

Vol. I

A 150 ANNI DALL'UNIFICAZIONE AMMINISTRATIVA ITALIANA

— STUDI —

a cura di

Leonardo Ferrara, Domenico Sorace

**L'ORGANIZZAZIONE
DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI
TRA STATO NAZIONALE
E INTEGRAZIONE EUROPEA**

a cura di

Roberto Cavallo Perin, Aristide Police, Fabio Saitta

CON PRESENTAZIONE DELL'OPERA

Art. 2.



A 150 ANNI DALL'UNIFICAZIONE AMMINISTRATIVA ITALIANA

→ STUDI ←

a cura di

Leonardo Ferrara (Università di Firenze)

Domenico Sorace (Università di Firenze)

Comitato Scientifico

Umberto Allegretti, Antonio Brancasi, Alfredo Corpaci,

Leonardo Ferrara, Carlo Marzuoli, Domenico Sorace

(Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze)

Volumi

Vol. I – *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, a cura di Roberto Cavallo Perin, Aristide Police, Fabio Saitta

Vol. II – *La coesione politico-territoriale*, a cura di Gabriella De Giorgi Cezzi, Pier Luigi Portaluri

Vol. III – *La giuridificazione*, a cura di Barbara Marchetti, Mauro Renna

Vol. IV – *La tecnificazione*, a cura di Stefano Civitarese Matteucci, Luisa Torchia

Vol. V – *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di Maurizio Cafagno, Francesco Manganaro

Vol. VI – *Unità e pluralismo culturale*, a cura di Edoardo Chiti, Gianluca Gardini, Aldo Sandulli

Vol. VII – *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, a cura di Gian Domenico Comporti

Vol. VIII – *Cittadinanze amministrative*, a cura di Antonio Bartolini, Alessandra Pioggia

A 150 ANNI DALL'UNIFICAZIONE AMMINISTRATIVA ITALIANA

→ STUDI ←

a cura di

Leonardo Ferrara, Domenico Sorace

PRESENTAZIONE DELL'OPERA

* * *

Vol. I

L'organizzazione
delle pubbliche amministrazioni
tra Stato nazionale
e integrazione europea

a cura di

Roberto Cavallo Perin

Aristide Police

Fabio Saitta

Firenze University Press

2016

A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi / a cura di Leonardo Ferrara, Domenico Sorace ; Vol. I. L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea / a cura di Roberto Cavallo Perin, Aristide Police, Fabio Saitta. – Firenze : Firenze University Press, 2016.

(Studi e saggi ; 168)

<http://digital.casalini.it/9788864534336>

ISBN 978-88-6453-432-9 (print)

ISBN 978-88-6453-433-6 (online PDF)

ISBN 978-88-6453-434-3 (online EPUB)

Progetto grafico di Alberto Pizarro Fernández, Pagina Maestra snc

Hanno contribuito alla realizzazione degli studi e alla loro pubblicazione la Banca d'Italia, il Comune di Firenze, l'Ente Cassa di Risparmio di Firenze e la Regione Toscana.

Certificazione scientifica delle Opere

Tutti i volumi pubblicati sono soggetti ad un processo di referaggio esterno di cui sono responsabili il Consiglio editoriale della FUP e i Consigli scientifici delle singole collane. Le opere pubblicate nel catalogo della FUP sono valutate e approvate dal Consiglio editoriale della casa editrice. Per una descrizione più analitica del processo di referaggio si rimanda ai documenti ufficiali pubblicati sul catalogo on-line della casa editrice (www.fupress.com).

Consiglio editoriale Firenze University Press

A. Dolfi (Presidente), M. Boddi, A. Bucelli, R. Casalbuoni, M. Garzaniti, M.C. Grisolia, P. Guarnieri, R. Lanfredini, A. Lenzi, P. Lo Nostro, G. Mari, A. Mariani, P.M. Mariano, S. Marinai, R. Minuti, P. Nanni, G. Nigro, A. Perulli, M.C. Torricelli.

La presente opera è rilasciata nei termini della licenza Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0: <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>).

This book is printed on acid-free paper

CC 2016 Firenze University Press
Università degli Studi di Firenze
Firenze University Press
via Cittadella, 7, 50144 Firenze, Italy
www.fupress.com
Printed in Italy

INDICE

PRESENTAZIONE DELL'OPERA

Prefazione XI
Leonardo Ferrara, Domenico Sorace

Per una ricerca in occasione del 150° anniversario delle leggi di
unificazione amministrativa XIII
*Umberto Allegretti, Antonio Brancasi, Alfredo Corpaci,
Leonardo Ferrara, Carlo Marzuoli, Domenico Sorace*

Messaggio del Presidente della Repubblica XXI
Sergio Mattarella

Per un diritto amministrativo del tempo pos-moderno XXIII
Paolo Grossi

La legislazione del 1865 tra le radici statutarie e l'attualità XXXI
Alberto Romano

L'ORGANIZZAZIONE DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI TRA STATO NAZIONALE E INTEGRAZIONE EUROPEA

L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea 3
Roberto Cavallo Perin

L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni
e lo Stato nazionale: i profili evolutivi 37
Fabio Saitta

L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e attribuzioni regionali: la parabola dell'eguaglianza <i>Aristide Police</i>	67
---	----

STUDI

PARTE PRIMA

Legalità, imparzialità, buon andamento, equilibrio di bilancio: modelli di unificazione a mezzo dei principi

Il diritto debole. Dal rapporto all'organizzazione: andata e ritorno <i>Mariano Protto</i>	93
---	----

L'unificazione attraverso l'organizzazione <i>Giovanni Iudica</i>	107
--	-----

Il rapporto politica ed amministrazione <i>Rossana Caridà</i>	127
--	-----

Pubblico impiego: poteri organizzativi e gestionali <i>Ennio Antonio Apicella</i>	149
--	-----

L'effetto unificante delle relazioni sindacali sull'evoluzione organizzativa delle pubbliche amministrazioni <i>Gregorio De Vinci</i>	169
--	-----

Nozione di amministrazione pubblica e coordinamento statale nella prospettiva dell'interesse finanziario <i>Walter Giulietti, Michele Trimarchi</i>	189
--	-----

PARTE SECONDA

I modelli organizzativi 'pubblici': unificazione e dissoluzione

L'organizzazione centrale dello Stato ed il modello ministeriale <i>Anna Maria Chiariello</i>	223
--	-----

Organizzazione dell'ordine pubblico <i>Fabrizio Tigano</i>	265
---	-----

Il principio di efficienza ed i modelli organizzativi: le agenzie amministrative <i>Laura Lamberti, Giuseppe Andrea Primerano</i>	283
Il principio d'imparzialità e i modelli organizzativi. Le autorità amministrative indipendenti <i>Giorgio Portaluri</i>	301
Pubblica amministrazione e valutazioni tecniche: profili organizzativi <i>Chiara Cudia</i>	321
Il prefetto e l'organizzazione amministrativa periferica dello Stato <i>Giuliano Grüner</i>	343
L'evoluzione dei caratteri degli enti pubblici <i>Salvatore Cimini</i>	365
La riforma delle Province e le forme di cooperazione tra i Comuni <i>Letterio Donato</i>	389
PARTE TERZA	
I modelli organizzativi 'privati': unificazione e moltiplicazione	
Il modello dell'azienda per le amministrazioni pubbliche <i>Anna Romeo</i>	407
L'organizzazione della salute: uno sguardo al (recente) passato per costruire il futuro <i>Fabio Saitta</i>	421
La parabola delle partecipazioni statali: paradigmi e tendenze <i>Marco Macchia</i>	445
Soggetti privati in veste pubblica: genesi, trasformazioni e prospettive dei rapporti concessori <i>Alfredo Moliterni</i>	465
Soggetti privati e attività amministrativa: principi, regole e regime degli atti <i>Ippolito Piazza</i>	487

PARTE QUARTA

I modelli organizzativi minimi d'integrazione

Tra leggi di unificazione del 1865 e legge europea sul procedimento amministrativo 511

Francesco de Leonardis

I modelli organizzativi e la coamministrazione 535

Filippo D'Angelo

'Al servizio dell'integrazione': il funzionario pubblico europeo 555

Barbara Gagliardi

Modelli organizzativi d'integrazione europea: il diritto di asilo e la libera circolazione (dell'asilante) 579

Manuela Consito

L'integrazione organizzativa europea nel settore degli appalti pubblici 597

Silvia Ponzio

COMMENTI

Prospettive di riorganizzazione delle amministrazioni territoriali tra Stato nazionale e integrazione europea 625

Gian Candido De Martin

Considerazioni sull'evoluzione della organizzazione amministrativa 639

Franco Gaetano Scoca

GLI AUTORI 659

SOMMARIO GENERALE 665

PRESENTAZIONE DELL'OPERA

PREFAZIONE

Leonardo Ferrara, Domenico Sorace

I volumi che compongono quest'opera sono il frutto di una ricerca condotta – per iniziativa di un gruppo di professori dell'Università di Firenze, poi riuniti nel Comitato scientifico – per celebrare i centocinquant'anni dell'emanazione delle leggi di unificazione amministrativa del Regno d'Italia, contenute nei sei Allegati alla l. 20 marzo 1865, n. 2248.

Gli studi sono iniziati alla fine del 2013 e i primi esiti sono stati esposti e discussi in otto seminari tematici, svoltisi dall'inizio di aprile alla fine di giugno del 2015 presso le Università di Perugia, Milano Cattolica, Milano Statale, Roma Tor Vergata, Firenze, Roma Tre e Salento.

Il 15 e 16 ottobre 2015 a Firenze, nel Salone dei Cinquecento di Palazzo Vecchio e nell'Aula magna del Rettorato, si è svolto un convegno dal titolo *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, in ideale collegamento con quello tenutosi a Firenze nel 1965, promosso dall'ISAP, con il concorso degli enti locali fiorentini, per il centenario dell'unificazione amministrativa italiana. Nelle due giornate di lavori – aperte da una lettera di saluto del Presidente della Repubblica – sono stati presentati i risultati della ricerca, discussi da alcuni dei più autorevoli amministrativisti italiani.

Il Convegno ha avuto il patrocinio della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero dell'Economia e delle Finanze, del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, della Regione Toscana, del Comune di Firenze, dell'Università degli Studi di Firenze, dell'Associazione tra i Magistrati del Consiglio di Stato, dell'Associazione Nazionale Magistrati Amministrativi e dell'Unione Nazionale Avvocati Amministrativisti.

I volumi dell'opera, curati dai coordinatori dei gruppi di ricerca, ora raccolgono e organizzano tutti gli studi, opportunamente aggiornati.

Diversamente da quanto avvenuto in occasione del centenario, si è ritenuto che non si potessero ancora assumere le leggi di unificazione come punto di

partenza della riflessione, ma si dovesse prender le mosse dagli aspetti amministrativi più significativi dell'attualità.

Il Comitato scientifico ha inizialmente individuato tali aspetti e ne ha tratto le linee di svolgimento di una possibile serie di studi, il cui programma finale è peraltro il frutto del confronto con le idee degli studiosi che hanno autonomamente coordinato e guidato le ricerche. Quelle linee sono pubblicate, in apertura di questo volume, nella loro forma originaria, perché si possano comprendere la nascita e lo sviluppo della ricerca.

Gli otto volumi sono dedicati, rispettivamente, all'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea, alla coesione politico-territoriale, alla giuridificazione, alla tecnificazione, all'intervento pubblico nell'economia, all'unità e pluralismo culturale, alla giustizia amministrativa come servizio e alle cittadinanze amministrative.

Ogni volume è aperto da uno o più saggi introduttivi dei coordinatori. Seguono gli studi di base e i commenti.

Nel primo volume sono anche pubblicate, insieme al messaggio del Presidente della Repubblica, la relazione introduttiva al Convegno di Paolo Grossi e quella conclusiva di Alberto Romano.

La realizzazione degli studi e la loro pubblicazione sono state possibili grazie ai contributi della Banca d'Italia, dell'Ente Cassa di Risparmio di Firenze, del Comune di Firenze e della Regione Toscana.

I curatori desiderano ringraziare l'Università di Firenze e il Dipartimento di Scienze giuridiche per il supporto nell'organizzazione di tutta l'iniziativa. Un ringraziamento particolare rivolgono al prof. Alberto Tesi, rettore dell'Ateneo fiorentino al momento dell'organizzazione del convegno, e al prof. Giovanni Tarli Barbieri, allora direttore del Dipartimento di Scienze giuridiche.

Uno speciale ringraziamento va infine al dott. Ippolito Piazza per l'egregio e instancabile impegno nell'organizzazione delle ricerche, del convegno e della pubblicazione dei risultati.

PER UNA RICERCA IN OCCASIONE
DEL 150° ANNIVERSARIO DELLE LEGGI
DI UNIFICAZIONE AMMINISTRATIVA

*Umberto Allegretti, Antonio Brancasi, Alfredo Corpaci,
Leonardo Ferrara, Carlo Marzuoli, Domenico Sorace*

Cinquanta anni fa, in occasione del centenario di quelle leggi che, nel 1865, dopo l'unificazione politica proclamata pochi anni addietro, dovevano provvedere alla unificazione amministrativa del Regno d'Italia, si svolse a Firenze un convegno, conclusivo di un ampio insieme di studi preparatori poi raccolti in numerosi volumi.

Gli studi e le relazioni conclusive riguardarono gli argomenti dei quali si erano occupate le leggi di unificazione (amministrazione locale, sicurezza pubblica, sanità pubblica, espropriazione ed opere pubbliche, giustizia amministrativa) cento anni prima. Cento anni le cui vicende amministrative potevano ancora essere significativamente indagate e raccontate utilizzando quali assi portanti le leggi di unificazione amministrativa, dal momento che cominciavano appena a produrre i loro effetti la Costituzione, le Carte dei diritti, il Trattato di Roma, mentre la trasformazione economica e sociale era tumultuosamente in corso, le comunicazioni erano in via di sviluppo, la televisione aveva da poco cominciato regolari trasmissioni e ci si avviava soltanto verso una omologazione culturale e linguistica.

Oggi troppi cambiamenti sono intervenuti perché abbia senso una riflessione di giuristi positivi condotta a partire specificamente dalle leggi di unificazione amministrativa del 1865, anche se esse non possono certo essere messe nel dimenticatoio tanto più che alcune non sono del tutto superate e comunque sono ancora sul tappeto problemi che già esse si ripromettevano di risolvere (v., per esempio, l'art. 2 della l. n. 2248 del 1865). Negli ultimi cinquant'anni le novità della ultima parte dei precedenti cento anni hanno dato frutti determinando sedimentazioni ma anche già obsolescenze e nuove contraddizioni e comunque nuovi sviluppi, insieme all'esigenza di sviluppi ulteriori. Tutto ciò in un quadro istituzionale e soprattutto economico non più delimitato da confini nazionali (quello economico anzi tendenzialmente senza confini) ed entro un ambiente tecnologico che ha via via modificato le coordinate crono-spaziali travolgendo ostacoli comunicativi, materiali e non, che sembravano insormontabili.

Oggi dunque un'indagine in prospettiva storica potrà avere piuttosto quali utili punti di partenza gli aspetti amministrativi più significativi dell'attualità (pur senza la pretesa di esaurirli e di offrirne una ricomposizione sistematica) per dar conto dei mutamenti intervenuti nell'ultimo cinquantennio e delle prospettive di un'amministrazione che, impegnata nel rinnovamento imposto dagli sviluppi tecnologici, sociali, culturali e facendo i conti con la sua storia, deve poter servire ai bisogni vecchi e nuovi degli uomini, sempre più (auspicabilmente) integrandosi nell'Unione europea, pur con la consapevolezza della necessità di preservare una identità nazionale e senza timore di esporsi pure agli effetti, prevedibili e imprevedibili, di una ancor più ampia transnazionalità.

* * *

In questa prospettiva, in primo luogo può essere esaminato proprio il gruppo di tematiche che potrebbe denominarsi della 'coesione politico-territoriale'.

A partire dalla constatazione che quello dell'unità politica nazionale non viene oggi considerato il problema politico centrale, malgrado non sia mancato addirittura qualche proclama secessionista, ma ricordando anche che il riconoscimento costituzionale delle autonomie locali e la istituzione delle Regioni avrebbero dovuto conciliare la scelta centralistica della unificazione con le ragioni della scartata proposta federalista, merita fare innanzitutto un bilancio del funzionamento, ormai ultraquarantennale, delle Regioni, e insieme di quello delle altre amministrazioni locali, considerando pure l'esperienza dei 'servizi nazionali' coinvolgenti le Regioni e gli enti locali insieme allo Stato.

Peraltro, gli aspetti politici debbono essere confrontati con la prospettiva della coesione sostanziale di territori e popolazioni in condizioni di diversità, particolarmente accentuati in certe aree. Nel governo e nell'amministrazione del territorio può verificarsi se alla unificazione politica nazionale corrisponda una visione coerente dei criteri di regolazione e gestione dello sviluppo, almeno nelle sue incidenze territoriali.

D'altro lato, la questione della coesione nazionale va vista nella prospettiva dell'integrazione europea e dunque del significato per l'Italia dell'essere uno Stato membro di quest'ultima, domandandosi dunque in che modo l'amministrazione sarà, o sarebbe opportuno che fosse, 'europeizzata', ma forse (o è inconcepibile?) anche, all'inverso, se non potrebbe essere auspicabile per qualche aspetto la 'italianizzazione' dell'amministrazione europea.

* * *

Una seconda tematica potrebbe essere titolata: 'cittadinanza amministrativa'.

Se si guarda ai diritti sociali proclamati dalla Costituzione, si può constatare come oggi sia stato raggiunto un grado di effettività ben diverso da quello

del momento in cui si celebrava il centenario delle leggi di unificazione amministrativa e come in relazione a essi siano anche sorte nuove forme di amministrazione. Tuttavia la 'crisi fiscale' dello Stato o, forse, l'avvio del riassetamento degli equilibri economici tra le diverse Regioni del pianeta e la più agevole intercomunicazione fra queste ultime, insieme ai progressi tecnologici e ai successi delle scienze mediche ne stanno imponendo una rimodellazione.

In cosa consistono oggi (e come si sono evoluti da ieri) i diritti alla previdenza, all'assistenza, all'istruzione, alla salute, alla sicurezza ma anche all'acqua, all'energia, alla mobilità, all'accesso alla 'rete' ecc.?

Ma anche: che cosa significano i nuovi diritti civili verso le amministrazioni corrispondenti al moltiplicarsi dei principi ai quali deve conformarsi la loro attività, dalla partecipazione deliberativa e procedimentale alla sussidiarietà e alla proporzionalità, dalla semplicità (e semplificazione) alla trasparenza (e pubblicità) fino alla piena risarcibilità dei danni?

Per potere utilizzare le risposte a questi interrogativi per la costruzione di un concetto attuale di cittadinanza amministrativa occorre però anche domandarsi nei confronti di quali istituzioni possano farsi valere i diritti in questione – quelle italiane, quelle europee, quelle di altri ordinamenti? – e, ancor prima, quali persone possono vantare questi diritti: italiani, europei, extraeuropei (in particolare, migranti)?

Se, però, è vero che una cittadinanza consistente soltanto di diritti e senza doveri non è concepibile, è anche necessaria una ricognizione dei doveri attuali delle persone, oltre quelli fiscali. E in parallelo non si può esimersi dalla considerazione, e dalla definizione, del 'volontariato' e del suo ruolo.

* * *

Un'altra vicenda è andata svolgendosi a partire dall'unificazione politica, quella a suo tempo riassunta nel motto «fatta l'Italia, ora bisogna fare gli italiani». Una vicenda che nell'ultimo cinquantennio, con l'avanzare della costruzione dell'Unione europea, ha visto emergere il nuovo problema della conservazione della ricchezza della cultura nazionale, da coniugare, però, con l'esigenza di una formazione italo-europea, cui si affiancano le questioni poste dal necessario confronto con la molteplicità delle culture dei milioni di extraeuropei che vivono nel nostro come negli altri paesi dell'UE. Innanzitutto, questi aspetti potrebbero essere ricondotti al titolo: 'Unità e pluralismo culturale'.

Un primo oggetto di attenzione a questo proposito pare dover essere l'organizzazione e la disciplina dell'istruzione scolastica ai diversi livelli, tra i cui profili si possono ricordare, per esempio, l'importanza riconosciuta alle diverse discipline, con particolare riguardo a quelle scientifiche e anche la questione del c.d. valore legale dei titoli di studio. Particolare attenzione merita poi l'insegnamento della

lingua italiana come lingua straniera, negli altri paesi, quale strumento di diffusione della cultura nazionale (con gli effetti economici che ne conseguono), e ancor prima in Italia, in funzione dell'integrazione degli immigrati. Vi è reciprocamente il tema della conoscenza e dell'uso da parte degli italiani di altre lingue, messa in specifica evidenza di recente anche dalla questione dell'internazionalizzazione delle università, e in definitiva l'esigenza di considerare il profilo dello statuto giuridico della lingua nazionale e delle altre lingue europee ed extraeuropee nell'ordinamento nazionale e in quello europeo. Il ruolo della UE può essere considerato non soltanto a proposito di quest'ultimo aspetto e del valore giuridico dei titoli di studio ma anche con riferimento a interventi del genere del programma Erasmus.

Nella consapevolezza della fondamentale importanza che, soprattutto nell'ultimo cinquantennio, hanno rivestito per la costruzione della cultura nazionale (passando dall'unità linguistica) anche altre attività culturali pubbliche e private, non si può però fare a meno di occuparsi anche della loro disciplina. Si tratta di porre l'attenzione in particolare su quelle più popolari, compresi i diversi tipi di spettacolo (tra i quali quelli sportivi e quelli musicali), e soprattutto sulla televisione, considerandola non soltanto strumento di informazione ma anche veicolo e momento di emersione di molteplici attività culturali; senza dimenticare, peraltro, il rilievo della rete anche sotto questo profilo.

Né infine potrà essere trascurato quel che faceva definire il nostro 'bel paese', ovvero il patrimonio culturale, sia in quella prospettiva che gli rende appropriata la corrente denominazione inglese di *cultural heritage*, sia nell'altra preoccupata della sua costituzione.

* * *

Molti fenomeni precedentemente oggetto solo di consuetudini sociali riservate (per esempio, alcuni di quelli oggetto della c.d. bioetica) o di regole di gruppo (per esempio, regole degli sport) o al più ricadenti in fattispecie generali del diritto privato (come, per esempio, a proposito dell'ambiente, le regole codicistiche sulle immissioni o sulla responsabilità civile), sono oggi attratti al diritto positivo e sono diventati particolarmente rilevanti per il diritto amministrativo mentre altri lo stanno divenendo (a cominciare, per esempio, da molti di quelli indotti dalla rete).

Per altro verso, si può constatare il tentativo del diritto di occuparsi non soltanto di fatti che prima non lo riguardavano ma anche di eventi non verificatisi ma che, temibilmente o auspicabilmente, potrebbero o avrebbero potuto verificarsi (si pensi, per esempio al principio di precauzione o al risarcimento delle *chances*), dandosi così vita a una sorta di diritto dell'incertezza.

Se ne può parlare sotto l'etichetta di 'giuridificazione', domandandosi da un lato se anche a questo proposito abbiano rilievo gli sviluppi delle scienze e del-

la tecnologia e dall'altro quanto rilevi per essi il superamento dei limiti dell'ordinamento nazionale.

Un'attenzione particolare può essere prestata al ruolo che in tutto ciò hanno giocato i giudici interni (Corte Costituzionale, Cassazione, Consiglio di Stato e in generale gg.aa. e gg.oo.) ed europei (dell'UE e della CEDU) ed eventualmente di altri ordinamenti sia per l'affermazione di nuovi diritti sia per la definizione e delimitazione delle competenze dei poteri di diversi ordinamenti. Per quanto riguarda il diritto interno, ben si conoscono del resto certe vicende del primo secolo dello Stato unitario.

* * *

Il ruolo della tecnica merita di essere considerato direttamente in quanto tale. Lo Stato unitario ha provveduto a lungo in prima persona o comunque attraverso organismi pubblici alla costruzione di infrastrutture e alla gestione di servizi; conseguentemente, gli apparati tecnici pubblici per tali scopi (dal genio civile alle aziende delle ferrovie o dei telefoni, per esempio) hanno avuto un grande rilievo. Tale rilievo è andato però declinando, in particolare con l'affermarsi della convinzione che per garantire l'esistenza di infrastrutture e servizi non fossero necessarie attività di tal genere da parte di apparati pubblici. Ciononostante una delle caratteristiche salienti dell'amministrazione pubblica degli ultimi decenni sembra poter essere descritta sotto l'etichetta di 'tecnificazione dell'amministrazione', sotto diversi profili.

Da un lato, la digitalizzazione e l'uso delle tecnologie informatiche va trasformando l'ordinario tessuto tradizionale delle comunicazioni interne, mentre, in parallelo, un'analogha trasformazione riguarda le comunicazioni bidirezionali amministrazioni-cittadini. Tutto ciò facilita praticamente l'accessibilità ai documenti amministrativi in misura precedentemente impensabile e consente altresì una partecipazione ai procedimenti amministrativi concretamente più efficace da parte non solo dei singoli interessati ma anche e soprattutto dei portatori di interessi diffusi, determinando condizioni favorevoli anche per forme di partecipazione deliberativa.

Dall'altro lato, si può osservare una spinta a ridurre lo spazio delle decisioni che sono espressione di discrezionalità politico-amministrativa sostituendole con decisioni concepite come tecniche, prospettando peraltro come tali anche le decisioni economiche. Queste tendenze hanno portato a riconoscere come dominio della tecnica, per esempio, le scelte monetarie e conseguentemente ad accentuare l'indipendenza dalla politica delle amministrazioni competenti. Più in generale sono concepiti come attività tecnica gli interventi nei mercati con l'uso anche per queste funzioni del modello dell'amministrazione indipendente.

Anche per questi aspetti ha avuto grande influenza il diritto europeo, peraltro a sua volta oggetto di influenze extraeuropee.

* * *

Nell'ultimo cinquantennio hanno subito modificazioni di grande importanza anche le 'forme di intervento pubblico nell'economia', che sono state del resto riguardate dalle novità più indietro ricordate.

Alla riduzione della gestione diretta di servizi di interesse generale corrisponde una regolazione unilaterale di attività svolte da soggetti privati e/o la definizione di quest'ultima mediante contratti. La disciplina delle amministrazioni preposte alle regolazioni è, in parti sempre maggiori, di fonte europea.

Alla costruzione delle infrastrutture e più in generale delle opere pubbliche si procede in parte mediante forme di collaborazione con imprese private, chiamate a provvedere al finanziamento secondo modelli importati da esperienze straniere, ma anche, in buona parte, mediante contratti di appalto, in relazione ai quali la scelta dei contraenti deve essere svolta in modo da garantire una effettiva concorrenza fra le imprese, secondo regole poste dal diritto europeo. Si va prospettando peraltro la possibilità di utilizzare questi contratti quali occasioni di perseguimento di interessi pubblici ulteriori rispetto alla realizzazione delle opere.

Vi è però anche il capitolo dei finanziamenti pubblici in relazione ai quali l'influenza europea si fa sentire, da un lato, con i divieti di finanziamenti di Stato e con i vincoli di bilancio, dall'altro con l'intervento diretto mediante i fondi strutturali (FESR, FSE, FEOGA, SFOP, il primo dei quali di particolare interesse per il nostro Mezzogiorno).

* * *

Anche l'organizzazione amministrativa è andata incontro a significativi mutamenti nel cinquantennio.

Si devono in primo luogo segnalare le novità che riguardano in via ordinaria il rapporto tra organi di governo e apparati amministrativi, dei quali si è perseguita una netta distinzione se non addirittura la separazione. Un rapporto costruito in termini non omogenei a quelli presenti nel panorama europeo, ove la tendenziale 'indipendenza' dalla politica è richiesta per alcuni specifici apparati organizzativi (le AAI) e non in termini generali (ma qualche cenno in questa direzione è ora forse leggibile nel Trattato di Lisbona). Anche la generalizzata c.d. privatizzazione del pubblico impiego, che si collega a un certo modo di concepire tale rapporto, è una peculiarità nazionale.

Peraltro quest'ultimo aspetto si accompagna ai tentativi di importare nell'amministrazione pubblica modelli aziendali privati (v. per esempio le agenzie e certe riforme contabili). Del resto è la piena coincidenza dell'amministrazione

pubblica con il diritto pubblico che è assente, visto che la prima può presentarsi in forme organizzative privatistiche o può senz'altro essere svolta da soggetti privati o comunque con strumenti privatistici quali i contratti, mentre ad organizzazioni sociali costituite da privati si continua talvolta ad attribuire sembianze pubblicistiche.

Potrebbe essere tuttavia il caso anche di domandarsi se i modelli organizzativi sono coerenti con i principi costituzionali ed europei che presiedono all'attività pubblica (dal principio di legalità a quello di semplicità e via dicendo).

MESSAGGIO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

Sergio Mattarella

Desidero rivolgere il mio più cordiale saluto ai relatori e a tutti i partecipanti al convegno celebrativo del 150° anniversario dell'unificazione amministrativa italiana.

A distanza di mezzo secolo da un altro importante incontro, svoltosi in occasione del Centenario delle leggi di unificazione, la città di Firenze e il suo Ateneo tornano a testimoniare la rilevanza di quello snodo fondamentale della storia del nostro Paese. La lungimiranza delle leggi del 1865 nel delineare gli assi portanti dell'assetto amministrativo unitario, vettore non secondario di una condivisa identità nazionale, è oggi comprovata dal vostro denso programma di lavori.

Il processo di unificazione amministrativa ha rappresentato una felice sintesi tra la centralità delle posizioni giuridiche soggettive e l'autonomia delle istituzioni, segnando il superamento di antiche concezioni censitarie e oligarchiche.

Il sistema amministrativo prevalentemente gerarchizzato e accentrato, delineato da quelle riforme, rispondeva alle prioritarie esigenze di completamento dell'unificazione, anche a difesa dal rischio di rinasciti particolarismi. Esso poi è stato integrato e reso più vitale dal principio democratico e dal pluralismo politico-territoriale della Carta costituzionale, che oggi le pubbliche amministrazioni concorrono ad assicurare.

E pur tuttavia l'istruzione, la sanità, la sicurezza pubblica, l'amministrazione locale e l'equilibrio tra giurisdizioni nelle diverse forme di tutela – temi affrontati dalle leggi di unificazione – costituiscono ancora oggi capisaldi dell'effettiva garanzia dei diritti fondamentali affermati dalla Costituzione.

