti contrattuali medesimi. E, se necessario, l'Amministrazione dovrà provvedere altrimenti a curare l'interesse pubblico nel caso concreto, riaprendo il circuito dei suoi poteri, di cui resta comunque titolare*».

²⁹ Si vedano le pronunce Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza del 6 dicembre 2018, n. 6916, e T.A.R. Campania-Salerno, sez. II, 19 gennaio 2019, n. 14.

Costituzionale sottolinea anche come sia «*escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo*» nonché «*escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo*». Sembra, quindi, configurabile una attività negoziale della pubblica amministrazione funzionalizzata al pubblico interesse senza che, per questo, debbano riconoscersi poteri autoritativi in capo al concedente e posizioni giuridiche degradate in capo al contraente privato. Come autorevolissima dottrina ha sostenuto, l'attività negoziale è espressione della funzione amministrativa, e l'interesse pubblico può essere perseguito anche attraverso contratti effettivamente privatistici³⁰.

In secondo luogo, può indicarsi, quale elemento che ha contribuito al mutamento dell'orientamento giurisprudenziale, la contrattualizzazione delle concessioni di lavori e servizi ad opera delle direttive europee³¹ e della normativa domestica di recepimento, *i.e.* i d.lgs. 163/2006 e 50/2016. Dal 2004 la normativa europea considera la concessione di servizio quale semplice contratto, «*che presenta le stesse caratteristiche dell'appalto*», salvo una diversa allocazione dei rischi³². A seguito del codice del 2006, che riprende la definizione europea, autorevole dottrina sottolineò come, a ben vedere, lo scopo della normativa europea fosse assicurare la concorrenza per il mercato, lasciando impregiudicata la natura del contratto di concessione e la disciplina dei servizi pubblici³³. Se, però, effettivamente il codice del 2006 non regolava la concessione di servizi, escludendoli anzi dall'ambito oggettivo di applicazione del decreto³⁴, il d.lgs. 50/2016 fornisce oggi una disciplina organica comune ai contratti di concessione di lavori e servizi³⁵, anche nella fase esecutiva.

Per di più, si tratta di una regolazione simile a quella fornita con riguardo

³⁰ F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, 807.

³¹ Si fa particolare riferimento alla direttiva 2004/18/CE ed alla direttiva 2014/23/UE.

³² Art. 1, par. 4, direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 e art 5, par. 1, direttiva 2014/23/UE.

³³ R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008, p. 106 ss. secondo cui è dubbia l'identificazione della categoria delle concessioni di servizi di cui al d.lgs. 163/2006 «*con l'atto di affidamento di servizi pubblici, sia perché l'intendimento del legislatore comunitario era quello di tracciare un confine tra appalti e concessioni di servizi e non di fornire una nozione generale e di incidere sulla potestà organizzativa degli Stati membri*». Sulla portata del d.lgs. 163/2006 in relazione alla contrattualizzazione dei servizi pubblici, si veda A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *dir. amm.*, 2012, 4, pp. 576 e ss.

³⁴ Art. 30, d.lgs. 163/2006, ai sensi del cui comma I «*Salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi*».

³⁵ Si tratta della Parte III del d.lgs. 50/2016, rubricata «*Contratti di concessione*».

ai contratti di appalto pubblico, salvo che per qualche particolarità nella procedura di affidamento³⁶. Risulta allora difficile sostenere per le concessioni una natura diversa da quella degli appalti, che sono pacificamente ricondotti ai contratti c.d. soggettivamente pubblici, e cioè a contratti di natura privata caratterizzati da una procedura ad evidenza pubblica nella scelta del contraente.

A fronte di questa direttrice di chiaro senso contrattualistico, la già richiamata tesi in ordine alla distinzione tra rilievo pubblicistico dei servizi pubblici e natura contrattuale della concessione di servizi prevista dal d.lgs. 50/2016 è stata fatta propria dal Consiglio di Stato³⁷. In dottrina si sono sostenuti gli elementi di differenziazione della disciplina delle concessioni rispetto agli appalti, quali le diverse possibilità fornite al committente di sciogliersi dal rapporto³⁸.

In terzo luogo, alla base delle spinte di pubblicizzazione è l'art. 11, l. 241/1990, ai sensi del quale «*l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo*» e «*Ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili*»³⁹. Gli accordi disciplinati espressamente dalla disposizione sono gli accordi c.d. facoltativi, che l'amministrazione può decidere di stipulare in alternativa all'esercizio della funzione tramite provvedimento. La dottrina pubblicistica ha ricondotto a tale articolo anche gli accordi c.d. necessari, per i quali, cioè, è la normativa a prevedere la stipula di un contratto⁴⁰. L'accordo rientrante nell'art. 11 avrebbe natura pubblica, in quanto unilateralmente revocabile per interesse pubblico e

³⁶ G. GRECO, *op. cit.*, p. 271. Sulla distinzione tra contratti di concessione di appalto, la giurisprudenza (Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2634; conformi, Consiglio di Stato, Sez. IV, 17 gennaio 2002, n. 253, Consiglio di Stato, Sez. V, 30 aprile 2002, n. 2294) ha chiarito che «*le concessioni, nel quadro del diritto comunitario, si distinguono dagli appalti non per il titolo provvedimento dell'attività, né per il fatto che ci si trovi di fronte ad una vicenda di trasferimento di pubblici poteri o di ampliamento della sfera giuridica del privato, (che sarebbe un fenomeno tipico della concessione in una prospettiva coltivata da tradizionali orientamenti dottrinali), né per la loro natura autoritativa o provvedimento rispetto alla natura contrattuale dell'appalto, ma per il fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato*». In questo senso L.R. PERFETTI, *Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Dir. amm.*, 2006, 14, 2, 387 ss.

³⁷ Parere del Consiglio di Stato, Adunanza speciale, 1 aprile 2016, n. 855, p. 166, ai sensi del quale occorre tener presente che «*esulano dall'ambito di interesse della direttiva concessioni, e quindi anche del nuovo codice, le tematiche a monte relative alla missione che le imprese, incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale sono tenute ad assolvere per finalità di interesse generale e quella relativa ai servizi rivolti agli utenti nell'interesse dei cittadini*».

³⁸ G. GRECO, *op. cit.*, 272, che identifica le differenze nelle possibilità del concedente di caducare il contratto e sciogliersi dal rapporto.

³⁹ Art. 11, commi I e II, l. 241/1990.

⁴⁰ G. GRECO, *op. cit.*, 255.

soggetto ai principi - non alle norme - del codice civile solo se compatibili. In tal modo, i sostenitori della tesi del contratto di diritto pubblico hanno rivendicato il riconoscimento positivo di questa categoria⁴¹. La dottrina contrattualistica, da parte sua, ha contestato questa tesi sottolineando, da una parte, che la previsione dell'art. 11, co. IV *bis* della necessaria determina a contrarre è strumentale a garantire un controllo sull'esercizio della funzione anche rispetto ad accordi di natura privatistica; dall'altra, che l'art. 11 configura un accordo di natura generale, sostitutivo di qualunque provvedimento, mentre la concessione di pubblico servizio costituisce figura prevista dalla normativa e non si dà luogo ad un provvedimento sostituito dall'accordo⁴².

Come si vedrà, i recenti mutamenti giurisprudenziali sono interpretabili sulla base di questi tre elementi, ricorrenti nelle pronunce che concorrono al sostanziale superamento della categoria della concessione-contratto.

4. Il tramonto della dogmatica tradizionale nella più recente giurisprudenza

Esaminando la giurisprudenza espressa in merito all'inadempimento del contratto, materia tradizionalmente ricondotta al rapporto paritetico derivante dal contratto di concessione sussunta entro categorie privatistiche, viene innanzitutto in rilievo la sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, del 12 maggio 2016, n. 3653, resa in materia di concessione di esecuzione e gestione, ai sensi della quale « *Nel caso delle convenzioni che accedono all'esercizio di potestà amministrativa concessoria – dove è chiara la natura latamente contrattuale dell'atto bilaterale, stante la regolazione di aspetti patrimoniali – ben possono trovare applicazione le disposizioni in tema di obbligazioni e contratti. Tuttavia, tale applicazione non può esservi, se non considerando la persistenza (ed immanenza) del potere pubblico, dato che l'atto fondativo del rapporto tra amministrazione e concessionario non è la convenzione, bensì il provvedimento concessorio, rispetto al quale la prima rappresenta solo uno strumento ausiliario, idoneo alla regolazione*

⁴¹ G. GRECO, *op. cit.*, 254, ai sensi del quale «con l'art. 11 della legge 241/90 (2) è stato introdotto uno specifico istituto, alla stregua del quale il problema teorico si è trasformato in problema interpretativo di diritto positivo». Si tratta di una tesi consapevole che, come ha rilevato autorevole dottrina, gli orientamenti del dibattito sulla natura del contratto di concessione si sono «concentrati sull'astratta configurabilità dogmatica della figura a fronte di fattispecie legislative che presentavano apparentemente le caratteristiche descritte, laddove il tema ha natura prettamente normativa dovendosi verificare se il legislatore ha effettivamente previsto figure che non possono essere ricondotte né al contratto né al provvedimento amministrativo, onde procedere poi, in caso di risposta affermativa, all'individuazione della disciplina applicabile». Cfr. L.R. PERFETTI, *op. cit.*.

⁴² Si veda L.R. PERFETTI, *Canone inverso al controcanto di Francesco Pugliese su concessioni e tutela giurisdizionale*, in *Studi in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2010, 419.

(subalterna al provvedimento) di aspetti patrimoniali del rapporto [...] essa conforma l'oggetto del contratto, ossia il contenuto del medesimo. Ciò comporta che, laddove l'interprete debba giudicare della illiceità della causa di un contratto pubblico, ovvero della impossibilità (materiale o giuridica) o della illiceità dell'oggetto di tale contratto, non può non ricordare che tali elementi essenziali sono diversamente conformati, [...] Allo stesso modo, quanto sin qui descritto si riflette anche sul rapporto contrattuale, sull'adempimento del contratto»⁴³.

Di tenore simile è la pronuncia del Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza del 6 dicembre 2018, n. 6916, resa in tema di assegnazione di aree⁴⁴. Da una parte, la pronuncia richiama espressamente la dogmatica della categoria della concessione-contratto, e individua l'accordo col privato come «strumento ausiliario, idoneo alla regolazione (subalterna al provvedimento) di aspetti patrimoniali del rapporto». Dall'altra, però, si sostiene che «tali contratti non sono disciplinati dalle regole proprie del diritto privato, ma meramente dai "principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti", sempre "in quanto compatibili" e salvo che non sia "diversamente previsto"», richiamando indirettamente la formulazione dell'art. 11 della l. 241/1990. In questo quadro, la tutela contro l'inadempimento della controparte «lungi dall'essere posta a semplice tutela dei diritti patrimoniali della Pubblica Amministrazione, costituisce più ampiamente tutela dell'interesse pubblico che ha, nel momento genetico, consentito l'esercizio del potere provvedimentale concessorio e la conseguente stipula della convenzione quale contratto ad oggetto pubblico ad esso accessivo; e che, nel momento funzionale, costituisce la finalità cui tendono, per il tramite degli atti assunti, sia la Pubblica Amministrazione che il privato». La funzionalizzazione del contratto e, per mezzo di questo, anche dell'attività del privato, è funzionale ad escludere rilevanza all'autonomia contrattuale delle parti per riconoscere natura pubblica al contratto. Non stupisce, allora, che il Consiglio di Stato neghi l'idoneità della convenzione a vincolare

⁴³ Consiglio di Stato, sez. IV, del 12 maggio 2016, n. 3653, punti 2 e 3 in diritto.

⁴⁴ La sentenza in esame riguardava la revoca, da parte di un consorzio di sviluppo industriale, dell'assegnazione dei suoli disposta in favore di un consorzio di imprese private. In disparte ogni considerazione in merito alla riconducibilità della fattispecie concreta alla concessione di beni pubblici, che il Giudice argomenta diffusamente, significativo è l'orientamento espresso in materia di inadempimento contrattuale, tradizionalmente qualificata in termini privatistici. Nel caso di specie, il privato aveva omesso il pagamento di canoni contrattuali, ed il consorzio industriale aveva proceduto alla revoca sulla base di una clausola convenzionale, ai sensi della quale «si intende nulla e revocata qualora la ditta non ottemperasse al versamento di quanto innanzi, con trattenuta di tutti gli importi versati». Il giudice di prime cure aveva rilevato come la convenzione accessiva al provvedimento contenesse una clausola risolutiva espressa in caso di mancato pagamento dei canoni, e, quindi, la revoca aveva natura sanzionatoria, e non provvedimentale ex art. 21-qui quies della l. 241/1990. Su queste basi, l'appellante propone un appello basato sul piano privatistico, contestando la sussistenza del proprio inadempimento, la natura essenziale del termine contenuto nell'art. 3 della convenzione e rilevando il mancato accertamento dell'imputabilità per colpa dell'inadempimento.

l'amministrazione concedente argomentando sulla base di pronunce rese in merito a fattispecie di pacifica natura pubblica, quali accordi tra pubbliche amministrazioni⁴⁵ e convenzioni urbanistiche⁴⁶, arrivando ad affermare che «l'impegno assunto dall'amministrazione attraverso l'accordo non può risultare vincolante in termini assoluti, in quanto esso riguarda pur sempre l'esercizio di pubbliche potestà», e «il cd. "autovincolo" derivante all'amministrazione da un accordo può perdere successivamente consistenza a seguito del confronto delle posizioni caratterizzanti le fasi successive del procedimento». Vengono così sacrificate le esigenze di stabilità dei rapporti patrimoniali e tutela del privato contraente alla base della dogmatica della concessione-contratto, escludendo la vincolatività dell'accordo e riconoscendo la supremazia della p.a. non più rispetto a singole facoltà unilaterali previste dalla normativa, bensì in riferimento a tutto il rapporto concessorio.

Su queste basi, il giudice di secondo grado respinge la tesi della parte privata, ritenendo di non poter interpretare la clausola controversa quale clausola di risoluzione espressa, ed indagare così la sussistenza di un inadempimento e la relativa imputabilità al soggetto privato, bensì quale ipotesi di revoca sanzionatoria, espressione della prerogativa pubblicistica di dichiarare la decadenza del contratto indipendentemente dall'applicazione dei principi del diritto comune. In questo senso, il giudice afferma che «tale previsione, lungi dall'essere posta a semplice tutela dei diritti patrimoniali della Pubblica Amministrazione, costituisce più ampiamente tutela dell'interesse pubblico», pur senza caratterizzarsi come potere di autotutela i sensi dell'art. 21-quinquies l. 241/1990⁴⁷.

La sentenza appena si colloca nel solco di un orientamento già recentemente espresso dal Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza del 3 dicembre 2015, n. 5510, allorché ha affermato che «il rapporto amministrazione/concessionario, fondato sulle (usualmente definite) "concessioni/contratto", proprio in ragione delle sue peculiarità originate dall'inerenza all'esercizio di pubblici poteri, non ricade in modo immediato, e tanto meno integrale, nell'ambito di applicazione delle disposizioni del codice civile, le quali, se possono certamente trovare applicazione in quanto applicabili ovvero se espressamente richiamate, tuttavia non costituiscono la disciplina ordinaria di tali convenzioni, [...] la applicazione dei principi in tema di obbligazioni e contratti agli accordi dell'amministrazione (riconducibili o

⁴⁵ Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 2001 n. 354, in tema di accordo tra comuni.