Del resto, è nel confronto vivo con i mutamenti sociali, economici e culturali che si misura l'agire amministrativo e la sua efficacia. Per questo sono preziose le occasioni e le sedi qualificate di confronto, come quella che oggi voi offrite.

Di fronte alle grandi sfide globali del nostro tempo e al processo di integrazione europea che intendiamo sostenere, sono certo che il vostro dibattito contribuirà a tracciare un bilancio, allo stesso tempo retrospettivo e prospettico,

dell'amministrazione quale «istituzione vivente» – per riprendere le parole di Vittorio Bachelet – fondamentale strumento di partecipazione al governo della cosa pubblica e al perseguimento dell'interesse generale. Con questo auspicio rivolgo a tutti i migliori auguri di buon lavoro.

PER UN DIRITTO AMMINISTRATIVO DEL TEMPO POS-MODERNO

Paolo Grossi

Il plauso che io mi sento di esprimere all'inizio di questa riunione congressuale non è di mera convenienza cerimoniale, e non è tanto per la iniziativa quanto per il modo con cui essa è stata fermamente voluta, impostata e realizzata: né assise celebrativa, né uno sguardo retrospettivo a un secolo e mezzo di storia giuridica.

Lo stesso Convegno fiorentino dell'ottobre 1965, che pur serbava nella sua intitolazione formale il modulo della celebrazione e che, di conseguenza, volle articolarsi sui diversi argomenti di cui si erano occupate le leggi unificative cento anni prima, serbò nel suo seno più di uno spunto dissacrante. La Relazione introduttiva, che Feliciano Benvenuti pronunciò in questo salone dei Cinquecento, tracciando un quadro che lui stesso tenne a qualificare come «non usuale»¹, sottolineava con acerba franchezza le valenze negative di una legge contrassegnata come 'straniera' perché «estranea alla più antica ma più profonda tradizione nazionale», «legge non buona» perché «legge improvvisa, una apparizione dall'alto che si impose per le esigenze del momento senza che fosse stata concepita e creata da un consenso nazionale», legge pertanto fuori della storia, i cui elementi essenziali parvero all'oratore «un mito, dei riti, dei feticci» (Benvenuti, 1969: 71, 74, 81). Con una decisa e preveggente conclusione: «il mito della legge del 1865 deve tramontare per dar luogo a una legislazione che sia, come deve essere, opera continua della nazione» con al centro degli amministratori non più detentori di un potere quasi sacrale ma trasformati in «ministri dell'amministrazione» (Benvenuti, 1969: 85). Lo stesso Giovanni Miele (cui va il mio riverente ricordo di discepolo), introducendo – allora – la sezione senza dubbio più rilevante dei lavori congressuali, quella concernente la giustizia amministrativa, con maggiore pacatezza ma non deponendo un atteggiamento sostanzialmente non positivo, fece notare che «essa [la legge] rappresentò una scelta fra le possibili e che tale scelta potrebbe anche non essere stata quella adatta» (Miele, 1969: 11).

Al di là, comunque, della *vis polemica* più o meno accesa di qualche celebratore, possiamo oggi serenamente affermare che quel 1865 ci appare assai più lon-

tano di quanto non comportino i centocinquanta anni nel frattempo trascorsi, soprattutto perché l'ultimo cinquantennio è stato folto di eventi incisivi, tanto da segnalare l'avvio di nuovi itinerari e, pertanto, una netta discontinuità già rispetto al momento del centenario. Oggi, i nostri organizzatori, dinnanzi a un groviglio di problemi irrisolti che non possono non premere sulla consapevolezza culturale e tecnica dell'amministrativista e di annodamenti nei quali tuttora ci dibattiamo, sanno che eluderli sarebbe il venir meno a un dovere che investe la loro etica professionale, intendono lucidamente affrontarli, identificando questa riunione fiorentina (insieme alle tante che l'hanno preceduta) come un momento di sosta a mezzo della transizione che viviamo, una sosta destinata ad una distesa riflessione critica, sì da poter procedere nel prossimo cammino con maggiore forza progettuale. Essi hanno coscienza che il rapidissimo transito odierno consiste nello svolgimento di una linea di pensiero e di azione, che, dalla crisi delle certezze illuministico/giacobine nel secondo dopoguerra, va costruendo qualcosa che non siamo ancora riusciti a ordinare compiutamente; però qualcosa di profondamente innovativo, qualcosa che sa di un presente proiettato verso un futuro ancora indecifrabile.

Forse è perché ho insegnato per tanti anni la storia del diritto, ma questo tempo pos-moderno² – che in Italia mostra tutta la sua maturità con la Costituzione repubblicana e che avrà nei tre decenni appena alle nostre spalle sviluppi intensi e intensamente alterativi dei vecchi e spesso ottusi immobilismi trasformati dalla pigrizia di legislatori e giuristi in una dogmatica isterilente –, questo tempo pos-moderno mi si mostra ridondante sì di complessità e opacizzato da un intrinseco disordine³, ma palesemente ricco di indubbe conquiste. Tempo difficile per ogni giurista, ma straordinariamente fertile; particolarmente difficile e fertile per l'odierno amministrativista, che si è visto sfilacciarsi tra le mani le due componenti essenziali della sua corazza protettiva: la sovranità dello Stato nazionale e la legge. Sulla prima si tornerà tra poco; sulla seconda è bene dedicare ora qualche parola.

L'ordine giuridico come sistema di norme, con la norma per eccellenza, la legge, quale pilastro portante (nella sua pretesa auto-sufficienza) dell'intero ordine, è uscito sconvolto dalle verifiche esperienziali di fine Novecento. La persuasione di un legislatore fornito di una spassionata e oggettiva contemplazione dei bisogni sociali e identificato nel provvidenziale monopolizzatore della produzione giuridica assume l'aspetto di una mera mitizzazione. Il vecchio idolo si mostra addirittura infranto nella sua insufficienza disciplinativa della attuale complessità, con la conseguente erosione di un credo che aveva assunto caratteri di intoccabile absolutezza per tutta la modernità⁴.

Le norme non bastano più, e lo segnala il riemergere imperioso, protagonista, di una fonte ignara delle rigidità legislative, anzi estremamente duttile, i prin-

cipii, spesso di origine giudiziale e dottrinale, capaci in grazia della propria indeterminatezza di assorbire elasticamente le novità di un movimento e mutamento sempre più in corsa. I principii, segni eloquenti di ogni transizione, trovano nel diritto amministrativo un terreno assai fertile in ragione della giustizialità che lo ha percorso a far data dalle prime sperimentazioni liberali tardo-ottocentesche⁵.

È singolare che di questa sentitissima esigenza si sia fatto veicolo lo stesso legislatore statale, prendendo coscienza delle sue limitate possibilità di ordinare un presente continuamente superato da uno sviluppo mobilissimo, individuando prevalentemente principii e affidando implicitamente all'interprete (soprattutto al giudice) di dare loro un contenuto più definito. Stanno a dimostrarlo parecchi atti legislativi, a partire dagli anni Novanta e, appena ieri, da quel 'Codice del processo amministrativo' del 2010, una consolidazione legislativa che ha poco in comune con i vecchi Codici della tradizione liberale⁶.

Ho parlato più sopra della pigrizia di legislatori e di giuristi. Tardi, infatti, troppo tardi si sono tratte le conseguenze storicamente rilevanti del pluralismo sociale e giuridico di cui la nostra Costituzione è intessuta (addirittura innervata), come ci testimonia, durante gli anni Cinquanta, un amministrativista di grande spicco, un capo/scuola, Guido Zanobini, che nel suo diffusissimo *Corso* ha la franchezza di esprimere la sconcertante convinzione che la carta costituzionale «nel diritto amministrativo ha una importanza soltanto remota» (Zanobini, 1954)⁷. Fortunatamente, la opposta percezione di una fondamentale importanza e della necessità per ogni gius-pubblicista di confrontarsi con quel patrimonio ideale e di operare un lavacro interiore liberante di vecchi dogmatismi ingombranti e soffocanti fu di taluni cultori del diritto amministrativo, i più vigilanti, i più attenti ai segni del tempo: per menzionare solo un nome, penso a Benvenuti che, nel 1994, scriverà, a conclusione di un fruttuoso itinerario di ricerca, su *Il nuovo cittadino tra libertà garantita e libertà attiva* (ora in Benvenuti, 2006).

Anni Novanta! Anni fertili perché così folti di arricchimenti (nelle mutazioni) per il patrimonio culturale dell'amministrativista, con un itinerario progressivo su cui ancora oggi si lavora costruendo pietra su pietra il futuro di una comunità rinnovata e rinvigorita. Anni di cospicui atti legislativi seminatori finalmente di nuovo entro le architetture dell'ordinamento (a cominciare dalla legge 7 agosto 1990 «in materia di procedimento amministrativo»).

Siamo sempre più lontani dalla palese antinomia tipica della configurazione borghese dello Stato: liberale sul piano economico, ma oligarchica⁸ sul piano politico e assolutistica sul piano giuridico. Siamo, ormai, al declino della pubblica amministrazione intesa potestativamente come autorità. Si fa largo, invece, l'idea forte del suo carattere strumentale. Accanto, in piena coerenza, il modello unico – quello politico – di cittadinanza si pluralizza in diverse dimensioni

ed emerge una cittadinanza amministrativa con l'immagine tutta nuova e suadente di un cittadino attivamente partecipe, munito di un ampio corredo di diritti e doveri e chiamato ad agire, a prender parte; un cittadino che soprattutto le situazioni di dovere rendono creatura autenticamente relazionale e, pertanto, persona nel senso più pieno. Accanto, in piena coerenza, uno sviluppo nitidamente segnato che va dalla giurisdizione amministrativa come potere alla giustizia amministrativa come servizio, seppellendo nel passato il dualismo originario che la differenziava da quella ordinaria grazie a delle tecniche di tutela sostanzialmente omologhe.

Più sopra ho parlato di una esigenza improcrastinabile per l'amministrativista italiano: un lavacro interiore. Qui vorrei aggiungere quella di provvedere a una maggiore disponibilità, nel proprio atteggiamento psicologico, ad aprirsi verso un paesaggio giuridico che è sempre più europeo e globale e che è, di conseguenza, sempre meno ristretto entro i vecchi confini nazionali ormai lacerati nella loro compattezza. Egli deve assuefarsi a un complesso di spinte poli-centriche che incrinano e talora dissolvono la nozione di sovranità statale: si pensi alle euro-Regioni e ai gruppi europei di cooperazione territoriale. Alla tradizionale accezione di territorio come spazio geografico egli non potrà non affiancare forme di spazialità – se si vuole *soft spaces* – dove la coesione è soprattutto funzionale.

Il tema dell'Europa, ossia dell'integrazione europea, è forse il più incalzante nell'esigere l'acquisizione di una mentalità maggiormente aperta. Sia per i motivi or ora segnalati, ma ancor più per la dimensione economicistica che vi è tuttora imperante, si deve avere, ohimè!, la franchezza di constatare che, a dispetto delle velleità di spazio politico unitario, l'Europa resta a tutt'oggi soprattutto un mercato unitario alla cui base stanno i pilastri fondativi delle libertà economiche, giganteggianti sullo sfondo malgrado l'opera assolutamente benemerita e benefica della Corte di Giustizia tesa, già dalla fine degli anni Sessanta, alla definizione – sia pure casistica, com'è proprio di un organismo giudiziario – di un *corpus* crescente di diritti fondamentali del cittadino europeo⁹.

Di questa prevalente dimensione economicistica il cultore italiano del diritto amministrativo non potrà non tener conto, constatando – per esempio – la scelta delle normative europee per l'efficienza e per la tutela a ogni costo della concorrenza; assumendo a esempio il tema/problema degli appalti pubblici, un siffatto atteggiamento diviene scelta per metodi elastici di selezione a fronte delle rigidità procedurali e della conseguente minimizzazione della discrezionalità amministrativa cui si ispira una lunga tradizione di qua delle Alpi.

Aggiungo che un ripensamento ancor più deciso pretenderebbe il cosiddetto 'diritto globale', che si riduce – come è noto – in un complesso di regole e istituti inventati da poteri economici e dominante in quel canale giuridi-

co di produzione privata (e dunque *soft law*) che si affianca ai canali statali e sovra-statali nei traffici economici globali (Ferrarese, 2006; nonché la sintesi di Galgano, 2010).

Tutto questo non significa rinnegare una determinata tradizione culturale e una caratterizzazione nazionale; significa che il paesaggio giuridico è ormai estremamente complesso, con una variegata articolazione di fonti (spesso addirittura atipiche¹⁰), e investe non solo il campo del diritto privato ma altresì quel diritto pubblico dell'economia (che le leggi unificative del 1865 ignoravano). Si impone, pertanto, una più puntuale coscienza di questa complessità e un sapere agguerrito degli strumenti di conoscenza economica. Mentre esprimo siffatte esigenze, mi rendo perfettamente conto che i costi da pagare possono essere molti e pesanti, anche perché concorrenza ed efficienza rischiano di soffocare impietosamente quella dimensione della solidarietà che è un valore/guida della nostra Costituzione (valore/guida che, ad avviso di chi vi parla, dobbiamo sforzarci tutti di preservare).

Un'ultima notazione: gli arnesi del laboratorio dell'odierno amministrativista devono moltiplicarsi per consentirgli di avere un armamentario idoneo a quanto i tempi richiedono. Egli non potrà, infatti, non confrontarsi con i risultati del progresso tecnico/scientifico, indubbiamente enormi durante l'ultimo cinquantennio, a cominciare da quella rivoluzione che il mercato ha vissuto e vive nel campo degli strumenti finanziari sottoposti a una travolgente de-materializzazione (per maggiori chiarimenti cfr. Grossi, 2009 e 2012b). Il tradizionale bagaglio di sapere dovrà necessariamente ampliarsi. Entro la generale tecnificazione, che trova una dimensione portante nella informatizzazione, quest'ultima ha assunto una rilevanza centrale nei cambiamenti della prassi amministrativa e nella interazione tra amministrazione e cittadini. Il sempre più diffuso dominio della tecnica è arrivato a costituire lo strumento informatico come modulo normale di organizzazione della amministrazione pubblica operando una profonda conformazione modificativa di assetti inveterati. Singolare, nel nuovo paesaggio pubblicistico, la creazione di autorità a legittimazione tecnica con indipendenza (anche se relativa) dalla politica.

Una conclusione. Il plauso iniziale per gli ideatori del nostro Convegno mi sembra adeguatamente motivato e pienamente meritato. Non celebrazione di eventi ormai remoti, ma semplice occasione per una riflessione comune in un tempo in cui la discontinuità con il passato (anche recente) diventa sempre più incisiva. L'amministrativista deve aspettarsi dai lavori di queste due giornate l'arricchimento delle sue consapevolezze, una più lucida coscienza dei compiti a cui è chiamato e degli strumenti di cui ha bisogno (molti dei quali nuovi di zecca). Ne scaturisce sicuramente un breviario per la sua azione intellettuale. Il che non è poco.

Note

- ¹ «So che il quadro che qui ho tracciato non è un quadro usuale; che esso va oltre quelle impostazioni laudative che sembrano essere di dovere in ogni celebrazione» (Benvenuti, 1969: 86).
- ² È un aggettivo che mi è capitato spesso di usare in questi ultimi anni, insoddisfacente nella sua indubbia genericità ma puntuale nel segnalare una civiltà giuridica che tende a distanziarsi sempre più dai pretesi valori della modernità, incrinati o addirittura demoliti in questo tempo di nuovi itinerari (appunto, il pos-moderno) quando sono lentamente ma fermamente ridotti al rango negativo di pseudo-valori (cfr. Grossi, 2012a).
- ³ Di 'disordine' hanno parlato senza mezzi termini due giuristi sensibilissimi osservatori della odierna transizione, il gius-pubblicista Giorgio Berti (Gitti, 2006: 32) e il civilista Umberto Breccia (Breccia, 2006: *passim*).
- ⁴ Assolutezza, perché veniva a concretarsi in un vero e proprio assolutismo giuridico, reso ancor più assoluto (se così si può dire) dalle mitizzazioni abilmente allestite per renderlo inattaccabile dalla usura del tempo.
- ⁵ Mi sia consentito rinviare a quanto ho scritto recentemente con riferimento puntuale alla vicenda attuale del diritto amministrativo in Italia: Grossi, 2015.
- ⁶ Sul 'Codice' come 'consolidazione legislativa', sulle sue finalità e sui caratteri mi sono diffuso nel saggio ricordato alla nota precedente (Grossi, 2015: 93 sgg.).
- ⁷ È solo un esempio – tratto dalla settima edizione – perché l'affermazione risulta ripetuta anche nelle successive edizioni.
- ⁸ Oligarchica sul piano cetuale, anche se qui protetti e privilegiati non sono più i ceti nobiliare ed ecclesiastico proprii dell'antico regime, bensì il ceto degli abbienti, i detentori della ricchezza, i quali sono gli unici chiamati ad eleggere le assemblee dei cosiddetti rappresentanti. È pleonastico ricordare qui come un quasi universale suffragio maschile si realizza in Italia soltanto nel 1913!
- ⁹ Almeno dalle sentenze *Stauder* (1969) e *Internationale Handelsgesellschaft* (1970) (Grossi, 2013).
- ¹⁰ Che un impegno non rinviabile per il giurista italiano sia oggi un ripensamento dell'assetto delle fonti del diritto mi sono sentito di affermare decisamente già nel titolo e nel contenuto di una lezione napoletana del 2008 (cfr. Grossi, 2011).

Riferimenti bibliografici

- Benvenuti F. 1969, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, in Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, volume generale introduttivo: *L'unificazione amministrativa ed i suoi protagonisti*, a cura di F. Benvenuti, G. Miglio, Neri Pozza, Vicenza.
- 2006, *Scritti giuridici*, vol. I, Vita e Pensiero, Milano.
- Berti G. 2006, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, il Mulino, Bologna.
- Brescia U. 2006, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Politica del diritto*, XXXVII.
- Ferrarese M.R. 2006, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari.
- Galgano F. 2010, *Lex mercatoria*, il Mulino, Bologna.
- Grossi P. 2009, *La proprietà e le proprietà, oggi*, in G. Collura (a cura di), *Coordinamento dei dottorati di ricerca in diritto privato*, Atti del X° Incontro nazionale, Firenze 25-26 gennaio, Giuffrè, Milano.
- 2011, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, in G. Alpa (a cura di), *Paolo Grossi*, Laterza, Roma-Bari: 19 sgg.
- 2012a, *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno* (ed. orig. 2011), in Id., *Introduzione al Novecento giuridico*, Laterza, Roma-Bari.
- 2012b, *I beni: itinerari fra 'moderno' e 'pos-moderno'*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, LXVI.
- 2013, *Il messaggio giuridico dell'Europa e la sua vitalità: ieri, oggi, domani*, in *Contratto e impresa/Europa*, XVIII (2): 681 sgg.
- 2015, *Sulla odierna incertezza del diritto* (ed. orig. 2014), in Id., *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari: 70 sgg.
- Miele G. 1969, *La giustizia amministrativa*, in Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, volume I: *La tutela del cittadino*.
- Zanobini G. 1954, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I: *Principi generali*, Giuffrè, Milano.

LA LEGISLAZIONE DEL 1865
TRA LE RADICI STATUTARIE E L'ATTUALITÀ

Alberto Romano

1. Ora che questo nostro convegno si avvia alla conclusione, possiamo constatare che ha corrisposto pienamente a tutte le nostre aspettative: è ormai compiutamente apparso come di grande rilevanza scientifica – nei limiti nei quali anche le nostre rappresentazioni degli assetti giuridici possano essere così aggettivate. Perciò, sono particolarmente grato a chi questo nostro congresso ha così bene organizzato, per avermi invitato a presiederne l'ultima sessione.

Al termine della quale, è consueto che chi abbia avuto un simile onorifico incarico, accenni qualche osservazione, che possa dare un'idea in qualche modo riassuntiva dello sviluppo del precedente dibattito, e degli orientamenti che vi si sono delineati. Tuttavia, i tratti salienti che vi sono emersi stamani, mi erano parsi percepibili già nelle relazioni e negli interventi della densissima giornata di ieri. Perciò, le mie considerazioni di oggi in realtà tendono ad estendersi quasi naturalmente all'intero nostro convegno.

2. Il quale, splendidamente inaugurato nel Salone dei Cinquecento di Palazzo Vecchio, è stato dunque organizzato per ricordare che in quest'anno ricorre il centocinquantesimo della legge 20 marzo 1865, n. 2248. Della *Legge...* intitolata significativamente ... *per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia*; con i suoi numerosi allegati – tra i quali, ovviamente, spicca l'All. E, per la più ampia sua portata, la perdurante sua vigenza testuale, e la saliente sua influenza anche nei nostri giorni.

D'altra parte, sarei convinto che la ricostruzione di tale *corpus* normativo deve tenere conto del quadro generale nel quale si iscrive: esso deve essere necessariamente contestualizzato con il relevantissimo resto della legislazione di quello stesso anno.

Anzitutto, con un'altra legge ugualmente relativa al diritto amministrativo, ma emanata autonomamente: quella del 25 giugno n. 2359, *Espropriazioni per*

causa di utilità pubblica; la cui influenza, oltretutto, si è rivelata assai duratura, almeno in qualche suo articolo, che oltretutto aveva valore di principio: il cui riferimento ha pesato molto nel dibattito degli anni '80 del secolo scorso sui criteri di determinazione dell'indennità di espropriazione, animato da autorevoli prese di posizione dottrinali, e punteggiato da note e incisive sentenze della Corte costituzionale. Legge che mi pare assai importante, anche da altri punti di vista: perché, più specificamente degli altri testi di quell'anno 1865 – anch'essi peraltro da non sottovalutare dal medesimo angolo visuale –, costituisce un raffinato esempio di una nostra disciplina legislativa che ha descritto e scandito dettagliatamente un procedimento amministrativo – tra l'altro, con particolare attenzione al moderno tema della partecipazione degli interessati. Un procedimento che, fisiologicamente, era destinato alla adozione di un provvedimento amministrativo – nel caso, particolarmente oneroso per il suo carattere ablativo; che, dunque, implica pure questo atto, per di più per definizione con effetti costitutivi. Tale legge, dunque, pone in evidenza che già il legislatore di allora aveva ben presente e adeguatamente utilizzato ambedue questi istituti: il procedimento e il provvedimento amministrativi. Ambedue centrali nell'azione dell'amministrazione, e, quindi, nell'intero diritto amministrativo. Anche se solo negli anni '30 del secolo successivo, del secolo scorso cioè, si sono sviluppati i tentativi dottrinali di una loro sistemazione concettuale.

E poi, la medesima legge per l'unificazione amministrativa con i suoi allegati, va contestualizzata, tra l'altro, pure con i codici civilistici: quello sostanziale e quello processuale. Certamente, questi sono stati superati; in primo luogo, ma non solo, da quelli del 1942. Ma, malgrado questo loro superamento, mi parrebbe necessario un rilievo: non ci si può dimenticare che ancora è solo in quei codici originari che possiamo trovare correttamente i termini con i quali devono seguire ad essere raffrontate le norme amministrative coeve e connesse. Per esempio, ma anche anzitutto, gli artt. 4 e 5 dell'All. E; e, quindi, l'interpretazione che ne sarà poi imposta dalla Cassazione romana: la quale presupporrebbe che debba essere preso alla lettera il divieto di annullamento dei provvedimenti da parte dei giudici ordinari, in particolare civili – ciò che comporterebbe la loro efficacia, la produzione da parte loro dei loro effetti tipici, anche se eventualmente solo temporaneamente, temperata solo dalla loro non applicazione in giudizio.

Quando si fosse considerata questa più ampia prospettiva, quell'interpretazione avrebbe dovuto fare i conti – che non le sarebbero riusciti facili –, con la contraddizione nella quale veniva a porsi, rispetto ad un principio fermo del diritto civile di allora: è la piena nullità degli atti in violazione di norme imperative – come sicuramente devono essere quelle che tutelano diritti soggettivi nei confronti dei poteri delle amministrazioni –, la sanzione che l'ordinamento di-

spone per essi. E, correlativamente, il contrasto anche con un altro dato: al giudice civile di allora, erano attribuiti ancor meno che a quello del 1942, poteri costitutivi come quelli annullatori. Per la ricostruzione della cultura giuridica che la dottrina dell'epoca aveva al riguardo, appare tuttora prezioso il vol. III del *Trattato Orlando*, con gli scritti, in particolare, dell'Orlando stesso – vigoroso critico delle scelte interpretative di quella Cassazione –, e di Santi Romano. Da questi scritti, risulta chiara l'estraneità a quella cultura, dell'idea secondo la quale potrebbero appartenere fisiologicamente alla giurisdizione – non solo a quella civile, ma anche a quelle speciali –, anche poteri costitutivi e annullatori. Tanto che le decisioni delle giurisdizioni speciali amministrative sopravvissute all'art. 1 dell'Allegato E, cui fosse stato conservato l'effetto annullatorio, venivano qualificate come aventi natura mista: e cioè, per questa parte, amministrativa.

In altre parole, con la considerazione di quella più ampia prospettiva, si sarebbe aperta la possibilità di interpretare tali artt. 4 e 5, a partire dalla affermazione che i provvedimenti lesivi di diritti sarebbero stati da considerare radicalmente nulli. Che tali provvedimenti, dunque, non avrebbero potuto esplicare effetti, neppure temporaneamente: a cominciare dall'effetto dispositivo di quel diritto. Così che la preclusione comminata da tali norme per il giudice civile, avrebbe dovuto essere circoscritta alle pronunce ripristinatorie, e di condanna a *facere* specifici in genere: che, del resto, era esattamente lo specifico obiettivo pratico che alla Cassazione romana premeva di più acquisire. Già alla fine dell'Ottocento la possibilità di queste alternative interpretative, anche se poi risultarono perdenti, era stata acquisita da almeno parte della letteratura; da una parte se si vuole minoritaria, ma comunque ben autorevole. E stupisce che una loro riconsiderazione in termini più attuali, non sia stata stimolata dalla entrata in vigore dell'art. 21 *septies* della legge ormai generale sull'azione amministrativa; cioè dalla recente codificazione per principi, e appunto generale, della figura della nullità del provvedimento. Ma il discorso qui deve essere troncato, perché l'esigenza di tornare sollecitamente al passato impedisce di far diventare digressioni quelli che devono rimanere semplici spunti.

3. La legge di unificazione amministrativa del 1865 dell'allora neonato Regno d'Italia, quindi, va inquadrata in tutta la legislazione dello stesso anno. Che nel suo insieme mi appare come un esempio che storicamente ha ben pochi riscontri, di un rinnovamento incisivo e completo dell'intero nostro ordinamento di allora; e non solo di semplici riforme legislative, anche se viste nel loro complesso. Perché fu un rinnovamento tutt'altro che estemporaneo. Perché, per contro, aveva radici più profonde. In un atto, anzi in un evento storico, di pochi anni prima, che aveva dato nuovo assetto all'intero sistema istituzionale dell'allora Regno di Sardegna: nello Statuto Albertino del 1848. Che, sì, in quell'anno fu

concesso unilateralmente dal Monarca; ma non per questo ne fu attenuato l'effetto principale: egli rese così costituzionale quella sua Monarchia; a cominciare, anzitutto, mediante l'istituzione di un Parlamento bicamerale: anche se allora eravamo ben lontani dall'elezione delle Camere, secondo la nostra Costituzione attualmente vigente, a «[...] suffragio universale e diretto [...]». Con innovazioni, quindi, anzitutto nelle strutture dello Stato; prima ancora, cioè, che nella normazione dei rapporti intersoggettivi; in particolare, di quelli tra le amministrazioni e gli ormai cittadini, di quelli cioè di maggiore rilevanza e criticità. Sarà la Monarchia così ristrutturata e costituzionalizzata, che concreterà le conseguenze normative di questa sua ristrutturazione e costituzionalizzazione: mediante sue leggi successive, che muoverà come pedine sulla scacchiera per il raggiungimento di quell'obiettivo. E, evidentemente, è la legislazione di cui ricordiamo il centocinquantenario, che assunse e svolse principalmente questa funzione; anche se fu preceduta da altre leggi, peraltro, solo in singole materie specifiche: come non ricordare la riforma che ai comuni e alle province diede nel 1859 Rattazzi, con la legge che è rimasta a lui intitolata?

È alla luce, solo alla luce della concessione nel 1848 dello Statuto Albertino, che si possono percepire gli aspetti più salienti della legislazione del 1865; in particolare di quella delle leggi di unificazione amministrativa, e del suo All. E. A tale legislazione, si è spesso riconosciuta una valenza costituzionale, almeno materialmente. Ma mi sembra che, comunque, presenti anzitutto – se si vuole: anche se non esclusivamente –, il carattere di una attuazione di quello Statuto, di un atto questo sì davvero di sostanza costituzionale. Ho già notato che appare più ricca quella ricostruzione di quelle leggi, e di quell'Allegato, che venisse condotta considerando l'intero quadro di tutta la legislazione di quel medesimo 1865 – da considerarsi sostanzialmente addirittura contestuale. Potrei aggiungere adesso che ben maggiori spunti per la loro interpretazione potrebbero essere scorti in una prospettiva che la comprendesse in un tutt'uno con quello Statuto. Con percezioni che erano più facili, e che perciò sono state più frequenti, nella letteratura pubblicistica dei decenni successivi.

Una letteratura che aveva lo scopo, anche spesso dichiarato, della costruzione del diritto pubblico del neonato Regno d'Italia; di un diritto pubblico che, *in primis*, raccogliesse gli esiti del grande costituzionalismo europeo: ai quali proprio la legislazione di attuazione dello Statuto Albertino, quindi con la necessaria mediazione di questo, era spinta ad adeguarsi. Ma un diritto pubblico, d'altra parte, che fosse specifico e proprio della nuova Nazione: con un senso della identità nazionale, e nello sforzo di definirla e concretarla, che appare assai lontano dal nostro *Zeitgeist* di oggi. Una letteratura, in particolare, di cui il già ricordato *Trattato Orlando* costituì per noi amministrativisti l'iniziativa più significativa. Era una letteratura che, pur dopo il cambio della maggioranza go-

vernativa del 1876, mantenne una impostazione sostanzialmente liberale. E che era nutrita soprattutto di speranze per l'avvenire della comunità nazionale; non sembra che presagisse già le successive delusioni, che fosse già consapevole dei nostri limiti che le avrebbero provocate.

4. È la nostra legge del 20 marzo 1865, che inaugurò questa stagione di sostanziale attuazione dello Statuto Albertino; che precedette tutte le altre, pur del medesimo anno.

È del tutto accidentale la diversità, addirittura la contrapposizione, rispetto alla stagione primaverile alla vigilia della quale fu adottata, quella autunnale nella quale in quest'anno la stiamo celebrando. Che, per quanto soltanto casuale, potrebbe rivelarsi comunque simbolica di un distacco già gradualmente maturato, della nostra cultura giuridica da quelle antiche basi. Come il segno di un affievolimento della sua influenza sul nostro attuale ordinamento, e soprattutto della diversità delle tecniche giuridiche di ricostruzione degli assetti che ne erano e ne sono derivati; di un affievolimento maggiore di quello che inevitabilmente provocano lo scorrere del tempo, e l'evoluzione dei tempi. Lo scorrere del tempo e l'evoluzione dei tempi, a velocità per così dire normale; e non a quella della nostra storia contemporanea, che abbastanza generalmente si considera accelerata. E per un simbolismo che potrebbe suggerire anche altri significati, parimenti autunnali, di declino del vecchio: di quello che mi limiterei a definire così genericamente. Perché sono tanti che è del nuovo che avvertono impetuosa l'esigenza; ma, temo, molto di più di quanto, del nuovo, appunto, già ne riescano a percepire con chiarezza le base ricostruttive.

Del resto, una presa di distanza del nostro convegno da tali radici traspare anche dal titolo che gli organizzatori hanno voluto dare: *A centocinquanta anni dalla unificazione amministrativa italiana*. Con una formulazione che attenua il legame di questo nostro incontro con la legislazione di allora. Che segna più un senso di superamento di quelle vecchie radici, che una riaffermazione di discendenza da queste. Anche rispetto all'immediato precedente – di un cinquantennio fa –, di un altro convegno sulla medesima legislazione che anche oggi ricordiamo, appunto nel centenario della sua emanazione. A quel Congresso che, però, si autodefinì francamente come ...*celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*. Se il titolo del nostro convegno di oggi segnasse realmente una maggiore presa di distanza dalla legislazione del 1865, questa deriverebbe sicuramente dal nostro netto riconoscimento del distacco degli assetti attuali del nostro ordinamento, rispetto a quelli originari: quelli che tale legislazione impresso loro, anche nel più diretto condizionamento da parte dello Statuto Albertino. Ma che mi sembrereb-

be che investa direttamente gli stessi metodi della loro ricostruzione; quanto meno la loro specificità.

Già alla prima scorsa che potei dare ad una bozza di locandina di questo nostro convegno, dall'articolazione e dalla intitolazione delle varie sessioni ricevetti una forte impressione: di novità, e di freschezza. E di discontinuità. Di una discontinuità che, però, forse è stata un po' riequilibrata: almeno, è questa l'altra impressione che ricevetti, stavolta dalla lettura delle relazioni provvisorie che ebbi la possibilità di leggere in anteprima, e dall'ascolto di quelle che ho potuto sentire in questi giorni. Perché, se anche in queste analisi ho percepito un desiderio di modernità, vi ho trovato pure una adesione di una cultura del passato. Anzi: almeno nei fatti, vi ho semmai percepito l'idea che questa abbia ancora molte cose da dirci; e di cui, perciò, molto ancora dovremmo salvare.

5. Per una più netta percezione degli profili salienti e innovativi di questo nostro convegno, si impone l'esigenza della considerazione di termini di raffronto. Ed è intuitivo dove quei termini possiamo reperire; per di più in un paragone immediato e diretto: è in quel convegno già ricordato del 1965, che ugualmente ebbe ha oggetto la legislazione del 1865, in occasione del centenario della sua adozione.

Convegno che ugualmente si tenne a Firenze, ugualmente nella stagione autunnale, ugualmente in un bellissimo palazzo: Palazzo Riccardi. Nella sede della Prefettura: per ragioni, per facilitazioni puramente organizzative, o come segno di quei tempi? In contraddizione con un possibile significato della scelta, per l'inaugurazione del nostro convegno di quest'anno, di Palazzo Vecchio, sede viceversa del Comune, tanto all'origine che oggi? Di quel Palazzo, tuttavia, che poi divenne Palazzo della Signoria, e infine Palazzo Ducale, fino al trasferimento del potere a Palazzo Pitti; dove, secoli dopo, diventato reggia, si insediò Vittorio Emanuele II.

Gli onori di casa li fece Giovanni Miele, allora titolare della cattedra di diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza all'Università di Firenze. Lo ricordo con affetto. E non credo che mi faccia velo l'essere stato suo allievo, se affermo che la sua opera scientifica meriterebbe di essere tenuta più viva di quanto già lo sia.

Ancor oggi è di grande interesse scorrere i nomi dei protagonisti di allora. Almeno di quei pochi che, pur in mancanza di una esplicita qualifica, operarono come i Direttori-Coordinatori delle Sezioni: Renato Alessi, Pietro Bodda, Massimo Severo Giannini, Antonio Amorth, Giovanni Miele, Paolo Barile, Aldo M. Sandulli, Umberto Pototschnig, Carlo M. Jaccarino, Pietro Agostino d'Avack (dirò poi di Gianfranco Miglio e di Feliciano Benvenuti). C'era tutto il *Gotha* del diritto amministrativo – e non solo –, di quegli anni.

Mi sembra, peraltro, che dal nostro punto di vista di... posteri, vi fosse stata qualche inserzione di troppo. Inutile essere esplicito. Basterebbe, e sarebbe più significativo, ricorrere alla inesorabile legge del tempo: chiedere ai giovani studiosi di oggi, quali nomi tra quelli elencati conoscano, e quali opere di quali autori sentano ancora vivi.

Per contro, si notano subito alcune assenze. Quella di Eugenio Cannada Bartoli, giurista finissimo, anche se talvolta un po' appartato. E, naturalmente, quella di Enrico Guicciardi, ben più esposto tra gli amministrativisti di allora. Assenze che mi appaiono incomprensibili; tanto più che vi erano tutti i loro... pari-grado, secondo l'iconografia dell'epoca: Miele, Sandulli, Giannini, Amorth, Benvenuti, etc. Comunque, non dispongo di elementi che possano spiegare con certezza alcune assenze nel convegno del 1965. Tuttavia, non mi sento di escludere che non tutte, o non esclusivamente, fossero state determinate da rinunce di questi autorevoli maestri, cioè da decisioni personali e per motivi personali; e che, altre, almeno in parte, da selezioni di quegli altri autorevoli maestri, che influenzarono di più l'organizzazione del convegno.

Numerosissimi, poi, furono i relatori e gli interventori nelle varie Sezioni: consta di settanta pagine il libretto dell'indice particolareggiato degli undici bellissimi volumi editi da Neri Pozza – la scelta dell'Editore fu di Feliciano Benvenuti –, che raccolsero gli *Atti* del convegno – il primo dei quali fu quello che si atteggiò come un volume generale introduttivo, per la cura del quale egli fu affiancato da Gianfranco Miglio. Sarebbe interessante anche oggi scorrere i nomi di allora. Nell'impossibilità di occupare tanto tempo qui, e tanto spazio nei futuri *Atti*, mi limiterò ad una considerazione generale: il destino di quegli studiosi, di quelli che non lo fossero già di primo piano, poi fu quanto mai vario: in una gamma di esiti individuali che vanno dalle acquisizioni di notorietà e di prestigio che molti ebbero in seguito – peraltro, più o meno spiccate –, all'oblio nel quale caddero altri, forse più numerosi.

6. Ma, per un confronto che possa porre in risalto le specificità del nostro convegno che oggi si conclude, ben più che il richiamo dei protagonisti di quello di cinquanta anni fa, sembrano significativi i temi che questi allora svolsero. Ripercorriamo, allora, quell'indice: *L'ordinamento sanitario; L'ordinamento comunale e provinciale; La tutela del cittadino; Le opere pubbliche; L'istruzione e il culto*. Come si vede, convegno e volumi in linea di massima seguirono da vicino la sequenza degli allegati alla legge 20 marzo 1865, n. 2248; ma con accorpamenti che paiono di per sé ancora significativi, pur se divergenti rispetto al cammino dei nostri studi: come il collegamento tra la *Giustizia amministrativa e i diritti di libertà*; o assolutamente non coerenti con la nostra cultura di oggi: come quello tra *L'istruzione e Il culto*.

Come è evidente, allora l'articolazione delle materie fu la più classica possibile: per settori dell'ordinamento, colti soprattutto attraverso gli istituti giuridici nei quali si risolveva la loro regolazione, analizzati a loro volta soprattutto attraverso lo studio delle norme che davano loro assetto. Certamente, vi erano pure digressioni critiche sulle disfunzioni di queste, e conseguenti proposte di loro modifica. Ma, inevitabilmente, rimaneva più che dominante la scelta del metodo secondo la quale la ricerca era e doveva essere condotta: l'interpretazione di quelle norme, secondo le millenarie regole elaborate per questa.

Da questo quadro, si distaccava il già citato primo volume, curato da Gianfranco Miglio e Feliciano Benvenuti. Che lo intitolarono a *L'unificazione amministrativa ed i suoi protagonisti*. Che già con questa intitolazione si atteggiava come una introduzione agli altri dieci. Però, in realtà, in chiave fortemente critica: in netta contrapposizione rispetto agli altri, di cui in un certo senso metteva in discussione le stesse basi.

Miglio vi contribuì con un robusto saggio di una sessantina di pagine, molto significativamente dedicato a *Le contraddizioni dello Stato unitario – Rappresentanza ed amministrazione nelle leggi del 1865*. Vorrei sottolineare: l'autore denunciava le contraddizioni non nel modo col quale lo Stato unitario fu formato, ma dello Stato unitario in sé e per sé. La sua contestazione, dunque, era radicale: investiva il fondamento stesso di quella legislazione, anche se alla maturazione della Lega Nord mancava ancora almeno un ventennio.

E Benvenuti completò la prima parte di quel volume, con un altro ben articolato e ancora più cospicuo saggio, il cui titolo già da solo, manifesta non solo gli obiettivi della ricerca, ma anche il segno dei suoi esiti: *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*.

Tuttavia, non mi sembra che lo strappo di questo primo volume di undici, abbia inciso troppo nelle più tranquille descrizioni tecniche del nostro ordinamento amministrativo, degli altri dieci, e della letteratura dei decenni successivi; quanto meno: non fu prevalentemente quello strappo a segnalarla. È nella locandina del nostro convegno, e sia pur sempre in riferimento a quelle leggi ormai di centocinquanta anni fa, che si possono trovare spunti di novità più sostanziali e potenzialmente più fecondi.

7. Colpiscono, nella lettura di questa nostra locandina di oggi, i titoli delle varie sessioni, e quindi, dei vari volumi dei relativi *Atti*, come *Coesione politico-territoriale*, *La giuridificazione*, *La tecnificazione*. Questi titoli indicano con chiarezza che gli organizzatori di questo nostro congresso hanno superato la prospettiva della ricostruzione degli assetti giuridici connessi a questi temi; di questa sola ricostruzione.

Anzitutto, pur ricordando la legislazione di centocinquanta anni fa, hanno tenuto lo sguardo ben fisso sul nostro presente. È sul nostro presente che hanno focalizzato la loro attenzione. E al nostro presente in senso ampio. Certo, non hanno escluso quella ricostruzione di quegli assetti; che, del resto, è il compito essenziale, e in un certo senso preliminare, che hanno affidato ai relatori. Ma, poi, sono andati oltre: hanno considerato, e sono stati molto attenti ai problemi che ha oggi la nostra società. Hanno percepito linee evolutive che in questa si stanno sviluppando, prima ancora che si oggettivizzino in mutamenti del nostro ordinamento. Nella nostra società, hanno individuato tematiche critiche; ma hanno anche percepito l'incidenza che vi possono avere gli strumenti giuridici: quelli attuali, che in parte hanno risolto o stanno risolvendo dei nodi, in parte no, e in parte li hanno addirittura stretti; ma anche quelli che potrebbero risultare da loro modifiche: come mezzi più efficaci per la soddisfazione delle nostre vive speranze di un futuro sociale migliore. I titoli che ho riportato sono già più che significativi in questo senso; e non insisterei oltre con altre esemplificazioni che pur sarebbero state parimenti giustificate. Solo, sottolineerei anche le specificazioni apposte viceversa al più classico di quei titoli: *La giustizia amministrativa...*, che lo rendono molto più aderente agli stimoli e agli umori del nostro tempo; ossia: *...come servizio*, e, per di più, con l'inciso: *tra effettività ed efficienza*.

Mi pare che gli organizzatori di questo nostro convegno abbiano sollecitato i relatori a tenere presenti una serie di domande. A chiedersi quale sia oggi il compito del giurista. Il che presuppone il chiarimento di che cosa voglia dire essere un giurista, oggi; e mi pare inevitabile, anche oggi, che il giurista sia una persona che ha conoscenza del diritto. È ovvio: conoscenza e diritto sono due sostantivi che possono essere intesi in una infinita varietà di significati. Però, mi pare che un suo requisito sia imprescindibile; ossia: che sappia ricostruire gli assetti dell'ordinamento giuridico vigente – il che, chiaramente, è molto di più dei dettati del legislatore, anche se presi nel loro complesso – applicando i criteri classici dell'interpretazione altrettanto giuridica. Col che, si viene a porre il problema del metodo giuridico: non a caso, attualmente molto dibattuto. E la domanda: serve ancora oggi il puro metodo giuridico?

Sono convinto di sì; ma solo entro un perimetro che va delimitato. È quello che comprende essenzialmente la funzione giurisdizionale.

Tutto il nostro sistema costituzionale, dove il *nostro* non è certo riferito solo a noi italiani – o dovrei dire addirittura istituzionale? –, presuppone che la portata di ogni singola disposizione, e di ogni proposizione normativa comunque estraibile dall'intero ordinamento, sia oggettivamente ricostruibile da un interprete: che, appunto, la interpreti secondo quelle regole giuridiche dell'interpretazione. E quando quell'interprete eserciti una funzione giurisdizionale, debba attenersi alle scelte operate da quel legislatore, e più generalmente da quell'or-

dinamento nel suo atteggiarsi appunto oggettivo: non vi può sostituire le proprie. Certo, nessuno di noi è così ingenuo da ritenere che i giudici siano neutre bocche della legge: che le loro sentenze e decisioni non siano condizionate anche dalle loro culture – quella giuridica, ma anche altre –, dal loro vissuto, dai loro giudizi e pregiudizi. Per chi frequenta le aule giudiziarie, non importa da quale parte del tavolo, conta la loro esperienza. Comunque, non solo per questi, sono tante le stratificazioni di conoscenze che ci hanno smaliziato: dall'uso politico del diritto alle acquisizioni delle recenti neuro-scienze, e altro. Ma i presupposti del nostro ordinamento, e non certo solo di questo, è che il giudice possa circoscrivere in una gamma relativamente ristretta le opzioni interpretative che possano ritenersi ragionevoli. Naturalmente, quando sia in buona fede: già, esiste, deve esistere anche la figura del giudice di buona fede. È in questo momento giurisdizionale, che l'applicazione del tradizionale metodo giuridico deve considerarsi esclusiva. Certo, anche il giudice, non di rado, deve conoscere pure altri saperi; ma solo perché talvolta è il diritto stesso che li richiama, cioè quando dall'applicazione del metodo giuridico risulti che siano funzionali alla ricostruzione della *regula juris* – del resto, in quei casi, il giudice tende a delegarne la determinazione a consulenti esterni. E va da sé, d'altra parte, che sono gli esiti dell'applicazione di quel medesimo metodo giuridico, che devono condizionare il comportamento degli altri protagonisti del processo: a cominciare dagli avvocati. Dai soli avvocati del contenzioso, ben s'intende.

Ma oggi il giurista, quello che sa di diritto, lo è sempre meno del contenzioso. Perché è sempre più spesso, e per questioni talvolta molto importanti economicamente o socialmente, chiamato, per esempio, a valutare le disposizioni e le proposizioni normative sotto il profilo della loro funzionalità; che, per di più può essere considerata da una pluralità di punti di vista: vari e talvolta radicalmente contrapposti. Può essere chiamato, per esempio, tanto in ruoli pubblici come in attività professionali private, a valutare e a consigliare quale sia la condotta giuridicamente rilevante, più conveniente rispetto a determinate finalità. E non è un fatto accidentale che sempre più spesso quel giurista è chiamato come un operatore del diritto; e che è in quanto tale che deve appunto operare. Anche in questi casi, non direi che si possa prescindere dal metodo giuridico: per una ricostruzione della portata delle norme che incidono nel caso, che non solo è comunque indispensabile, ma che è addirittura preliminare alla ulteriore formazione di opinioni, ed adozione di scelte pratiche; perché non si può valutare se una norma sia o no funzionale – non importa da quali punti di vista –, non si può individuare quale sia la condotta più conveniente da tenere alla luce della inevitabilità o almeno del rischio della sua applicazione, se preliminarmente non se ne accertino la portata e la cogenza. Poi, quel giurista, molto più spesso, e per ragioni sempre più spesso importanti, deve affrontare questio-

ni pratiche: per la cui soluzione la *regula juris* rileva, ma insieme ad altri fattori. Allora, quel giurista non opera come un avvocato del contenzioso; ma come una sorta di *problem solver*.

Il problema del metodo del giurista, è attualmente al centro di dibattito tra diverse scuole. Mi azzarderei a tracciare questa correlazione. Quelle che tendono a sottovalutare la rilevanza e la forza vincolante dello stretto metodo giuridico, nella visione generale che hanno dell'ordinamento, tendono anche a non riservarvi un ruolo centrale alle tutele giurisdizionali dei diritti e degli interessi. E, naturalmente, viceversa.

Se dovessi terminare con una conclusione – ciò che peraltro dubiterei che sia ragionevole –, la sintetizzerei così. Quel che appare in crisi, più che il metodo giuridico, è il ruolo del giurista classico, del giurista della ricostruzione per quanto possibile oggettiva dell'ordinamento e delle sue singole disposizioni e proposizioni normative: quello che poi, con questo solo bagaglio culturale, può anche farsi il giurista del contenzioso giurisdizionale. Ma non in senso negativo: perché la sua crisi ha avuto cause e ha sbocchi positivi. Perché si risolve nella moltiplicazione e spesso nell'incremento di rilevanza di altri suoi diversi ruoli. Specie quando operi, ripeto come *problem solver*, s'intende di problemi pratici.

L'ORGANIZZAZIONE
DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI
TRA STATO NAZIONALE E INTEGRAZIONE EUROPEA

L'ORGANIZZAZIONE DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI E L'INTEGRAZIONE EUROPEA

Roberto Cavallo Perin

SOMMARIO – 1. L'integrazione tra uniformità e parallelismi. 2. L'integrazione amministrativa concreta delle istituzioni: la pluralità delle riunificazioni. 3. Effettività asimmetrica dell'integrazione amministrativa nei diversi settori dell'amministrazione pubblica. 4. L'integrazione tra amministrazioni pubbliche tra adeguatezza delle istituzioni e sussidiarietà relativa. 5. Cultura giuridica comune e contraddizioni nei processi di integrazione tra istituzioni pubbliche. 6. La tutela amministrativa dei diritti soggettivi ed effettività dei processi di integrazione. 7. L'integrazione della finanza pubblica e del patrimonio pubblico. 8. La tecnologia e la scienza come strumenti d'analisi e di innovazione nella soddisfazione integrata dei bisogni umani. 9. Istituzioni pubbliche ed ordinamenti giuridici di nuova integrazione.

1. L'integrazione tra uniformità e parallelismi

È d'interesse provare a comprendere i caratteri delle due principali integrazioni cui ha partecipato l'Italia: quella di centocinquant'anni or sono che è all'origine della sua costituzione come Stato nazionale e quella più recente e tutt'ora in corso in cui partecipa insieme a molti altri Stati alla definizione dell'ordinamento sovranazionale Unione europea.

Il diritto amministrativo in particolare ha visto negli ultimi vent'anni molte materie o istituti giuridici divenire oggetto di una disciplina dell'Unione europea e per alcuni settori il processo d'integrazione è stato evidente. Oltre alla creazione della moneta unica, la disciplina europea è stata di grande rilievo per l'agricoltura, per l'ambiente, per gli appalti pubblici e per molte delle attività d'interesse economico generale, talvolta come vera e propria disciplina di dettaglio in direttive o regolamenti, talaltra come disciplina di principio.

Di converso non si può non rilevare che è inesistente – nonostante i tentativi¹ – una disciplina generale sul procedimento amministrativo (v. F. De Leonardis, *Tra leggi di unificazione del 1865 e legge europea sul procedimento amministrativo*, in questo volume), sulla validità degli atti amministrativi o sui beni pubblici (Craig, 2013: 503; Galetta, 2011: 7 sgg.; della Cananea, 2009; Glaser, 2014; Stelkens, 2014), come del pari è assente una disciplina generale sulle obbligazioni e i contratti² (Alpa, 2007; Ciatti, 2012; Schulze, Stuyck, 2011: *passim*; Cámara Lapuente, 2003: *passim*; Ajani, 2012; Bin, 2000; Castronovo, 2012; Galgano, 2012; Sánchez-Lorenzo, 2013), o sull'attività

d'impresa in Europa (Galgano, 2010: 217)³, che è certo d'interesse anche per la pubblica amministrazione (v. S. Cimini, *L'evoluzione dei caratteri degli enti pubblici*, in questo volume). L'assenza risulta più marcata ove si consideri che proprio tali discipline di diritto pubblico o privato sono generalmente indicate come costitutive dell'unicità giuridica del mercato europeo, cioè i settori del diritto (commerciale e amministrativo) che anche storicamente sono stati il *diritto pubblico o privato dell'economia*.

Un mercato che si è sempre pensato unico, poiché di esso si è – ciò nonostante – predicata una disciplina-cultura giuridica uguale che lo conforma, non importa se di fonte normativa o giudiziale, che certo tollera deroghe ed eccezioni, non però in ragione della nazionalità delle imprese, della nazionalità degli individui, della nazionalità dei territori.

Sennonché a ben vedere la fenomenologia di un'integrazione nient'affatto omogenea non può dirsi una novità e forse neppure una mancanza o difetto in senso proprio, dovendosi considerare normale nei processi d'integrazione. L'Italia segna un rilevante precedente proprio nel primo processo d'integrazione, ove si sono addirittura mantenute per sessant'anni le molte interpretazioni 'parallele' del medesimo codice civile del 1865, con le Cassazioni di Torino, di Firenze, di Napoli, di Palermo e poi dal 1878 di Roma⁴.

2. L'integrazione amministrativa concreta delle istituzioni e la pluralità delle unificazioni

Anche tra le materie che sono divenute diritto amministrativo unitario per tutti gli Stati membri dell'Unione europea emergono strumenti o modelli che si ripetono con una certa precisione nelle due esperienze d'integrazione e che pare qui d'interesse indicare, a cominciare dalla più evidente e di maggiore rilevanza che ha ad oggetto la stessa definizione delle istituzioni preposte alla cura degli interessi del nuovo ordinamento unitario, dell'Italia prima e dell'Unione poi.

Le nuove istituzioni d'unione nei due casi sono state essenzialmente giustapposte alle preesistenti e il raccordo nel nuovo ordinamento è avvenuto con 'piccoli tratti di penna' che sono stati scritti essenzialmente dall'amministrazione italiana o dalla giurisdizione dell'Unione europea, per una ragione essenziale che è strutturale e deriva direttamente dalla teoria degli atti giuridici del diritto pubblico continentale.

L'effettività del nuovo ordinamento unitario è storicamente data dalla sua concreta definizione, che è propria del provvedimento amministrativo o del provvedimento giurisdizionale e non della legislazione, poiché essa – come norma astratta – piuttosto segue o precede la concreta evoluzione dettata da atti o fatti giuridici (concreti).

Trattare delle leggi sull'unificazione amministrativa non può certo portare a negare la precedente esperienza d'unificazione delle istituzioni amministrative, in particolare dei ministeri, degli organi centrali o periferici di ciascun Ministero (v. C. Cudia, *Pubblica amministrazione e valutazioni tecniche: profili organizzativi*, in questo volume), sia esso quello dell'Interno, degli Affari Esteri, della Pubblica Istruzione, di Grazia, Giustizia ed Affari Ecclesiastici, dei Lavori Pubblici, di Agricoltura, Industria e Commercio.

Istituzioni per le quali l'unificazione concreta è stata definita – previa epurazione o volontaria adesione – dall'inquadramento nei ruoli dei ministeri italiani dei dipendenti degli Stati preunitari (Cassese, 2014: 54; Sandulli, Vesperini, 2011; Calandra, 1978: 33)⁵, sottoponendo al controllo statale gli organi degli enti locali, sopprimendo o riunendo sedi d'ambasciata, il tutto con concreti atti d'amministrazione da cui sono scaturite nuove istituzioni ministeriali o un nuovo sistema degli enti locali (v. G. Iudica, *L'unificazione attraverso l'organizzazione*, B. Gagliardi, *Al servizio dell'integrazione: il funzionario pubblico europeo*, A.M. Chiariello, *L'organizzazione centrale dello Stato ed il modello ministeriale*, E.A. Apicella, *Pubblico impiego: poteri organizzativi e gestionali*, in questo volume)⁶.

Atti d'amministrazione che divengono strumento d'integrazione del personale proveniente dalle istituzioni degli Stati preunitari, con una mobilità anzitutto geografica che comporta una riallocazione del personale, che determina a sua volta nel tempo la creazione di un'identità e di una cultura nazionale d'amministrazione (Melis, 2004; Astuto, 2014: 79; Sepe, 1996: 148) che ora pare affacciarsi anche per l'Unione europea (v. Gagliardi cit., G. Grüner, *Il Prefetto e l'organizzazione amministrativa periferica dello Stato*, G. De Vinci, *L'effetto unificante delle relazioni sindacali sull'evoluzione organizzativa delle pubbliche amministrazioni*, in questo volume)⁷.

Dal punto di vista dell'analisi teorica l'integrazione per via amministrativa si afferma più chiaramente come relazione tra istituzioni, dunque come pluralità di riunificazioni di differenti istituzioni (oltre alla già citata giurisdizione civile, si pensi all'unificazione delle banche di emissione in Banca d'Italia (1893) che ha mantenuto per 32 anni dall'unificazione del regno ben cinque istituti di emissione: Luzzatto, 1968: 48 sgg.; Costa Cardol, 1989: 210). Ciò consente di spiegare perché si abbia di frequente un'asimmetria nell'integrazione verso un unico ordinamento, poiché si tratta in realtà non di un'unica relazione tra ordinamenti ma di più relazioni parallele tra più istituzioni, dunque tra ordinamenti, ciascuna con una propria concreta *reductio* ad unità, più o meno forte dal punto di vista della coesione politico-territoriale, che può essere differente a seconda delle istituzioni prese in considerazione (BCE-Banche centrali; Corte dei Conti UE e nazionali ecc.) e dei settori di riferimento (finanziario, agricoltura ecc.).

Appare così corretto parlare di pluralità di processi d'unificazione (ministeri, sistema degli enti locali ecc.), ma anche di una molteplicità dei tipi di riduzione a unità, che non sempre si afferma strutturalmente (ministeri ecc.), talvolta solo funzionalmente (organi della giurisdizione, banche centrali ecc.), senza poter affermare che per il processo d'integrazione ad unità l'ultima sia meno effettiva della prima, senza dover predicare la necessità di un completamento del percorso, senza poter definire una sequenza tipo di fasi procedurali dei processi di unificazione, di cui occorra assicurare inevitabilmente il completamento, poiché come è noto la nascita di un ordinamento giuridico si afferma come originale, nel senso di differente per ogni epoca storica, ma soprattutto nel senso di peculiare ad ogni istituzione presa a riferimento.

Le leggi di unificazione del 1865 non sono dunque che l'episodio più noto del processo di unificazione amministrativa d'Italia, quello destinato a conformare negli anni le istituzioni italiane e che perciò ancor oggi è celebrato giustamente come la legislazione dell'unificazione, ciò che dell'unificazione resta tuttavia la sua definizione astratta (Benvenuti, 1969: 75; Aimo, 2015; Bonini, 2015; Tosatti, 2015; Mori, 2015; Soresina, 2015; Merusi, 2015; Poldi, 2015; v. anche M. Consito, *Modelli organizzativi d'integrazione europea: il diritto di asilo e la libera circolazione (dell'asilante)*, F. Tigano, *Organizzazione dell'ordine pubblico*, in questo volume).

3. Effettività asimmetrica dell'integrazione amministrativa nei diversi settori d'amministrazione pubblica

L'evoluzione dell'integrazione europea è stata diversa nei vari settori.

La disciplina comunitaria sulla sicurezza sociale del 1971 favorisce sin da subito la piena equivalenza delle condizioni di lavoro a prescindere dallo *status* di cittadino, con vantaggio anche per i migranti⁸. Dello stesso anno è la prima direttiva sugli appalti di lavori (1971) che diventa legge sei anni dopo⁹, ma si deve aspettare oltre vent'anni perché la fonte europea divenga la disciplina di riferimento per i contratti della pubblica amministrazione italiana. Certo occorre attendere le direttive nei diversi settori e poi il 'testo unico' degli anni Novanta su tutte le procedure d'appalto (v. S. Ponzio, *L'integrazione organizzativa europea nel settore degli appalti pubblici*, in questo volume)¹⁰, ma il cambiamento di fonte – da nazionale a europea – si attesta grazie all'opera della Corte di Giustizia, che negli anni ha definito l'interpretazione e 'cavato dalla cultura giuridica europea' importanti istituti giuridici (organismo di diritto pubblico, *in house providing*, cooperazione tra amministrazioni, mercato rilevante, produttore di beni e servizi, contratto a titolo oneroso, concessione di costruzione o di servizi ecc.) posti a completamento e chiarimento del sistema normati-

vo degli appalti, idonei a dare effettività all'ordinamento dell'Unione europea nei singoli Stati membri.

Una nomofilachia della Corte di Giustizia che ricorda i migliori momenti delle corti di legittimità o costituzionali degli Stati nazionali, perché si rivela colta, attenta al caso e capace di quel guizzo d'innovazione che appare necessario ai processi d'integrazione.

Tale integrazione normativa e giurisprudenziale – nonostante sia generalmente considerata tra le meglio riuscite o le più avanzate unitamente ad altri settori – non può oscurare la tutt'ora bassa percentuale di contratti che in Italia sono sopra la soglia di rilevanza europea (20%)¹¹ e dell'irrilevante partecipazione delle imprese di altri Stati membri (1,6%)¹² (Racca, 2015: 489).