⁴⁶ Cons. Stato, sez. IV, 9 novembre 2004 n. 7245, che riguardava una convenzione di natura urbanistica.

⁴⁷ Nell'ambito della teoria della concessione-contratto, la declaratoria di decadenza per inadempimenti sono considerate negozio di esercizio di un diritto potestativo, assimilabile proprio alla clausola risolutiva espressa e soggetta ai canoni propri del diritto delle obbligazioni e dei contratti nella valutazione del comportamento delle parti e della regolarità della decadenza. Cfr. M. D'ALBERTI, *op. cit.*

meno alla generale figura del contratto), trova in ogni caso un limite, e dunque una conseguente necessità di adattamento, nella immanente presenza dell'esercizio di potestà pubbliche».

Di senso analogo è il T.A.R. Campania–Salerno, sez. II, 19 gennaio 2019, n. 14, anch'esso reso in materia di assegnazione di aree da parte del Consorzio Industriale quali espressione di poteri concessori. Il giudice salernitano indica innanzitutto la fonte del rapporto nel provvedimento, la cui convenzione è volta a regolare gli aspetti patrimoniali. Si parla, però, di convenzione, in quanto l'accordo non potrebbe integrare un vero e proprio contratto per non «*compromettere in un negozio patrimoniale, frutto dell'autonomia delle parti, l'interesse pubblico*», ma la stessa «*rientra nel modello generale di accordo amministrativo e presenta, pertanto natura pubblicistica*». Anche in questo caso si nega rilevanza all'autonomia negoziale delle parti, e la funzionalizzazione all'interesse pubblico rende l'accordo un mero modulo procedimentale, al fine dichiarato di salvaguardare le prerogative dell'amministrazione nel perseguimento dell'interesse pubblico⁴⁸.

La Cassazione ha accolto la pronuncia della Corte Costituzionale come conferma degli orientamenti più pubblicistici in tema di adempimento della concessione, sia per beni pubblici che servizi⁴⁹. In particolare, si è affermato che sarebbero rimessi alla giurisdizione amministrativa, a prescindere dalla circostanza che siano impugnati provvedimenti dell'autorità pubblica, controversie promosse per il rifiuto del concedente di riconoscere il diritto preteso dal concessionario coinvolgano il contenuto dell'atto concessorio, e cioè i diritti e gli obblighi dell'Amministrazione e del concessionario ponendo in discussione il rapporto stesso nel suo aspetto genetico e funzionale⁵⁰. Sono inoltre riservate

⁴⁸ Si utilizza qui un'espressione che nel GIANNINI indica gli accordi di diritto pubblico privi di valore contrattuale e idoneità a vincolare le parti nei modi previsti dal diritto privato (M.S. GIANNINI, *op. cit.*).

⁴⁹ Cassazione civile sez. un., 20 novembre 2007, n. 24012.

⁵⁰ Cassazione civile, sez. un., 9 agosto 2018, n. 20682, secondo cui la disposizione di cui all'art. 133 «*deve essere interpretata nel senso che la competenza del tribunale amministrativo regionale sussiste anche in assenza di impugnativa di un atto o provvedimento dell'autorità pubblica, purché la controversia, promossa per il rifiuto dell'autorità stessa di riconoscere il diritto preteso dal concessionario, coinvolga il contenuto dell'atto concessorio e cioè i diritti e gli obblighi dell'Amministrazione e del concessionario ponendo in discussione il rapporto stesso nel suo aspetto genetico e funzionale* (Cass. Sez. Un. 2 febbraio 2011 n. 2518; Cass. Sez. Un. 9 gennaio 2013 n. 301). *Con la conseguenza che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in cui si discute sulla asserita violazione degli obblighi nascenti dal rapporto concessorio (nei sensi suddetti, tra le tante, pronunzie Cass. Sez. un. 31 marzo 2005 n. 6744; Cass. Sez. Un. 26 giugno 2003 n. 10157; Cass. Sez. Un. 6 giugno 2002 n. 8227; Cass. Sez. Un. 11 giugno 2001 n. 7861)*». Nel caso di specie, a fronte di un *petitum sostanziale* costituito da una domanda di adempimento del contratto e contrapposta istanza di risoluzione dello stesso, per cui - sostiene la ricorrente - nessun potere autoritativo verrebbe in rilievo, le Sezioni Unite della Cassazione hanno ritenuto sussistere la giurisdizione amministrativa. Nello stesso senso, Cassazione civile, Sez. Un., 18 gennaio 2016, n. 692. In tema di giurisdizione amministrativa nel caso in cui viene in discussione il rapporto concessorio nel suo aspetto genetico e funzionale,

al giudice amministrativo le controversie circa la durata del rapporto di concessione, o la stessa esistenza del rapporto o la rinnovazione della concessione.

In altra recentissima pronuncia, le Sezioni Unite hanno ritenuto la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulla base della circostanza per cui *«la controversia, non attenendo all'esercizio di un poter autoritativo, avrebbe comunque ad oggetto il contenuto del contratto, la cui interpretazione viene in rilievo sia come criterio di soluzione della controversia [...] sia come criterio di attribuzione della giurisdizione»*⁵¹.

Nemmeno la giurisprudenza del giudice amministrativo è immune a questa tendenza pubblicistica. Il T.A.R. Campania-Napoli, sez. II, 12 luglio 2018, n. 4652, ha ritenuto sussistere la giurisdizione amministrativa in un caso di risoluzione per grave inadempimento da parte del contraente pubblico, in quanto *«nelle concessioni di servizio pubblico, il profilo autoritativo emerge anche nella fase esecutiva del rapporto, tanto da giustificare la diversa regolazione della giurisdizione esclusiva [...] in considerazione della prevalenza dell'interesse pubblico perseguito, alla luce di una lettura unitaria del fenomeno "provvedimento concessione/contratto accessivo"»*. Anche in questo caso la funzionalizzazione del contratto è strumentale a determinarne la natura pubblica e la supremazia autoritativa dal concedente.

Nella stessa prospettiva è la pronuncia del TAR Piemonte-Torino, Sez. I, 4 marzo 2015, n. 404, in merito all'azione di annullamento della decisione di risoluzione per inadempimento di un contratto di concessione di servizi. Il giudice piemontese è esplicito nel rigettare le tesi dei resistenti basate su una *«concezione dualistica o bifasica del rapporto, secondo cui ad un iniziale momento autoritativo [...] traslativo di facoltà [...] accede la successiva fase contrattuale»*, per affermare invece che *«a tale impostazione si fa preferire una lettura del fenomeno di tipo unitario, che inquadra il rapporto concessorio nella più ampia categoria degli "accordi sostitutivi o integrativi del provvedimento"»*, cosicché *«l'intreccio sinallagmatico contenuto nella convenzione di concessione andrebbe inteso non solo come sede di regolamentazione delle reciproche pretese patrimoniali tra le parti, ma anche dei profili disciplinari del rapporto connessi all'esercizio della funzione amministrativa»*.

Radicalmente diversa è la prospettiva in cui si muove il T.A.R. Toscana-Firenze, sez. I, 7 dicembre 2018, n. 1580, resa su una domanda di risarcimento per inadempimento di contratto di concessione di lavori. La controversia era stata proposta avanti al giudice amministrativo e successivamente riassunta avanti al T.A.R. in ragione della statuizione da parte delle Sezioni Unite sulla

indipendentemente dalla natura delle posizioni giuridiche dedotte, si veda Consiglio di Stato, sez. IV, 4 luglio 2011, n. 3997.

⁵¹ Cassazione civile, Sez. Un., 30 marzo 2018, n. 8035.

giurisdizione amministrativa⁵². Il T.A.R. Firenze, pur in presenza di una giurisdizione radicata dalla pronuncia del Supremo Consesso, afferma che «*il rapporto concessorio intercorrente fra le parti risulta essere di natura esclusivamente contrattuale*». Nonostante questa perentoria posizione sembri riflettere una posizione contrattualistica rispetto all'accordo accessivo⁵³, a ben vedere l'argomentazione a supporto della pronuncia si basa su una dogmatica più tradizionale, seppur con un rilevante impatto innovativo. La sentenza motiva sulla diversa natura che la concessione di lavori avrebbe assunto con il d.lgs. 163/2006, il quale avrebbe comportato il superamento della precedente distinzione tra concessione di sola costruzione e concessione di costruzione e gestione dell'opera⁵⁴. Solo in questa seconda figura si realizzerebbe una «*traslazione delle pubbliche funzioni inerenti l'attività organizzativa e direttiva dell'opera pubblica*». Nelle concessioni di lavori, invece, «*la gestione funzionale ed economica dell'opera non costituisce più un accessorio eventuale della concessione di costruzione, ma la controprestazione principale e tipica a favore del concessionario*»⁵⁵. Il T.A.R. sembra quindi esprimersi per una completa contrattualizzazione con il solo riferimento ai contratti c.d. soggettivamente pubblici, e, con un *obiter dictum*, sembra fare salva la commistione tra pubblico e privato

⁵² «*la stipulazione della convenzione, essendo avvenuta nell'ambito del procedimento volto al rilascio della concessione, comporta la configurazione di tale convenzione come accordo volto a determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale, con conseguente devoluzione della relativa controversia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi del menzionato L. n. 241 del 1990, art. 11, commi 1 e 5*», Corte di Cassazione, Sez. Un., 3 ottobre 2011, n. 20143. Deve tuttavia rilevarsi come tale pronuncia non costituisca un precedente in totale continuità con l'orientamento espresso dalla sopra citata pronuncia Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza del 6 dicembre 2018, n. 6916. Nel caso di specie, la Cassazione ha accostato il contratto di concessione per la realizzazione del parcheggio alle convenzioni di lottizzazione, riconoscendo ad entrambe lo scopo di regolare «*l'utilizzo del territorio*», sottolineando la circostanza per cui il parcheggio oggetto della convenzione costituisce opera di urbanizzazione. Se la riconduzione delle convenzioni urbanistiche al *genus* delle convenzioni pubbliche è pacifico, anche chi riconduce le concessioni di lavori tra le convenzioni pubbliche di cui all'art. 11, l. 241/1990 ne riconosce l'appartenenza ad una categoria diversa. Si veda in questo senso Consiglio di Stato, sez. V, 20 agosto 2013 n. 4179, che identifica «*la celebre tripartizione tra: contratti accessivi necessari, contratti ausiliari di provvedimento e contratti sostitutivi di provvedimento [...] del quale l'ultima delle citate categorie [...] viene esemplificata con il riferimento alle convenzioni urbanistiche*». Sulla configurazione del contratto di diritto privato in materia di servizi e beni pubblici come contratto necessario equiparato ai contratti facoltativi di cui all'art. 11, l. 142/1990, GRECO, *op. cit.*

Sui contratti di diritto pubblico si vedano G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001 e L.R. PERFETTI, *Canone inverso al controcanto di Francesco Pugliese su concessioni e tutela giurisdizionale*, in *Studi in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2010, 397.

⁵³ L.R. PERFETTI, *op. ult. cit.*; B. GILIBERTI, *op. cit.*

⁵⁴ In tema di superamento della figura della concessione di costruzione e gestione, Corte di Cassazione, Sez. Un., sentenza del 13 settembre 2017, n. 21200.

⁵⁵ La natura delle concessioni di sola costruzione non era affatto pacifica in passato. Si veda D'ALBERTI, *op. cit.*

che connota i contratti c.d. ad oggetto pubblico nelle teorie tradizionali della concessione-contratto⁵⁶. L'impatto innovativo della pronuncia in esame consiste nella presa d'atto della avvenuta contrattualizzazione della concessione di lavori da parte del codice dei contratti pubblici da parte del d.lgs. 163/2006 e, a fronte di una giurisprudenza che tradizionalmente li accosta alle concessioni di servizio pubblico tra i contratti ad oggetto pubblico nel perseguire una finalità pubblica⁵⁷.

In maggiore discontinuità si pone invece il T.A.R. Aosta, sez. I, 15 dicembre 2015, n. 98, che si esprime in merito alla contestazione dell'annullamento per inadempimento disposto rispetto ad una concessione di gestione di un impianto sportivo. Il giudice qualifica, preliminarmente, il rapporto come di concessione di servizi pubblici, ma chiarendo che nulla cambierebbe accogliendo le tesi attoree e qualificandolo come concessione di bene pubblico, data la analoga formulazione degli artt. 133, co. I, lett. b) e c). Richiamando la sentenza Cost. n. 204/2004, si afferma che, in entrambi i casi, «quando i giudizi non attengono direttamente ai provvedimenti a monte della concessione ma alla convenzione ed al rapporto bilaterale, rimane assegnata al GO la lite in ordine agli aspetti meramente patrimoniali ad essa connessi, in ordine ai quali l'Amministrazione interviene non munita d'autorità ma in posizione paritetica, sicché è da ritenere comunque la giurisdizione del giudice ordinario in una controversia nella quale la contestata risoluzione riposi su aspetti economico-monetari connessi alla morosità nel versamento dei canoni o, come nella specie, a mancato rimborso di poste patrimoniali». Tale interpretazione sarebbe supportata, tra gli altri, da un argomento sistematico-teologico, legato alla volontà del legislatore di riservare al g.o. le questioni patrimoniali, solitamente trattate «nel contratto

⁵⁶ Sulla distinzione tra contratti soggettivamente pubblici ed oggettivamente pubblici; M.S. GIANNINI, *op. cit.*; F. MERLONI, *op. cit.*. Diversamente G. GRECO, *op. cit.*, che accomuna concessioni di lavori e di servizi nel codice del 2006.

⁵⁷ Consiglio di Stato sezione IV sentenza n. 3653 depositata il 19 agosto 2016, secondo cui nelle concessioni di lavori, così come per quelle di servizi «la finalità di pubblico interesse "entra" nella definizione di causa sia ove intesa quale funzione obiettiva economico – sociale del negozio, sia ove intesa quale funzione obiettiva giuridica dell'atto; per altro verso, essa conforma l'oggetto del contratto, ossia il contenuto del medesimo». Ciò, in quanto «nel caso della concessione di lavori pubblici, il "diritto di gestire l'opera" (che corrisponde ad una obbligazione assunta dal contraente pubblica amministrazione), comporta che il privato esecutore dell'opera divenga anche (e successivamente) gestore di un pubblico servizio, in quanto la gestione dell'opera realizzata non può prescindere dalla fornitura (alla stessa pubblica amministrazione o a terzi) del servizio pubblico, al quale la sua realizzazione era funzionalmente destinata».

«In sostanza, la definizione del contratto quale "contratto pubblico" (art. 3, d. lgs. n. 163/2006, applicabile al caso di specie) non indica esclusivamente (e semplicisticamente) la presenza di un soggetto pubblico quale parte contraente, bensì una oggettiva finalità di pubblico interesse perseguita per il tramite del contratto e del suo adempimento.» Per un verso, infatti, la finalità di pubblico interesse "entra" nella definizione di causa sia ove intesa quale funzione obiettiva economico – sociale del negozio, sia ove intesa quale funzione obiettiva giuridica dell'atto; per altro verso, essa conforma l'oggetto del contratto, ossia il contenuto del medesimo».

accessivo alla concessione e non nel provvedimento di concessione propriamente detto». La giurisdizione ordinaria si basa quindi sulla antura contrattuale che l'inadempimento assume, e «non attiene più in generale all'accertamento della legittimità degli atti con cui l'amministrazione ha esercitato il proprio potere discrezionale».