È l'amministrazione pubblica con l'organizzazione (esternalizzazione) delle forniture, dei servizi e dei lavori a definire nel bando di gara la soglia di rilevanza di ciascun contratto, dunque il grado di realizzazione di un mercato unico in Europa, di una conformazione della domanda e della stessa offerta dei produttori (politica industriale).

L'integrazione tra mercati rilevanti dipende perciò essenzialmente dall'integrazione tra imprese (offerta) ma ancor prima dall'integrazione tra amministrazioni pubbliche, anche appartenenti a diversi Stati membri (domanda) situate in ambito nazionale e tra queste e quelle che sono istituzioni dell'Unione europea, oltre che dalla necessità che tutte cooperino¹³ (v. Ponzio cit., in questo volume; e: Lottini, 2012; Lafarge, 2010), secondo un sistema di competenze organizzato in rete, ove è la relazione d'integrazione tra amministrazioni nazionali e europee a favorire la crescita di ordinamenti capaci di determinare – per così dire – un disarmo bilanciato dei preesistenti nazionalismi amministrativi (v. F. D'Angelo, *I modelli organizzativi e la coamministrazione* e de Leonardis cit., in questo volume)¹⁴.

4. L'integrazione delle amministrazioni pubbliche tra adeguatezza delle istituzioni e sussidiarietà relativa

Certo sono un sintomo evidente d'integrazione e di comunanza culturale in Unione europea molti istituti e discipline giuridiche che permangono essenzialmente eguali quanto meno a partire dai primi cento anni dell'unificazione italiana (Schwarze, 2012). Negli appalti pubblici si è visto emergere una disciplina giuridica europea che – al di là del *nomen juris* – non ci è affatto estranea: così l'organizzazione *in house providing*, la cooperazione tra amministrazioni e la concentrazione negli acquisti (Auby, Dutheil de La Rochere, 2014: 1283 sgg.; Chiti M.P., 2011; Chiti E. 2010)¹⁵, la concessione di lavori e di servizi, tutte le forme di scelta del contraente, e così via, ove – al di là dell'enfasi – è più ciò che si afferma come comune, come linea interpretativa di continui-

tà di una cultura del diritto amministrativo che è comune a più Stati membri e perciò non può dirsi affatto un diritto nazionale, ma che emerge come scienza giuridica europea (Cavallo Perin, 2015: 38; Merusi, 2013: 1).

Oltre la potenza d'integrazione che è propria di una cultura giuridica comune si deve riconoscere che ad emergere è soprattutto l'organizzazione dell'amministrazione e ancor prima la sua capacità giuridica, che può promuovere e guidare ulteriori vicende d'integrazione.

È sufficiente pensare alla forza d'integrazione che può sviluppare la cooperazione transfrontaliera tra centrali pubbliche d'acquisto, all'inevitabile effetto di favore per l'attività transnazionale delle imprese che ne deriva, che può essere addirittura programmato in via graduale, a dare consistenza del potere d'integrazione di cui può essere capace l'amministrazione, anche utilizzando strumenti d'antica memoria (Rostagno, 1887: 36)¹⁶.

Ancora oggi sono le pubbliche amministrazione a segnare il grado di integrazione dei mercati e perciò tra ordinamenti, provocando processi d'innovazione grazie a una strategia contrattuale che può essere promossa semplicemente con una riorganizzazione di quanto si vuole ottenere dal mercato europeo (*out sourcing*), indicando capitolati a tal fine utili¹⁷.

Se è utile all'integrazione un enunciato legislativo – anche solo dichiarativo – con il quale si precisa che non si possano vietare forme di cooperazione tra amministrazioni di differenti Stati membri (Racca, 2014b: 455-492 e 2015: 489 ss., Ponzio, 2016, Tonoletti, 2016)¹⁸ è certo che spetta poi alle singole amministrazioni aprire i propri bandi alle amministrazioni d'altri Stati, conformando una domanda che è utile per sé e per le amministrazioni di altri Stati membri.

La cooperazione tra amministrazioni può essere occasionale, ma anche definirsi per convenzione o in via strutturale, come con i Gruppi europei di cooperazione territoriale (GECT)¹⁹ o «altri soggetti istituiti in base al diritto dell'Unione», da costituire anche fra *organismi di diritto pubblico*²⁰ e disciplinati da un diritto nazionale anche diverso da quello del luogo di esecuzione del contratto (Racca G.M. 2014: 225; Ponzio, 2014: 11 sgg.; Carrea, 2012; Cocucci, 2008: 891; Dickmann, 2006: 2902; Engl, 2007: 5)²¹.

L'effettività di un ordinamento e soprattutto il grado d'integrazione delle sue parti è dunque dato – ora come un tempo – essenzialmente dall'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e dalla necessità di un'azione istituzionalmente integrata che le stesse debbono assicurare, non importa ora se come organizzazioni a rete su base convenzionale o strutturale, se come amministrazione attiva o di controllo, soggetta all'indirizzo politico oppure con amministrazioni indipendenti (Racca, Cavallo Perin R. 2011; e v. anche Cudia cit. e G. Portaluri, *Il principio d'imparzialità e i modelli organizzativi. Le autorità amministrative indipendenti*, in questo volume).

Perciò assumono rilievo crescente per le amministrazioni pubbliche i limiti – anche costituzionali – di adeguatezza e sussidiarietà (art. 5 T.U.E.), come principi di riferimento dei rapporti tra ordinamento dell'Unione europea e Stati membri, che a ben vedere riguardano anzitutto i rapporti tra istituzioni europee e amministrazioni pubbliche ogni qual volta prese in considerazione dalla disciplina di settore (v. D'Angelo cit. e A. Romeo, *Il modello dell'azienda per le amministrazioni pubbliche*, in questo volume).

Adeguatezza e sussidiarietà – come principio della cooperazione pubblica, dunque come misura della capacità di un contributo di ciascuno (competenza) – sono principi che coordinano a sistema una pluralità di enti per l'attuazione di una determinata politica pubblica (art. 5, T.U.E.; art. 118, co. 2°, Cost.), cioè conformano un'organizzazione pubblica che può dirsi istituzione dell'Unione europea, anche ove gli enti che la compongono sono tutti amministrazioni degli Stati membri (Nigro, 1957: 183; Saltari, 2007: 23, 249; Porchia, 2008: 146; Chiti E., 2013: 45; Franchini, 2013: 256).

Dal punto di vista dell'organizzazione pubblica è normale che non tutte le finalità di un ordinamento siano realizzate nello stesso tempo e nello stesso modo, né tutte ad opera delle nuove e giustapposte istituzioni, ma possono congruamente essere lasciate alla continuità di enti e organi preesistenti, oppure coordinati o utilizzati come organi e enti dell'Unione (Corti dei Conti nazionali previo accordo; Banche centrali nazionali, sindaco come ufficiale di Governo ecc.), fermo restando la clausola di salvaguarda ordinamentale offerta dal principio di sussidiarietà (v. D'Angelo cit.).

Una sussidiarietà intesa non nella sua vulgata più diffusa ma in quella di maggiore rigore istituzionale che richiama l'adeguatezza dell'organizzazione cooperante al sistema di riferimento. Il nuovo punto di vista dell'ordinamento unitario perciò non nega un contributo di competenza di enti e organi degli Stati membri al perseguimento delle politiche dell'Unione, sempreché organi ed enti dell'Unione siano legittimati a riaffermare la propria competenza non appena se ne constati l'insufficiente capacità dell'azione di organi ed enti degli Stati membri (v. Cimini cit.).

Incapacità tecnico-professionale²² o anche solo economico-finanziaria ad assicurare lo svolgimento di una determinata funzione o attività in ragione dell'intervenuta evoluzione sociale, culturale, tecnologica o economica delle possibilità di soddisfazione dei bisogni, definita secondo un punto di vista sicuramente relativo, ma che istituzionalmente non può non essere quello dell'ordinamento unitario.

È pur sempre il punto di vista dell'ordinamento unitario che consente di concludere per l'adeguatezza-sussidiarietà delle strutture organizzative nazionali al perseguimento di politiche dell'Unione europea (art. 5, T.U.E.). Trattasi

di un giudizio relativo e consequenziale: il grado di adeguatezza delle strutture nazionali è definito dal grado di soddisfazione e integrazione delle politiche che l'Unione europea vuole assicurare, in considerazione della composizione complessiva del livello d'integrazione degli interessi che fanno capo all'Unione.

Un sistema delle competenze che assume particolare rilievo nell'organizzazione pubblica, poiché torna a dare ragione del vizio d'incompetenza come vizio dell'atto amministrativo – o dell'azione amministrativa – che è rilevante per i destinatari. Emerge infatti un sistema delle competenze che è relativo all'insieme delle organizzazioni pubbliche, intese unitariamente e senza soluzione di continuità tra quelle nazionali e dell'Unione, che è strettamente legato alla definizione dei mezzi (beni, professionalità e organizzazione) necessari a svolgere una determinata attività, sia essa una funzione o un servizio, che è ritenuta soddisfacente di bisogni che l'ordinamento unitario vuole soddisfatti secondo un certo grado d'interesse locale, d'interesse nazionale o d'Unione che segna il grado d'integrazione e distribuzione – accentrata o decentrata – delle competenze dell'organizzazione pubblica che risulta necessaria per ogni epoca storica.

Adeguatezza che trova effettività in ragione dei processi di valutazione della qualità delle prestazioni, che dipende dalla possibilità per università e centri di ricerca di avere libera disponibilità dei dati che riguardano l'attività e l'organizzazione delle pubbliche amministrazioni (*infra* § 8), ma ancor prima nel correlare l'accesso agli uffici e la progressione in carriera dei dipendenti pubblici alle professionalità (secondo altre scienze alle competenze) necessarie e utili all'esercizio delle attività di cui l'ente è competente.

Giudizio di adeguatezza che implica un accertamento delle professionalità e dei beni necessari allo svolgimento di una determinata funzione o servizio, al venire meno dei quali cessa la ragione giuridica d'attribuzione di competenza a quell'organizzazione (art. 118, Cost.) (v. Romeo cit.).

Organizzazione da intendersi non solo come persona giuridica in sé considerata ma anche come sua capacità di cooperare con altri enti pubblici nell'esercizio di funzioni e servizi, secondo quanto è stato espressamente riconosciuto dall'Unione europea²³ ma che da almeno un secolo era già cultura giuridica del diritto amministrativo nazionale²⁴, anticipando forse di alcuni decenni la teoria dei gruppi del diritto commerciale e quella della scissione tra titolarità e gestione nell'impresa.

5. *Cultura giuridica comune e contraddizioni nei processi d'integrazione*

Nell'ordinamento dell'Unione europea, come in quello nazionale postunitario, l'integrazione amministrativa sembra essere passata per alcune direttrici principali.

5.1 Anzitutto l'apporto del diritto positivo e i rapporti con la determinante cultura giuridica amministrativa europea (in parallelo al costituzionalismo europeo), ove il diritto positivo UE recupera una cultura comune ai paesi membri (es. appalti, statuto dei funzionari²⁵; Oberdoff, 2014: 291) che evolve come una lingua, le cui regole grammaticali o di sintassi, seppure sottoposte a ridefinizione non cessano perciò di essere precettive.

Anche in questa come in altre epoche storiche la cultura giuridica torna ad essere determinante del grado di integrazione (Hespanha, 2013: 97), segnando la nascita e l'evoluzione di un nuovo diritto, poi di un vero e proprio nuovo ordinamento, talora derivato dagli Stati membri, talaltra senz'altro come nuova sovranità.

Qui la relazione è tra cultura e principi, intesi dalle Corti come diritto positivo seppure non legale (Schwarze, 2012: 285)²⁶, anche se talvolta emerge chiaro – anche tra gli amministrativisti (Brugi, 1891: 216 e 1916: 261; George, 2011: 78) – un richiamo al diritto naturale come prodotto della ragione umana, cioè della cultura che in una data epoca storica appare dominante (Grossi, 1996: 285).

5.2 Si è detto dell'asimmetrica relazione organizzativa tra istituzioni nei diversi settori d'amministrazione: vi sono sicuramente organi delle istituzioni europee con competenza estesa a tutto il territorio dell'Unione europea, ma di rilievo è altresì l'esercizio di funzioni europee da parte di amministrazioni nazionali o l'utilizzazione di uffici nazionali da parte delle istituzioni dell'Unione europea, siano essi enti o uffici esistenti (es. cortei dei conti) oppure costituiti *ad hoc* (es. a.g.e.a. per erogazioni in agricoltura) (v. D'Angelo cit.).

Negli anni caratterizzati da un'espansione della finanza pubblica, di rilievo è stata l'integrazione amministrativa per finanziamenti, soprattutto in agricoltura e poi nella ricerca scientifica, che è stata capace di influenzare i comportamenti dei destinatari (agricoltori; ricercatori), di generare unitari procedimenti amministrativi di spesa, di controllo e di responsabilità dei funzionari pubblici o dei privati esercenti pubbliche funzioni con stimolo europeo alla repressione degli illeciti.

Non vi sono evidenze scientifiche invece sugli effetti che i periodi di crisi economica e di riduzione degli spazi di finanza pubblica possono indurre sull'organizzazione pubblica e in particolare sull'amministrare per cofinanziamenti, se cioè questa assuma un'importanza maggiore²⁷ oppure decrescente; certo di interesse è sottolineare che differenti sono gli effetti prodotti da un'omogenea oppure asimmetrica riduzione delle disponibilità finanziarie (Mazzucato, 2014: 120), nonché dall'uguale o diseguale stimolo di un impatto di una politica sui territori dell'Unione che solo una lettura superficiale può considerare omogenei.

5.3 I processi d'integrazione generano effetti indesiderati in talune istituzioni che perciò assumono comportamenti, sia commissivi che omissivi, attivi o passivi, sia resistenti che resilienti, alimentando nei resistenti una cultura *difensiva*, nei resilienti un comportamento positivo che avvia alla ridefinizione di ciò che spetta al centro o all'opposto al suo complemento. Nella relazione ciò che si afferma come indispensabile non è il centro ma il suo complemento, esaltando l'utilità più che la dipendenza dal primo, offrendo al centro ciò che esso può svolgere meglio.

L'attivazione di un livello di governo per la cura d'interessi di più ampia portata può generare crescenti spostamenti di competenze verso le istituzioni maggiori, non sempre condivise dalle minori che assumono i comportamenti sopra indicati (v. L. Donato, *La riforma delle province e le forme di cooperazione tra i comuni*, in questo volume).

Si è però assistito negli anni anche al fenomeno opposto di una legislazione degli enti 'minori' che replica essenzialmente il 'centro' e il relativo standard di cui invece dovrebbe offrire l'adattamento (direttive; legislazione regionale concorrente), per assumere autorevolezza e non avere responsabilità, negando con ciò la propria ragion d'essere.

6. *La tutela amministrativa dei diritti soggettivi e l'effettività dei processi d'integrazione*

6.1 Si è detto che l'integrazione dell'Italia – dagli Stati preunitari e verso l'Unione – è stata di necessità asimmetrica, ma anche dicotomica e complementare. In sede teorica si ha conferma che non è affatto inusuale che s'abbia più di un equilibrio tra diversità (autonomie) e uniformità (Unità-Unione) nella creazione in fatto di un ordinamento unitario e poi nei rapporti tra istituzioni del nuovo assetto così costituito.

Tipi di relazioni tra ordinamenti che possono modificarsi nel tempo, essere molto intense sino a definire una gerarchia tra organi di una stessa istituzione, oppure semplicemente indicando un rapporto di direzione o anche solo di coordinamento tra enti che – seppure nella forma più tenue – segnano comunque un riconoscimento quanto meno degli effetti giuridici di atti o fatti di altre istituzioni.

Relazioni che, si è detto, possono invece mantenersi per lunghi periodi in uno stato di indifferenza (Romano, 2013: 138 e 153), come per la segnalata interpretazione parallela del diritto civile e commerciale in cinque parti del Regno d'Italia o tra gli Stati dell'Unione, oppure deflagrare in conflitti che costringono il centro a repentini cambiamenti culturali e a innovare profondamente il proprio ordinamento.

6.2 Materie come l'immigrazione e in particolare il diritto d'asilo assumono interesse proprio per la connessione inscindibile che si crea tra diritti individuali di libertà e istituzioni chiamate a darvi protezione (Grossi V., 1905: 123; Galizia, 1967: 483; Consito, 2014: 64; Savino, 2012: 50; Di Martino, 2007: 491; Langella, 2007: 183; De Vitoria, 2005: 85; Panebianco, 2005: 403 sgg.).

Non si tratta di confermare – ora come agli esordi dell'Unità d'Italia – un diritto umano riconosciuto agli individui sin dall'art. 3, cod. civ. del 1865, che è stato progressivamente limitato da vincoli ed obblighi che hanno contornato l'entrata e il soggiorno degli stranieri, norme la cui violazione legittima il potere d'espulsione di questi dal territorio nazionale, ove la complessità giuridica che ne deriva pare sin dall'origine limitata dalla cultura e dalle norme internazionali a tutela dei diritti umani, poi dall'innesto della più recente disciplina europea di c.d. coesione (v. Consito cit.).

L'idea ottocentesca di un diritto individuale, che al pari di ogni altra libertà richiede essenzialmente la protezione del giudice del paese di destinazione, è ormai sovrastata dalla necessità di un'organica risposta amministrativa delle istituzioni degli Stati membri di accesso e – ove diversi – degli Stati di ulteriore destinazione, che non si esaurisce in provvedimenti o procedimenti (esercizio di una funzione) ma che si sostanzia all'evidenza in servizi d'accoglienza, d'emergenza, temporanea o definitiva, d'ingenti masse di esuli in fuga dai territori di origine, che si avvicinano e talora configurano vere e proprie prestazioni di servizio pubblico all'assistenza sociale ma non solo (v. Consito cit.).

Dunque la tutela amministrativa dei diritti soggettivi non può dirsi una novità del nostro tempo e non solo per quei diritti che sono considerati, non senza equivoco, diritti sociali perché sono crediti di prestazione verso un debitore che comunemente – ma inesattamente – è stato identificato con lo Stato.

6.3 La *tutela amministrativa* in Italia segna da molto tempo l'effettività dei diritti soggettivi, a cominciare da quelli assoluti e tra i più rilevanti come la proprietà privata e l'iniziativa economica privata (v. I. Piazza, *Soggetti privati e attività amministrativa: principi, regole e regime degli atti*, in questo volume). È noto infatti che entrambi i diritti hanno ricevuto protezione amministrativa da regolamenti, ma anche dall'esecuzione di provvedimenti comunali emanati per motivi di sicurezza e sanità, certo nell'interesse della pubblica incolumità dei terzi ogni qualvolta interessati (frontisti, concorrenti d'impresa ecc.), ma anche dello stesso titolare del diritto soggettivo, sia nel senso di una protezione amministrativa in ciò che è suo buon diritto verso i terzi sia nel senso di tutela da se medesimo (agibilità della casa di civile abitazione, autorizzazione alla porcaiaia negli abitati ecc.) (v. M. Protto, *Il diritto debole. Dal rapporto all'organizzazione: andata e ritorno*, in questo volume).

È sin troppo facile ricordare in questo anniversario delle leggi di unificazione le non poche amministrazioni pubbliche che dall'Unità d'Italia sono state preposte alla cura di interessi economici: oltre alle banche centrali, la Consob e le non poche autorità indipendenti nazionali e dell'Unione, a tutela primaria dei diritti soggettivi dell'impresa e ormai anche dei consumatori, in forza di norme che hanno assunto – queste sì – il carattere di codice europeo seppure di settore²⁸.

Ragioni di ordine pubblico hanno da oltre centocinquanta anni legittimato la tutela dell'amministrazione statale di altre libertà, a cominciare da quella di religione e del culto (v. Consito cit.; Milandri, 2010: 563), certo in particolare «pei riti un tempo solo tollerati» (concessioni di suolo pubblico per le moschee nelle grandi città), della libertà di riunione o di manifestazione del pensiero grazie ad opportune interposizioni di forza pubblica (v. Tigano cit.), che negli ultimi cinquant'anni è richiesta anche per consentire eventi di massa come i concerti e le manifestazioni sportive, che sono divenute anch'esse attività economiche, non sempre d'interesse generale in senso proprio.

Tutela amministrativa dunque come ineludibile affermazione di effettività dei diritti soggettivi, quelli celebrati come diritti fondamentali o come libertà del cittadino, che caratterizzano la nostra cultura occidentale, a cominciare delle c.d. libertà negative o che è meglio vedere denominare più esattamente come diritti assoluti.

L'amministrazione dunque come effettività in concreto dei diritti soggettivi, affinché non ne resti soverchiata la giurisdizione (Von Bogdandy, Ioannidis, 2014: 51, 59; Salerno, 2011: 106; v. Consito cit.)²⁹.

6.4 Generale è invece l'affermazione di una tutela amministrativa dei c.d. 'diritti sociali', cioè di quei diritti soggettivi di credito il cui oggetto è una prestazione di servizio pubblico, ove indiscussa è la tutela dell'amministrazione anche se la stessa non è sempre esattamente intesa.

Sin dai primordi dell'Unità d'Italia il pubblico servizio si caratterizza per la definizione pubblica delle prestazioni, perché dal pubblico ideate e non importa se con legge o atto amministrativo (Trimarchi Banfi, 1992: 5, 17, 18, 26). Non esatto è invece ritenere ineludibile la gestione pubblica del servizio, poiché sin dai primordi dell'Unità d'Italia è nota la concessione ai privati come normale modulo organizzativo di gestione, anzi è stata la forma di gestione che nell'ottocento era ritenuta preferibile (v. A. Moliterni, *Soggetti privati in veste pubblica: genesi, trasformazioni e prospettive dei rapporti concessori*, in questo volume e Piazza cit.).

Come è stato esattamente ricostruito è piuttosto la soggezione ai 'programmi e controlli' pubblici a definire l'attività economica pubblica o privata come pubblico servizio (Pototschnig, 1964: 70; Cavallo Perin, 2014: 35 sgg.).

Se ciò è vero la tutela amministrativa dei c.d. diritti sociali può dirsi giuridica e non gestionale: al più l'amministrazione pubblica è chiamata in qualità di titolare del servizio a sostituire il gestore o a riprogrammare il servizio che risulti illecito, o sia in deficit³⁰.

6.5 La tutela amministrativa dei diritti soggettivi è un altro esempio d'integrazione tra istituzioni pubbliche nell'ordinamento dell'Unione europea, di quell'integrazione di cui si è detto e si ha memoria all'origine dell'Unità d'Italia, ma che in Europa negli ultimi tempi si è manifestata con particolare interesse nella sanità e nell'istruzione, due settori ove il riconoscimento dei diritti umani – anche a carattere sociale – è di recente divenuto parte dell'ordinamento costituzionale dell'Unione europea (Carta dei dir. fond. UE, art. 14 e art. 35; art. 6 T.U.E.).

L'originalità è data dalla vicenda giuridico-istituzionale, poiché la tutela del diritto alla salute e all'istruzione, anche oltre i confini nazionali, si è affermata come conseguenza inevitabile della tutela della libertà di circolazione e soggiorno, prima dei lavoratori e poi di cittadini dell'Unione (art. 45 T.F.U.E. e artt. 20 e 21 T.F.U.E.).

Si era cercato di dimostrare (Cavallo Perin, 2013: 155) che l'affermazione del diritto dei cittadini europei ad una buona istruzione e ad una buona qualità di tutela della salute è avvenuta secondo gli strumenti giuridici tipici del 'mercato comune', non importa se come effetto indesiderato o come soluzione istituzionale ineludibile (Ferrari, 2007: 931).

Il riferimento è alla ormai monumentale opera giurisprudenziale – anzitutto della Corte di Giustizia – che ha riconosciuto ai cittadini europei la possibilità di istruirsi e curarsi ovunque in Unione europea, giovando in modo crescente di un *internal market* o di una *soft competition* non solo tra le istituzioni, ma addirittura tra i diversi sistemi presenti negli Stati membri dell'Unione europea, secondo una vicenda istituzionale che ha aperto a nuove letture delle norme del Trattato sul Funzionamento (art. 2 co. 5°; art. 6, T.F.U.E.).

Il diritto fondamentale alla libera circolazione dei lavoratori e dei servizi (lato dell'offerta) e il principio di non discriminazione (lato della domanda) (Iliopoulou, 2007: 409 e 412; Gagliardi, 2012: 18; Vesperini, 2011: 67; O'Leary, 2011: 499; Barnard, 2010: 422; Spaventa, 2007: 113; Condinanzi, Lang, Nascimbene, 2006: 24) hanno portato con sé il diritto a fruire dei servizi d'assistenza sanitaria transfrontaliera (v. F. Saitta, *L'organizzazione della salute: uno sguardo al (recente) passato per costruire il futuro*, in questo volume; Costamagna, 2011: 200)³¹ e ad accedere all'istruzione impartita nello Stato membro di destinazione³².

Dall'affermazione della libertà economica per antonomasia – quella sulla circolazione di merci, capitali e persone – l'ordinamento giuridico sovranazionale, volto

alla creazione del mercato unico, ha inevitabilmente portato a vedere riconosciuto il diritto delle persone ad ottenere ovunque i tipici diritti sociali all'istruzione e alla cura della salute, con buona pace di tutti coloro che in questi anni si sono affannati a contrapporre Stato e mercato, o anche solo Stato di diritto e Stato sociale in ragione della sola protezione dei diritti di libertà oppure anche dei diritti sociali.

Istituzioni nazionali sanitarie e d'istruzione che – una volta riconosciute – sono perciò accreditate come rilevanti per l'ordinamento dell'Unione europea (Conticelli, 2012: 76; Cerrina Feroni, 2012: 65; Consito, 2009: 33), come organizzazioni abilitate a soddisfare i bisogni d'istruzione e cura della salute che insorgono nelle persone che circolano o si stabiliscono in uno dei territori degli Stati membri dell'Unione, con fondamento a quella che è stata definita, non senza enfasi, la *portabilità dei diritti sociali nei territori dell'Unione* (Monti, 2010: 62-63, poi ripreso da Consito, 2012: 124; Cavallo Perin, 2013a: 169), avendo però cura di precisare che si tratta per i cittadini europei di un diritto ad ottenere le prestazioni che hanno i cittadini degli Stati di destinazione (v. Saitta cit.).

Accredito europeo che afferma una responsabilità dell'Unione per lo standard di qualità delle prestazioni così riconosciute e conseguentemente una selezione delle organizzazioni nazionali che sono capaci di assicurare «un livello elevato di protezione della salute umana» (art. 168, co. 2° T.F.U.E.) e «un'istruzione di qualità» (art. 165, co. 1°, T.F.U.E.), «lo sviluppo di una dimensione europea dell'istruzione» (art. 165, co. 2°, T.F.U.E.), volta al «miglioramento della sanità pubblica, alla prevenzione delle malattie e affezioni e all'eliminazione delle fonti di pericolo per la salute fisica e mentale» (art. 168, co. 1°, 2 frase, T.F.U.E.).

La competenza dell'Unione in materia di salute e istruzione è stata limitata a un'azione di sostegno, coordinamento o completamento dell'azione degli Stati membri (art. 6, T.F.U.E.), ma la stessa va intesa proprio nel senso che all'Unione spetta il compito di porre ciò che manca all'organizzazione sanitaria e d'istruzione degli Stati, ciò che gli stessi – per essere il *particolare* – non possono rappresentare: il sistema europeo di cura della salute e d'istruzione.

Competenza dell'Unione di completamento delle reti nazionali, definendo le stesse come parte della rete dell'Unione europea, che – seppure resti costituita essenzialmente dalle istituzioni nazionali e non in via sostitutiva di queste – sono riconsiderate come organizzazione europea d'insieme, con caratteri inevitabilmente *selettivi delle strutture nazionali* chiamate a comporre la rete europea dei servizi di assistenza sanitaria o d'istruzione.

7. *L'integrazione della finanza pubblica e del patrimonio pubblico*

La tutela amministrativa dei diritti soggettivi riporta l'attenzione degli studi sull'amministrazione come organizzazione, alla sua articolazione in una

pluralità di enti ed organi non solo nazionali, con le inevitabili relazioni di riconoscimento che l'ordinamento generale ha imposto per ciascuna amministrazione pubblica, anzitutto sottoponendole a principi che sono per esse peculiari: legalità, proporzionalità, imparzialità e buon andamento (art. 97, co. 2° Cost.).

Quest'ultimo – imponendo alla pubblica amministrazione caratteri d'efficienza, efficacia ed economicità e il rispetto degli equilibri di finanza pubblica (artt. 81, 97 co. 1 e 2; art. 119, co. 1, Cost.) – si afferma come principio che delimita la sovranità degli Stati membri, che per la Repubblica italiana vale sia nei rapporti con le autonomie locali sia verso l'alto con le istituzioni dell'Unione europea (v. Trimarchi, Giulietti, cit.).

La necessità di una 'visione unitaria' di finanza pubblica va intesa non solo a garanzia dei diritti soggettivi, ma ancor prima della stessa unità della Repubblica italiana³³, secondo un costruito istituzionale che travalica le semplici considerazioni di finanza pubblica o di patto di stabilità interno³⁴.

La più recente interpretazione costituzionale dei poteri di coordinamento della finanza pubblica porta ad assumere come modello organizzativo l'esistenza di un unico patrimonio pubblico utile agli organi ed enti costitutivi della Repubblica italiana, in ragione dell'unica popolazione di riferimento, che è capace di offrire quel patrimonio pubblico che trova descrizione seppure sommaria nel bilancio e collegati finanziari della Repubblica italiana, che pel tramite dell'euro risulta strettamente collegato al patrimonio e alla comunità sovrana di ciascuno degli altri Stati UE.

Un unico patrimonio 'al servizio o garanzia' dei creditori, certo secondo regole che procedimentalizzano e pongono preventive escussioni sulle partite dei bilanci di ciascuno ente dotato dal legislatore ordinario della personalità giuridica, che la Costituzione protegge unicamente per l'autonomia conferita ad organi e enti della Repubblica italiana (art. 114, co. 2°, Cost.), senza prevedere e garantire in capo a ciascun ente una separazione giuridica del patrimonio pubblico della Repubblica italiana (art. 114, co. 1°, Cost.), comprensiva della stessa appartenenza all'Unione europea di ogni Stato membro.