Simili statuizioni di principio sono espresse da Consiglio di Stato, sez. V, 1 agosto 2015, n. 3780 e T.A.R. Abruzzo-Pescara, sez. I, 20 febbraio 2018, n. 64, anche se entrambe le pronunce devono poi qualificare il rapporto controverso come appalto di servizi⁵⁸.

Allo stesso orientamento può essere ricondotto il T.A.R. Puglia-Lecce, sez. II, 19 novembre 2018, n. 1714, espressosi in merito al ricorso con cui il concessionario impugnava gli atti di gara ed il successivo contratto, chiedendone l'annullamento per vizio del consenso o la risoluzione per inadempimento e risarcimento. Il concedente, da parte sua, aveva disposto la risoluzione per inadempimento con escussione della cauzione, decisione parimenti impugnata. Il ricorrente aveva contestato l'incorrettezza delle informazioni fornite nel bando di gara - oggetto di impugnazione - per dedurre un vizio del consenso. Si tratta, quindi, di un tema che attiene al momento genetico del rapporto concessorio e alla sua corretta instaurazione, tema che le citate pronunce avevano chiaramente collegato alla giurisdizione amministrativa e alla sussistenza di un preminente potere autoritativo del concedente⁵⁹. Il giudice pugliese, a fronte di tale *petitum* sostanziale, ha invece rilevato come «*le doglianze di parte attrice attengano principalmente ad un vizio del contratto, il quale, quantunque genetico, è pur sempre proprio dello stesso*», sottolineando come non «*vengano sotto alcun profilo in rilievo, neppure mediato - circostanza che sarebbe stata di per sé sufficiente a radicare la giurisdizione di questo g.a. ex art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., - i poteri pubblicistici dell'Amministrazione medesima*». Ma la distinzione tra provvedimento di aggiudicazione, per cui rilevano profili pubblicistici attinenti alla concorrenza per il mercato, ed esecuzione del contratto, attinente al rapporto paritetico delle parti, costituisce caratteristica dei contratti ad evidenza pubblica, quali i contratti di appalto pubblico. La sentenza in esame accosta i contratti di concessione ai contratti d'appalto, nel profilo pubblicistico esclusivamente inerente la procedura di selezione del contraente.

⁵⁸ «*Per radicare la giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo non è sufficiente [...] che si versi in materia di servizi pubblici, ma occorre pur sempre che la Pubblica Amministrazione abbia agito nello specifico esercitando il proprio potere autoritativo*» Consiglio di Stato, sez. V, 1 agosto 2015, n. 3780, punto 4b.

⁵⁹ Cassazione civile, sez. un., 9 agosto 2018, n. 20682; Cass. Sez. Un. 2 febbraio 2011 n. 2518; Cass. Sez. Un. 9 gennaio 2013 n. 301; Consiglio di Stato, sez. IV, 4 luglio 2011, n. 3997.

5. A passo di gambero: il *revivement* delle istanze pubblicistiche.

Le pronunce analizzate esprimono tendenze diverse in merito alla interpretazione del contratto di concessione, in complessivo contrasto con la categoria tradizionale della concessione-contratto.

Si nota innanzitutto una decisa e ormai affermata pubblicizzazione del rapporto concessorio, sulla base della funzionalizzazione del contratto all'interesse pubblico. Elemento di rilievo in questo senso è la riserva di esclusiva al giudice amministrativo alla luce della citata sentenza della Corte Cost. n. 204/2004, interpretata nel senso di riconoscere poteri autoritativi in capo alla pubblica amministrazione nell'esecuzione del rapporto. L'art. 11 viene letto nel senso di prevedere una prevalenza del potere pubblico sugli aspetti contrattuali, in ragione della sua funzionalizzazione all'interesse pubblico. In questo quadro, la giurisprudenza contrasta l'elemento di contrattualizzazione del rapporto concessorio ad opera della normativa europea e del d.lgs. 50/2016 qualificando l'accordo concessorio come accordo amministrativo ai sensi dell'art. 11, l. 241/1990 e, quindi, subordinando la regolazione privatistica alla preminenza generale delle potestà pubbliche, laddove esercitate. In tal senso, l'elemento di contrattualizzazione sembra comportare una reazione di senso opposto, di sostanziale pubblicizzazione.

Ma la contrattualizzazione non è priva di effetti. La pubblicizzazione del rapporto è ormai consolidata per quanto riguarda le concessioni di beni pubblici, mentre, per quanto attiene ai servizi pubblici, si può rilevare un orientamento minoritario che ne sostiene la natura contrattuale, persino oltre i limiti configurati dalla categoria della concessione-contratto. La divergenza di questi orientamenti deve essere letta alla luce della contrattualizzazione operata dalla normativa europea, che trova applicazione alle concessioni di beni e servizi e non, invece, alla concessione di beni demaniali, esclusi dall'ambito oggettivo delle direttive europee.

In questo quadro di impulso e reazione alla contrattualizzazione dei rapporti con i privati, la tendenza maggioritaria della giurisprudenza è quella di accordare all'amministrazione una generale supremazia autoritativa. I giudici amministrativo e di legittimità, lungi dall'accogliere le istanze di contrattualizzazione provenienti dal panorama europeo, hanno invece riesumato il paradigma panpubblicistico, già maggioritario agli inizi del secolo scorso e riproposto oggi nella forma del contratto pubblico.

Nel perseguire questo *revivement*, amplissimo è il ricorso a clausole generali, quali l'"interesse pubblico", volte non solo a delineare nuove facoltà per la

parte pubblica nell'esecuzione della concessione, ma anche ad assicurare le stesse nella discrezionalità amministrativa. Ciò, al dichiarato fine di salvaguardare lo stesso perseguimento dell'interesse pubblico.

Ciò che resta irrisolto è come tale prospettiva si concili con il sistema costituzionale odierno. Viene in rilievo, in primo luogo, il principio di legalità, fondamento e limite dell'autoritarità dell'amministrazione. Problematico è il ricorso a clausole generali, peraltro strettamente legate alla discrezionalità dell'amministrazione stessa, per giustificare elementi di autoritarità.

In secondo luogo, il *revivement* pubblicistico deve essere ulteriormente valutato sulla scorta della effettiva strumentalità allo scopo perseguito, e cioè la tutela della funzionalizzazione dell'accordo. L'argomento ha precipuo rilievo poiché è proprio su tale strumentalità che la citata giurisprudenza argomenta la supremazia dell'amministrazione, unico presidio al perseguimento dell'interesse pubblico. Si osserva, infatti, che «*il ricorso a strumenti di diritto privato non nega la possibilità del controllo funzionale, disponendo l'ordinamento degli strumenti dell'evidenza pubblica e della facoltà di assoggettare il contratto di diritto privato al vincolo di scopo del perseguimento del pubblico interesse*»⁶⁰.

In terzo luogo, la tendenza alla completa pubblicizzazione del rapporto deve essere valutata anche alla luce dell'efficacia rispetto allo scopo che persegue, che non può essere limitato ad assicurare il controllo pubblico sull'erogazione del servizio e sulla gestione del bene pubblico funzionalizzato, ma, più correttamente, all'efficienza ed efficacia della relativa funzione pubblica. A questo proposito, non sembrano sussistere ragioni per ritenere che riportare l'accordo coi privati entro canoni pubblici autoritativi sia effettivamente funzionale al buon andamento del servizio, considerando che l'efficienza del servizio dipende in primo luogo dall'operatore e che la privatizzazione dei primi decenni del secolo rispondeva alla «*necessità - che s'avvertiva chiara - di assicurare alle imprese concessionarie tutele più credibili rispetto alle incertezze che aveva offerto loro la costruzione unilateralistica*»⁶¹.

⁶⁰ L.R. PERFETTI, *op. ult. cit.*, p. 418.

⁶¹ M. D'ALBERTI, *op. cit.*, p. 3.

GUIDO BONOMELLI

Direttore presso Infrastrutture Lombarde S.p.A. (società *in house* di Regione Lombardia)
guidobonomelli897@gmail.com

**ISPIRARE IL MANAGEMENT NELLE AZIENDE
PUBBLICHE: DA UN CASO PRATICO A CONSIDERAZIONI
TRASFERIBILI IN CAMPO SANITARIO**

**HOW TO INSPIRE THE MANAGEMENT OF PUBLIC ENTERPRISES:
A PRACTICAL CASE TO GIVE INDICATIONS FOR THE HEALTH
CARE INDUSTRY**

SINTESI

L'autore ha inteso approfondire l'ispirazione del *management* di una azienda pubblica e segnatamente sanitaria. Ha evidenziato, preliminarmente, le difficoltà che incontra la Società pubblica che riceve indirizzi dall'Ente, che ha obiettivi alti e opera attraverso leggi e norme, per trasformarli in opere e servizi attivando il mercato, costituito da aziende e professionisti, che perseguono obiettivi economici. Per attuare un compito così complesso la Società deve avvalersi di un management che sia evoluto dalla cultura dell'atto, arricchita con le competenze manageriali e con quelle che attengono alla relazione, alla cultura del valore. Nel caso della azienda sanitaria il valore è certamente il benessere (nel senso più ampio possibile) del paziente, ma la complessità è elevata, come sostiene Mintzberg, per via della relazione tra i diversi attori coinvolti (CDA, *manager*, infermieri, medici), taluni più vicini al paziente, o più contigui alla attività della azienda e con ruoli più o meno intermittenti. L'autore ha illustrato il caso concreto del sistema incentivante implementato in una società *in house* che, per motivare alcune figure come il Responsabile del Procedimento (paradigma del *manager* pubblico), prevede diverse leve e un MBO orientato al controllo di tempi e costi. Ha esteso poi la riflessione sulle diverse modalità di ispirazione del *management*, passando dalla formazione al coordinamento alla *leadership*.

ABSTRACT

The author meant to deepen the inspirations that lead to the evolution of a Public Health Care Enterprise. He, mainly, stressed the struggles of the Public Enterprise while perceiving the vision given by the Ruling Public Entity. The Public Enterprise pursues general interest's targets operating via laws and rules to be converted into infrastructures and services through the performance of the free market. On the opposite, this free market, made of companies and professionals pursues mainly economical targets. To fulfil such a complex task

the Public Entity has to take advantage from a management capable of overcoming the mere culture of the act and pairing with a culture that relies on relationship and value-creating behaviour. In this specific case, for an Health Care Public Company, the value is intended as the patient's welfare. Fulfilling this challenge has a high degree of complexity, as Mintzberg has been stressing too, mainly for the interactions of different stakeholders (Board of Directors, Managers, Nurses, Doctors), among whom some are closer to the patients, while others are closer to the pure company businesses. The author has described the practical case of an incentive system implemented in an inhouse company which, in order to empower management figure like the Responsible of the Proceedings, has set a time & cost saving based MBO, giving different leverages in order to perceive it. The author has finally extended his analysis on the different ways to inspire/stimulate the management as training, project management and leadership.

PAROLE CHIAVE: incentivare, ispirare, gestione, pubblico, sanitario.

KEYWORDS: empowerment, inspire, management, public, health.

INDICE: 1. La società pubblica e l'evoluzione del *manager*. Azienda pubblica e sistema sanitario. – 2. Ispirare con il sistema incentivante. – 3. Ispirare con la formazione. – 4. Ispirare con il coordinamento e il coinvolgimento. – 5. Ispirare con la *Leadership*. – 6. Conclusioni.

1. La società pubblica e l'evoluzione del *manager*. Azienda pubblica e sistema sanitario.

Gestire una azienda pubblica ha almeno la stessa complessità che gestire una azienda privata, se poi pensiamo ad una azienda sanitaria addirittura, per dirla con Mintzberg nell' articolo citato in bibliografia: «*I have long suspected that running even the most complicated corporation must be a child's play compared to managing almost any hospital (health organization)*»¹.

L' articolo di Mintzberg ben rappresenta la complessità dell'azienda sanitaria al punto da far ritenere, al confronto *un gioco da ragazzi*, la gestione di realtà non sanitarie.

E Mintzberg tratteggia bene la complessità dell'ospedale collocando i principali attori presenti al suo interno in funzione della vicinanza al paziente (*down*) o della contiguità con l'attività aziendale (*in*). Gli attori esaminati sono:

- Il CDA, che nel caso della sanità italiana è presente solo negli IRCSS (Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico) come è noto, ma nella nostra fattispecie questa relazione con l'esterno può essere curata dall'Assessore

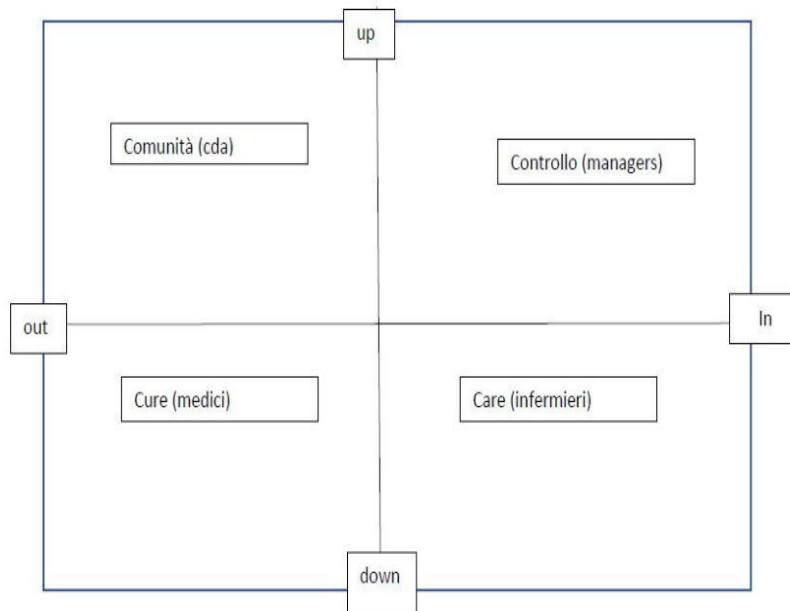
¹ H. MINTZBERG, *Toward Healthier Hospitals*, in *Health Care Management Review*, 1997, pp. 9-18.

regionale ad esempio. Consideriamo che nella particolarità italiana il Direttore Generale è legale rappresentante per cui ha anch'esso un ruolo istituzionale e si rapporta, direttamente, con le Autorità esterne all'azienda (Sindaco, Prefetto, ...);

- i *manager*, sono quelli che gestiscono l'Azienda, il direttore generale ma anche le altre figure strategiche;
- i medici, i primari, i chirurghi;
- gli infermieri.

La rappresentazione evidenzia che il CDA è meno vicino al paziente e sul perimetro dell'azienda (*up, out*), i manager sono meno vicini al paziente ma con i piedi ben dentro l'azienda (*up, in*), i medici sono prossimi al paziente (*down*) come pure gli infermieri, ma questi ultimi più contigui con l'azienda (*in*).

«Some people manage down-straight into the operations in question, to the direct delivery of service. Other people manage up-dealing largely with the authorities above and the people outside. Some also manage in-to those people clearly inside the system-while others manage out-to people not quite so formally committed to it. Combine these, as in Figure 1, and you end up with four worlds in the hospital, which can be labelled care (in and down), cure (down but out), control (in but up), and community (up and out). These are represented, respectively, by the nurses, the physicians, the managers, and the trustees of the governing boards».



Si è voluto qui lasciare i termini «*cure*» e «*care*» in inglese, che rendono meglio della traduzione in italiano, il concetto legato alla loro attività. I medici

esercitano in genere un intervento *spot* ma determinante (*cure*) mentre gli infermieri operano “in continuo” (*care*) sul paziente.

Analogamente il CDA ha un ruolo intermittente, mentre il *manager*, con il lavoro organizzativo quotidiano, ha un ruolo più continuo all’ interno dell’azienda.

I *manager*, da una posizione quasi disassata rispetto alla Società e al paziente, devono governare il sistema, coordinare tutti gli attori e far funzionare l’ospedale.

Ogni azienda pubblica deve perseguire obiettivi istituzionali ma deve tradurre questi in una azione concreta inducendo la produzione di beni o servizi.

In questo senso la Società pubblica si trova, quasi sempre, tra l’incudine e il martello.

L’ Ente pubblico, ha i suoi obiettivi alti, parla ad esempio in termini di salute pubblica, di bene comune, si esprime attraverso leggi e norme, poi però deve concretizzare questi principi in oggetti (strade, ospedali) e servizi erogati, per cui, per il tramite dell’azienda pubblica, attiva gli operatori (aziende, professionisti, ...) che hanno anche dei loro obiettivi propri (produrre profitto o incrementare il valore dell’azione ad esempio).

Quindi l’Ente opera attraverso una Società strumentale. Da molti anni si è andati nella direzione di utilizzare una Società con una personalità giuridica autonoma (aziendalizzazione) per la gestione in campo sanitario, ritenendo questo approccio caratterizzato da maggiore flessibilità e efficienza.

Si crea un mutuo scambio tra Ente e Società: nel caso degli appalti, ad esempio, la Società *in house* riceve degli affidamenti diretti, ma deve rispettare le direttive dell’Ente e applicare una convenzione quadro che regola il flusso di informazioni, le rendicontazioni e le autorizzazioni per le delibere di maggior peso assunte dagli organi sociali.

Quindi, in questo senso, la azienda pubblica ha molti più vincoli rispetto ad una privata.

Se da una parte ha generalmente il vantaggio di una finanza derivata e quindi ad esempio ha un rapporto *debito su equity* minore, con trascurabile incidenza degli oneri finanziari sul conto economico (e quindi un bilancio meno stressato), dall’ altra deve rispettare tutta una serie di controlli aggiuntivi.

Ad esempio in Regione Lombardia le società del sistema che si occupano di sanità sono soggette, oltre ai controlli “nazionali” di Anac, Corte dei Conti, Noc, anche ai controlli “regionali” attuati da Arac, Acss, comitati legalità e controlli, commissioni consiliari (tramite interrogazioni o audizioni).

Quindi il *management* necessita della stessa tecnicità che dovrebbe possedere se operasse in una azienda privata, in quanto deve perseguire obiettivi sfidanti, attuare progetti, svolgere funzioni, ma deve affrontare qualche criticità specifica del settore pubblico.

Per questo il funzionario, nella accezione di rigido burocrate, non funziona, serve un *management* più moderno.

Tra l'altro dopo la aziendalizzazione detta, nella recente l. r. dell'11 agosto 2015, n. 23, di riforma della sanità lombarda si è deciso di separare totalmente il controllo, in capo alle Ats, e l'erogazione dei servizi (territoriali e ospedalieri) in capo alle Asst.

Ma che si tratti di controlli o di erogazioni, per raggiungere i loro obiettivi, necessitano entrambe di un *management* di qualità.

Per realizzare questi obiettivi il *manager* della Società pubblica (ma anche quello dell'Ente) ha dovuto modificare il suo profilo, passando dalla cultura dell'atto alla cultura del valore, in una evoluzione del paradigma che qualcuno ha rappresentato in quattro fasi (e forse alla quarta non ci siamo ancora arrivati):

- il modello burocratico caratterizzato dall'atto formale;
- il modello del *new public manager*, che aggiunge le competenze manageriali, tipiche della aziendalizzazione intervenuta;
- la *public governance*, dove compare per la prima volta il concetto di relazione, di sistema, di *network* e *hub and spoke* (richiamato anche nella legge 23 già citata);
- il *pragmatic public manager*, che introduce il concetto di valore (del paziente) e passa per la legittimazione della collettività (e quindi l'interesse pubblico).

La selezione del manager.

Iniziamo col dire che è difficile nel pubblico selezionare *manager* eccellenti, da una parte per il ruolo che potrebbe essere esercitato dalla politica e dall'altra per la rigidità di talune selezioni.

La politica, intesa come la rappresentanza dei cittadini, ha qualche diritto di "indirizzare" la scelta del *management*, almeno quello apicale o strategico. Senza soffermarsi qui sull'ampio tema dello *spoils system* di certo l'amministratore, senza avere la facoltà di scegliere i nomi, ha certamente il diritto di suggerire il profilo che a suo avviso consenta di perseguire gli obiettivi di legislatura di cui è responsabile verso i cittadini.

Pensiamo al direttore generale di una azienda sanitaria: in pochi casi come questo il legale rappresentante è anche il massimo gestore della organizzazione, mentre in genere c'è separazione tra i due ruoli con un CDA (o un am-

ministratore unico secondo la Madia) che controlla il direttore. Invece qui il ruolo concentra in sé tutti i poteri.

Per questo, forse, è stato fatto qualche passo avanti nella direzione della meritocrazia per selezionare i direttori generali: in Lombardia con albi basati anche su prove scritte e a livello nazionale con una selezione basata, oltre che sull'esperienza, anche su *master* e corsi, pubblicazioni e docenze.

Vedremo i risultati di questo nuovo approccio alla prova dei fatti nei prossimi anni.

Per le altre figure è consolidata una normativa che prevede, anche per la selezione di personale nelle Società di diritto pubblico (specie se in controllo), bandi che sono molto simili a concorsi, con criteri stabiliti a priori e prove scritte.

Questi bandi garantiscono certamente trasparenza e pubblicità, misurano la formazione specialistica ma difficilmente consentono di privilegiare quelle capacità manageriali che sarebbero maggiormente rintracciabili con una selezione più flessibile.

Una azienda pubblica generalmente ha obiettivi complessi, in genere impiega professionalità elevate, alte specializzazioni, spesso in competizione positiva tra loro.

Nella azienda sanitaria ad esempio bisogna coordinare tecnici, infermieri, medici, primari, professori universitari, ricercatori.

Le loro specializzazioni sono indispensabili, devono essere profonde, vanno in verticale sulla organizzazione, ma poi bisogna coordinarle.

Il processo di presa in carico del paziente, autentica parola d'ordine della nuova l. r. 23/2015, è invece un processo orizzontale, "taglia" tutte le funzioni. È l'esempio più evidente della necessità di coordinare le funzioni verticali che è il compito precipuo del *manager*.

Quindi il *management* deve avere capacità organizzative robuste per non venire travolto dalla specializzazione degli attori che coordina.

Poiché il *manager* deve avere alte qualità di gestione non è facile selezionarlo attraverso questionari a risposta multipla, test psicoattitudinali o altri marchingegni rigidi.

Oggi, anche a causa del blocco delle assunzioni, è probabile che il personale venga acquisito per mobilità, quindi è verosimile che si debba pescare da numeri più bassi e valutare la risorsa collocata in un contesto diverso rispetto a quello di arrivo. Ma questo non dovrebbe essere un problema proprio perché la capacità che ci interessa non è quella verticale – la funzione specialistica – ma quella orizzontale, che può essere apprezzata anche se la risorsa proviene

da settori diversi. Per inciso si può valutare meglio il candidato se si misura il suo comportamento sulle esperienze pregresse, seppure conseguite in un contesto diverso (comunque sul campo) che su quanto potrà fare (e ora solo ipotizzare, senza nozione esatta) nel contesto di arrivo.

Un buon *manager* poi sa passare da un “mercato” ad un altro, anzi dà il meglio di sé cambiando settore perché finisce per esportare alcune soluzioni che, opportunamente adattate, si potrebbero rivelare innovative.

Un manager molto stimato, Andrea Guerra, è passato in pochi anni dalla elettronica di consumo («Merloni»), al *fashion* («Luxottica»), alla ristorazione («Eataly») sempre con importanti risultati.

Nel privato quando si cerca un *manager*, oltre alle capacità dette, viene apprezzata anche una certa relazione nel settore, come la conoscenza degli operatori.

Nell’ ambito pubblico invece le conoscenze del settore vengono viste come pericolose commistioni.

Le relazioni, che nella selezione privata avrebbero rappresentato un requisito apprezzato nella valutazione dei candidati, qui sono un limite, un problema, perché avere relazioni con l’esterno del sistema pubblico viene letto spesso in termini di connessione con pericolosi portatori di interessi, c’è una presunzione di attitudine all’ illecito.

E più d’uno ritiene che il *manager* pubblico dovrebbe astenersi da contatti con l’esterno per preservare la sua “integrità morale”, ma ci sarebbe da chiedersi come si fa a scrivere un bando in cui devono confrontarsi i migliori operatori se non si conosce il mercato.

Naturalmente ci vuole equilibrio, conoscere non è mai un danno, ma le conoscenze vanno utilizzate nell’ interesse pubblico.

Inoltre il *manager* della società pubblica non può essere una soluzione di ripiego per un politico che non ha avuto successo alle elezioni, come accadeva in passato.

In realtà il d.lgs. del 3 febbraio 1993, n. 39 (e norme regionali ancora più restrittive su inconfiribilità e incompatibilità in Lombardia) non consente, per un certo lasso di tempo, di passare dal ruolo politico a quello di *manager* (o viceversa), individuando sostanzialmente percorsi distinti, salvaguardando la vocazione del primo e la professionalità del secondo.

In conclusione, sul tema selezione, sarebbe ottimale che il *manager* avesse preparazione adeguata ed esperienza anche in settori diversi.

Quindi, dato che ormai tutti i regolamenti di reclutamento delle società pubbliche prevedono pubblicità e trasparenza, con prove scritte e orali di spe-

cialità, è opportuno sia riservata una fase più flessibile (e con adeguato punteggio) per misurare il candidato sulle sue capacità manageriali e in relazione al contesto di arrivo.

E in modo più semplice, con meno vincoli, per la selezione attraverso la mobilità.

Una volta selezionato il *manager* e inserito nella struttura occorre individuare i migliori strumenti per agevolare il raggiungimento di importanti risultati.

Passiamo in rassegna alcune modalità per favorire le migliori prestazioni dai manager, facendo riferimento al concetto di ispirazione, che nella sua accezione più ampia raccoglie aspetti diversi di questo mestiere.

Partiamo da un caso specifico e concreto di incentivazione e poi proviamo a trarne alcune considerazioni generali.

2. Ispirare con il sistema incentivante.

Anziché partire da un approccio teorico al tema, partiamo da un caso pratico che ho contribuito ad impostare in Infrastrutture Lombarde S.p.A., la stazione appaltante della Lombardia per i lavori.

Infrastrutture lombarde.

Infrastrutture Lombarde, o ilspa più avanti, è una società costituita nel 2004, ha appaltato o contribuito ad appaltare opere per 4 mld di euro, tra cui ospedali, strade e il nuovo palazzo della Regione ad esempio.

Ha vissuto, con le disposizioni normative che si sono succedute, il passaggio da Società pressoché di stampo privatistico a quello di Società pubblica in controllo analogo, con tutti i vincoli che ne derivano, non ultime alcune direttive precise da parte dell'Ente di controllo (Regione Lombardia).

Si è passati dall' iniziale sistema incentivante, non formalizzato e verticistico, ad un periodo in cui non c'era alcun incentivo e infine a questo nuovo sistema.

Un sistema incentivante in una Società di questo tipo è indispensabile per motivare persone che devono assumere responsabilità non indifferenti come quello di Responsabile Unico del Procedimento (RUP), componente di commissione giudicatrice, Direttore Lavori (DL) o Coordinatore della Sicurezza in fase di Progettazione o di Esecuzione (CSP e CSE rispettivamente) per fare alcuni esempi.

Si osservi una prima differenza rispetto al privato: nella Società privata la gerarchia funziona a meno di qualche caso in cui parti diverse di una Società

molto grande fanno riferimento a gruppi diversi nell'ambito del Consiglio di Amministrazione, ma sono eccezioni.

Nel pubblico non è detto che la gerarchia funzioni e questo anche per la presenza dei ruoli anzidetti che rispondono ad Enti esterni alla Società sulla base di norme cogenti.

Il responsabile del procedimento.

Il RUP, ad esempio, anche se risponde gerarchicamente ad un capo area o ad un Direttore Generale, ha una responsabilità sua propria anche sul piano penale ed erariale. Il vero timore per il RUP è essere chiamato in causa da Anac e (quindi) da Corte dei Conti. E di fronte a questo rischio potrebbe non rispondere alla linea gerarchica in quanto la preoccupazione per un suo coinvolgimento personale potrebbe portarlo a disattendere le indicazioni che riceve dai superiori.

Peraltro mentre in passato l'Ente o la Società davano copertura di fatto agli atti compiuti da funzionari o *manager*, in tempi più recenti è sempre più frequente la scelta di costituzione di parte civile dell'attore pubblico nei confronti del dipendente indagato.

Un collega si è trovato a dover rispondere ad un invito a dedurre della Corte dei Conti e giustificare entro 15 giorni un suo atto pena dover sborsare, di tasca sua, quasi un milione di euro!

Per fortuna il chiarimento del RUP è stato accolto, ma non è sempre così scontato e il rischio quantomeno di un rinvio a giudizio e di una procedura che possa durare qualche anno non è peregrino.

Questo ruolo del RUP, autonomo per la sua responsabilità rispetto alla struttura aziendale, da una parte è una garanzia di rispetto del codice dei contratti dall'altra dà meno leve ai vertici aziendali per spingere sulla commessa.

Il RUP sarà sempre dibattuto tra il rischio di danno erariale, che può colpirlo personalmente, e il successo della commessa, che è di interesse aziendale.

Quindi bisogna rispettare l'autonomia del RUP, ma anche prevedere un sistema incentivante che con una adeguata formazione e supporto lo sproni a rispettare i tempi della commessa.

E situazioni come questa del RUP ce ne sono diverse in una organizzazione pubblica complessa.

Si pensi, per rimanere nel campo degli appalti, al componente di commissione giudicatrice che deve comparare tra loro offerte da centinaia di milioni, proposte dai maggiori costruttori europei, che li vedranno competere nelle sedi della giustizia amministrativa anche contestando, se necessario, le competenze del commissario, pur di ottenere l'aggiudicazione.

O il DL che sottoscrive una relazione riservata in cui contesta all'appaltatore riserve dell'ordine delle decine di milioni, il cui operato sarà valutato da Anac e via dicendo.

In campo sanitario non sono da meno le responsabilità del direttore generale o di altri *manager* strategici che devono quasi quotidianamente assumersi responsabilità rilevanti per non bloccare le attività della organizzazione.

Un altro caso, per rappresentare la particolarità del contesto pubblico e il diverso atteggiamento che possono avere diversi organi di giustizia: dopo aver patteggiato con la giustizia civile 100mila euro legati ad un episodio di turbativa d'asta un *manager* si è ritrovato a fronteggiare per lo stesso episodio una richiesta milionaria dalla Corte dei Conti.

Si ritiene di puntualizzare che le censure che possono venire dalla Corte dei Conti non si riferiscono necessariamente a fenomeni corruttivi (per i quali avremmo tutti poca tolleranza naturalmente) ma, talvolta, a violazioni del codice indotte dalla necessità di accorciare i tempi, che possono comunque essere censurate dalla autorità erariale.

La quale può sempre inquadrare una utilità per l'attore che se ne è reso responsabile, non necessariamente nella odiosa "bustarella", ma anche ad esempio nella premialità economica associata al raggiungimento di un obiettivo.