L'attenzione al fondamento costituzionale del potere di coordinamento della finanza pubblica (art. 81, 97, 119, Cost.) è stato anch'esso l'esito del processo d'integrazione europea, che però ha riproposto un tema caro alla scienza delle finanze e al diritto amministrativo di fine '800 e inizio '900: l'unicità del patrimonio e della finanza pubblica nonostante la pluralità dei ministeri e degli altri enti pubblici (v. Macchia cit.).

Seppure sia normale vedere predicata una personalità giuridica di ciascun Ministero e di ciascun ente territoriale, sin d'inizio del secolo scorso è evidente la trattazione unitaria della finanza pubblica del Regno d'Italia (Nitti, 1905: 55

sgg.) e dei tributi di cui è beneficiario ciascun ente, ove il bilancio dello Stato appare come un bilancio 'consolidato' di tutti gli enti pubblici.

Il principio di unicità del patrimonio, del senso relativo e non assoluto della separazione patrimoniale di ogni organo o ente della Repubblica italiana, è al tempo stesso il fondamento ai poteri di coordinamento e limitazione della spesa degli enti autonomi e anche del conseguente potere di commissariamento per impossibilità di funzionamento (v. Grüner cit.). Negli studi di diritto pubblico si apre così lo spazio utile per una teoria della «complessità organizzativa pubblica» (Kuhn, 1969: 103; Nicolis, Prigogine, 1989: 6; Taylor, 2001: 74; Mitchell, 2009: 94 sgg.; De Toni, Comello, 2009: 171; Bombardelli, in stampa) che va ad affiancare la *teoria dei gruppi* del diritto commerciale (Galgano, 2001; Montalenti, 2013: 42; Campobasso, 2006: 286; Jorio, 2007: 317, 2003: 201 e 1999: 35 sgg.), con una peculiarità tutta pubblica per il carattere ordinamentale che è proprio del modo di essere delle istituzioni che a tale campo del diritto sono ascritte (v. Macchia e Romeo cit.).

8. La tecnologia e la scienza come strumenti d'analisi e d'innovazione nella soddisfazione integrata dei bisogni umani

L'influenza della scienza e della tecnica nell'amministrazione italiana ed europea è da tempo nota in ragione del rinvio di un ordinamento giuridico alle differenti scienze che compongono il sapere umano, siano esse le c.d. scienze dure come la medicina, l'ingegneria, la fisica e la matematica, siano quelle c.d. umane delle scienze della politica, della sociologia, della filosofia o credo religioso (v. Cudia, Portaluri, Piazza cit. e G. Primerano, L. Lamberti, *Il principio di efficienza ed i modelli organizzativi: le agenzie amministrative*, in questo volume; Cintioli, 2008: 471; Lazzara, 2010: 146 e 2001: 161).

Alle scienze e alla tecnica si può semplicemente rinviare come cultura di settore oppure con specifico riferimento a una determinata scuola di pensiero. Il rinvio culturale capace d'integrare la definizione del diritto attrae a quest'ultimo un settore di conoscenza nelle sue mutevoli evoluzioni, salvo i casi in cui il diritto abbia inteso riferirsi a una conoscenza data in uno specifico periodo.

Molto diversa è la questione ove sia al contempo indicata un'organizzazione di riferimento come l'unica legittimata a manifestare il significato degli enunciati di rinvio culturale, si essa una corporazione, una società o scuola culturale, una confessione religiosa, o anche una pubblica amministrazione, poiché il rinvio non sarebbe solo più a una scienza ma a un altro ordinamento.

La nomina di un consulente tecnico d'ufficio per la formazione del giudizio è normale ove il rinvio sia a una scienza o cultura (non giuridica), mentre se è ad altra istituzione l'ultima parola spetta agli organi ed enti di quest'ultima, ai

quali la giurisdizione offre protezione nei limiti imposti dal nostro ordinamento. Le due ipotesi possono anche essere dedotte dalla stessa norma come alternative: è il caso della macellazione secondo quanto prescritto dalla scienza medico veterinaria (rinvio culturale)³⁵, salvo quanto prescritto in particolare dalle confessioni religiose (rinvio ad altro ordinamento)³⁶.

8.1 Negli ultimi cinquant'anni si è assistito all'irrompere dell'informatica nell'organizzazione e nell'emanazione di atti giuridici d'importanti istituzioni pubbliche³⁷ (Severino, 1988: 53; Carloni, 2014: 193; Gardini, 2014: 341) sino a assumere lo 'strumento informatico' come modulo normale di funzionamento delle amministrazioni pubbliche³⁸, oltretutto della funzione giurisdizionale³⁹.

Non si tratta solo di rimarcare la capacità ordinatrice e le potenzialità di partecipazione, poiché ciò che colpisce è la disponibilità di *grandi dati* e la crescita di *comunità organizzate* che internet ha prodotto o alla quali ha semplicemente offerto lo strumento tecnologico per consentire di affermarsi.

È divenuto più agevole capire dove si addensano i problemi e le cause che li hanno prodotti, ma anche definire soluzioni precise, poi sperimentarle, cambiarle repentinamente, controllandone gli effetti di breve e medio periodo.

Ciò riporta al centro quell'amministrare concreto, quell'*ad minus*, che è necessario ad ottenere un risultato utile, rivalutando l'effettività dell'amministrazione come principio costituzionale (art. 97, co. 2°, Cost.) (Allegretti, 1993: 134; Ferrara, 2011: 335; Pinelli, 1994: 32-33; Sigismondi, 2011: 249; Serio, 2009: 21; Pinelli, D'Alessio, 1993: 268).

Ritorna l'accento sulla peculiarità dell'amministrare come funzione concreta, che si distingue nettamente dalla legge in senso materiale. Se ben amministrare è la ragione istituzionale dell'organizzazione pubblica (art. 97 Cost.), il regolamento o la legge d'amministrazione si affermano come standard astratti che giustificano l'azione dell'agente nel caso concreto, che perciò non consente un sindacato mezzo-fine, ma unicamente un giudizio di conformità alla norma e ai parametri astratti che contiene.

La normazione d'amministrazione in senso oggettivo – non importa se in forma di atto amministrativo o legislativo – non può perciò essere confusa con l'attività del parlamento che disciplina i diritti soggettivi, sempre più in attuazione di carte europee o mondiali dei diritti umani.

Sin qui la forte continuità con l'ottocento, ma l'informatizzazione dei procedimenti è andata oltre e per l'attività vincolata è in molti casi giunta a negare ogni accesso al sistema non conforme, con una soluzione che sposta verso l'atto software ogni sindacato giurisdizionale, con un effetto di sistema che riporta il sindacato della giurisdizione amministrativa ai veri atti d'amministrazione, riducendo l'area dell'interpretazione ed esaltando il sindacato di logi-

cità o ragionevolezza o sui principi che è stato la peculiarità d'origine del giudice amministrativo.

8.2 Ma l'organizzazione *software* consente anche controlli 'diffusi'⁴⁰ (Carloni, 2014: 210; D'Alterio, 2015: 211; v. Romeo cit.) ed 'esperti', con una potenza che può davvero contrastare la cattura dei controllori, rivalutando inaspettatamente – anche in questo caso – un altro precetto costituzionale, quello che radica una giustizia nell'amministrazione (art. 100, Cost.), certo del Consiglio di Stato, della Corte dei conti o di altre autorità indipendenti nazionali o europee, ma anche di una scienza libera che è capace di riunire l'universo sapere (v. Cudia cit.).

La lotta alla corruzione non può essere solo l'effetto di un fenomeno repressivo, ma va intesa come limite intrinseco all'azione delle istituzioni pubbliche e degli individui che vi prendono parte (Ferrajoli, 2013: 5), con una modalità di controlli 'diffusi', ed 'esperti' che rendono più difficile il ben noto fenomeno di cattura dei controllori (Racca, Yukins, 2014: 8-10; Montalenti, 2011: 211; Rordorf, 2008: 172; Di Gaspare, 2012: 341).

Oltre alla vigilanza del gestore sui propri agenti e all'opposto di quella diffusa di cittadini e utenti, l'azione amministrativa è costituzionalmente aperta al controllo esperto - non solo delle autorità indipendenti nazionali o sovranazionali - ma soprattutto delle università e dagli altri centri di ricerca (artt. 21 e 33, Cost.).

Un controllo disinteressato, plurale, oggettivo, offerto da chi della libertà scientifica ha fatto la propria ragione istitutiva (art. 33, co. 1° e u.c. Cost.). Libertà di ricerca scientifica il cui esercizio è per norma imperativa nell'interesse (collettivo o pubblico) di tutti e di ciascuno (art. 33, cfr. 32, Cost.) configurando la libertà di scienza come indispensabile all'esercizio consapevole di ogni altra libertà (Barendt 2010; Karran, 2007: 20; Merloni, 1990: 16; Orsi Battaglini, 1990: 89).

Di nuovo riappare l'amministrazione pubblica come strumento privilegiato di tutela dei diritti di libertà.

9. Istituzioni pubbliche e ordinamenti giuridici di nuova integrazione

L'idea di una rete o reti d'amministrazioni pubbliche non è una novità (Lottini, 2012: 129; Sauron, 2014: 401), lo è la sua promozione attraverso una cultura (d'utenza) che vuole l'amministrazione pubblica sempre più conformata dalla tecnologia (Severino, 1988: 53)⁴¹, ma anche dal modo di ciascuno di noi d'intendere lo spazio e il tempo che si è molto modificato negli ultimi cinquant'anni, anche in considerazione della circostanza che per la prima volta nella storia la maggioranza delle popolazione mondiale vive in città (Cavallo Perin, 2013: 308; Auby, 2013: 271).

La rete come organizzazione, certo d'individui ma anche di enti, ove il carattere che si evidenzia è essenzialmente quello relazionale (v. Romeo cit.). Il modello ha avuto un certo successo nelle attività economiche, talora in modo affatto dirompente, e si affaccia da alcuni anni anche in gran parte delle organizzazioni politiche e dei suoi *leaders*, con siti internet, l'uso di Facebook, Twitter, Instagram e la gestione dei *followers*, siano essi simpatizzanti, utenti o semplici curiosi.

La rete – come ogni grande novità – ha suscitato opinioni e passioni opposte (Emmons, 2001: 256-257; Gordon, 2013: 55; Yang, Mueller, 2014: 446-447; Zittrain, Edelman, 2003: 72; Greenleaf, 2013: 1-5), ma la contrapposizione evidenzia l'importanza del sapere critico delle scienze tradizionali (giuristi, economisti, filosofi, storici ecc.) rispetto a coloro che sono i conoscitori della tecnica del contenente (informatici), dunque segna una rivincita dei saperi qualitativi rispetto ai quantitativi, rappresentati dalla massa delle banche dati e dal facile accesso ad Internet (Eco, 2015; De Saussure, 2005: 53).

Nella rete le comunità si sviluppano in parallelo, senza particolari interrelazioni, anche se molti di coloro che sono compresenti in ciascuna ne sommano le relative utilità. All'interno la comunità di rete polarizza i partecipi, selezionando posizioni di riferimento e di complementarietà, che sarebbe inesatto ricondurre alla gerarchia. La polarizzazione afferma una definizione disomogenea nelle sue parti, che può mettere in crisi le istituzioni che rappresentano in via uniforme una popolazione residente (Giannini, 1976: 103-111; Nigro, 1980: 29).

9.1 Dal punto di vista della teoria dell'organizzazione pubblica il carattere complementare non è una novità: basti pensare alle città, più in genere al rapporto tra centro e periferia, ove la polarizzazione organizzativa indica i vantaggi della concentrazione e delle relazioni tra una molteplicità di organizzazioni che sono perciò complementari.

La città come flusso di popolazioni si distingue perciò dal comune e in genere dall'ente territoriale che è nell'essenza la sua popolazione residente. La città, come punto-rete di una pluralità di reti, si afferma come ordine di coesistenza in parallelo di una pluralità di comunità organizzate, che a loro volta disciplinano la circolazione di persone, di merci e capitali (Lynch, 2006: 68; Mumford, 2007: 215). Reti di comunità la cui rilevanza economica è data dalla configurazione delle comunità in organizzazioni di produttori e di consumatori, con regole proprie, anche non scritte (*communities*), la cui violazione vale esclusione dalla partecipazione alla comunità.

Tempi e modalità diverse segnano i flussi di comportamento degli appartenenti alle differenti comunità (Auby, 2013: 173; Cavallo Perin, 2013: 311), rivelando un ordine profondo che caratterizza il comportamento degli appartenenti, che può essere analizzato, previsto e senza dubbio sfruttato. Una periodi-

cià di comportamenti che non è affatto casuale, ma che al contrario è necessaria poiché ha regole proprie «che in quanto a riproducibilità e capacità predittiva uguagliano quelli delle scienze naturali» (Barabási, 2010: 13).

Così le comunità di professionisti, di utenti, di lavoratori, di turisti, ma anche di coloro che periodicamente corrono, giocano a tennis, o altro ancora, i quali si trovano ad assumere uno o più comportamenti come ottimale soddisfazione dei propri bisogni, si organizzano a tal fine. Comunità come gruppi di collaborazione tra utenti, gruppi di acquisto, banche del tempo⁴² o di compensazione tra prestazioni su siti web⁴³, ove il modello organizzativo che persiste è in tutto o in parte di un'autorganizzazione degli utenti, cioè del lato della domanda ma al tempo stesso dell'offerta.

Scelta d'autorganizzazione degli utenti che richiama l'idea originaria della municipalizzazione dei servizi pubblici locali, ma che se ne distingue per il carattere non locale o residenziale della domanda e per l'organizzazione in parallelo delle comunità, con i primi casi di conflitto⁴⁴, che ora come allora sono lasciati alla giurisdizione e non sempre con soddisfazione.

Non si tratta solo come agli albori del XX secolo di prevedere le dinamiche della domanda di beni e servizi di alcune maggiori comunità residenziali destinate ad accogliere la grande industria (Zucconi, 2003: 64; Cannari, Chiri, 2002: 262), ma di conoscere con esattezza le dinamiche di quelle popolazioni che intendono – non solo rappresentare una domanda di lavoro – ma direttamente provare ad organizzare la propria offerta di servizi, con effettività del proprio diritto al lavoro inteso come libertà essenziale alla dignità umana (Arcozzi, Masino, 1929: 33; Grossi, 2008: 79 e 2003: 43; Rolla, 2012: 1077; Silvestri, 2012: 1179; Politi, 2011: 2661 e 2006: 43; Ruotolo, 2011: 3123; Vincenti, 2009: 27)⁴⁵.

9.2 L'amministrazione pubblica è chiamata a sviluppare una nuova effettività della sua azione: garantire la coesistenza delle comunità e lo sviluppo dell'autorganizzazione (Taylor, 2001: 245) che è esercizio di diritti fondamentali di ciascuno, con una regolazione intelligente, che dai grandi numeri sappia – ora come un tempo (Melis, 2015: 143) – trarre quanto è utile a prevenire o elidere i conflitti (c.d. amministrazione di sicurezza; Ranalletti, 1904: 263; Benvenuti, 2006: 844), secondo quella cura minuziosa propria della buona amministrazione, che si è detto è d'ordinario la garanzia dei diritti di ciascuno.

Se si vogliono evitare seri danni all'ordinamento costituzionale non si può lasciare che l'organizzazione pubblica – nelle sue parti come nel tutto – resti a lungo inadeguata (art. 118, co. 1°, Cost.), determinando una sistemica cattiva amministrazione (art. 97, co. 2°, Cost.). Si riafferma così una centralità dell'amministrazione pubblica nell'assetto costituzionale, poiché è l'effettività di quest'ultima – in potenza e in concreto – a produrre l'effettività dell'ordinamento nel suo complesso.

Si è affermato da più parti (Allegretti, 1996: 70) che senza Costituzione non c'è buona amministrazione (art. 97, co. 2°, Cost.) (Trimarchi Banfi, 2007: 52; Chevalier, 2014: 167 sgg.; Rabinovici, 2012: 149 sgg.; Trimarchi, 2011: 537; Ponce Solé, 2011:133; Galetta; 2010: 601; Chiti, 2005: 39-40) e ora si può replicare che non c'è Costituzione senza buona amministrazione, intesa quest'ultima essenzialmente come organizzazione pubblica.

Note

- ¹ Ris. Parl. Eur. 15.1.2013 con raccomandazioni alla Commissione per un diritto dell'Unione europea sui procedimenti amministrativi (2012/2024(INL)) in <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0004+0+DOC+XML+V0//IT>> (12/16) e relative raccomandazioni in allegato.
- ² Per eccezioni: Conv. Vienna sulla vendita: Conv. Nazioni Unite dell'11.4.1980, ratif. con l. 1.12.1985, n. 765; Dir. n. 1999/44/Ce, del Parlamento Europeo e del Consiglio 25.5.1999;
- ³ Per alcuni es. di settori: Dir. 2006/123/CEE del Parlamento e del Consiglio 12.12.2006, Bolkestein; Dir. 2011/83/UE del Parlamento e del Consiglio 25.10.2011, sui consumatori; Dir. 2006/112/CEE del Consiglio 28.11.2006, sull'Iva; art. 54, § 2, T.F.U.E.; Dir. 2012/30/UE del Parlamento e del Consiglio 25.10.2012, su tutela dei soci e terzi verso società per azioni; Dir. 2009/133/CEE del Consiglio 19.10.2009, regime fiscale per fusioni, scissioni, ecc., e al trasferimento di sede di SE o SCE; su antidiscriminazione: Dir. 2000/43/CEE del Consiglio 29.6.2000 su razza e o etnia; Dir. 2000/78/CEE del Consiglio 27.11.2000, su occupazione e condizioni di lavoro; Dir. 1999/70/CEE del Consiglio 28.6.1999, su lavoro a tempo determinato; Dir. 2011/7/UE del Parlamento e del Consiglio 16.2.2011, sui ritardi nelle transazioni commerciali.
- ⁴ R.d. 24.3.1923, n. 601.
- ⁵ Con ridefinizione degli organici dei ministeri, degli stipendi, delle disponibilità, aspettative, congedi, cumuli di impieghi e pensioni.
- ⁶ R.d. 11.1.1861, *Aumento della pianta numerica degl'Impiegati del ministro dell'Interno*, in *Celerifera*, 2394-2395; r.d. 6.11.1861, *Nuova pianta del Personale del Ministero degli Affari Esteri*, in *Celerifera*, 2179; r.d. 14.2.1861, *Nuova pianta numerica e stipendi degli Ufficiali ed Impiegati nel Ministero della Pubblica Istruzione*, in *Celerifera*, 589-590; r.d. 20.1.1861, *Nuova pianta numerica degl'Impiegati del Ministero di Grazia, Giustizia ed Affari Ecclesiastici*, in *Celerifera*, 490-49; r.d. 21.12.1860, *Pianta organica e Quadro di riporto del Personale del Ministero dei Lavori Pubblici*, in *Celerifera*, 241-245; r.d. 8.3.1861, *Aggiunta alla pianta numerica del Ministero di Agricoltura, Industria e Commercio*, in *Celerifera*, 525-528; r.d. 5.1.1861, *Nuova pianta numerica del personale dell'amministrazione centrale delle Finanze*, in *Celerifera*, 433-435.
- ⁷ Cfr. C. giust., 9.9.2003, C-285/01, *Burbaud*.
- ⁸ Reg. 1408/1971/CEE del Consiglio 14.6.1971, su sicurezza sociale dei lavoratori (subordinati o autonomi) e loro familiari che si spostano all'interno della Comunità.
- ⁹ Dir. 71/304/CEE del Consiglio 26.7.1971; Dir. 71/305/CEE del Consiglio 26.7.1971, poi l. 8.8.1977, n. 584.
- ¹⁰ Dir. 92/50/CEE del Consiglio 18.6.1992, appalti di servizi; Dir. 93/37/CEE del Consiglio 14.6.1993, appalti di lavori; Dir. 93/36/CEE del Consiglio 14.6.1993, appalti di forniture.
- ¹¹ Commissione UE, Commission staff working paper, *Evaluation Report: Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, I, <http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/er853_1_en.pdf> (12/16), 27.
- ¹² Commissione UE, *Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, COM(2011), 27.1.2011, 15 final, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:it:PDF>> (12/16), 4.
- ¹³ Per l'affermazione di un 'obbligo di cooperazione' in capo alle amministrazioni nazionali (197 T.F.U.E.): Dir. 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12.12.2006, sui *servizi nel mercato interno*, considerando n. 105, art. 29, co. 1°; Art. 17, Reg. (CE) n. 450/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23.4.2008, *Codice doganale comunitario*; Racc. 2009/524/CE della Commissione, del 29.6.2009, *Misure per migliorare il funzionamento del mercato unico*.

- ¹⁴ Cfr. Art. 298, T.F.U.E., ove si afferma l'esistenza di un'amministrazione europea «aperta, efficace e indipendente». Parlamento UE, *Towards an EU Regulation on Administrative Procedure?*, 2010, <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2010/432743/IPOL-JURI_ET\(2010\)432743_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2010/432743/IPOL-JURI_ET(2010)432743_EN.pdf)> (12/16).
- ¹⁵ Artt. 6 e 197 T.F.U.E.
- ¹⁶ Come la suddivisione in lotti nazionali che divengono noti a tutte le imprese che vi partecipano, le quali sono perciò invogliate a ricercare sinergie con altri: l. 17.2.1884, artt. 3, 38.
- ¹⁷ Comunicazione della Commissione sulla definizione di mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, 97/C, 372/03, del 9.12.1997.
- ¹⁸ Dir. 2014/24/UE, art. 39, § 2.
- ¹⁹ Art. 39, § 5, Dir. 24/2014/UE.
- ²⁰ Cfr. l'esperienza dell'*European Health Public Procurement Alliance – EHPPA*, associazione di diritto francese costituita nel 2013 al fine di facilitare la cooperazione e lo scambio di informazioni: <<http://www.ehppa.com/what-ehppa>> (12/16).
- ²¹ Dir. 2014/24/UE, considerando n. 73, che richiama il Reg. 593/2008/CEE, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali cd. Roma I. Reg. 1082/2006/CEE del Parlamento e del Consiglio 5.7.2006, su GECT, mod. da Reg. 1302/2013/UE del Parlamento e del Consiglio 17.12.2013 (in vigore dal 22.6.2014).
- ²² La «capacità amministrativa» delle amministrazioni nazionali «di attuare il diritto dell'Unione» è «questione d'interesse comune» (art. 197, T.F.U.E.).
- ²³ Dir. 24/2014/UE, art. 12, § 4.
- ²⁴ R.d. 4.2.1915, n. 148, t.u. leggi comunali e provinciali, art. 112; r.d. 3.3.1934, n. 383, art. da 156 a 172.
- ²⁵ Reg. 2278/69/Euratom, CECA, CEE.
- ²⁶ Lo 'Stato di diritto' è un principio fonte di altri principi generali espressione delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, che «possono essere fatti pienamente valere dinanzi a un organo giurisdizionale»: Commissione europea, *Comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio, Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, 11.03.2014, COM(2014), 158 fin., All. I.
- ²⁷ Così per l'Università e i centri di ricerca: *Programma quadro 'Horizon 2020'*.
- ²⁸ Così Dir. 2013/36/UE del Parlamento e del Consiglio 26.6.2013, *su enti creditizi e vigilanza*; Reg. 575/2013/UE del Parlamento e del Consiglio 26.6.2013.
- ²⁹ C. eur. dir. uomo, 7.3.2000, *T.I. c. the United Kingdom*; C. eur. dir. uomo, 2.12.2008, *K.R.S. c. the United Kingdom*; C. eur. dir. uomo, 21.1.2011, *M.S.S. c. Belgium and Greece*; C. eur. dir. uomo, 2.4.2013, *Mohammed Hussein c. the Netherlands and Italy*; C. eur. dir. uomo, 18.6.2013, *Halimi c. Austria and Italy*; C. eur. dir. uomo, 18.6.2013, *Abubeker c. Austria and Italy*; C. eur. dir. uomo, 6.6.2013, *Mohammed c. Austria*; C. eur. dir. uomo, 5.12.2013, *Sharifi c. Austria*; C. eur. dir. uomo, 7.5.2014, *Safaii c. Austria*; C. eur. dir. uomo, 3.7.2014, *Mohammadi c. Austria*; C. eur. dir. uomo, 21.10.2014, *Sharifi and Others c. Italy and Greece*; C. eur. dir. uomo, 4.11.2014, *Tarakhel c. Switzerland*; C. eur. dir. uomo, 11.12.2014, *AL.K. c. Greece*; C. eur. dir. uomo, 11.12.2014, *Mohamad c. Greece*; C. eur. dir. uomo, 13.1.2015, *A.M.E. c. the Netherlands*; C. giust., 19.4.2007, C-72/06, *Commission des Communautés européennes c. République hellénique*, C. giust., ord. 22.10.2008, C-130/08, *Commission des Communautés européennes c. République hellénique*; C. giust., 21.12.2011, C-411/10 e C-493/10, *N.S. e M.E.*
- ³⁰ *Libro verde sui servizi di interesse generale*, COM/2003/270/def.
- ³¹ *Strategia europea sulla salute*, COM (2007) 630 del 23.10.2007; art. 22, Reg. 1408/71/CEE del Consiglio 14.6.1971, sicurezza sociale dei lavoratori e loro familiari; art. 20, Reg. 883/2004/CEE del Parlamento e del Consiglio 29.4.2004, sistemi di sicurezza sociale; Dir. 2011/24/UE del Parlamento e del Consiglio 9.3.2011, diritti dei pazienti all'assistenza sanitaria transfrontaliera. Cfr. C. giust., 28.4.1998, C-158/96, *Kohll*; C. giust., 12.7.2001,

- C-157/99, *Smits e Peerbooms*; C. giust., 16.5.2006, C-372/04, *Watts*; C. giust., 19.4.2007, C-444/05, *Stamatelaki*; C. giust., 5.10.2010, C-512/08, *Commissione c. Francia*; C. giust., 5.10.2010, C-173/09, *Elchinov*.
- ³² C. giust., 13.2.1985, C-293/83, *Gravier*; C. giust., 21.6.1988, C-39/86, *Lair*.
- ³³ Talora intesa come 'Stato comunità': C. cost., 10.3.2014, n. 40; C. cost., 24.2.2010, n. 57; oppure come ordinamento: C. cost., 13.6.2014; C. cost., 5.4.2013, n. 60.
- ³⁴ C. cost., 20.7.2012, n. 198; C. cost., 7.6.2007, n. 179. Sul potere unilaterale dello Stato di dare attuazione agli enunciati costituzionali di *indebitamento* e di *spese per investimento*: C. cost., 18.2.2010, n. 52 e C. cost., 29.12.2004, n. 425.
- ³⁵ Per l'obbligo di adottare per l'abbattimento degli animali «procedure operative standard» secondo metodo definiti «in base ai dati scientifici disponibili», si veda l'art. 6, § 2, lett. B, Reg. 1099/2009/CEE del Consiglio 24.9.2009, *relativo alla protezione degli animali durante l'abbattimento*.
- ³⁶ Per l'autorizzazione alla macellazione «secondo i riti religiosi ebraico e islamico»: d.m. 11.6.1980; ma si veda già art. 9, co. 4, r.d. 20.12.1928, n. 3298, *Approvazione del regolamento per la vigilanza sanitaria delle carni*.
- ³⁷ European Commission, *Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and The Committee of the Regions, The European eGovernment Action Plan 2011-2015, Harnessing ICT to promote smart, sustainable & innovative Government*, Brussels, 15.12.2010, COM(2010) 743 fin.; Ey and Danish Technological Institute, *Study on eGovernment and the Reduction of Administrative Burden*, European Commission, 2014: 19 sgg. Nei paesi OCSE è destinato alle ICT in media fino al 2% del bilancio nazionale: su un campione di n. 23 paesi è possibile rinvenire n. 579 progetti dedicati alla digitalizzazione con un budget di oltre 10 milioni di dollari americani, cfr. OCSE, *Government at a Glance 2015*, Paris, 2015: 148 sgg., <http://dx.doi.org/10.1787/gov_glance-2015-en> (12/16). Per un esempio di pianificazione nazionale: *Digital Government: Building a 21st Century Platform to Better Serve the American People*, may 2012, <<https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/egov/digital-government/digital-government-strategy.pdf>> (12/16).
- ³⁸ D.lgs. 12.2.1993, n. 39; d.lgs. 07.3.2005, n. 82; l. 7.8.2015, n. 124.
- ³⁹ Sul processo civile telematico: d.l. 18.10.2012, n. 179, conv. in l. 17.12.2012, n. 221 e s.m.i.
- ⁴⁰ Cfr. la *G8 Open Data Charter*, <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/207772/Open_Data_Charter.pdf> (12/16).
- ⁴¹ Sulla necessità di favorire l'utilizzazione di *shared ledger* e *smart contracts* come strumenti d'amministrazione: Government Office for Science, *Distributed Ledger Technology: Beyond Block Chain*, 2016: 25 sgg.
- ⁴² Art. 27, l. 8.3.2000, n. 53, *Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città*, <<http://www.bancatempo.com>>.
- ⁴³ Come BlaBlaCar, Uber ecc.
- ⁴⁴ Autorità di regolazione dei trasporti, *Atto di segnalazione al Governo e al Parlamento sull'auto-transporto di persone non di linea: taxi, noleggio con conducente e servizi tecnologici per la mobilità*, 21.5.2015, <<http://www.autorita-trasporti.it>> (12/16). Cons. St., sez. V, sent. 3.02.2015, n. 518.
- ⁴⁵ *Rerum novarum*, 15.5.1891, § 16, 18; la «dignità dell'uomo» impone il riposo festivo e il «diritto a un salario sufficiente ai bisogni della vita».