Consideriamo che gli stessi ragionamenti potrebbero essere fatti per qualunque altro *manager* pubblico e certamente per il DG dell'azienda sanitaria: dato che si gestiscono soldi pubblici è competente, oltre a tutti gli altri organi, anche la Corte dei Conti.

Quindi il *manager* pubblico si potrebbe trovare nella situazione che, per rispettare i tempi, deve accelerare alcune procedure rischiando in prima persona. Si consideri anche che l'Azienda pubblica può coprire il dipendente con una assicurazione solo per errori (colpe lievi), mentre sono vietate assicurazioni per colpe gravi (assicurazioni che il *manager* dovrà sostenere a sue spese), non parliamo del dolo, per il quale, naturalmente, non c'è copertura.

La Corte dei Conti quando apre un procedimento tendenzialmente richiama la colpa grave perché ha l'obiettivo di recuperare i soldi pubblici qualunque sia la violazione in questione.

Di fronte a questi rischi è indispensabile da un lato garantire al dirigente adeguata preparazione e supporto ma dall'altro anche fornire quelle leve che lo motivino ad affrontare responsabilità così pesanti.

Tre leve di intervento

Abbiamo costruito in ilspa un sistema articolato di incentivazione sottoscrivendo con le rappresentanze sindacali un accordo nell'ambito della cosiddetta contrattazione di secondo livello abbastanza innovativo per il nostro settore (e approvato da Regione dato che la nostra è una società *in house*).

In termini di remunerazione abbiamo introdotto tre canali. Il primo consistente in una revisione fissa della RAL (Retribuzione Annuale Lorda) che viene riconosciuta (se ne ricorrono le condizioni) a valle di verifiche condotte una volta l'anno, ma in modo organico, da un gruppo autorevole di valutazione che compara (in modo equo e oggettivo) i risultati raggiunti rispetto alle *job description* di ciascuno, cercando di prefigurare anche un percorso di carriera.

Se si parte, come spesso accade, da una situazione ereditata dal passato di scarsa equità (con persone che fanno lo stesso lavoro e hanno analoghe responsabilità ma ricevono RAL diverse), occorre tendere in tempi brevi (purtroppo non brevissimi, siamo pur sempre in ambito pubblico) a riportarla in equilibrio.

Seconda leva: la assegnazione di una funzione specialistica (con una remunerazione economica collegata) che viene riconosciuta a taluni ad inizio anno, per svolgere un ruolo di coordinamento di risorse o per fornire un contributo di tipo specialistico. Un delta economico viene erogato subito con le varie mensilità a partire da gennaio. È come scommettere sulla capacità di una persona di interpretare un nuovo ruolo per cui si stimola un cambio immediato nel comportamento o nell'atteggiamento. Potrebbe anche essere una modalità per impiegare una persona che non ha, al momento, un inquadramento adeguato al ruolo assegnato.

A fine anno si decide se confermare o meno l'esigenza di quel ruolo e se assegnarlo a quella o ad altra persona.

Terza leva, l'MBO (*management by objectives*): si assegnano obiettivi ad inizio anno e se ne misura il raggiungimento a fine anno, con verifiche intermedie. Abbiamo dato l'opportunità a tutti di concorrere (dall'assistente al direttore di area) con obiettivi personalizzati (con qualche obiettivo d'area spalmato su più livelli). Se a fine anno si raggiunge il 60% degli obiettivi viene riconosciuta una premialità pari al 4% della RAL, se si raggiunge il 90% pari al 7% della RAL. Quindi il riconoscimento è, in valore assoluto, più importante per il *management* strategico.

Le valutazioni sugli MBO sono assegnate dal responsabile di Area a ciascun componente dell'Area e non da un livello superiore, che deve svolgere invece un ruolo di supervisione, anche per assicurare trattamenti equi tra componenti delle diverse aree.

Va evitato il rischio della tendenza del responsabile di un'area a dare comunque un riconoscimento ricorrendo alle diverse leve, con un appiattimento inopportuno, che va superato ad esempio mettendo tra gli obiettivi del valutatore la differenziazione dei giudizi.

Il sistema incentivante prevede un *mix* di tre modalità per assegnare un riconoscimento economico aggiuntivo: qualcosa di definitivo, qualcosa di provvisorio prima, qualcosa di provvisorio dopo. Se ci pensiamo è fare leva su personalità diverse, anche per tenere conto degli aspetti psicologici sempre connaturati ai meccanismi di incentivazione: c'è chi si muove solo se c'è il riconoscimento di un livello formale e un trattamento equo definitivo rispetto ai colleghi, chi solo se riceve fiducia ed è pronto ad accettare la sfida di un riconoscimento provvisorio con la certezza che dimostrerà sul campo il suo valore e verrà confermato nel ruolo, chi è opportuno premiare solo a risultato raggiunto.

Chiaro che la prima opzione irrigidisce il bilancio mentre seconda e terza potrebbero non fidelizzare nel tempo la risorsa².

Questo sistema ha dato una scossa all'organizzazione, ha orientato maggiormente al raggiungimento degli obiettivi.

Consideriamo che non è l'aspetto economico in sé quello più significativo della procedura, ma sono altri.

Anzitutto la fissazione degli obiettivi porta a fare chiarezza sulle priorità dell'organizzazione e a dividerle con gli attori coinvolti.

Partendo da obiettivi generali si declinano gli obiettivi dei vari responsabili, in questo modo ognuno conosce il proprio contributo alla *mission* aziendale nel suo complesso.

L'impostazione degli obiettivi assegnati alle diverse aree costringe a riflettere sulle relazioni interne alla struttura evidenziando l'influenza della azione di un'area sui risultati di un'altra.

La verifica dei risultati raggiunti, infine, porta al riconoscimento condiviso di quanto fatto e di quanto resta da fare. È fondamentale che ci sia anche una autovalutazione dei candidati e un colloquio di *feedback* da parte del valutatore.

MBO e controllo di gestione

L'MBO funziona se si scelgono con attenzione gli obiettivi, che nel pubblico rischiano spesso di non essere, come prevede la letteratura SMART (*Specific, Measurable, Achievable, Realistic, Time based*).

² Sugli aspetti psicologici dell'organizzazione si rinvia, in particolare, a M. PILATI, H. L. TOSI, *Il comportamento organizzativo – Individui, relazioni, organizzazione, management*, Milano, Egea, 2016.

Ormai anche nel pubblico, e certamente in una Società pubblica, si deve lavorare per obiettivi. E gli obiettivi devono essere pochi, chiari, misurabili, raggiungibili, temporizzabili e aggiungerei sfidanti.

Chiaramente nella Società pubblica gli obiettivi non sono quasi mai riconducibili, come accade nelle aziende private, ad aspetti economici come il raggiungimento di un certo livello di profitto o di una certa quota di mercato o l'incremento percentuale del valore dell'azione ad esempio) ma potrebbero essere la salute del paziente o la qualità della permanenza nella struttura ospedaliera o la consegna di un'opera ad esempio.

Questi obiettivi vanno comunque tradotti in termini numerici o quantomeno deterministici (deve essere oggettivo ad esempio se l'obiettivo è stato raggiunto).

A livello macro possono essere la percentuale dei pazienti operati al femore entro 48 ore (agganciandosi ai LEA: Livelli Essenziali di Assistenza) o il rispetto del cronoprogramma di un'opera, per poi tradursi in sotto obiettivi per i successivi livelli organizzativi.

Si consideri che se l'obiettivo non è stato raggiunto per fattori esterni all'organizzazione non è detto che la valutazione del risultato sia nulla: conta quanto ha fatto il valutato per avvicinarsi al raggiungimento che può avvenire in tempi appena successivi ad esempio, ma non può limitarsi ad un mero riconoscimento di un generico impegno altrimenti si torna ad un superato concetto che appartiene più ad una logica di MBP (*management by procedure*). Il risultato può essere parzialmente riconosciuto se sono state condotte azioni tracciabili, e magari innovative, che se non hanno consentito di raggiungere il risultato hanno portato comunque in quella direzione, oppure se è stato prontamente adottato un piano B per reagire all'insuccesso riscontrato con il piano A.

Ormai anche nel pubblico si predispongono il *budget*, con analisi intermedia degli scostamenti e relative correzioni e l'obbligo del controllo di gestione è stato introdotto per norma nell'azienda sanitaria.

Rispetto al privato nel pubblico si tende ad attribuire il mancato raggiungimento degli obiettivi a fattori esterni e indipendenti dall'operare dei *manager*.

Esempio tipico è l'alibi della burocrazia: non si raggiunge l'obiettivo perché ci sono lungaggini burocratiche o norme in contraddizione tra loro ad esempio.

In linea generale è vero, si pensi ai continui ricorsi alla giustizia amministrativa nelle procedure di affidamento o alla farraginosità di certe autorizzazioni che prevedono interventi, spesso di difficile lettura, di taluni Enti come

Sovrintendenza o commissione paesistica prima di avviare un'opera, ma il problema va comunque gestito.

Una volta capitò di presentare il progetto della ristrutturazione dell'ingresso di un ospedale in un contesto fortemente urbanizzato e la commissione paesistica ci impose, senza ulteriori indicazioni, che l'ingresso doveva essere disegnato in modo da "dialogare" con un campanile retrostante l'ospedale.

Si deve comunque cercare di prevedere questi ritardi dovuti al rilascio delle diverse autorizzazioni e tenere sotto controllo i tempi.

Molte volte il *manager*, per gratificare l'amministratore pubblico gli permette di sbilanciarsi pubblicamente sulla consegna di un'opera e non gli rappresenta da subito tutte le criticità.

Invece un buon *manager* deve inquadrare adeguatamente le risorse e i tempi richiesti per un certo intervento.

Talvolta il *manager* è portato a sottostimare i tempi per dare una prospettiva migliore o limitare la previsione dei costi alle risorse già disponibili, per non pregiudicare il finanziamento e consentire l'avvio di un intervento.

Entrambe le impostazioni sono errate, nel primo caso perché si danno aspettative non raggiungibili, nel secondo perché gli interventi possono presentare degli imprevisti per cui è rischiosa una assegnazione di risorse limitata.

Parlerei di *underplanning* dei tempi quando si stima che tutte le fasi di una procedura complessa avvengano nei tempi minimi previsti. Questa posizione è evidentemente utopistica. Le procedure di affidamento ad esempio scontano spesso i ricorsi alla giustizia amministrativa, i cantieri vanno incontro ad andamenti anomali e via dicendo.

È capitato, con la realizzazione della Città della salute di Sesto San Giovanni, di collezionare tutta la casistica completa passando dal diritto penale, a quello amministrativo a quello fallimentare (o della crisi come si dice ora).

Prima le dimissioni della commissione giudicatrice a seguito della apertura di un fascicolo a carico di un *top manager*, poi, dopo la aggiudicazione, il ricorso del secondo classificato, che chiedeva l'espunzione di un concorrente per perdita dei requisiti non conclamata dalle verifiche di rito in quanto non classificatosi tra i primi due né estratto (ma influente perché la sua esclusione invertiva la posizione tra i primi due per via di punteggi prossimi e l'effetto del confronto a coppie). Il Tar, in linea con il codice, respingeva il ricorso, mentre il Consiglio di Stato, innovando la giurisprudenza, introduceva l'obbligo di una verifica *in continuo* dei requisiti. La stazione appaltante e la commissione ottemperavano alla sentenza del Consiglio di Stato espungendo i concorrenti. A que-

sto fece seguito un nuovo ricorso al Tar (con vittoria della Stazione Appaltante) e al Consiglio di Stato, del quale si è, tuttora, in attesa della sentenza.

Dopo la aggiudicazione definitiva l'aggiudicatario faceva istanza di concordato in bianco (diritto della crisi) rispetto al quale la giurisprudenza è divisa tant'è che, per altra fattispecie, si attende pronuncia della Corte di Giustizia europea.

Questa procedura ha di fatto rinviato la firma del contratto per quasi tre anni ed evidentemente nessun *manager* poteva prevedere un siffatto ritardo.

Al netto di realtà così complicate, in sede di stima, c'è anche il caso del *manager*, spesso di derivazione pubblicistica, che tende a sovrastimare i tempi, magari per non essere censurato per eventuali ritardi.

In questo caso parlerei di *overplanning*: si considerano tutti i possibili ritardi (quando statisticamente non è possibile che tutte le fasi abbiano imprevisti) magari sommando persino i ritardi delle fasi in parallelo.

La corretta analisi dei tempi deve prevedere una probabilità minima che ritardino tutte le fasi in serie mentre per le fasi in parallelo è sufficiente considerare, al più, il ritardo della fase per cui si prevede ritardo massimo.

La stima verosimile dei tempi passa attraverso un articolato *diagramma di Gantt*, strumento questo che deve essere nelle corde del *manager*.

Tutte le fasi vanno pianificate per capire ad esempio se alcune attività, prodromiche ad una fase, possono essere anticipate in parallelo ad una fase precedente, in modo da annullare quantomeno i tempi morti tra una fase e l'altra.

Sui costi degli appalti poi, si è fatto in passato l'errore di togliere dal bando alcune parti di opera che erano in progetto, perché non coperte dalle risorse disponibili, sperando di recuperarle stimolando migliorie all'appaltatore o utilizzando i ribassi. Questo approccio raramente funziona perché in corso d'opera ci possono essere imprevisti e riserve (maggiori costi che l'appaltatore ritiene di avere sostenuto non per sua responsabilità) che, almeno parzialmente, bruciano i ribassi. Le transazioni, d'altro canto, sono sempre più censurate da Anac e Corte dei Conti, con il rischio di dover risolvere il contratto prima del termine (per supero del 20% dell'importo della variante ad esempio o per la necessità di requisiti tecnici in capo all'appaltatore per le nuove lavorazioni, non prevista in sede di bando). Con la spiacevole conseguenza di dover predisporre una nuova procedura di gara con aggravio di tempi e costi.

Così è successo ad esempio nel caso di un ospedale nel mantovano: arrivati all'80% dei lavori, a causa delle varianti accumulate per via del ritrovamen-

to di opere vincolate prima e di contaminanti poi, si è dovuto risolvere il contratto e avviare una nuova procedura.

Nel contesto privato a fronte di questi imprevisti, non si sarebbe certo risolto il contratto all'ultimo miglio, ma si sarebbero negoziate con il costruttore le migliori condizioni per terminare l'opera.

Ovviamente *in medio stat virtus* e il *manager* deve prospettare i giusti tempi e costi ed impegnarsi su questi, accettare l'ingaggio della direzione generale su obiettivi sfidanti e prodigarsi per raggiungerli. Un dirigente concentrato solo sull'MBO potrebbe largheggiare sulle previsioni dei tempi per essere certo di poterli rispettare e incassare il premio, ma così finirà per vedersi rifiutare l'assegnazione di opere importanti e non sarà un *manager* di successo.

Meglio perdere un pezzo di MBO ma tendere verso obiettivi sfidanti (purché in sede di stima raggiungibili).

Tra gli obiettivi ci deve essere l'efficienza: è finita l'epoca in cui non si guardava ai costi confidando nei successivi ripiani, si deve rispettare il *budget*.

Con l'introduzione dell'art. 192 del nuovo codice dei contratti (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), la società pubblica deve preventivare e rendicontare il suo lavoro. Soprattutto il sistema Ente/Società deve dimostrare che il ricorso alla Società pubblica *in house* è più congruo rispetto al ricorso al mercato. Il *manager* pubblico è poco avvezzo a dimostrare l'efficienza (mentre è più uso al ripiano) ma bisognerà sviluppare questa capacità e non sentirla come un fastidioso controllo, né come un formale passaggio burocratico, ma come l'opportunità di dimostrare non solo l'utilità della Società ma anche che gli obiettivi pubblici sono perseguiti con efficienza. Il controllo esercitato dagli Enti statali poi è sempre più sostanziale e meno formale.