Riferimenti bibliografici

- Aimo P. 2015, *Comuni e Province, funzioni e controlli*, (all. A), in *Amministrare*, 1: 7 sgg.
- Ajani G. 2012, *Un diritto comune europeo della vendita? Nuova complessità*, in *Contr. e impr.*: 71 sgg.
- Allegretti U. 1993, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VIII, Utet, Torino: 134 sgg.
- 1996, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Cedam, Padova.
- Alpa G. 2007, *Il diritto privato europeo: significato e confini del sintagma*, in G. Capilli, G. Alpa (a cura di), *Lezioni di diritto privato europeo*, Cedam, Padova: 3 sgg.
- Alpa G., Conte G., Perfetti U., Von Westphalen F.G. (a cura di) 2012, *The Proposed Common European Sales Law - the Lawyers' View*, SELP, Munich.
- Arcozzi Masino V. 1929, *La scuola economico-sociale cattolica dell'Ottocento*, introduzione a Leone XIII, *De Rerum Novarum*, *Enciclica sulla questione operaia*, *Studium*, Roma: 33 sgg.
- Astuto G. 2014, *L'amministrazione italiana. Dal centralismo napoleonico al federalismo amministrativo* (II ed.), Carocci, Roma.
- Auby J.-B. 2013, *Droit de la Ville. Du fonctionnement juridique des villes au droit à la Ville*, LexisNexis, Paris.
- Auby J.-B., Dutheil de La Rochère J. (dir.) 2014, *Traité de Droit administratif européen* (II ed.), Bruylant, Bruxelles.
- Barabási A.-L. 2010, *Bursts: The Hidden Pattern Behind Everything We Do*, Penguin, trad. it. a cura di Frediani S. 2010, *Lampi. La trama nascosta che guida la nostra vita*, Einaudi, Torino.
- Barberis M. (in stampa), *Gli infortuni della virtù. Corruzione, democrazia, diritti*, Relazione al Convegno *Corruzione e crisi sistemica*, Università di Torino, 18 maggio 2015, in corso di pubblicazione.
- Barendt E. 2010, *Academic Freedom and the Law (a Comparative Study)*, Hart Publishing, Oxford and Portland.
- Barnard C. 2010, *The Substantive Law of the EU, The Four Freedoms*, Oxford University Press, USA.
- Bassi N. 2004, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, Giuffrè, Milano.
- Benvenuti F. 1969, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, in F. Benvenuti, G. Miglio (a cura di), *L'unificazione amministrativa e i suoi protagonisti*, Neri Pozza, Vicenza: 75 sgg.
- 1994, *Il nuovo cittadino*, poi in *Scritti giuridici*, (vol. 1), *Vita e pensiero*, Giuffrè, Milano, 2006: 844.
- Bin M. 2000, *Per un dialogo con il futuro legislatore dell'attuazione: ripensare l'intera disciplina della non conformità dei beni nella vendita alla luce della direttiva comunitaria*, in *Contr. e impr. Europa*: 403 sgg.

- Bombardelli M. (in stampa), *La semplificazione delle fonti e i suoi riflessi sul diritto amministrativo*, Relazione presentata al Convegno annuale A.I.P.D.A. *Le fonti nel diritto amministrativo*, Padova, 9-10 ottobre 2015, in corso di pubblicazione.
- Bonini F. 2015, *Comuni e Province, circoscrizioni (all. A)*, in *Amministrare*, 1: 55 sgg.
- Brugi B. 1891, *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali nel sistema della giurisprudenza*, Società editrice libraria, Milano: 216 sgg.
- 1916, *L'analoga di diritto e il giudice legislatore*, in *Dir. Commerciale*: 261 sgg.
- Calandra P. 1978, *Storia dell'amministrazione pubblica in Italia*, il Mulino, Bologna.
- Cámara Lapuente S. 2003 (coord.), *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid.
- Campobasso G. 2006, *I gruppi di società*, in *Diritto delle società*, Utet, Torino.
- Cannari L., Chiri S. 2002, *Le infrastrutture economiche dall'Unità*, in P.L. Ciocca, G. Toniolo (a cura di), *Storia economica d'Italia, Industrie, mercati, istituzioni*, vol. III, Laterza, Roma-Bari: 262 sgg.
- Caravita B. 2015, "Parlamentarizzare" la crisi greca, in *Federalismi.it*, 4.
- Carloni E. 2014, *L'amministrazione aperta. Regole strumenti e limiti dell'open government*, Maggioli, Rimini.
- Carrea S. 2012, *La disciplina del gruppo europeo di cooperazione territoriale (GECT) tra diritto dell'Unione europea, autonomia statutaria e diritto internazionale privato: un tentativo di sintesi*, in *Dir. comm. internaz.*: 611 sgg.
- Cassese S. 2014, *Governare gli italiani. Storia dello Stato*, il Mulino, Bologna.
- Castronovo C. 2012, *Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa e diritto privato*: 289 sgg.
- Cavallo Perin R. 2013a, *Crisis del Estado de Bienestar. El Papel del Derecho Administrativo*, in J.L. Piñar Mañas (coord.) *Crisis económica y crisis del Estado de Bienestar. El Papel del Derecho Administrativo*, Editorial Reus, Madrid: 155 sgg., <http://www.robertocavalloperin.it/repository/Crisis_Economica.pdf> (12/2016).
- 2013b, *Beyond the Municipality: the City, its Rights and its Rites*, in *Italian Journal of Public Law*, V (2): 308, <<http://www.ijpl.eu/archive/2013/issue-22/beyond-the-municipality-the-city-its-rights-and-its-rites>> (12/2016).
- 2014, *I servizi pubblici locali: modelli gestionali e destino delle utilities*, in P.L. Portaluri (a cura di), *L'integrazione degli ordinamenti giuridici in Europa*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli: 35 sgg., <[http://www.robertocavalloperin.it/repository/I%20servizi%20pubblici%20locali%20modelli%20gestionali\(1\).pdf](http://www.robertocavalloperin.it/repository/I%20servizi%20pubblici%20locali%20modelli%20gestionali(1).pdf)> (12/2016).
- 2015, *Relazione conclusiva*, in *Atti del Convegno: Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove direttive*, Consiglio di Stato, Roma, 14.05.2014, in *Ius Publicum Network Review*, Report e Documentazione, Contratti della pubblica amministrazione, Link esterni, <http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/18_11_2015_18_40_Atti_del_Convegno_Consiglio_di_Stato_14_05.pdf> (12/16).
- Cerrina Feroni G. 2012, *Pubblico e privato nella erogazione delle prestazioni sanitarie. Italia, Germania, Svizzera a confronto*, in *Munus*: 65.

- Chevalier E. 2014, *Bonne administration et Union européenne*, Bruylant, Bruxelles.
- Chiappetti A. 1973, *L'attività di polizia. Aspetti storici e dogmatici*, Cedam, Padova.
- Chiti E. 2005, *Il principio di buona amministrazione*, in E. Chiti, C. Franchini, M. Gnes, M. Savino, M. Veronelli (a cura di), *Diritto amministrativo europeo – Casi e materiali*, Giuffrè, Milano: 39 sgg.
- 2010, *Trattato di Lisbona. La cooperazione amministrativa*, in *Giorn. Dir. Amm.*: 241-245.
- 2013, *La costruzione del sistema amministrativo europeo*, in M.P. Chiti (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano: 45 sgg.
- Chiti M.P. 2011, *Lo Spazio amministrativo europeo*, in *Studi in Onore di Alberto Romano*, I, Editoriale Scientifica, Napoli: 168 sgg.
- Ciatti A. 2012, *Postilla sull'attitudine unificatrice del diritto privato dell'Unione europea*, in *Contr. e impr. Europa*: 180 sgg.
- Cintioli F. 2005, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato – Poteri tecnici e «giurisdizionalizzazione»*, Giuffrè, Milano.
- 2008, *Discrezionalità tecnica (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.-Annali*, vol. II, t. II, Giuffrè, Milano: 471 sgg.
- Cocucci V. 2008, *Nuove forme di cooperazione territoriale transfrontaliera: il gruppo europeo di cooperazione territoriale*, in *Riv. it. Dir. pubbl. comunit.*: 891 sgg.
- Condinanzi M., Lang A., Nascimbene B. 2006, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Giuffrè, Milano.
- Consito M. 2009, *Accreditamento e terzo settore*, Jovene, Napoli.
- 2012, *L'immigrazione intellettuale. Verso un mercato unico dei servizi professionali*, Jovene, Napoli.
- 2014, *L'immigrazione tra pluralismo valoriale e multiculturalismo*, in *Fenomenologia e società*, 64.
- Conticelli M. 2012, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, Giuffrè, Milano.
- Costa Cardol M. 1989, *Ingovernabili da Torino. I tormentati esordi dell'Unità d'Italia*, Mursia, Milano.
- Costamagna F. 2011, *I servizi sociosanitari nel mercato interno europeo. L'applicazione delle norme dell'unione europea in materia di concorrenza, aiuti di Stato e libera circolazione dei servizi*, Editoriale Scientifica Italiana, Napoli.
- Craig P. 2013, *A General Law on Administrative Procedure, Legislative Competence and Judicial Competence*, in *European Public Law*, 19.
- D'Alessio G. 1993, *Il buon andamento dei pubblici uffici*, Clua, Ancona.
- D'Alterio E. 2015, *I controlli sull'uso delle risorse pubbliche*, Giuffrè, Milano.
- De Saussure F. 2005, *Cours de linguistique générale* (ed. orig. Paris 1922), trad. it. a cura di T. De Mauro, Laterza, Roma-Bari: 53 sgg.
- De Toni A.F., Comello L. 2009, *Prede o ragni. Uomini e organizzazioni nella ragnatela della complessità*, Utet, Torino.
- De Vitoria F. 2005, *De iure belli*, Laterza, Roma-Bari.

- della Cananea G. 2009, *Procedural Due Process of Law Beyond the State*, in A. Von Bogdandy, R. Wolfrum, J. von Bernstorff, P. Dann, M. Goldmann (a cura di), *The Exercise of Public Authority by International Institutions: Advancing International Institutional Law*, Springer, Heidelberg: 965 sgg.
- Di Gaspare G. 2012, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria*, Cedam, Padova.
- Di Martino C. 2007, *La convivenza tra culture*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, il Mulino, Bologna: 491 sgg.
- Dickmann R. 2006, *Il gruppo europeo cooperazione territoriale (GECT)*, in *Foro Amm. CDS*: 2902 sgg.
- Eco U. 2015, *Internet? Ha dato diritto di parola agli imbecilli: prima parlavano solo al bar e subito venivano messi a tacere*, <http://www.huffingtonpost.it/2015/06/11/umberto-eco-internet-parola-agli-imbecilli_n_7559082.html?utm_hp_ref=italy> (12/2016).
- Emmons S. 2001, *Freedom of Speech in China: A Possibility or a Prohibition*, in *Digital Commons at Loyola Marymount University and Loyola Law School*: 256-257.
- Engl A. 2007, *Future Perspectives on Territorial Cooperation in Europe: The EC Regulation on a European Grouping of Territorial Cooperation and the Planned Council of Europe Third Protocol to the Madrid Outline Convention concerning Euroregional Co-operation Groupings*, in *European Diversity and Autonomy Papers*: 5 sgg.
- Fabrini F. 2013, *Enhanced Cooperation under Scrutiny: Revisiting the Law and Practice of Multi-Speed Integration in Light of the First Involvement of the EU Judiciary*, in *Legal Issues of Economic Integration*, XL (3): 197 sgg.
- Ferrajoli L. 2013, *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, il Mulino, Bologna.
- Ferrara R. 2011, *L'interesse pubblico al buon andamento della pubblica amministrazione tra forma e sostanza*, in *Studi in onore di Alberto Romano* (vol. I), Editoriale Scientifica, Napoli: 335.
- Ferrari E. 2007, *L'uguale libertà del cittadino europeo: linee di frattura della corrispondente concezione nazionale di uguale libertà*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 931.
- Franchini C. 2013, *L'organizzazione amministrativa dell'Unione europea*, in M.P. Chiti (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano: 256 sgg.
- Gagliardi B. 2012, *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso*, Jovene, Napoli.
- Galetta D.U. 2010, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*: 601 sgg.
- 2011, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?*, Springer, Heidelberg Dordrecht, London New York.
- Galgano F. 2001, *I gruppi di società*, Utet, Torino.
- 2010, *Lex mercatoria*, il Mulino, Bologna.

- 2012, *Dai principi Unidroit ai principi europei sulla vendita*, in *Contr. e impr.*: 1 sgg.
- Galizia M. 1967, *La libertà di circolazione e soggiorno: dall'unificazione alla Costituzione repubblicana*, in P. Barile (a cura di), *La pubblica sicurezza. Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Neri Pozza, Vicenza: 483 sgg.
- Gardini G. 2014, *Le regole dell'informazione. Dal cartaceo al bit*, Giappichelli, Torino.
- George P. 2011, *Il diritto naturale nell'età del pluralismo*, a cura di A. Simoncini, Lindau, Torino.
- Giannini M. S. 1976, *Autonomie comunali e controlli statali*, in I. Zanni Rosiello (a cura di), *Gli apparati statali dall'unità al fascismo*, il Mulino, Bologna: 103 sgg.
- Giovannini G. 2014, *Relazione in Atti del Convegno: Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, Consiglio di Stato, 14.05.2014, in *Ius Publicum Network Review*, Report e Documentazione, Contratti della pubblica amministrazione, <http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/18_11_2015_18_40_Atti_del_Convegno_Consiglio_di_Stato_14_05.pdf> (12/16).
- Glaser M.A. 2014, *Les relations entre administrations pour l'exécution du droit de l'Union*, in *Traité de droit administrative européen*, diretto da J.-B. Auby, J. Dutheil de la Rochère, Bruylant, Bruxelles: 437 sgg.
- Gnes M. 2012, *I privilegi dello Stato debitore*, Giuffrè, Milano.
- Gordon S. 2013, *The potential for the internet in communist china*, in *International Journal of Cross-Cultural Studies and Environmental Communication*, 1: 55.
- Greenleaf G. 2013, *China's NPC Standing Committee privacy Decision: A small step, not a great leap forward*, in *Privacy Laws & Business International Report*, 121: 1-5.
- Grossi P. 1996, *Modelli storici e progetti attuali nella formazione di un futuro diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*: 285.
- 2003, *Dignità umana e libertà nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in M. Siclari (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino: 43 sgg.
- 2008, *La dignità nella Costituzione italiana*, in E. Ceccherini (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Editoriale Scientifica, Napoli: 79 sgg.
- Grossi V. 1905, *Emigrazione*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo Trattato completo di Diritto amministrativo*, vol. IV, pt. II, Società editrice libraria, Milano: 123 sgg.
- Hespanha A.M. 2013, *La cultura giuridica europea*, il Mulino, Bologna.
- Hofmann H.C.H., Schneider J.-P., Ziller J., *ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure (Book II – Administrative Rulemaking, ReNeual 2014)*, <<http://www.reneual.eu>>.
- Iliopoulou A. 2007, *Libre circulation et non discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles.
- Irti N., Severino E. 2001, *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Roma-Bari.

- Karran T. 2007, *Academic Freedom in Europe: A Preliminary Comparative Analysis*, in *Higher Education Policy*, 20: 289-313.
- Kuhn T. S. 1969, *The structures of scientific revolutions* (ed. orig. 1962), trad. it. a cura di A. Carugo, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Einaudi, Torino.
- Lafarge F. 2010, *Administrative Cooperation between Member States and Implementation of EU Law*, in *European Public Law*: 597 sgg.
- Langella S. 2007, *Teologia e Legge naturale. Studio sulle lezioni di Francisco de Vitoria*, Brigati, Genova.
- Lazzara P. 2001, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Cedam, Padova.
- 2010, *Discrezionalità tecnica*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg., Utet, Torino: 146.
- Lottini M. 2012, *From 'Administrative Cooperation' in the Application of European Union Law to 'Administrative Cooperation' in the Protection of European Rights and Liberties*, in *European Public Law*: 128 sgg.
- Lynch K. 2006, *The Image of the City* (ed. orig. 1960), trad. it. di P. Ceccarelli, *L'immagine della città*, Marsilio, Venezia.
- Luzzato G. 1968, *L'economia italiana dal 1861 al 1894*, Einaudi, Torino.
- Marrella F. 2003 *La nuova lex mercatoria: principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, Cedam, Padova.
- Martinelli C. 2014, *Diritto e diritti oltre la Manica*, il Mulino, Bologna.
- Mazzucato M. 2014, *Lo Stato innovatore* (ed. orig. *The Entrepreneurial State. Debunking Public vs. Private Sector Myths*, 2013), trad. it. di F. Galimberti, Laterza, Roma-Bari.
- Melis G. 2004, *Gli impiegati pubblici*, in Id. (a cura di), *Impiegati*, Rosenberg & Sellier, Torino: 20-21.
- 2015, *Fare lo Stato per fare gli Italiani*, il Mulino, Bologna.
- Merloni F. 1990, *Autonomie e libertà nel sistema della ricerca scientifica*, Giuffrè, Milano.
- Merusi F. 2013, *Integration between EU law and national administrative legitimacy*, in *Ius Publicum Network Review*, 2: 1 sgg.
- 2015, *Consiglio di Stato* (all. D), *abolizione del contenzioso* (all. E), in *Amministrare*, 1: 225 sgg.
- Milandri F. 2010, *Le discriminazioni strutturali al centro dei rapporti tra potere e diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XL (2): 563 sgg.
- Mitchell M. 2009, *Complexity. A guided tour*, Oxford University Press, Oxford-New York.
- Montalenti P. 1999, *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance. Studi in tema di società per azioni*, Cedam, Padova.
- 2007, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 52: 317.
- 2011, *Società per azioni, Corporate governance e mercati finanziari*, Giuffrè, Milano.
- 2013, *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 1: 42.

- Monti M. 2010, *Una nuova strategia per il mercato unico al servizio dell'economia e della società europea. Rapporto al Presidente della Commissione europea José Manuel Barroso*, 9 maggio.
- Mori S. 2015, *Sicurezza pubblica, diritti (all. B)*, in *Amministrare*, 1: 131 sgg.
- Mumford L. 2007, *The Culture of Cities* (ed. orig. 1938), trad. it. di M. Rosso, P. Scrivano, *La cultura delle città*, Einaudi, Torino.
- Nicolis G., Prigogine I. 1989, *Exploring Complexity: an introduction*, W.H. Freeman & Co, New York.
- Nigro M. 1957, *L'edilizia popolare come servizio pubblico (Considerazioni generali)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*
- 1980, *Il governo locale*, Bulzoni, Roma.
- Nitti F.S. 1905, *Principi di scienza delle finanze*, Luigi Pierro, Napoli.
- Oberdoff H. 2014, *La fonction publique de l'Union européenne*, in *Traité de Droit administratif européen*, diretto da J.-B- Auby, J. Dutheil de La Rochère (II ed.), Bruylant, Bruxelles: 291 sgg.
- O'Leary S. 2011, *Free Movement of Persons and Services*, in P. Craig, G. de Búrca, *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford-New York: 499 sgg.
- Orsi Battaglini A. 1990, *Libertà scientifica, Libertà accademica e valori costituzionali*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà. Scritti in onore di Paolo Barile*, Cedam, Padova: 89 sgg.
- Panebianco M. 2005, *Ius communicationis totius orbis: il riproporsi dello ius gentium fra continuità e novità*, in *Roma e America. Diritto romano e comune*, 19-20: 403 sgg.
- Pinelli C. 1994, *Art. 97, I° co., parte II, Il "buon andamento" e l'"imparzialità" dell'amministrazione*, in G. Branca, e poi A. Pizzorusso (a cura di), *La Pubblica Amministrazione, Commentario della Costituzione*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma.
- 2011, *Il buon andamento dei pubblici uffici e la sua supposta tensione con l'imparzialità. Un'indagine sulla recente giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I, Editoriale Scientifica, Napoli: 726 sgg.
- Politi F. 2006, *Il rispetto della dignità umana nell'ordinamento europeo*, in S. Mangiameli (a cura di), *L'ordinamento europeo*, vol. I: *I principi dell'Unione*, Giuffrè, Milano: 43 sgg.
- 2011a, *Diritti sociali e dignità umana nella costituzione repubblicana*, Giappichelli, Torino.
- 2011b, *La tutela della dignità dell'uomo quale principio fondamentale della Costituzione Repubblicana*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. III, Editoriale Scientifica, Napoli: 2661 sgg.
- Polsi S. 2015, *Lavori pubblici (all. F)*, in *Amministrare*, 1: 287 sgg.
- Ponce Solé J. 2011, *EU Law, Global Law and the Right to Good Administration*, in E. Chiti, B.G. Mattarella (a cura di), *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison* (Part 2), Springer, Verlag Berlin Heidelberg: 133 sgg.

- Ponzio S. 2014, *Joint Procurement and Innovation in the new EU Directive and in some EU-funded projects*, in *Ius Publicum Network Review*, 2, <http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/20_03_2015_13_12-Ponzio_IusPub_JointProc_def.pdf> (12/16).
- Porchia O. 2008, *Principi dell'ordinamento europeo. La cooperazione pluridirezionale*, Zanichelli, Bologna.
- Pototschnig U. 1964, *I pubblici servizi*, Cedam, Padova.
- Rabinovici I. 2012, *The Right to Be Heard in the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *European Public Law*, XVIII (1): 149 sgg.
- Racca G.M. 2014a, *Joint Procurement Challenges in the Future Implementation of the New Directives*, in F. Lichère, R. Caranta, S. Treumer (a cura di), *Modernising Public Procurement: the New Directive*, DJOF Publishing, Copenhagen: 225 sgg.
- 2014b, *Nuove prospettive per l'aggregazione dei contratti pubblici nel contesto europeo*, in R. Fernandez Acevedo, P. Valcarcel Fernandez (a cura di), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor: 455-492.
- 2014c, *Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, in *Atti del Convegno: Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove direttive*, Consiglio di Stato, Roma, 14.05.2014, in *Ius Publicum Network Review*, Report e Documentazione, Contratti della pubblica amministrazione, <http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/18_11_2015_18_40_Atti_del_Convegno_Consiglio_di_Stato_14_05.pdf> (12/16).
- 2015, *Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici*, in *Italiadecide Rapporto*, il Mulino, Bologna: 489 sgg.
- Racca G.M., Cavallo Perin R. 2011, *Organizzazioni sanitarie e contratti pubblici in Europa: modelli organizzativi per la qualità in un sistema di concorrenza*, in A. Pioggia, S. Civitarese Matteucci, G.M. Racca, M. Dugato (a cura di), *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, Maggioli, Rimini: 193-215.
- Racca G. M., Yukins C. R. 2014, *Steps for Integrity in Public Contracts*, in G.M. Racca, C.R. Yukins (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruylant, Bruxelles: 8 sgg.
- Ragno F. 2008, *Convenzione di Vienna e diritto privato europeo*, Cedam, Padova.
- Ranelletti O. 1904, *La polizia di sicurezza*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. IV, pt. I, Società editrice libraria, Milano.
- Rolla G. 2012, *Profili costituzionali della dignità umana*, in *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Giuffrè, Milano: 1077 sgg.
- Romano S. 2013, *L'ordinamento giuridico* (ed. orig. 1918), in *L'ultimo Santi Romano*, Giuffrè, Milano: 3 sgg.

- Rordorf R. 2008, *Gli amministratori indipendenti*, in P. Bilancia, G.C.M. Rivolta (a cura di), *Tutela del risparmio, Authorities, Governo societario*, Giuffrè, Milano: 172 sgg.
- Rossano D., *Ancora in tema di crisi dell'euro. Il caso 'Grecia' e le sue implicazioni sulla moneta unica*, in *Federalismi.it*, 6.
- Rostagno F. 1887, *Contabilità di Stato, Corso Teorico-Pratico sull'attuale sistema contabile del Regno d'Italia*, Vallardi, Milano.
- Ruotolo M. 2011, *Appunti sulla dignità umana*, in *Studi in onore di Franco Modugno* (vol. IV), Editoriale Scientifica, Napoli: 3123 sgg.
- Salerno M. 2011, *Il Regolamento Dublino II*, in F. Angelini, M. Benvenuti, A. Schillaci (a cura di), *Atti del Convegno Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza (Roma 2-3 febbraio 2011)*, Jovene, Napoli: 106 sgg.
- Saltari L. 2007, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Giuffrè, Milano.
- Sánchez-Lorenzo S.A. 2013, *Common European Sales Law and Private International Law: Some Critical Remarks*, in *Journal of Private International Law*: 191 sgg.
- Sandulli A., Vesperini G. 2011, *L'organizzazione dello Stato unitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 47 sgg.
- Sauron J.-L. 2014, *Les réseaux d'administrations nationales et de l'Union européenne*, in *Traité de Droit administratif européen*, diretto da J.-B. Auby, J. Dutheil de La Rochère (II ed.), Bruylant, Bruxelles: 401 sgg.
- Savino M. 2012, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Giuffrè, Milano.
- Sbordone F. 2008, *Contratti internazionali e lex mercatoria*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli.
- Schulze R., Stuyck J. (a cura di) 2011, *Towards a European Contract Law*, Sellier, Munich.
- Schwarze J. 2012, *European Administrative Law in the Light of the Treaty of Lisbon*, in *European Public Law*: 285 sgg.
- Sepe S. 1996, *Burocrazia e apparati amministrativi: evoluzione storica e prospettive di riforma*, Giuffrè, Milano.
- Serio A. 2009, *Il principio di buona amministrazione procedurale. Contributo allo studio del buon andamento nel contesto europeo*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli: 21 sgg.
- Severino E. 1988, *La tendenza fondamentale del nostro tempo*, Adelphi, Milano.
- Sigismondi I. 2011, *Il principio di buon andamento tra politica e amministrazione*, Jovene, Napoli.
- Silvestri G. 2012, *La dignità umana come criterio di bilanciamento dei valori costituzionali*, in *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Giuffrè, Milano: 1179 sgg.
- Soresina M. 2015, *Sanità pubblica (all. C)*, in *Amministrare*, 1: 179 sgg.
- Spaventa E. 2007, *Free Movement of Persons in the European Union, Barriers to Movement in their Constitutional Context*, Kluwer Law International, Alphen Aan Den Rijn.

- Stelkens U. 2014, *Vers la reconnaissance de principes généraux paneuropéens du droit administratif dans l'Europe des 47?*, in *Traité de Droit administratif européen*, diretto da J.-B. Auby, J. Dutheil de La Rochère (II ed.), Bruylant, Bruxelles: 731 sgg.
- Sutherland P. 1992, *The Internal Market after 1992: Meeting the Challenge. Report presented to the Commission by the High Level Group on the functioning of the Internal Market*, 28.10.1992.
- Taylor M.C. 2005, *The Moment of Complexity. Emerging Network Culture* (ed. orig. 2001), trad. it. a cura di B. Antonielli d'Oulx, *Il momento della complessità. L'emergere di una cultura a rete*, Codice edizioni, Torino.
- Tonoletti B. 2016, *La fuga dal regolamento*, relazione al Convegno annuale AIPDA *Le fonti nel diritto amministrativo*, Padova, 9-10 ottobre 2015, in *Annuario 2015*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Tosatti G. 2015, *Sicurezza pubblica, organizzazione centrale e periferica, (all. B)*, in *Amministrare*, 1: 91 sgg.
- Trimarchi Banfi F. 1992, *Organizzazione economica ad iniziativa privata ed organizzazione economica ad iniziativa riservata negli artt. 41 e 43 della Cost.*, in *Pol. dir.*: 5 sgg.
- 2007, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in M.P. Chiti, G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, vol. I, Giuffrè, Milano: 52 sgg.
- Trimarchi M. 2011, *L'art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali e la disciplina dell'attività amministrativa in Italia*, in *Dir. amm.*: 537 sgg.
- Vesperini G. 2011, *Vincolo europeo e diritti nazionali*, Giuffrè, Milano.
- Vincenti U. 2009, *Diritti e dignità umana*, Laterza, Roma-Bari.
- Yang F., Mueller M.L. 2014, *Internet governance in China: a content analysis*, in *Chinese Journal of Communication*, VII (4): 446-447.
- Ziller J. 2014, *Les droits administratifs nationaux: caractéristiques générales*, in *Traité de Droit administratif européen*, diretto da J.-B. Auby, J. Dutheil de La Rochère (II ed.), Bruylant, Bruxelles: 746 sgg.
- Zittrain J., Edelman B. 2003, *Internet Filtering in China*, in *IEEE Internet Computing*: 72.
- Zucconi G. 2003, *Il municipio, nuovo soggetto urbanistico: la svolta di fine Ottocento*, in P. Dogliani, O. Gaspari (a cura di), *L'Europa dei Comuni*, Donzelli, Roma: 64 sgg.

L'ORGANIZZAZIONE DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI E LO STATO NAZIONALE: I PROFILI EVOLUTIVI

Fabio Saitta

SOMMARIO – 1. Le opzioni organizzative per l'ammodernamento della pubblica amministrazione italiana. 2. Il riassetto del governo locale. 3. L'aziendalizzazione delle amministrazioni pubbliche: il modello. 4. (*segue*) Le aziende sanitarie. 5. Politica e amministrazione: un nodo gordiano. 6. Il lavoro pubblico tra privatizzazioni e rilegificazione. 7. Modernizzazione dell'amministrazione e ruolo dei sindacati. 8. La riorganizzazione dell'ordine pubblico. 9. Servizi pubblici e tutela degli utenti. 10. L'organizzazione amministrativa della tecnica.

1. Le opzioni organizzative per l'ammodernamento della pubblica amministrazione italiana

Nel marzo 2001, un rapporto dell'OCSE attestava gli «impressionanti progressi» realizzati in pochi anni dal nostro Paese sul terreno della qualità della regolazione, della semplificazione burocratica e dell'ammodernamento delle amministrazioni, elencando dati positivi invero inattesi e dei quali la stessa opinione pubblica e la classe politica non sembravano avere percezione¹. I primi anni del terzo millennio hanno, tuttavia, registrato un arresto della spinta riformatrice, per cui appena cinque/sei anni dopo grandi organizzazioni internazionali tornavano ad individuare fra i principali fattori del basso tasso di crescita e del declino della competitività italiana la bassa qualità media delle prestazioni e dei servizi delle amministrazioni pubbliche e l'alto livello dei costi da regolazione e burocrazia (Bassanini, Garofoli, 2014: 4).

A far data dall'inizio della XVI legislatura, il cantiere delle riforme è stato riaperto e si sta provando a conseguire l'obiettivo di accompagnare e promuovere la crescita civile e lo sviluppo economico, nonché di assicurare servizi pubblici di alta qualità a costi contenuti, mediante strumenti nuovi: dopo decenni di privatizzazioni, si assiste, infatti, ad «una nuova domanda di “pubblico”. Ma di un pubblico moderno, efficiente, rispettoso dell'autonomia del privato» (Bassanini, Garofoli, 2014: 9).

Per proseguire nel cammino delle riforme e non vanificare gli sforzi già fatti, è, quindi, indispensabile individuare un modello organizzativo idoneo e, prim'ancora, delimitare i confini della c.d. «sfera pubblica», cioè dell'area di intermediazione pubblica, già significativamente ridotta dai processi di liberalizzazione, semplificazione e privatizzazione attraverso i quali si è «cercato di superare l'iper-

trofia regolatrice tipica delle amministrazioni arretrate» (Dente, 2001: 1050). A tal fine, va tenuto presente che, negli ultimi anni, tutti i sistemi amministrativi dei paesi industrializzati sono stati investiti da significativi processi di riforma e che, ancorché le caratteristiche assunte dagli stessi siano state assai diverse, alcuni aspetti sono stati affrontati in pressoché tutti gli ordinamenti amministrativi europei e rappresentano tuttora delle opzioni organizzative ineludibili per qualsiasi tentativo di riforma: il grado di accentramento/decentramento dei sistemi amministrativi; la tipologia e la caratterizzazione di organismi, meccanismi e sedi di raccordo tra i soggetti amministrativi presenti ai diversi livelli territoriali; i rapporti tra politica ed amministrazione e la disciplina della dirigenza pubblica; l'individuazione di figure di snodo fra l'indirizzo politico-amministrativo e la gestione; la presenza di strumenti di pianificazione, implementazione, sostegno e verifica dei risultati dei processi di riforma (D'Alessio, 2005: 175 sgg.).

2. Il riassetto del governo locale

Tra le riforme del sistema amministrativo italiano degli ultimi venticinque anni, va sicuramente menzionata la redistribuzione di poteri e compiti tra Stato, Regioni ed enti locali: tra tutti, il caso delle province, che fino a quindici anni fa erano un'istituzione residuale, dotata di competenze frammentate e marginali, mentre oggi assomigliano tanto a quegli enti intermedi di area vasta che ritroviamo negli assetti istituzionali di tutti i Paesi di dimensioni geografiche e demografiche paragonabili a quelle italiane (Bassanini, 2010: 5).

Come ricordato nell'apposito contributo ad esse dedicato nell'ambito degli studi sul centocinquantesimo (il riferimento è al saggio di L. Donato, *La riforma delle province e le forme di cooperazione tra i comuni*, in questo volume), nell'epoca più recente, ad esaltare il ruolo delle province erano state prima le riforme Bassanini e dopo il T.U. sugli enti locali, che ha attribuito all'ente intermedio un'innovativa funzione di programmazione e coordinamento dei comuni soprattutto in materia di gestione del territorio. Il ruolo centrale dell'ente intermedio quale ente di governo di area vasta si era, infine, consolidato con il suo riconoscimento costituzionale, rafforzato dall'abrogazione dei tradizionali controlli sugli atti amministrativi e dall'autonomia statutaria e regolamentare riconosciuta dall'art. 117, comma 6, della Costituzione. Con la riforma del Titolo V, erano venuti meno alcuni istituti di impostazione centralista, con il chiaro intento di assecondare una ritrovata impostazione regionalistica ed autonomistica ormai presente sulla scena da alcuni anni e che l'attuazione del principio di sussidiarietà aveva reso ineludibile. Nel prosieguo, il sistema, che tentava di emancipare anche economicamente gli enti locali dai trasferimenti operati dallo Stato, si è però rivelato fallimentare, sollecitando più volte interventi straor-

dinari da parte del governo centrale volti ad appianare – per quanto possibile – i disastri finanziari imputabili ad una gestione poco avveduta.

A questo punto, sul piano teorico, l'Italia aveva una duplice possibilità: abolire le province ovvero riordinarle. Com'è noto, si è optato per la seconda alternativa, sia perché i disegni pendenti alla Camera erano prevalentemente orientati in quella direzione e l'abolizione delle province avrebbe richiesto comunque una legge costituzionale², sia per una serie di motivazioni di natura ordinamentale: i maggiori Paesi europei (ad es., Francia, Germania, UK e Spagna) hanno tre livelli di governo territoriale; alcune funzioni di area vasta richiedono un livello di gestione necessariamente sovracomunale, ma infraregionale; l'attribuzione di tali funzioni alle Regioni – le quali avrebbero dovuto delegarle agli enti di area vasta (come, appunto, le stesse province) ovvero svolgerle direttamente – avrebbe comportato una lievitazione dei costi (il personale regionale costa di più di quello degli enti locali) ed uno snaturamento della Regione, che da ente politico deputato a legiferare e programmare sarebbe divenuto un ente amministrativo con funzioni operative (Patroni Griffi, 2012: 9).

Stabilendo che il livello provinciale o metropolitano non costituisce più «ambito territoriale obbligatorio o di necessaria corrispondenza per l'organizzazione periferica delle pubbliche amministrazioni» (art. 1, comma 147, della legge n. 56 del 2014), la c.d. legge Delrio ha aperto ad una complessiva riorganizzazione dello Stato, non più necessariamente collegata alla dimensione provinciale (Vandelli, 2014: 260): prevedendo che ogni amministrazione statale deve individuare ambiti territoriali ottimali di esercizio delle funzioni per la propria amministrazione periferica, si rompe la continuità tra il livello politico-amministrativo provinciale e l'organizzazione di numerose funzioni che dovranno, verosimilmente, essere riaccorpate e redistribuite a livello regionale, anche alla luce dell'eventuale istituzione delle città metropolitane (De Santis, 2004: 18).

Com'è stato notato (il riferimento è al saggio di Donato in questo volume), la scelta di fondo operata con la legge Delrio è stata accolta in modo critico dalla dottrina, che ne ha giustamente sottolineato la portata accentratrice ed il sostanziale svuotamento delle prerogative del livello intermedio, ma non può tacersi il fatto che il margine di discrezionalità che il nuovo sistema di attribuzione delle funzioni reca con sé risulta indispensabile per realizzare il conferimento delle funzioni secondo una logica più vicina al dettato dell'art. 118 della Costituzione. In questo quadro generale va letta la ridefinizione delle funzioni operata per la provincia, cui vengono attribuite funzioni di pianificazione territoriale e coordinamento, di tutela e valorizzazione dell'ambiente, di pianificazione dei servizi di trasporto, di programmazione della rete scolastica, di assistenza tecnico-amministrativa agli enti locali, di gestione dell'edilizia scolastica e di controllo dei fenomeni discriminatori in ambito occupazionale. Si tratta di

funzioni di gran lunga ridimensionate rispetto a quelle attribuite dal T.U.E.L. Pur determinando una forte spinta centralista, la legge raggiunge l'immediato risultato positivo di rimuovere la dualità e la concorrenza/conflittualità tra comuni e province; ove applicata nello spirito dell'art. 118 della Costituzione, essa può in concreto determinare quella soddisfazione dei principi di adeguatezza e differenziazione che presuppongono un'efficienza ed un'efficacia nello svolgimento della funzione che, anche ove affidate all'ente intermedio, verranno gestite secondo le indicazioni provenienti dagli enti territoriali che compongono lo stesso ente intermedio.

In attesa che questa riforma – che, dunque, prevede che le nuove province, più 'leggere' delle città metropolitane, cedano buona parte delle loro funzioni e risorse a Regioni e comuni, assumendo limitate funzioni di supporto, strumentali al coordinamento su base territoriale dell'azione comunale – trovi compiuta attuazione (Vesperini, 2014: 794 sgg.), il sistema autonomistico assume contorni più nitidi: rispetto al disegno originario, emerge un assetto semplificato, imperniato su due soli livelli di rappresentanza diretta delle comunità – in alto le Regioni ed in basso i comuni – con compiti e capacità nettamente differenziate (Savino, 2015: 658).

Tale ambizioso programma dovrà, però, far i conti con l'entrata in vigore della legge di stabilità per il 2015 (legge n. 190 del 2014), che, sfruttando la riforma delle province per scopi di risanamento della finanza pubblica, ribalta del tutto il procedimento di formazione dei nuovi organi territoriali: essa, infatti, impone a Regioni, province e città metropolitane un obbligo contributivo così gravoso da non consentire una adeguata riallocazione delle funzioni non fondamentali agli enti subentranti, i quali rischiano di trovarsi privi delle risorse finanziarie necessarie per lo svolgimento delle funzioni medesime (Asprone, 2015: 23).

3. L'aziendalizzazione delle amministrazioni pubbliche: il modello

Nel 'Rapporto Giannini' del 1979, si leggeva, tra l'altro, che «[r]ipensare la posizione delle amministrazioni dello Stato significa rendersi conto che [...] lo Stato ha accentuato il suo carattere, che prima aveva solo in parte, di azienda di attività terziaria»³. Ebbene, com'è stato recentemente notato, tale concetto ha effettivamente guidato il successivo percorso della riforma amministrativa, la cui intera parabola si è ispirata, seppure con accenti diversi, alla ricetta dell'aziendalizzazione.

I processi di modernizzazione amministrativa e di riqualificazione gestionale ed organizzativa delle pubbliche amministrazioni sono stati, infatti, connotati, da un lato, dal superamento del rigido paradigma bipolare basato sulla dicotomia Stato/mercato e, dall'altro, da un deciso riferimento alle teorie azienda-

li e manageriali. La comparsa di imprese e di enti di erogazione pubblici e l'apertura alla partecipazione hanno messo in crisi l'idea di una netta separazione tra Stato e società, tra amministrazione e privati. Un numero sempre maggiore di organizzazioni pubbliche entra in diretto contatto con consumatori ed utenti, si articola al suo interno ed opera verso terzi secondo regole di diritto privato, per cui si accresce, nel corso del tempo, la tendenza ad una riorganizzazione in senso manageriale ed aziendalistico della pubblica amministrazione (Polimene, 2009: 8).

Grazie anche alla legge sul procedimento amministrativo, fanno, quindi, ingresso nel diritto delle amministrazioni pubbliche nozioni tipiche dell'economia aziendale – come, ad es., efficienza, efficacia ed economicità (Comite, Rolli, 2008), la cui concreta applicabilità a tutti i settori dell'attività amministrativa è, peraltro, tutt'altro che certa e sicuramente non semplice.

Da qui l'opportunità di indagare, nell'ambito degli studi sul centocinquantesimo, sulla c.d. 'aziendalizzazione', da intendere come processo di trasformazione di enti pubblici in aziende – dal regime giuridico non privatistico, ma meno soggetto al controllo politico – al fine di garantire efficaci servizi d'interesse pubblico.

Nel contributo appositamente dedicato a tale fenomeno (v. A. Romeo, *Il modello dell'azienda per le amministrazioni pubbliche*, in questo volume), si analizza, innanzitutto, il modello organizzativo dell'amministrazione italiana, caratterizzata, fino agli anni Ottanta del secolo scorso, da un approccio di tipo prevalentemente giuridico-burocratico, con evidenti conseguenze anche per ciò che concerne il profilo gestionale. Come riferisce l'Autrice, sul presupposto di una sovrapposizione tra società civile ed amministrazione pubblica, determinata dal fatto che quest'ultima svolge compiti di regolamentazione del funzionamento della prima, si è diffusa l'idea del modello burocratico come tipico schema organizzativo delle amministrazioni pubbliche. Si tratta di un modello che punta sui compiti e sulle mansioni più che sulle relazioni tra gli stessi, privilegiando il criterio di specializzazione tecnico-operativa o di tipo formale in forza del quale viene a realizzarsi una segmentazione dei processi amministrativi per fasi ed un'aggregazione di compiti e mansioni secondo omogeneità di tipo tecnico-operativo o formale, a prescindere dal risultato che l'attività è volta a realizzare. A partire dagli anni Novanta, il legislatore tenta di realizzare un assetto istituzionale ed organizzativo imperniato sull'autonomia e sulla responsabilità delle singole unità, che ora necessita di ulteriore sviluppo e potenziamento, da realizzare attraverso una ridefinizione della soggettività istituzionale di alcuni enti e la riorganizzazione delle modalità di gestione di alcune funzioni e competenze, con l'obiettivo di valorizzare l'aspetto di aziendaliità delle amministrazioni pubbliche.

Rispetto a tale assetto, il sistema italiano si è evoluto in senso regionalista e, in parte, federalista, configurando un modello di Stato decentrato ove l'en-

te intermedio è costituito dalla Regione, rispetto alla quale si pone il problema di un effettivo decentramento delle funzioni; modello decentrato che si caratterizza per la distribuzione tra i vari livelli di governo del potere decisionale reale sulle fonti di finanziamento correlato alle funzioni a ciascuno attribuite e si fonda sull'idea per la quale ad ogni livello di governo – soprattutto gli enti locali – dev'essere riconosciuta l'autonomia e la responsabilità nell'individuare un equilibrio economico individuale attraverso proprie decisioni sui tributi, sui prezzi dei servizi, sull'uso del patrimonio.

Così configurato, tale sistema si rivela coerente con il modello aziendale per il quale il sistema pubblico si delinea come 'sistema di aziende' da responsabilizzare dal punto di vista economico. In quest'ottica, il modello aziendale risulta potenziato, atteso che la politica delle entrate, piuttosto che integrare un elemento della politica economica di sistema, appare come una delle dimensioni della strategia aziendale che si rapporta alle scelte in ordine alle funzioni da svolgere ed ai servizi da erogare.

Si tratta di una prospettiva che, puntando sugli effetti 'interni' all'azienda pubblica più che su quelli 'esterni', fa leva sul buon funzionamento di questa e sul perseguimento di soddisfacenti livelli di economicità.

D'altra parte, un sistema decentrato vale a garantire una maggiore flessibilità di risposta ai fabbisogni finanziari della gestione, consentendo all'ente locale di modulare il proprio intervento attraverso aumenti di entrate ad aumenti imprevisti o non controllabili di spesa ovvero far luogo ad un ampliamento della quantità o della qualità dei servizi erogati attraverso un aumento di spesa, a tale stregua procedendo ad un più stretto collegamento tra scelte di politica di finanziamento da parte degli organi istituzionali e loro attuazione ad opera degli organi tecnico-professionali, ossia 'aziendali'.

Com'è evidente, si tratta di un modello che, fondandosi su un più elevato grado di autonomia tributaria e finanziaria in senso ampio, nonché di autonomia istituzionale, responsabilizza, in modo più diffuso, i soggetti istituzionali tanto con riguardo alle scelte politiche quanto a quelle amministrative.

La quantità dei risultati, riguardati sotto il profilo dell'efficacia, dell'efficienza e dell'economicità dell'azione amministrativa, si rapporta, infatti, in via diretta ed immediata alla qualità delle scelte adottate da ogni ente, le quali, a loro volta, si rapportano alla qualità delle persone che agiscono nell'ente, siano esse organi politici o burocratici. Alla luce di tali rilievi, è evidente, dunque, come l'evoluzione dal modello burocratico a quello aziendale passi attraverso l'adozione di una prospettiva più ampia per la quale la disamina dei profili organizzativi delle amministrazioni pubbliche deve convenientemente attingere alla dottrina economico-aziendale che ha ravvisato in queste ultime aspetti propri dei fenomeni aziendali, riconoscendo come ormai definitivamente superata e sem-

plicistica l'affermazione secondo cui è peculiare e tipica del sistema privato la dimensione di 'produzione della ricchezza' e peculiare o tipica del sistema pubblico la 'dimensione allocativa o redistributiva' della stessa.

Infatti, le dimensioni della produzione e della distribuzione (allocazione) della ricchezza sono strettamente interdipendenti e fortemente influenzate sia dalle regole del mercato e dalle scelte dei soggetti che in esso operano, sia dalle regole del sistema pubblico e dalle scelte dei soggetti che in essi esercitano poteri sull'uso di risorse economiche. La necessità di effettuare scelte sostenibili impone che esse siano fondate su un maggiore equilibrio tra criteri di correttezza istituzionale, opportunità politica, razionalità economica e gestionale. Assistiamo infatti, da un lato, ad un crescente peso del settore pubblico nell'economia caratterizzato da un basso livello di produttività; dall'altro, ad una rilevanza della qualità delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché del livello di efficienza dell'amministrazione pubblica, che costituiscono fattore di successo nella competizione globale tra sistemi-paese ed aree-sistema.

Dopo aver evidenziato come il dibattito sul processo di aziendalizzazione dell'amministrazione italiana sia debitore delle acquisizioni raggiunte dal movimento culturale del *New Public Management*, ossia della necessità di un approccio di tipo pragmatico fondato su presupposti molto semplici, l'Autrice osserva che un reale processo di aziendalizzazione della pubblica amministrazione deve puntare ancor di più su alcuni dati fondamentali: 1) una decisa separazione di compiti tra la sfera amministrativa e quella politica, sì da farne due ambienti realmente indipendenti; 2) una più ampia autonomia e responsabilità dei dirigenti, anche attraverso la piena privatizzazione del rapporto di lavoro; 3) l'attenzione verso il risultato della gestione e la previsione di meccanismi premiali o penalizzanti in rapporto agli obiettivi raggiunti; 4) l'introduzione di nuovi sistemi informativo-contabili e l'aggiornamento dei meccanismi di controllo e programmazione. In quest'ottica, occorre, pertanto, procedere non solo ad un potenziamento dei sistemi informatizzati ed all'adozione di meccanismi di selezione, inserimento e sviluppo professionale del personale basati su competenze specifiche, sul merito e sulla professionalità, quanto ad una ridefinizione della macrostruttura e delle posizioni organizzative, nonché all'introduzione di sistemi di programmazione e controllo di breve periodo e di pianificazione di lungo periodo, unitamente all'introduzione di nuovi sistemi contabili (contabilità generale di tipo economico-patrimoniale, contabilità analitica dei costi a fini di controllo o di scelte tra alternative).

Poiché, nei sistemi di programmazione razionale, può registrarsi una preponderanza dei profili formali rispetto a quelli sostanziali, è preferibile adottare un sistema di pianificazione strategica, cioè far leva sugli aspetti gestionali strategicamente rilevanti al conseguimento degli obiettivi: un approccio, dunque, se-

condo il quale l'attività di pianificazione si sostanzia nella determinazione delle 'regole per decidere' e non già nell'assunzione di decisioni su aree e contenuti di attività. È, del resto, evidente come nell'attuale momento storico, caratterizzato da un radicale ripensamento delle decisioni e dell'estensione dell'intervento pubblico, e soprattutto da una forte contrazione delle risorse finanziarie destinate al settore pubblico, l'identificazione di una corretta strategia dei servizi o delle aree di attività rivesta fondamentale importanza: non potendo più provvedere in maniera esaustiva su tutti gli ambiti, l'azienda pubblica deve effettuare una serie di scelte tra i settori di attività ai quali destinare le ridotte risorse finanziarie ed umane. Appare, quindi, opportuno configurare nel settore pubblico un processo di programmazione strategica articolato su tre fasi: 1) definizione delle aree di analisi; 2) identificazione delle aree di intervento, dei settori di attività, dei servizi «critici» per l'azienda; 3) determinazione delle politiche per le aree critiche. Nella prospettiva assunta, l'evoluzione del processo di aziendalizzazione non può che accompagnarsi all'affermazione di un modello di amministrazione maggiormente teso alla realizzazione di logiche di rete e di *partnership*, tanto nei rapporti tra soggetti pubblici quanto in quelli pubblico-privato, decisamente orientato ad una plurisoggettività che si manifesta attraverso modalità di consultazione e partecipazione volontaria e sensibile all'impatto del nuovo modello sul cittadino. I temi della partecipazione e della sussidiarietà, pertanto, segnano oggi significative linee evolutive per un reale rinnovamento della pubblica amministrazione, toccando la concezione stessa del modo di governare. In questo senso, si propone la ricerca di sistemi atti a rafforzare il ruolo della società civile nell'ambito dei processi decisionali pubblici, individuando opportuni strumenti di partecipazione dei cittadini alle scelte di governo. Se l'aziendalizzazione dell'amministrazione italiana costituisce, oggi, una 'riforma' che pone il problema delle concrete modalità della sua realizzazione, la funzione e la responsabilità dei soggetti cui spetta quella funzione di promozione, progettazione e gestione del mutamento rappresenta, invece, una 'rivoluzione' che, oggi più che mai, appare indispensabile nell'Italia della crisi (o quasi del *default*).

4. (segue) *Le aziende sanitarie*

Il suddescritto fenomeno dell'aziendalizzazione assume connotati certamente peculiari ove calato nello specifico contesto dell'organizzazione del governo della sanità.

L'indagine svolta in tal senso nell'ambito degli studi sul centocinquantesimo (v. F. Saitta, *L'organizzazione della salute: uno sguardo al (recente) passato per costruire il futuro*, in questo volume), – intesa sostanzialmente ad individuare, alla luce dell'evoluzione normativa, i difetti del sistema attuale al fine di proce-

dere ad eventuali ulteriori riforme – muove doverosamente dall'analisi delle ragioni del sostanziale fallimento della legge n. 833 del 1978, che era imperniata su nuovi appositi organismi, le unità sanitarie locali, la cui incerta natura giuridica rappresentò probabilmente una delle sue principali criticità. Al fallimento della riforma contribuirono, altresì, l'eccessiva politicizzazione degli organi, nominati secondo criteri di lottizzazione partitica, e l'estensione illimitata ed indiscriminata delle prestazioni, dovuta anche alla mancata approvazione dei piani sanitari, incautamente affidata ad una legge della Repubblica assai difficile da confezionare, che fece lievitare in misura insostenibile i costi del sistema, costringendo il legislatore ad intervenire di frequente per ripianare i disavanzi di bilancio delle u.s.l., *ergo* sostanzialmente a ridimensionare la portata dei principi di globalità e gratuità del servizio sanciti dalla stessa legge.

Nel tentativo di porre rimedio alle inefficienze del sistema delineato dalla riforma del 1978, via via dimostratosi sempre più ingovernabile, il legislatore procedette, dapprima, ad alcuni interventi minori sull'organizzazione interna delle u.s.l. e, successivamente, con la c.d. legge-ponte del 1991, alla sostituzione degli organi politici con un amministratore straordinario nominato dalla Regione, dotato di «tutti i poteri di gestione, compresa la rappresentanza legale».

I tempi erano ormai maturi per un riordino complessivo, che venne varato con il decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, cui fece seguito il decreto legislativo correttivo 7 dicembre 1993, n. 517. Pur non travolgendo del tutto l'impianto della legge istitutiva del 1978, il riordino del 1992-1993 presenta rispetto alla stessa diversi punti di netta rottura, tra cui l'estromissione pressochè totale dei comuni dalla gestione della sanità e la configurazione dell'u.s.l. come ente regionale; l'aziendalizzazione e depoliticizzazione delle u.s.l. attraverso la previsione di un solo organo monocratico di gestione scelto dalla Regione sulla base della competenza tecnica; l'autonomia degli ospedali maggiori, incorporati dalle u.s.l.; la responsabilizzazione finanziaria delle Regioni; la configurazione di un sistema di concorrenza tra strutture pubbliche e private, fondato sull'accreditamento ed il finanziamento a tariffa delle strutture medesime. Ma novità assai significative si sono registrate anche con riguardo all'erogazione di prestazioni e servizi, adesso oggettivamente condizionata dalle risorse finanziarie che si ritiene di poter mettere a disposizione del SSN, ed alla 'deparlamentarizzazione' del piano sanitario nazionale. Al riordino del 1992-1993 ha poi fatto seguito l'ulteriore riassetto organizzativo del SSN operato con il decreto legislativo 19 giugno 1999, n. 229 (c.d. 'decreto Bindi'), che, da un lato, ha portato a compimento processi già avviati nel 1992 e, dall'altro, ha recuperato aspetti più vicini alla legge istitutiva del 1978.

Nel sistema attuale, dunque, il modulo organizzativo prescelto è quello aziendalistico, con una netta separazione tra competenze gestionali, affidate alla com-

ponente manageriale dell'organizzazione, e competenze di indirizzo, imputate a soggetti politico-rappresentativi esterni ad essa. Le u.s.l., il cui numero viene ridotto fino ad avere un ambito territoriale coincidente, di regola, con quello della provincia, divengono «aziende con personalità giuridica pubblica e autonomia imprenditoriale», che «informano la propria attività a criteri di efficacia, efficienza ed economicità e sono tenute al rispetto del vincolo di bilancio, attraverso l'equilibrio di costi e ricavi, compresi i trasferimenti di risorse finanziarie». Esse «[a]giscono mediante atti di diritto privato» ed anche «la loro organizzazione e funzionamento sono disciplinati con atto aziendale di diritto privato». Elementi di marcata originalità presenta, altresì, l'atto aziendale di diritto privato che «individua le strutture operative dotate di autonomia gestionale o tecnico-professionale, soggette a rendicontazione analitica», ed è soggetto esclusivamente al «rispetto dei principi e criteri stabiliti con [...] legge regionale».

Tuttavia, l'aziendalizzazione delle u.s.l. comporta problemi ben maggiori di quelli posti da una qualsiasi altra privatizzazione di strutture o soggetti pubblici: gli operatori della sanità, infatti, agiscono nel settore sensibile dei diritti sociali e, anzi, per la tutela e la promozione del diritto sociale per eccellenza. Il che vale sicuramente a proiettare i problemi dell'organizzazione e della gestione del SSN nell'ottica, tutta particolare, del servizio universale, e di un servizio nel quale (e relativamente al quale) i noti obiettivi di risultato dell'efficacia e dell'efficienza, dell'equilibrio costi-ricavi, ecc. debbono essere necessariamente apprezzati secondo uno scrutinio di comparazione fra valori che non può essere meccanicisticamente limitato al mero fatto gestionale, alla semplice evidenza di un risultato misurabile secondo i principi dell'analisi costi-benefici. Ciò induce a ritenere che l'u.s.l. sia configurata come azienda, cioè come soggetto che si organizza ed agisce per l'erogazione del servizio in termini imprenditoriali, in un senso ben preciso: si tratta, infatti, di un soggetto pubblico che, in forza dell'autonomia imprenditoriale, utilizza gli strumenti privatistici al fine di assicurare la tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo ed interesse primario della collettività.

La scelta, di totale rottura con il precedente assetto in quanto chiaramente intesa a dare una caratterizzazione più tecnica al governo locale della sanità, basato adesso su un'azienda pubblica di servizio gestita non più da pseudo esperti di partito, ma da *managers*, che, ancorché collegati al mondo politico, fossero responsabilizzati in base ai principi di efficienza, produttività ed economicità, in un regime di competitività imprenditoriale, comportava certamente una netta diminuzione del tasso di democraticità nel governo della materia, ma appariva, almeno in astratto, coerente. Ciò, soprattutto, in quanto il legislatore, sia nel 1992 che, forse in misura ancora maggiore, nel 1999, aveva avuto cura di dotare l'organo di vertice della riordinata u.s.l. di una gamma di poteri così

estesa da renderlo *dominus* assoluto. Senonché, pur godendo di così ampi poteri di gestione, raramente il direttore generale è stato in grado di governare in totale autonomia, sfruttando appieno le proprie potenzialità. Ciò per ragioni non soltanto, per così dire, fisiologiche in quanto legate a previsioni normative che, più o meno consapevolmente, ne circoscrivevano i margini d'intervento, ma anche, in certa misura, patologiche, ossia derivanti dal persistente controllo esercitato su di esso, per varie ragioni evidenziate nel corso dell'indagine, dai partiti politici.

Vengono, poi, analizzate le altre 'variabili' attorno alle quali dovrà fondarsi qualsiasi ulteriore progetto di riordino del governo della sanità, le quali riguardano il problema dell'allocazione e della distribuzione dei compiti e delle funzioni tra Stato e Regioni, il rapporto fra le strutture pubbliche e quelle private ed il reperimento delle risorse in un sistema sanitario non più basato sulla rilevazione dei bisogni cui si assicura soddisfacimento, ma condizionato a parametri finanziari precostituiti (Guldani, 2007).

L'indagine si conclude con l'individuazione di alcuni eventuali interventi legislativi che potrebbero favorevolmente incidere sui fattori di più elevata criticità che sono stati costantemente al centro dell'attenzione dei legislatori di ogni epoca: la costruzione di un modello gestionale più o meno pubblicistico o privatistico ed il rapporto fra strutture pubbliche e private.

5. Politica e amministrazione: un nodo gordiano

Un'indagine sui modelli organizzativi non può prescindere dal tema dei rapporti tra politica ed amministrazione, che costituisce una delle questioni più complesse e delicate nell'ambito del sistema delle pubbliche amministrazioni, anche perché va a toccare il cuore dei processi decisionali dei pubblici apparati.

Com'è noto, nel rapporto tra politica ed amministrazione, il dirigente rappresenta un elemento indispensabile, ricoprendo egli un ruolo strategico durante il momento dell'organizzazione e, quindi, di riflesso, nell'attuazione delle politiche pubbliche. Non è un caso che il ruolo dirigenziale vada sviluppandosi in base alle trasformazioni delle funzioni amministrative e si adegui al contenuto delle attività politiche; ma proprio in virtù dei poteri, delle funzioni e del ruolo che ricopre, la stessa dirigenza è in grado di influire sui processi di evoluzione delle amministrazioni e sulle politiche di riforma delle stesse.

A tal proposito, va detto subito che, al di là di quanto si sarebbe indotti a pensare, il problema della garanzia della posizione dei dirigenti pubblici e della loro autonomia operativa nei confronti del potere degli organi politici è affrontato in modi assai diversi nei vari Paesi europei. Come ci è stato riferito da attenta dottrina (D'Alessio, 2005), in alcuni casi (come, ad es., in Italia), la garanzia

viene cercata sul piano strettamente normativo, attraverso strumenti e meccanismi di tipo giuridico-formale: il legislatore si preoccupa di tutelare la trasparenza degli accessi alla dirigenza, la stabilità del rapporto dei dirigenti con l'amministrazione e/o dei loro incarichi di funzioni, di definire gli istituti retributivi, di introdurre articolati procedimenti per la verifica delle responsabilità dirigenziali. In altri casi (ad es., in Francia ed in Gran Bretagna), invece, la difesa dello *status* dirigenziale si basa soprattutto su alcuni elementi di forza acquisiti nel tempo dalla stessa dirigenza: la consapevolezza del proprio ruolo istituzionale, lo spirito di corpo, l'effettiva qualificazione professionale, la specifica formazione culturale, le regole deontologiche proprie della categoria, il prestigio di cui la categoria gode all'interno del sistema.

Si registrano differenze anche relativamente alla partecipazione ed integrazione dei funzionari pubblici nella vita politica, in taluni casi (ad es., in Belgio ed in Austria) ammessa e diffusamente praticata, in altre realtà nazionali espressamente esclusa (come, ad es., in Polonia ed in Gran Bretagna) o sottoposta a limiti (come, ad es., in Italia ed in Ungheria).

Secondo un'opinione largamente condivisa, comunque, la questione di fondo risiede nell'individuazione – specie per gli incarichi dirigenziali di livello più elevato – di un giusto punto di equilibrio fra il rispetto di elementi di «oggettività» nell'individuazione dei destinatari ed il riconoscimento di un inevitabile tasso di «fiduciarità» nella scelta dei titolari degli uffici di maggiore rilievo (D'Alessio, 2005).