Tempo fa ci venne contestata dall'Antitrust la costituzione di una nuova società e ci venne richiesto di spiegare in dettaglio il modello, la contabilità analitica e i flussi di risorse. La contabilità analitica vale anche per una azienda sanitaria il cui *benchmark* potrebbe essere persino, per alcune operazioni, una azienda sanitaria privata.

Non si dia per scontato che certi livelli di efficienza possono essere raggiunti solo nel privato, meglio condurre invece una analisi accurata su tutti i centri di costo.

La complessità del linguaggio burocratico porta talvolta in direzioni che sembrano allontanare da una logica di misura dei risultati e la burocrazia, nella sua accezione peggiore, talvolta è un alibi.

Un *manager* performante invece deve introitare concetti come *budget* e controllo di gestione, che pure dovrebbero essere soggetti a una negoziazione che dovrebbe partire dal basso in logica *bottom up*.

Oggi e certamente in Lombardia, l'Ente sta chiedendo sempre più informazioni in fase preventiva e svolge sempre più controlli in fase esecutiva sulle attività condotte dalle sue diverse articolazioni (una Società *in house* è ormai inquadrata come una diramazione dell'Ente).

Il *manager* della Società non deve leggere questo in senso negativo come un vincolo opprimente ma come occasione anche per dimostrare l'efficienza e l'efficacia della organizzazione che gestisce. Un punto di vista esterno poi, da parte di Enti che operano con una filosofia diversa, al netto dello sforzo inevitabile di dover illustrare il funzionamento, può fare emergere aspetti che erano sfuggiti a chi opera routinariamente o trasmettere spunti nuovi che potrebbero essere utilmente sviluppati.

È chiaro che per la Società pubblica che non ha il rischio d'impresa l'obbligo ad una fase di preventivazione, potrebbe apparire inutile.

In realtà invece la preventivazione induce a prevedere i comportamenti dell'organizzazione e stimare, anche in termini numerici, le *performance*.

La rendicontazione poi deve essere una verifica delle previsioni, a servizio del *management* della Società (prima ancora che a disposizione dell'Ente di controllo) per poter migliorare le previsioni successive e, soprattutto, per introdurre azioni correttive sulla organizzazione o su alcune attività.

Chiaro che se la preventivazione passa per assunzioni, introduzione di *driver* per spalmare i costi indiretti e altri artifici propri della contabilità analitica, la rendicontazione deve essere invece asettica e deterministica. Meglio che sia terza (e generata da un sistema informativo) e che venga utilizzata per verificare le ipotesi di base se si vuole arrivare ad una rappresentazione significativa della realtà.

Da queste analisi dovrebbe emergere la costruzione di un modello della organizzazione che, una volta affinato, semplificherà molto le successive attività di preventivazione e rendicontazione.

Il contratto di secondo livello prevedeva anche altre novità non monetarie che pure hanno riscosso un discreto successo come la flessibilità oraria che prima dell'introduzione del sistema era praticamente assente.

Una flessibilità ampia, con il solo obbligo di fasce di compresenza (per consentire riunioni tra settori diversi in molti casi indispensabili) è stata molto gradita dai dipendenti.

L'introduzione ha migliorato la qualità della vita di molti, in quanto nella realtà del lavoro per commessa, ci sono momenti in cui non ci si può fermare, ad esempio per chiudere un progetto e non perdere il finanziamento e momenti in cui si può respirare.

Generalizzando: la flessibilità è ricercare un equilibrio tra sfera professionale e personale, si possono attivare anche altre iniziative, ad esempio consentire un *open day* con i familiari per favorire l'identificazione con la Società o realizzare una piccola *buvette* all'interno, per meglio gestire la pausa pranzo.

Tutto questo ha a che fare con il benessere organizzativo che influisce, notoriamente, sulle *performance*.

3. Ispirare con la formazione.

Altro aspetto di successo tra le novità introdotte nella contrattazione raggiunta è stata la formazione relativa al codice dei contratti (esigenza molto sentita soprattutto da alcune figure come il RUP, molto esposto con Anac e Corte dei Conti come detto).

La formazione prima che la fornitura di strumenti di lavoro è una scommessa sulle persone (col rischio che portino altrove le conoscenze certo), ma gratificante per il dipendente già per il solo fatto di attivarla.

L'azienda deve predisporre però dei precisi piani di formazione, adattati alla propria *mission*, ai propri obiettivi e alla propria realtà.

Nel nostro caso ad esempio, quando venne approvato il nuovo codice dei contratti impostammo un ciclo di formazione articolato in varie giornate che prevedevano prima un inquadramento generale delle norme, poi approfondimenti successivi dedicati ai diversi comparti (i tecnici, l'amministrazione, l'ufficio gare) che necessitavano di *focus* specifici.

Il tecnico era più interessato ad esempio al ruolo del RUP o del DL, l'amministrativo al tema dei pagamenti di appaltatori e subappaltatori, l'ufficio gare alla costruzione dei bandi e così via.

Inoltre non devono essere momenti di lezione frontale, ma devono agevolare l'interlocuzione.

Si consideri che il docente deve essere molto preparato e non solo da un punto di vista accademico perché potrebbero essergli sottoposti casi concreti, non banali e non presenti in letteratura, da parte di chi vive gli argomenti tutti i giorni sul campo.

Inoltre la formazione crea un ambiente protetto in cui sperimentare, senza rischi, nuovi comportamenti. È l'occasione per studiare dei casi di scuola o reali e prepararsi a gestire future potenziali eccezioni.

Le sedute di formazione poi consentono di far incontrare in un ambiente neutro aree diverse dell'organizzazione, generalmente conflittuali (come nel nostro caso i tecnici con la tensione sull'avanzamento della commessa e i legali che tendono a diffondere preoccupazioni sulle responsabilità connesse agli atti sottoscritti). Conoscendo, senza l'obbligo di risultato, ciascuno, le difficoltà e i problemi dell'altro si può giungere a individuare percorsi operativi e scrivere nuove procedure.

Qualcuno ha detto che lo specialista deve sapere tutto di pochi argomenti e il *manager* poco di tanti argomenti, ma il *manager* pubblico su alcuni temi deve essere strutturato, conoscere le principali norme tra cui, certamente, il codice dei contratti e tutta la normativa connessa.

Se poi è datore di lavoro o preposto è opportuno conosca le principali norme sulla sicurezza. Quasi sempre deve occuparsi di *Privacy* e in ogni caso dei temi di trasparenza e prevenzione della corruzione.

Il codice dei contratti è la bibbia per il *manager* pubblico.

Deve conoscerlo bene, compresi correttivi e linee guida, nel nuovo approccio *soft law*, avviato con l'istituzione di Anac.

Il tema dell'affidamento di servizi e appalti è quello più monitorato da Anac e Corte dei Conti. Al netto di servizi giuridici che il *manager* deve avere a disposizione, almeno per le questioni più complesse o le eccezioni, serve comunque una infarinatura per inquadrare i temi. Come noto nell'ambito del codice dei contratti si incrociano una linea europea orientata alla tutela del mercato e della concorrenza e una disciplina nazionale attenta all'interesse pubblico.

I principi comuni, in ogni caso, sono trasparenza e pubblicità (e rotazione) ma una conoscenza più approfondita consente di selezionare, di volta in volta, la procedura più efficiente (ma sempre legittima).

Non bisogna "sparare alla mosca col cannone" insomma, ma scegliere la procedura "proporzionale" all'oggetto, così ad esempio se ci sono i requisiti per l'affidamento diretto non si faccia una (ben più lunga) gara aperta, per inutili scrupoli di coscienza. Se il codice consente di prendere una strada più breve rispetto a quella maestra si proceda senza indugio, perché anche il risparmio di atti amministrativi è buona gestione.

È questo un punto essenziale e di valenza generale: il *manager* pubblico deve trovare equilibrio tra la sua responsabilità e il completamento del progetto: se cede troppo sulla prima adoterà procedure farraginose, se cede sul secondo rischia personalmente e di conseguenza anche la procedura.

La formazione e l'esperienza trasmettendo sicurezza indirizzano verso gli strumenti più appropriati da utilizzare di volta in volta.

Un altro esempio classico sugli appalti: le riserve esposte da un appaltatore devono essere valutate da direttore lavori e responsabile del procedimento e possono portare ad una transazione o ad un accordo bonario invece che ad un lunghissimo contenzioso.

Per arrivare alla transazione c'è una componente discrezionale e una negoziazione tra stazione appaltante e appaltatore. La discrezionalità può sempre essere censurata da un organo di controllo che la ritenesse troppo favorevole all'appaltatore (e da qui la potenziale accusa di danno erariale). Per questa ragione taluni RUP sono restii a transare e preferiscono rimettersi ad un giudice, scelta questa che porta a splafonare nei tempi dopo aver di fatto il *manager* abdicato ad una sua prerogativa.

Questi ragionamenti sono estendibili ad altre fattispecie che il *manager* si trova a dover affrontare nella sua carriera.

La complessità delle decisioni che deve prendere è tale per cui non c'è quasi mai la scelta scontata, la via obbligata, ci sono più spesso diverse opzioni, ciascuna con vantaggi e svantaggi propri.

Oppure la scelta più opportuna per l'organizzazione o per la politica (nel senso positivo della declinazione dell'interesse pubblico) è quella più critica dal punto di vista normativo.

Consideriamo che il *manager*/burocrate che trova sempre un motivo per non decidere o per rimandare, che ha mille dubbi, che tende a non assumersi responsabilità ha fatto il suo tempo.

La formazione, la conoscenza, l'esperienza invece sono il faro guida in queste scelte caratterizzate da una componente discrezionale.

Sia che il *manager* per assumere decisioni parta dall'analisi razionale per arrivare alla scelta o che viceversa, in un approccio ora più in voga, parta dall'intuizione dell'opzione migliore (con la visione laterale dei bastoncini) per poi cercare la conferma razionale (e la focalizzazione tipica dei coni) in ogni caso nella prima parte o nella seconda di questo processo decisionale, ha bisogno della formazione e dell'esperienza.

E ha bisogno della formazione anche per evitare i *bias*, i pregiudizi, i vincoli inesistenti che potrebbero precludere la selezione di opzioni innovative.

Non si possono risolvere problemi nuovi con metodi vecchi: la formazione consente al *manager*, magari non più giovane, anche di aggiornarsi su nuove frontiere e nuovi elementi che sono nel frattempo emersi nel suo settore rispetto al tempo della formazione scolastica o di precedenti esperienze.

Il *manager* deve avere la formazione (la scienza, la conoscenza), l'esperienza (la tecnica) ma deve anche avere la visione (gli obiettivi, la *mission*) come bene rappresenta Mintzberg.

Quindi il corroborarsi di formazione e esperienza (con l'una che arricchisce l'altra) sono la chiave di successo del *manager*/decisore.

Per non avere troppi corsi che si accavallano bisogna fare una programmazione organica, bisogna avere un inquadramento complessivo delle esigenze e, idealmente, una mappatura delle conoscenze di tutte le risorse coinvolte.

Bisogna avere chiaro il percorso di carriera immaginato per ciascuna risorsa per non fare corsi inutili e viceversa mediare (per il benessere organizzativo) tra gli obiettivi aziendali e le aspirazioni personali.

Alcuni corsi "*borderline*" cioè di interesse maggiore per il dipendente che per l'azienda potrebbero essere sostenuti economicamente in quota parte anche dal discente.

Si tenga conto nella programmazione anche di eventuali crediti necessari per il mantenimento di talune abilitazioni professionali, a volte indispensabili all'azienda.

Non si curi solo la formazione specialistica ma anche le cosiddette *soft skills*. Molte volte vediamo persone di grande competenza avere difficoltà di relazione, di condivisione, manifestarsi incapaci a lavorare in squadra o essere assertive, al punto quasi da vanificare completamente il loro talento. Bisogna lavorare per correggere questi aspetti e favorire integrazioni e sinergie tra le risorse.

Se ci sono specifiche criticità da affrontare si potranno prevedere anche giornate di *coaching*, per aumentare, altro obiettivo che può essere raggiunto attraverso la formazione, lo spirito di squadra.

Gli argomenti attinenti la formazione vanno valutati in funzione delle specificità aziendali senza dimenticare che la stessa è importante per l'oggetto che affronta ma anche per lo strumento che rappresenta e il cambiamento che induce nelle risorse coinvolte ("non è l'uomo che fa il viaggio ma è il viaggio che fa l'uomo").

4. Ispirare con il coordinamento e il coinvolgimento.

Le funzioni verticali

Nelle organizzazioni complesse ci sono grandi specialisti.

Un giorno un medico disse che gli sarebbero bastati trenta minuti per spiegare ad una persona inesperta come svolgere correttamente una appendi-

cectomia, mentre sarebbero serviti dieci anni di esperienza per spiegare cosa fare se fosse sorta una complicazione.

La specializzazione e l'esperienza sono fattori cruciali in organizzazioni complesse e certamente in un ospedale, definito infatti da Mintzberg una «*organizzazione professionale*», ma per raggiungere il risultato complessivo le diverse funzioni verticali devono essere coordinate tra loro. Le funzioni specialistiche sono fondamentali, bisogna acquisirle, potenziarle, ma più sono profonde più è importante e difficile poi coordinarle.

Il direttore d'orchestra non può essere più bravo del singolo strumentista, più bravo del migliore violino o del miglior oboe, ma deve essere il più abile a mettere insieme tutte queste diverse attitudini e competenze ottenendo un risultato superiore alla somma delle parti.

Un punto di forza di un ospedale è certamente costituito da medici o chirurghi riconosciuti per la loro professionalità. Quindi la Asst (Azienda socio-sanitaria territoriale) di riferimento, deve riuscire ad ingaggiarli, trattenerli all'interno dell'ospedale e soprattutto gestirli.

Per inciso il *manager* deve anche fare in modo che la abilità del primario o del chirurgo venga trasferita in tempi brevi ai suoi secondi, affinché la struttura possa beneficiare di questi super specialisti senza diventarne dipendente.

Ma un primario di fama, che salva quotidianamente vite umane non è facile che accetti la gestione di *manager*, specie di estrazione non sanitaria, a meno che riconosca loro una grande autorevolezza.

Quindi il *manager* non deve essere uno specialista del ramo, non sarebbe comunque all'altezza del primario che ha alle spalle migliaia di ore di sala operatoria o migliaia di casi o decine di pubblicazioni.

Il *manager* deve fare il suo mestiere, ma deve riuscire a coordinare specialità diverse e autorevoli e magari anche fortemente rappresentate.

In ospedale, forse più che in altre situazioni, occorre coordinare o coinvolgere figure diverse e tutte convinte (a ragione per certi aspetti) di essere indispensabili: dai tecnici (si pensi alla diagnostica oggi sempre più complessa) agli infermieri, ai sanitari in senso lato, ai professori universitari, ai ricercatori.

In alcune strutture come gli IRCSS (Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico) la ricerca gioca un ruolo fondamentale e le scienze nuove vedono nel *loop* [ricerca/terapia/risultati/ricerca] la chiave per risolvere molti casi di malattie che fino a qualche tempo fa erano considerate inguaribili.

Si può ben capire che riuscire a governare un *loop* così complesso che coinvolge conoscenza, farmaci, diagnostica da un lato, ricercatori, medici e professori dall'altro è la vera e nuova sfida per un *manager* sanitario di qualità.

Paradossalmente la eterogeneità delle figure e la loro competizione, assegnando al *manager* – coordinatore il ruolo di garante di difficili equilibri potrebbe agevolarlo nell'assicurarsi la leadership dell'organizzazione.

E non ci sono solo le risorse umane da governare, si pensi alle tecnologie sempre più importanti, le biotecnologie, la farmacologia (con farmaci salvavita che costano centinaia di migliaia di euro a dose) e via dicendo.

Il *manager* non può (e non deve pensare di) conoscere a fondo tutti questi temi ma deve saperli gestire, deve sapere a chi rivolgersi di volta in volta e deve coordinarli, muovendo l'organizzazione tutta verso precisi obiettivi.

La presa in carico del malato cronico prevista nella legge di riforma della sanità lombarda, rappresenta un "taglio" orizzontale secco rispetto alle funzioni (verticali) che spaziano dalla diagnostica alla terapia alla successiva riabilitazione e rappresenta una autentica scommessa sul coordinamento di queste funzioni.

Interlocuzione con lo specialista

A nostro avviso se il tema è molto specifico e profondo il manager deve fare riunioni ristrette con gli specialisti, deve porsi in un ascolto "vero" del tema, dedicare tutto il tempo che serve, agevolare il raggiungimento di una decisione che deve essere assunta, alla fine, soprattutto dal professionista.

Deve evitare che il tecnicismo si richiuda su se stesso, che la discussione diventi uno sterile esercizio accademico, che si limiti ad evidenziare una scontata asimmetria informativa, ma favorisca piuttosto una definizione del problema e una prospettazione delle soluzioni.

Queste riunioni costano fatica al *manager* (che potrebbe non appassionarsi a temi così puntuali) ma sono necessarie per dare, da un lato, gratificazione allo specialista e dall'altro per consentire al *manager* di trattenere quella infarinatura della materia che si manifesterà utile in occasioni successive, richiedendo via via sempre meno tempo nell'inquadramento di nuove tematiche.

Qual è il vero contributo che può dare un *manager* nell'incontro con uno specialista infinitamente più preparato sul tema? Anzitutto di ordine: è verosimile che lo specialista, concentrato a fondo sui dettagli, non enuclei da subito gli elementi essenziali del contendere o le priorità. In questo il *manager*, più laterale, potrebbe essere decisivo. Dopo questa prima fase poi il *manager* potrebbe agevolare lo specialista a superare l'analisi per individuare le possibili soluzioni, ad attribuire vantaggi e svantaggi a ciascuna, fino ad orientare lo specialista ad assumere la decisione dopo aver, insieme, condiviso lo scenario di riferimento.

Poiché in questi casi l'ascolto è decisivo soffermiamoci su come condurre una interlocuzione evoluta.

Alcune teorie affermano che quando si ascolta bisogna manifestare atteggiamenti che dimostrino che si sta ascoltando, come guardare negli occhi l'interlocutore o non tenere le braccia conserte che denotano chiusura, ma la Prof.ssa Hedless dice che *«se si ascolta davvero non si ha alcun bisogno di dimostrare che...si sta ascoltando»*. E dà qualche altro consiglio che ci sembra utile:

- *«Non limitatevi ad avere una conversazione educata . Peraltro ormai non possiamo neppure più ispirarci a Henry Higgins (“My fair lady”) e parlare del tempo e della salute: al giorno d’oggi, tra cambiamento climatico e movimento antivaccini, neanche con quegli argomenti si può essere al sicuro»*; allora non si perda tempo in convenevoli, si vada dritti al punto.

- *«Seguite il flusso della conversazione, quando una persona parla potrebbe venirvi in mente qualcosa da dire che vi porterebbe ad interromperla: per quanto possa sembrarvi intelligente il vostro intervento, lasciate andare via quel pensiero, se non vi tornerà in mente vuol dire che non era coerente con il flusso della conversazione»*; piuttosto occorre rimanere sul pezzo: il *manager* e lo specialista devono sentire di avere un problema in comune da risolvere e quindi il flusso deve dipanarsi, armonicamente, da analisi del problema a prospettazione delle soluzioni e assunzione della decisione;

- *«Mentre ascoltate non fate altro. Non guardate il telefono o il tablet, occorre essere presenti davvero, lì e in quel momento e non pensare ad un altro problema che ci assilla o cosa mangeremo quella sera»*;

- *«Non pontificate»*, ma non accettate che lo faccia neppure il vostro interlocutore. La professoressa, ironicamente, ma non troppo, osserva: *«se volete affermare la vostra opinione senza repliche scrivete un blog»*; ormai è chiaro che lo stile manageriale deve essere partecipativo, soprattutto se il *manager* deve confrontarsi con alte professionalità, l'autorità pura non funziona;

- *«Iniziate sempre una conversazione pensando che potreste imparare qualcosa»*; e cita Bill Nye: *«chiunque incontriate sa qualcosa che voi non sapete»*;

- *«Se non lo sapete, dite che non lo sapete, peccate di cautela»*; nel rapporto con lo specialista è normale pretendere spiegazioni semplici di cose complesse. Einstein diceva *«non hai veramente capito qualcosa se non sei in grado di spiegarlo a tua nonna»*;

- *«State lontano dai dettagli, nomi, date, luoghi non interessano a nessuno»*, si vada al nocciolo della questione e si pretenda lo stesso dall' interlocutore;

- E ancora cita, in un caso che ci sembra pertinente al nostro ragionamento, Stephen Covey *«non si dovrebbe ascoltare con il solo intento di rispondere»*. Anche se il *manager* prende decisioni, dà direttive, nella fase di ascolto non è necessario rivendicare questa prerogativa;

- *«Siate interessati alle persone, siate pronti a stupirvi»*.

Inspirare nella interlocuzione significa permettere allo specialista di esporre le sue conoscenze, ma anche indurlo a farlo in modo semplice e in relazione all'obiettivo aziendale e infine portarlo ad una decisione che muova l'organizzazione.

Con questo approccio lo specialista avrà modo di esporre in modo compiuto la sua visione di un certo argomento. Esiste la possibilità però che lo specialista abbia rappresentato solo un punto di vista, una scelta già assunta, non tutte le possibili ipotesi e il *manager* non specialista potrebbe non avere la preparazione adeguata per fare emergere altre tesi. Per farlo si potrebbe mettere a confronto il professionista con specialisti affini, ad esempio sentendo il primario insieme con il direttore sanitario o il direttore di unità con il direttore amministrativo. Se questo non è possibile, una via alternativa sarebbe di porre le domande giuste, provando a confutare le tesi dello specialista per vedere se questa tiene o per aprire altri percorsi.

Data la asimmetria informativa l'interlocuzione va posta con una certa attenzione: solo con una adeguata esperienza è possibile sostenere il confronto tenendolo più sui binari della logica che su quelli della pura conoscenza.

Gestione dei conflitti

Un ruolo altrettanto importante e difficile il *manager* lo gioca nelle riunioni in cui coinvolge funzioni diverse, magari interdisciplinari e quindi potenzialmente in conflitto, in cui deve trovare una quadra e assumere decisioni che potrebbero scontentare qualcuno.

Le riunioni vanno preparate non improvvisate. Non solo devono avere un ordine del giorno ovviamente, ma devono essere strutturate, bisogna dare il giusto peso alle questioni. Chi la conduce deve conoscere gli obiettivi aziendali e quelli di quanti partecipano alla riunione.

Vanno coinvolti tutti e solo i livelli adeguati cioè quelli che hanno un contributo da dare e quelli che dall'esito della riunione ricavano una ricaduta diretta.

Tutti devono potersi esprimere ma non deve essere uno sfogo sterile, né l'occasione di affermazioni personali, si deve andare nel merito e assumere decisioni o opportunamente rimandarle se non si sta andando nella direzione degli obiettivi generali.

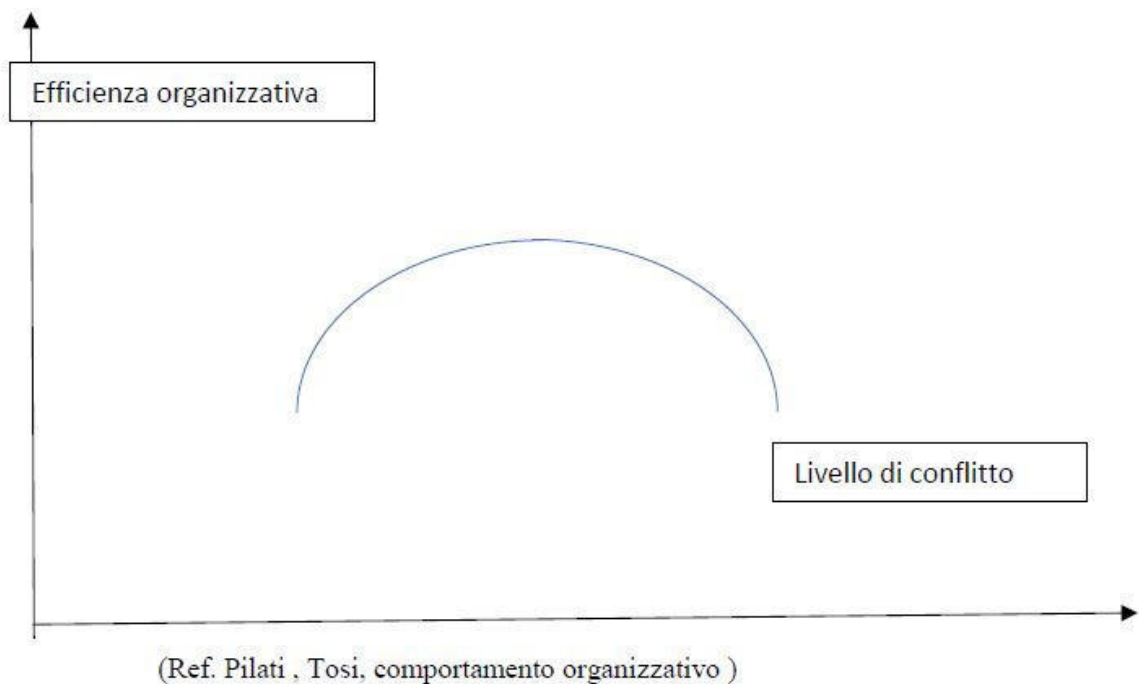
La riunione deve affrontare questioni trasversali per gli interlocutori anche se eccezionalmente si può concedere, per poco tempo, a qualcuno la gratificazione di segnalare un successo o lo sfogo di evidenziare un problema anche non trasversale. La differenza cognitiva, positiva entro una certa misura, va gestita arrivando a conclusioni se possibile condivise.

Le convocazioni devono anche essere coerenti con la struttura organizzativa ma soprattutto bisogna gestire i conflitti.

È sano per una organizzazione un certo grado di conflittualità.

Basso o alto livello del conflitto determinano inefficienza. Nel primo caso perché non pervengono nuove opzioni da esaminare che potrebbero essere risolutive. Nel secondo perché ne arrivano troppe e non in modo costruttivo. Una situazione ottimale, un atteggiamento positivo, devono fare emergere il conflitto per favorire apprendimento individuale e collettivo.

Occorre scindere i problemi dalle persone, i fatti dalle opinioni e bisogna evitare la “*blame culture*”, la caccia al colpevole.



Occorre creare le condizioni per arrivare nel punto alto della curva sopra rappresentata.

In presenza di particolari tensioni non si escluda la necessità di fare delle pre-riunioni con taluni che possano agevolare la costruzione del consenso (o evitare dissensi drammatici). In ogni caso la riunione va condotta con una gestione che porti alla assunzione di decisioni e quindi ad una loro sintetica verbalizzazione, che tracci gli esiti affinché tutti (componenti o destinatari) vi si possano attenere senza dubbi interpretativi.

Rimodellazione della struttura organizzativa e job crasting

Non necessariamente l'incarico deve essere assegnato alla persona più esperta: anche per un grande chirurgo, che ha fatto migliaia di operazioni c'è stato un tempo in cui ha eseguito una operazione per la prima volta e se non lo

avesse fatto non sarebbe arrivato a quel livello di esperienza e in fondo una organizzazione dove ci sono esperti è il luogo migliore dove collaudare una persona meno esperta, in quanto può contare sull' aiuto dei primi.

In quest'ottica non guasta muovere l'organizzazione: la rotazione è importante seppure talvolta poca gradita nel contesto pubblico, dove invece dovrebbe essere maggiormente adottata, specie in ruoli delicati (come quelli a rischio corruttivo) o per cercare nuove soluzioni in aree diverse.

In altri termini bisogna scommettere anche su risorse meno esperte o meno scontate.

Nella commessa delle paratie di Como, venimmo coinvolti su un cantiere bloccato da dieci anni. Nonostante i progetti fossero stati redatti dai massimi esperti in materia, incaricai un giovane bioingegnere, non esperto di idraulica strutturale: i giornali locali scrissero che non aveva il profilo adeguato e criticarono pubblicamente la decisione.

In realtà la scelta, un po' coraggiosa effettivamente, si fondava sul ragionamento che dopo tanti super specialisti, e una situazione incagliata, serviva un punto di vista nuovo, fresco e corredato da poca spocchia, tanta passione e altrettanta buona volontà. Una persona che doveva *ex novo*, senza contaminazioni, con umiltà, ripercorrere tutta la procedura dall' inizio e ricercarne le falle.

Quando, nell' arco di tre mesi e a ridosso della bella stagione, riaprimmo il lungolago dopo dieci anni, anche i giornali dovettero ricredersi sulla scelta, insieme all'opinione pubblica e agli addetti ai lavori.

E allo stesso modo bisogna puntare sulle seconde linee e far crescere gli staff di primari o chirurghi di fama, per non trovarsi impreparati ad eventuali avvicendamenti.

Eviti il *manager* la struttura "piatta", potrebbe sembrare la soluzione ideale per avere tutto sotto controllo ma se i rapporti sono troppi non avrà in realtà nessun controllo. E poi non valorizzerà le risorse e nessuno si sentirà davvero responsabile.

Eviti anche di avere pochi rapporti o costruirà degli *alter ego* di sé creando confusione nei ruoli.

Se la struttura è complessa deve creare veri centri di responsabilità con autonomia. Solo così potrà anche misurarne le *performance*.

Il numero massimo di rapporti gestibile in letteratura è inferiore a 8/12, oltre bisogna aumentare il numero di centri di responsabilità.

Si tratterà di introdurre ad esempio le figure di direzione specialistica di cui si è parlato in altra parte: si punta sulla persona, se non funziona si è titolati a cambiare dopo averla testata sul campo.

È in generale difficile puntare sulle strutture a matrice, specie se sono solo l'*esamotage* per non effettuare delle scelte.

Si può anche intervenire in corsa, assegnare nuove leve che fanno tendere verso l'obiettivo o addirittura cambiare gli obiettivi anche in corso d'anno, se ne ricorrono le condizioni.

Ricordiamo qui l'utilità di leve diverse, non solo in relazione alla psicologia degli individui, ma anche con riferimento alla complessità degli obiettivi: la funzione specialistica detta, incentrata appunto sulla funzione, va bene se l'azione da condurre è ben definita, altrimenti occorre puntare sull'MBO se solo l'obiettivo è definito, ma non la modalità per arrivarci (o ce n'è più d'una).

Soprattutto, se non è possibile acquisire nuove risorse di talento, come spesso accade nel pubblico, bisogna intanto, cercare il talento nelle persone che ci sono.

Chiaro che deve farlo il Direttore con la prima linea, ma deve fare in modo che lo stesso avvenga in cascata, nelle rispettive aree. Questo non deve comportare modifiche agli obiettivi ma può richiedere di rimodellare l'organizzazione tenendo conto dei talenti che si hanno a disposizione, impiegandoli rispetto alle loro competenze, per raggiungere gli obiettivi complessivi.

A maggior ragione in una azienda non grandissima e in ogni caso in quella parte alta di una azienda di maggiori dimensioni, su cui si può incidere, e tanto più nel pubblico dove non si può assumere rapidamente (o licenziare).

Inutile, ad esempio, immaginare tante aree, perfette da un punto di vista teorico, se poi non si hanno abbastanza figure in grado di ricoprire il ruolo di capo area: meglio accorparne alcune.

Se la risorsa preferisce la ripetitività del compito (sfruttando la *learning curve*), la sicurezza della conoscenza, la specializzazione, potrà essere responsabile di una funzione, invece chi ha capacità di coordinamento può svolgere ruoli più trasversali.

Insomma è possibile ri – progettare l'organizzazione anche tenendo conto delle risorse che si hanno e considerando che non tutti aspirano necessariamente alla posizione più alta o meno specialistica.

Nel valorizzare i talenti si possono anche costruire percorsi di carriera finalizzati ad impiegare la risorsa in ruoli diversi con maggiore soddisfazione della stessa (e quindi interesse dell'azienda): un ottimo strumento è il ricorso a *job post* interni per bypassare eventuali veti dei capi area e scardinare parzialmente, ma intelligentemente, l'organizzazione.

Queste scelte generalmente migliorano il benessere organizzativo che talvolta è più produttivo di tanti incentivi economici.

5. Ispirare con la *Leadership*.

La presenza

Il *leader* deve essere positivo, tutti i capi area, tutti i centri di responsabilità, lo devono essere.

Non deve trattarsi di beata incoscienza, il *manager* deve comunque mostrare di avere inteso la portata dei problemi, non deve ignorarli, ma deve dimostrare di poterli gestire insieme con la struttura, di essere all'altezza della situazione.

E indirizzare tutti e ispirare appunto.

Occorre avere la forza e l'ottimismo per superare alcune reazioni tipiche e fastidiose che vanno dal pessimismo assoluto ("Non c'è niente da fare, non va bene niente") che denota una pericolosa rassegnazione o al contrario ad un immobilismo incosciente ("Si è sempre fatto così") che denota incapacità di individuare nuove soluzioni e quindi risolvere le criticità.

Entrambe pericolose perché non innescano attività positive.

Non è accettabile, in riunioni frequentate, che taluni si lamentino della inazione della Società come se fosse un ente terzo dimenticando che sono i dirigenti e i quadri l'ossatura dell'azienda o, per dirla con Kurosawa, «*un'azienda non è meglio né peggio di quanti ne fanno parte*».

Nella creazione di un clima favorevole la gestione dell'informazione e la comunicazione giocano un ruolo fondamentale. Vanno utilizzati e dosati tutti i canali: oltre agli incontri formali già detti, intranet, internet, mail (rispondere sempre a tutte le mail), *conference call*, segnalerei qui anche la presenza fisica (muoversi negli uffici, incontrare i colleghi, anche casualmente), esserci in carne ed ossa, sul campo.

Ancora Mintzberg:

«But the day I spent with the unit head nurse suggested that the most effective management may well take place largely out in the open, on one's feet, in the midst of the operations, surrounded by the people who work on the floor and so are instantly available».

Aggiungerei, dato che parliamo di organizzazioni che svolgono una attività pubblica, la necessità talvolta anche di una presa di posizione sulla stampa, quando ci sono fatti di interesse esterno alla Società, a difesa o rivendicazione del prestigio della stessa o della professionalità dei suoi componenti.

Bisogna lavorare anche sulla identità, sul senso di appartenenza, più facile se la Società persegue un interesse pubblico.

E rivendicare il ruolo della Società anche attraverso le sue espressioni formali: ogni relazione, presentazione, comunicazione ufficiale deve riportare il logo certamente, ma deve avere anche un suo stile identificabile.

Difendere sempre i colleghi fuori dalla Società, ma confrontarsi (“lavare i panni sporchi”) anche apertamente all’interno.

Questo spirito di squadra si riscontra più nel privato (*i competitors* in qualche modo uniscono) che nel pubblico, dove taluni tendono a blandire l’Ente accusando altri colleghi, come se l’Ente fosse un arbitro terzo e non, in ottica aziendale, pur sempre un cliente.

L’equità anche nel valutare le persone potrebbe essere messa in discussione da influenze “politiche” per cui va gestita. Il direttore dovrebbe essere abbastanza autorevole da non subire queste pressioni e costruire meccanismi di premialità equi, con nuclei di valutazione competenti e criteri oggettivi.

Fondamentale comunque dare il *feedback* sulla valutazione (vincere l’apprensione della valutazione) e favorire l’autovalutazione.

In qualche caso eccezionale il *manager* può anche partecipare in modo diretto ad un progetto. Lo fa per seguire un progetto importante, per ispirare, per verificare il lavoro di altri o per dare l’esempio.

Anche il Papa a volte dice messa ed è sbagliato ritenere che un *manager* sarebbe danneggiato dalla conoscenza del prodotto.

Quando l’unità è in crisi o quando si è di fronte ad una grande opportunità non c’è da stupirsi se il *manager* si mette in prima linea.

Il *manager* può lavorare anche su più progetti perché questi, specie se complessi, procedono a scatti, per cui raramente l’acme dei diversi progetti si verifica nello stesso momento.

Deve occuparsi delle situazioni complesse (insieme al responsabile vocato) perché queste richiedono una autorità formale o l’utilizzo dell’informazione che ha il *manager*, più di ogni altro, in quanto centro nevralgico dell’organizzazione.

Il CEO di Jhonson and Jhonson si occupò subito e direttamente del problema delle capsule di Tylenol adulterate, contattando direttamente i capi redazione dei maggiori quotidiani per gestire gli aspetti mediatici.

Il *manager* deve essere severo con sé stesso: esemplificando, non dovrà arrivare alle undici di mattina e pretendere che gli altri arrivino alle otto. Ma dovrà anche comprendere le esigenze umane di una risorsa: è provato, ad esempio, che se si concedono più ferie c’è meno assenteismo.

Manager, centro nevralgico

Il *manager*, in particolare il *top manager*, ha generalmente più dati rispetto al resto della struttura. E se non li ha deve procurarseli, ha la possibilità e deve dedicare il tempo anche a raccogliere informazioni. Deve essere il centro nevralgico della Società. Certamente deve avere le informazioni di largo dominio, che possono avere tutti, ma deve anche avere un buon servizio di rassegna stampa che colletti in modo organico tutte le informazioni che riguardano la sua attività e non altre (sarebbe dispersivo). Per intenderci deve ricevere le notizie (che siano state pubblicate su carta, su web, ma non dimentichiamo *social*, radio e tv) che riguardano la Società, i dirigenti con funzione strategica, le società concorrenti, o affini nel pubblico, e poi quelle relative al referente politico e anche all'argomento tecnico di trattato.

Stiamo operando nel pubblico quindi tutto quello che si fa potrebbe avere una eco sugli organi di informazione e questo ha dei riflessi anche verso l'interno della Società.

Il direttore strategico dell'azienda sanitaria dovrebbe ricevere entro le otto di mattina una rassegna che oltre a notizie di carattere generale (è bene che sappia se c'è stato un terremoto, è caduto un aereo o il governo, non fosse altro per non apparire una persona isolata dal mondo) deve avere tutte le notizie anzidette. E sarebbe bene che le ricevesse su *tablet* (e, per amor di Dio, non le stampi!) e le vedesse prima di entrare in ufficio e comunque in mobilità. Non si preoccupi se alcune notizie poco rilevanti lo infastidiscono, si ricordi che la carta da giornale quando arriva sera è buona solo per incartare il pesce e il mattino dopo ci saranno altre notizie che non lo riguarderanno (diversamente ha un problema).

Alcuni *manager* vogliono comparire sui giornali, con nome e foto magari, celebrati nelle loro gesta. Il nostro pensiero è che è meglio non apparire troppo, semmai è il politico che deve apparire dato che deve prendere i voti.

È più facile essere confermati o promossi (se è quello che interessa), se si ha un rapporto di fiducia con il referente politico e se ci si accolla le responsabilità che competono.

Viceversa se un giornalista vuol sapere come sono andate le cose su un episodio critico che riguarda l'azienda meglio rispondergli o rischieremo di leggere sul giornale solo l'"altra campana".

Però il *manager* deve anche cercare informazioni che non sono sui giornali, carpirle da chi ne sa di più, dai soliti bene informati.

E dosare la ritrasmissione verso i collaboratori e colleghi in relazione agli obiettivi: trasparenza e partecipazione vanno di pari passo, ma se è chiaro che il

manager non può tenere tutte le informazioni per sé è altrettanto evidente che non tutte le informazioni devono essere trasmesse a tutti. L'informazione è potere, ma proprio per questo va esercitato con intelligenza.

Leva sull'interesse pubblico

La gerarchia è una leva che funziona molto nel privato ma meno nella Società pubblica in quanto taluni si sentono autorizzati ad interpretare l'interesse pubblico.

Inoltre ci sono forme di tutela della posizione di ciascuno, c'è la possibilità di *whistleblowing* o di segnalazione alla Corte dei Conti.

Quindi bisogna continuare a convincere tutte le risorse che quanto si sta facendo è nell'interesse pubblico, declinato dall'amministratore eletto ed occorre lavorare molto sulla condivisione.

Questo è lo sforzo maggiore nella ispirazione del *manager* pubblico: poiché la gerarchia non funziona bisogna convincere, lavorare sulla partecipazione poiché se la squadra comprende che l'obiettivo assegnato è in linea con l'interesse pubblico questo aspetto pubblicistico diventa un rinforzo dell'obiettivo aziendale.

Per altro verso, il *management* strategico deve proporre al politico le soluzioni che ritiene orientate all'interesse generale.

Dato che in letteratura è ormai chiaro che la tensione verso il cliente è uno degli approcci migliori o preferibili che potrebbe avere un *manager*, chi è il mercato nel caso di una società pubblica?

Certamente i cittadini, per cui è importante capire cosa vogliono, cosa ritengono utile, senza infingimenti, rispettandone i diritti, indagandone le valutazioni.

L'identificazione del cliente/azionista con il cittadino che paga le tasse, e quindi anche con noi stessi, dovrebbe essere, di per sé, motivante.

Clienti speciali poi sono i rappresentanti dei cittadini, gli amministratori, che hanno qualche diritto di interpretare il volere quindi anche a loro va data adeguata attenzione, soprattutto nella declinazione degli obiettivi nel medio termine.

Dato che la Società ha un fine pubblico si deve fare leva su questo aspetto, sul fatto, ad esempio, che possa essere più gratificante costruire un ospedale che curerà persone, invece che un centro commerciale. Ma l'obiettivo non può restare troppo elevato, deve essere calato sulla realtà aziendale.

Negli interventi con i colleghi in ilspa, in un periodo di frequenti fallimenti di aziende di costruzione e di professionisti, e di crisi generalizzata, sostenevo che intanto eravamo fortunati ad avere un lavoro in quel periodo (bi-

sogno di sicurezza nella piramide di Maslow), a fare il lavoro di ingegnere per cui avevamo studiato (e saliamo un pochino nella scala di soddisfazione dei bisogni), a costruire ospedali (che come cittadini utilizzavamo, saliti ancora), e poi che in un periodo di crisi avevamo la grande responsabilità, come stazione appaltante, di selezionare le migliori eccellenze nazionali per progettare e costruire, salvando almeno quelle (e le famiglie dei dipendenti) e il ragionamento sembrava fare presa.

Bisogna trovare una finalità alta, sociale, pubblica, poi declinarla negli obiettivi aziendali, quindi negli obiettivi delle aree e quindi delle risorse.

Poi ci sono altri aspetti che possono diventare elemento di motivazione per un *manager*.

Molte volte la società pubblica è poco attraente per via dei tetti alla remunerazione (del singolo e complessiva), o per la pessima nomea a lavorare nel pubblico.

Viceversa ci sono ragioni di attrattività che per alcuni possono essere pregevoli ad esempio il posto nel pubblico è generalmente più sicuro (con buona pace della fallibilità della società pubblica di cui alla Madia).

Il fatto di operare per un fine pubblico dà visibilità sui giornali, in tal caso ci potrebbe essere una motivazione che chiamerei mediatica quando si vede trattato dalla stampa il progetto che si sta seguendo: Ilspa si è occupata dell'Ena, prima del sorteggio che l'assegnò all' Olanda, e i quotidiani articoli sui giornali rendevano quasi inutili le riunioni per spingere l'avanzamento del progetto preliminare che si stava seguendo.

C'è un altro meccanismo particolare (fino a un certo punto) per cui molti sono stimolati dalla vicinanza al potere, per cui coinvolgerli ad una riunione con il Presidente della Regione o con l'Assessore li motiva più di qualunque sistema incentivante. Possiamo vederlo in una accezione positiva: si è vicini a chi ha ricevuto il consenso popolare e ha la responsabilità di declinare l'interesse pubblico.

In ultimo non guasterebbe cercare di amare e di far amare il lavoro che si fa.

6. Conclusioni.

L'azienda pubblica ha le complicazioni dell'Ente (interesse pubblico, assenza di immediati parametri economici di riferimento) e quelle della azienda privata che deve dialogare col mercato (aziende e professionisti che mirano al profitto).

Quindi il *manager* pubblico deve avere tutta la tecnicità del privato ma deve fronteggiare qualche rischio in più (il danno erariale ad esempio) e non ha la totale copertura della organizzazione (per norma o opportunità politica).

Quindi si muove sul filo tra responsabilità personale e interesse pubblico ma se riesce a gestire questa situazione può ottenere la grande soddisfazione di aver perseguito un obiettivo aziendale in linea con il bene comune.

L'azienda sanitaria poi è ancora più complessa dovendo coordinare funzioni specialistiche (verticali) molto autorevoli per perseguire, tra l'altro, una (orizzontale) presa in carico effettiva.

Per fare tutto ciò, con ogni probabilità, il *manager* deve essere evoluto, orientato al valore (il paziente) e non basta che sia coinvolto (*involved*) ma per dirla con Mintzberg deve essere «*committed*».

Bibliografia essenziale

- ARDUINI R., LUZZI L., *Economia e gestione delle aziende sanitarie*, Milano, Franco Angeli, 2017;
AZZONE G., BERTELE' U., *L'impresa, sistemi di governo valutazione e controllo*, Milano, Rizzoli Etas, 2011;
MALIK F., *Il management come professione*, Milano, Il sole24 ore, 2007;
MINTZBERG H., *Il lavoro manageriale*, Milano, Franco Angeli 2016;
MINTZBERG H., *Toward Healthier Hospitals*, in *Health Care Management Review*, 1997;
PILATI M., TOSI H. L., *Il comportamento organizzativo - Individui, relazioni, organizzazione, management*, Milano, Egea, 2016;
PREVITALI P., *La sfida del management sanitario: organizzazione e innovazione del sistema di welfare*, Pavia, Pavia University Press, 2017;
SANNA C., PANI M., *La nuova disciplina delle società partecipate e in house*, Capoterra, Amicolibro, 2017.