Va da sé, poi, che, nell'operare il bilanciamento tra politicità/soggettività e tecnicità/oggettività, entrano in gioco altri fattori: i sistemi di ingresso nei ranghi dirigenziali e di raggiungimento dei livelli più alti (in alcuni Paesi si privilegia l'accesso di coloro che già appartengono ai ruoli amministrativi, in altri si preferiscono procedure aperte agli esterni); la forma giuridica del rapporto che s'instaura tra dirigenti ed amministrazione (in alcune realtà nazionali si ritiene indispensabile mantenere un regime pubblicistico, in altre sono stati adottati modelli privatistici); le modalità di revoca degli incarichi dirigenziali e le relative garanzie procedurali (in tutti i sistemi amministrativi sono presenti strumenti che consentono all'organo politico di 'liberarsi', in modo più o meno discrezionale, di dirigenti sgraditi, ma in alcune realtà – come, ad es, quella britannica – equilibri di fatto e prassi consolidate garantiscono comunque una certa stabilità delle posizioni dirigenziali); la durata temporale degli incarichi.

Ciò premesso, nell'apposito contributo dedicato a questi temi nell'ambito degli studi sul centocinquantesimo (v. R. Caridà, *Il rapporto politica ed amministrazione*, in questo volume), si segnala, innanzitutto, che dal testo costituzionale emergono tre modelli di amministrazione corrispondenti alla dialettica dipendenza politica-autocefalia ed a quella accentrato-decentramento e, quindi, seppure compatibili nell'impianto voluto dai Costituenti, sicuramente conflittuali.

Si osserva, poi, come la distinzione tra politica ed amministrazione concili due principi: quello democratico (che vede i pubblici poteri sottoposti al circuito politico rappresentativo) e quello di imparzialità. A tal fine, la burocrazia (il cui compito è di porre in essere funzioni amministrative per eseguire gli obiettivi fissati dall'organo di indirizzo politico) garantisce la continuità nell'amministrazione a prescindere dai cambi di maggioranza (e comunque in virtù di un rapporto fiduciario); ma la stessa burocrazia è nelle condizioni di attenuare l'invadenza della politica e di garantire, pertanto, anche il principio di imparzialità, ove la titolarità della decisione amministrativa venga riservata ad una burocrazia eticamente corretta, oltre che professionale. Al rapporto gerarchico tra vertice politico ed amministrativo si sostituisce quello di direzione: il vertice politico (organi di governo delle amministrazioni) ha attribuzioni di indirizzo/direzione e controllo/valutazione dei relativi risultati, quello amministrativo ha funzioni di amministrazione concreta e di gestione. Tra gli obiettivi di tali riforme c'era sicuramente quello di valorizzare la dirigenza pubblica. E tutto sommato, poiché un regime di netta separazione non è pensabile nel nostro sistema politico-amministrativo, ipotizzare meccanismi di valorizzazione attribuendo alla dirigenza un progressivo riconoscimento del suo ruolo decisionale potrebbe rivelarsi l'idea di base sulla quale riorganizzare le amministrazioni pubbliche, nella duplice prospettiva di accrescerne l'efficienza e di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa, limitando ingerenze politiche sulle decisioni dirigenziali.

Come si è detto, però, sul rapporto politica-amministrazione incidono anche le modalità di conferimento degli incarichi e la valutazione dei dirigenti. Prima delle riforme degli anni '90, non erano previsti limiti di durata e, mentre i responsabili degli uffici dirigenziali di fatto erano inamovibili, i ministri erano sottoposti a continui avvicendamenti a causa dei cambi di governo, risultando poco incisivi ai fini di un'efficace azione amministrativa. Il nuovo modello prevede adesso che, ai fini del conferimento dell'incarico, si tenga conto, in relazione alla natura ed alle caratteristiche degli obiettivi prefissati ed alla complessità della struttura interessata, delle attitudini e delle capacità professionali del singolo dirigente, dei risultati conseguiti in precedenza nell'amministrazione di appartenenza e della relativa valutazione, delle specifiche competenze organizzative possedute, nonché delle esperienze di direzione eventualmente maturate all'estero, presso il settore privato o altre amministrazioni pubbliche, purché attinenti all'affidamento dell'incarico. La durata degli incarichi costituisce un aspetto critico - se troppo breve, rende i dirigenti maggiormente influenzabili dai vertici politici dai quali dipende la conferma dell'incarico; se troppo lunga, può consentire ai dirigenti comportamenti ostruzionistici nei confronti degli indirizzi del vertice politico - e per questo è stata più volte modificata dal legislatore. Nel sistema attuale, al dirigente vengono assegnati risorse ed obiettivi;

il positivo rapporto tra i due elementi, anche in termini di azione amministrativa concreta, costituisce un parametro oggettivo nella valutazione finalizzata al rinnovo dell'incarico, per cui la fiducia, se costituisce un tratto caratterizzante in sede di primo conferimento dell'incarico (unitamente ad un'esperienza professionale particolarmente qualificata), in sede di rinnovo perde rilievo, assorbita dalla positività dei risultati.

Anche il sistema dello *spoils system*, ponendo dei problemi di natura costituzionale, ha subito più di una rivisitazione normativa, specie a seguito dei reiterati interventi della Corte costituzionale, che ne ha ristretto gli ambiti di operatività al fine di assicurare garanzie positive dell'indipendenza che deve caratterizzare lo status della posizione dirigenziale: oggi esso riveste carattere eccezionale e derogatorio rispetto al principio costituzionale di buon andamento e la cessazione automatica al novantesimo giorno dal voto sulla fiducia al Governo rimane nelle amministrazioni statali nei casi tassativamente previsti per legge, con riferimento agli incarichi di vertice, caratterizzati da una stretta contiguità con il vertice politico.

La temporaneità degli incarichi dirigenziali, tuttavia, continua a produrre effetti distortivi, per cui non può che vedersi con favore il rafforzamento dell'autonomia dirigenziale che ha provato ad operare la recente 'legge Madia' (legge n. 124 del 2015), prospettando la creazione di un mercato competitivo, basato sul merito, sia per l'accesso alla dirigenza che per l'affidamento degli incarichi, rafforzando le garanzie in sede di conferimento e di rinnovo degli stessi e promuovendo l'effettività della valutazione dei risultati, circoscrivendo al contempo la responsabilità dirigenziale alle originarie ipotesi del testo unico del 2001.

Le regole per evitare una nuova subordinazione della dirigenza alla politica, insomma, ci sono ed a ben guardare già c'erano; si spera che ci sia anche la volontà politica di agire in modo nuovo (Gentile, 2014: 9).

6. *Il lavoro pubblico tra privatizzazioni e rilegificazione*

Strettamente connesso al tema dei rapporti politica-amministrazione è quello della c.d. privatizzazione del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici: già nel disegno originario, infatti, la formula della privatizzazione è stata associata ad una rigorosa distinzione tra politica ed amministrazione.

Come ben rappresentato nell'apposito contributo dedicato a questo tema nell'ambito degli studi sul centocinquantesimo (v. E.A. Apicella, *Pubblico impiego: poteri organizzativi e gestionali*, in questo volume), nell'originario regime privato della seconda metà dell'Ottocento, il rapporto tra governo ed impiegati era considerato una relazione di natura non giuridica, ma politica, e le poche norme che lo regolavano non erano ritenute idonee a radicare posizioni soggettive azionabili dinanzi al giudice.

A seguito della pubblicizzazione indotta dal giudice amministrativo all'inizio del secolo scorso, valorizzando il profilo dell'esercizio delle funzioni pubbliche rispetto a quello della prestazione lavorativa erogata in funzione della retribuzione percepita dal pubblico dipendente, l'organizzazione del lavoro è stata *tout court* ricondotta all'organizzazione amministrativa; gli atti datoriali delle pubbliche amministrazioni sono stati direttamente ricostruiti come esercizio di potere organizzativo o, quantomeno, in essi sono state rinvenute implicazioni sul piano dell'organizzazione; la prestazione lavorativa è stata considerata parte integrante ed elemento strutturale dell'organizzazione pubblica, collegata nel suo oggetto ai fini istituzionali dell'amministrazione, cosicché la disciplina dei contenuti del rapporto ha finito per confluire nella disciplina dell'organizzazione, in quanto direttamente funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico.

La privatizzazione del rapporto degli anni '90 colloca nel diritto comune l'esercizio dei poteri datoriali di organizzazione e gestione, in parallelo ai poteri unilaterali dell'imprenditore privato.

Nella prima stagione della privatizzazione, il legislatore si limita a differenziare il regime dell'organizzazione amministrativa da quello della regolazione e gestione dei rapporti di lavoro del personale: l'organizzazione degli uffici è regolata mediante atti del potere pubblico (leggi, atti normativi di natura regolamentare, atti amministrativi) e le relative determinazioni amministrative sono direttamente finalizzate al perseguimento di obiettivi di pubblico interesse; l'organizzazione del lavoro e la gestione del rapporto sono invece collocate nella disciplina di diritto comune.

Il perdurante intreccio tra organizzazione e gestione e l'ambiguità della distinzione tra organizzazione degli uffici e organizzazione del lavoro, impongono, nella seconda fase della privatizzazione, l'individuazione di una nuova linea di confine tra diritto pubblico e diritto privato, che separa dall'interno la stessa organizzazione degli uffici; il regime di diritto privato attinge quella parte di attività organizzativa che, per la sua attinenza ai profili operativo-gestionali, assume rilievo interno all'amministrazione, mentre permane la regolazione unilaterale e pubblicistica dei profili rilevanti sul piano della struttura degli apparati amministrativi. Gli atti amministrativi di organizzazione a contenuto generale si arrestano sulla soglia della regolazione, ossia dell'indirizzo, e non possono invadere il campo riservato alla responsabilità della dirigenza, preposta all'assunzione delle determinazioni operative e gestionali, attuative della regolazione generale. Tale assetto è funzionale al rafforzamento della distinzione tra indirizzo politico-amministrativo ed attività dirigenziale, che avviene proprio attraverso la diversificazione del regime giuridico dei rispettivi atti di organizzazione, nonché all'assunzione della piena responsabilità della dirigenza per le attività riconducibili in senso ampio all'ambito gestionale. La conformità a legge degli atti e

procedimenti di diritto privato posti in essere ai fini della costituzione, gestione e organizzazione dei rapporti di lavoro deve essere valutata esclusivamente secondo gli stessi parametri utilizzati per i datori di lavoro privati, secondo una precisa scelta del legislatore nel senso dell'adozione di moduli privatistici dell'azione amministrativa, conforme al principio di buon andamento.

La ricerca focalizza poi, in particolare, il tema dell'applicazione all'attività della pubblica amministrazione dei limiti interni all'esercizio dei poteri discrezionali del datore di lavoro privato e le future prospettive del relativo sindacato giurisdizionale. Poiché i poteri unilaterali e le attività discrezionali o valutative non sono riconducibili ad esercizio di potere pubblico o di discrezionalità amministrativa, nelle relative determinazioni anche la pubblica amministrazione rimane soggetta ai limiti derivanti dall'applicazione dei canoni di correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.) che orientano i poteri privati e, più in generale, vincolata alla rispondenza della scelta a criteri di adeguatezza e ragionevolezza. Le regole civilistiche di valutazione delle condotte esecutive del contratto (collettivo o individuale) possono trovare fondamento nei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, atteso che l'art. 97 Cost. presuppone non solo la negazione di poteri maggiori di quelli riconosciuti al datore di lavoro privato, bensì l'affermazione di un limite ulteriore costituito dal canone di imparzialità. In quest'ambito, trova collocazione la problematica della motivazione delle determinazioni dirigenziali organizzative e gestionali, assoggettate ai principi dell'autonomia privata e, in primo luogo, alla regola della normale irrilevanza dei motivi, nonostante si tratti di attività preordinata al conseguimento di finalità di pubblico interesse. In tal senso, il controllo sull'osservanza del vincolo di scopo potrebbe essere riferito al solo risultato dell'attività complessiva, rimanendo escluso un controllo di validità del giudice in ordine alla corrispondenza ai fini pubblici dei singoli atti dirigenziali di organizzazione; gli strumenti salienti che la legge predispone a garanzia del perseguimento dell'interesse pubblico da parte degli atti di esercizio del potere di diritto privato delle amministrazioni sono rappresentati dagli atti di indirizzo degli organi di governo in materia di organizzazione e gestione del personale e dal sistema dei controlli sui risultati complessivi dell'attività organizzativa dirigenziale. In alcuni casi, tuttavia, la giurisprudenza ha ricondotto la necessità di esternare le ragioni delle scelte operate dall'amministrazione proprio ai canoni di correttezza e buona fede, indirizzando verso l'opinione di quella dottrina che ritiene che dall'assoggettamento dell'attività del datore di lavoro pubblico ad un vincolo di scopo derivino conseguenze in ordine al relativo regime giuridico e che la procedimentalizzazione imponga l'emersione delle ragioni della decisione, consentendone la verifica sotto diversi profili. Frequenti sono i casi in cui l'obbligo di motivazione è ora espressamente previsto dalla stessa norma (di legge o contratto) attributiva del potere.

Nel periodo più recente, il sostanziale fallimento della privatizzazione avviata nel 1993 – che aveva prodotto un aumento dei costi del lavoro pubblico al quale non aveva corrisposto un aumento della produttività, non era riuscita a far decollare il criterio del merito, aveva attivato poco e male la mobilità ed aveva prestato scarsa attenzione alla qualità del personale – ha indotto il legislatore a limitare l'ambito della contrattazione attraverso una parziale rilegificazione della materia (si allude alla c.d. 'riforma Brunetta' di cui alla legge n. 15 del 2009 ed al decreto attuativo n. 150 dello stesso anno): chiaro indizio di un considerevole aumento, da un lato, della fiducia nella politica e nelle virtù della regolazione pubblicistica e, dall'altro, della sfiducia verso i sindacati e le virtù dell'autoregolazione.

Sembra così riproporsi l'amletico dubbio che ha costantemente connotato l'intera parabola della riforma del pubblico impiego: «delegificare, affidando all'amministrazione (cioè all'Aran e alla dirigenza) il compito di negoziare con i sindacati un percorso di avvicinamento del lavoro pubblico a quello privato, oppure rilegificare, rimettendo alla politica il compito di arginare dal centro, con misure unilaterali, le derive corporative che hanno condizionato la contrattazione?» (Savino, 2015: 676).

7. Modernizzazione dell'amministrazione e ruolo dei sindacati

Quindici anni fa, a conclusione di un'attenta disamina delle riforme amministrative degli anni '90 del secolo scorso, un attento studioso si esprimeva nei seguenti termini: «Sarebbe quanto meno ironico che, dopo aver conosciuto dei rallentamenti e delle contraddizioni a causa della resistenza del sindacato confederale, da sempre sospettoso nei confronti di una forte dirigenza pubblica, oggi il processo si arrestasse o addirittura si invertisse a causa delle pressioni del sindacalismo autonomo. Vi sarebbe davvero da disperare sulle possibilità che questo paese riesca finalmente a portare a compimento una vera modernizzazione delle sue organizzazioni pubbliche» (Dente, 2001: 1059).

Più recentemente, pur notando con piacere come l'approvazione della riforma delle regole sulla rappresentanza e rappresentatività sindacale consenta oggi al Governo di far a meno di convocare centinaia di organizzazioni sindacali al tavolo delle trattative con l'Aran, «compreso chi [...] rappresentava solo se stesso», accreditata dottrina non poteva far a meno di constatare che «la contrattazione integrativa, anche per carenze di risorse finanziarie, ha completamente fallito l'obiettivo affidatole dalla legge di riforma, quello di essere uno strumento efficace di promozione della produttività e di valorizzazione del merito» (Bassanini, 2010: 4).

Giudizi assai negativi sui sindacati si registrano anche in una recentissima analisi sulle riforme amministrative, nella quale si segnala come la contrattazione

abbia fallito i suoi obiettivi non soltanto per non avere favorito l'aziendalizzazione, ma anche perché, approfittando della debolezza della controparte pubblica, rappresentata a livello decentrato da una dirigenza poco interessata ad esercitare i poteri manageriali e «poco idonea a gestire un conflitto con una controparte sindacale con cui i vertici politici hanno interesse ad accordarsi» (Cassese, 2013: 315), ha finito per consegnare ai sindacati spazi non loro, come le scelte relative alla c.d. micro-organizzazione ed alla gestione delle carriere» (Savino, 2015: 672 e 675). Da qui la scelta della c.d. riforma Brunetta di limitare – come si è detto – l'ambito della contrattazione mediante una parziale rilegificazione della materia, al fine di proteggere la sfera di competenza del *manager* pubblico dall'invasione della contrattazione decentrata. La riforma del 2009, tuttavia, non ha provato a sovvertire la prassi degli accordi diretti tra sindacati e governo, ragion per cui l'ARAN resta «a metà strada fra il *nuncius* e un notaio di decisioni assunte altrove» (D'Auria, 2010: 12). Anche la recentissima 'legge Madia' tenta di controllare la contrattazione decentrata, da un lato, rafforzando la componente amministrativa della parte datoriale, chiamata a svolgere anche una funzione di assistenza nella contrattazione integrativa; dall'altro, limitando ulteriormente l'ambito della contrattazione a vantaggio della legge, *ergo* della componente politica del datore di lavoro pubblico.

Non manca chi, al contrario, rivendica un più ampio ruolo del sindacato, assumendo che esso «ha contribuito all'unica grande riforma attuata: quella degli anni Novanta con la “privatizzazione del rapporto di lavoro” e la riforma degli assetti delle amministrazioni centrali e locali» e, ritenendo il «ritorno al primato della contrattazione con regole nuove [...] un punto irrinunciabile, per introdurre rigore, trasparenza e controllabilità, oltre che diritti del lavoro», stigmatizza il blocco senza fine dei rinnovi contrattuali disposto dal Governo (Gentile, 2014: 1).

Nell'indagine svolta nell'ambito degli studi sul centocinquantenario (v. G. De Vinci, *L'effetto unificante delle relazioni sindacali sull'evoluzione organizzativa delle pubbliche amministrazioni*, in questo volume), si assume che l'attività di contrattazione dei sindacati nel pubblico impiego sia stata determinante nel favorire un processo di unificazione dal basso che passasse attraverso l'omogeneizzazione di modelli relazionali e istanze economiche. Secondo questa impostazione, infatti, nella continua tensione tra necessità di rinnovamento e resistenza al cambiamento, le organizzazioni sindacali, attraverso le politiche di contrattazione e concertazione, hanno accompagnato il passaggio da una burocrazia fortemente tradizionale ad una funzionalmente connotata, incidendo, in maniera ora collaborativa ora conflittuale, sulla capacità di adeguamento della pubblica amministrazione all'innovazione ed alle esigenze contemporanee, secondo schemi uniformi su tutto il territorio nazionale. Il punto di osservazione prescelto si

colloca a metà strada rispetto agli studi sui poteri datoriali nel pubblico impiego, sempre più caratterizzati da elementi mutuati dal lavoro privato (v. Apicella cit.), ed all'annoso rapporto tra politica ed amministrazione (v. Caridà cit.), andando a svolgere una funzione di camera di compensazione tra opposte tendenze normative e di conciliazione di istanze sociali disegualmente rappresentate. Si tratta, peraltro, di considerazioni che devono tener conto della qualità ed efficienza dei servizi prestati dalle varie amministrazioni ai cittadini cui ogni struttura amministrativa deve naturalmente tendere, garantendo l'erogazione di utilità sociali e non la soddisfazione di vuoti indicatori di performance riconducibili al *New Public Management* di derivazione anglosassone. È indubbio, d'altronde, che l'azione sindacale abbia nel tempo modificato la propria portata innovatrice sull'organizzazione amministrativa e lo *status* dei dipendenti pubblici; ciò per propria involuzione o, molto più spesso, a causa delle riforme legislative, anche recenti, che – come più volte evidenziato – ne hanno limitato il ruolo e la forza rappresentativa. Allo stato, peraltro, il dialogo sociale tra istituzioni e sindacati risulta fortemente compromesso anche perché condizionato dalle politiche di finanza pubblica, che risentono della congiuntura economica sfavorevole e dei vincoli imposti all'Italia dall'Unione europea, proiettando così ad un livello sovranazionale ed in un'ottica comparatistica l'analisi del problema. Ciò anche al fine di verificare se sussistano margini per l'adozione di una disciplina unitaria in ambito europeo delle dinamiche contrattuali del pubblico impiego, basandosi su un quadro di principi e regole comuni, seppure nel rispetto delle tradizioni amministrative di ciascun ordinamento. La Dichiarazione di Roma del 6 ottobre 2014, sottoscritta da tutti i maggiori sindacati europei e rivolta contro le politiche di austerità per richiedere un maggiore coinvolgimento delle parti sociali nelle riforme strutturali, prefigura, fin d'ora, la prossima concretizzazione di un modello di rappresentatività europea quale primo passo utile per superare il contrasto interno tra potere politico e burocrazia e per convertire i vincoli di austerità imposti dalla gestione della crisi economica in strumenti di coesione e sviluppo.

8. *La riorganizzazione dell'ordine pubblico*

Nell'ambito degli studi sul centocinquantenario, un interessante contributo, muovendo da una sintetica ricognizione dei rapporti e delle relazioni tra Ministero dell'Interno, prefetture, sindaci ed in genere enti locali nell'ambito dell'esercizio della funzione di ordine pubblico in epoca post-unitaria, si occupa della significativa evoluzione che si è registrata nella materia dell'ordine pubblico prima in funzione dell'entrata in vigore della Costituzione, poi a seguito dell'istituzione delle Regioni e della riforma degli enti locali tra il 1970 ed il 1990, infine

a partire dalla riforma costituzionale del Titolo V (v. F. Tigano, *Organizzazione dell'ordine pubblico*, in questo volume). L'analisi mira non solo ad illustrare l'attuale impostazione organizzativa nell'ambito della funzione di ordine pubblico, ma anche a leggerne i più significativi cambiamenti nelle diverse epoche storiche e ad individuare i nuovi equilibri interni all'ordinamento, non senza porsi, infine, il problema del rapporto con l'Unione europea (che, peraltro, già emerge dall'analisi della legislazione).

Dopo un breve *excursus* sulla legislazione post-unitaria, l'Autore analizza la situazione successiva all'avvento della Costituzione repubblicana, che, fissando una serie di principi fondamentali (riguardanti i diritti inviolabili, l'eguaglianza, l'autonomia, le libertà personale, di riunione, di manifestazione del pensiero, di religione e di iniziativa economica), ha fatto sì che il sistema 'ereditato' dalle epoche precedenti dovesse essere ridiscusso tanto nei principi fondanti quanto dal punto di vista organizzativo. Premesso che il testo costituzionale si guarda bene dallo stabilire cosa s'intenda per 'ordine pubblico', l'Autore dedica ampio spazio alla riforma più importante in materia di amministrazione della pubblica sicurezza discendente dalla legge n. 121 del 1981, nella quale intravede l'intento di creare assetti organizzativi nuovi e stabili, improntati in modo più evidente ad un equilibrato rapporto con le autonomie; progetto che troverà successivi approdi nell'ambito delle riforme della seconda metà degli anni '90 e poi nella riforma costituzionale del 2001. Nell'ottica di un coordinamento complessivo sul piano organizzativo, tale legge considera forze di polizia non solo la Polizia di Stato, ma anche l'Arma dei carabinieri e la Guardia di finanza, alle quali, pur nell'ambito dei singoli ordinamenti, possono aggiungersi, all'occorrenza, il Corpo degli agenti di custodia e il Corpo forestale dello Stato. Spetta, poi, al ministro dell'Interno, nell'ambito delle sue funzioni di coordinamento, impartire direttive e provvedimenti utili al fine di stabilire collegamenti tra le varie sale operative, fino ad istituire, in casi di particolare necessità, sale operative comuni. Le forze di polizia giudiziaria sono poste alle dipendenze e sotto la direzione dell'autorità giudiziaria (che ne fa uso nell'ambito delle norme del codice di procedura penale), sicché il ministro è chiamato ad approvare previamente lo stanziamento di specifici contingenti, di concerto con il ministro della Giustizia, istituendo ed organizzando specifici servizi di polizia giudiziaria. Per il resto, la legge del 1981 ripropone la già nota bipartizione organizzativa tra livello centrale e livello locale, mantenendosi nell'ambito della tradizione: a livello locale, dunque, si ripropone il 'duo' prefetto-questore. Il rapporto tra le autorità provinciali della pubblica sicurezza e le amministrazioni locali è impostato su una 'leale collaborazione' (principio che sarà apertamente affermato diversi anni dopo) proprio ai fini dell'ordine e della sicurezza pubblica, le prime sollecitando le seconde a fornire la loro collaborazione anche instaurando rapporti diretti con i sin-

daci. In definitiva, i principi fissati dalla legge del 1981 disegnano un'organizzazione dell'ordine e della sicurezza pubblica più o meno 'ricalcata' sulla bipartizione organizzativa tra livello centrale e livello locale, al cui vertice stanno, rispettivamente, il ministro dell'Interno ed il prefetto, tra i quali vi è un rapporto più versato al coordinamento che alla gerarchia, fermo restando il potere di direzione che il ministro esercita in termini generali su tutta l'amministrazione di pubblica sicurezza. Lo stesso dicasi quanto al rapporto tra prefetto e questore, tra i quali il rapporto gerarchico sfuma fortemente e si diluisce nell'ambito di una diversificazione delle competenze e di una complementarietà complessiva sul piano della gestione delle competenze finalizzate alla tutela dell'ordine pubblico. I rapporti con le autorità amministrative locali, infine, sono tendenzialmente improntati al rispetto delle specifiche competenze e dei relativi ambiti di interesse: ne discende una sinergia complessiva che non sembra azzardato riportare alla leale collaborazione, se non, in effetti, alla sussidiarietà orizzontale.

A seguito dell'avvento del decreto legislativo n. 300 del 1999, la configurazione organizzativa del Ministero dell'Interno prevede, al vertice, il ministro, con il vice ministro ed i sottosegretari; organi collegiali presso il Ministero sono il Comitato Nazionale dell'ordine e della sicurezza pubblica ed il Consiglio di Amministrazione; si aggiungono otto uffici di diretta collaborazione. A livello amministrativo, il Ministero si articola in cinque dipartimenti, al cui interno stanno gli uffici di diretta collaborazione e le direzioni centrali. Sono, altresì, previste tre istituzioni commissariali (il Commissario antiracket e antiusura, il Commissario per le persone scomparse ed il Commissario per le vittime dei reati di tipo mafioso) e due comitati (il Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle grandi opere ed il Comitato unico di garanzia). Per contrastare specifici fenomeni criminali, sono poi istituiti tre osservatori (l'Osservatorio nazionale sulle manifestazioni sportive, l'Osservatorio per la sicurezza contro gli atti discriminatori e l'Osservatorio nazionale sui furti di rame). L'organizzazione ministeriale si chiude con gli Istituti di formazione per l'addestramento e la qualificazione del personale. L'obiettivo dell'art. 11 dell'anzidetto decreto legislativo era chiaramente quello di creare un ufficio che, pur essendo alle dipendenze del Ministero dell'Interno, avrebbe dovuto assumere competenze generali sul territorio provinciale, superando la frammentazione dell'amministrazione periferica dello Stato (Meoli, 2008: 47). In buona sostanza, l'ufficio territoriale del governo sarebbe dovuto diventare lo snodo tra centro e periferia, cioè tra enti territoriali ed apparati centrali dello Stato, così da rompere il rapporto diretto ed esclusivo che le amministrazioni periferiche intrattengono tuttora con il Ministero da cui dipendono. Tali obiettivi, tuttavia, non sono stati realizzati in quanto l'accorpamento delle funzioni, peraltro alquanto ridotte, delle amministrazioni periferiche dello Stato negli uffici territoriali del governo non è mai

avvenuta a causa della ritrosia delle amministrazioni centrali ad assorbire i propri apparati periferici (D'Auria, 2005: 84).

Un nuovo tentativo di concentrazione delle amministrazioni statali analogo a quello avviato, invano, nel 1999 è stato operato, da ultimo, dalla «legge Madia» attraverso la confluenza presso le prefetture di tutti gli uffici periferici delle amministrazioni civili dello Stato, «in una sorta di sportello unico. Gli Uffici territoriali dello Stato diverrebbero in tal modo il punto di contatto unico tra amministrazione periferica dello Stato e cittadini e al Prefetto sarebbe assegnata la responsabilità dell'erogazione dei servizi ai cittadini» (Poggi, 2015). In generale, dunque, la più recente riforma, in linea con quanto già previsto nell'art. 10 del decreto legge n. 95 del 2012, ribadisce la volontà di incentrare nell'ufficio del prefetto l'unitarietà della presenza statale in periferia che connotava l'epoca dell'unificazione (regio decreto n. 850 del 1861), ma si era perduta già a partire dalla fine del XIX secolo a causa della frammentazione dell'amministrazione statale periferica in vari uffici (Carbone, 2015: 4). Va da sé, tuttavia, che, in presenza di una mera legge di delega, si dovrà vedere come i decreti legislativi attueranno concretamente i principi ed i criteri direttivi contenuti nella legge stessa, nell'auspicio che la stessa realizzi un effettivo accorpamento e non si riduca ad una mera riduzione del numero delle prefetture (Grüner, 2015: 21).

9. Servizi pubblici e tutela degli utenti

Abbiamo già riferito⁴ come le analisi svolte dalle grandi organizzazioni internazionali indichino tra i principali fattori della scarsa competitività del nostro Paese la bassa qualità media delle prestazioni e dei servizi pubblici.

Invero, nell'idea aziendalistica della *customer orientation* v'era anche la riscoperta della missione primaria del servizio al cittadino al fine di calibrare il complesso delle attività e del funzionamento interno delle amministrazioni. Nel disegno originario, il raggiungimento di tale obiettivo si basava sulle carte dei servizi e sui controlli interni di gestione: le prime miravano a coinvolgere gli utenti nella determinazione degli standard di efficienza e qualità delle prestazioni e ad assicurare la tutela dei loro diritti attraverso obblighi di informazione e procedure di reclamo; i secondi a correggere l'atteggiamento formalistico delle burocrazie e ad introdurre una cultura dell'efficienza intesa come produzione di risultati diretti a soddisfare bisogni dei cittadini. Senonché, le carte hanno prodotto risultati apprezzabili solo nei settori in cui le autorità di regolazione hanno vigilato sul rispetto degli standard previsti e contribuito a definirne i contenuti consultando operatori ed utenti, mentre i controlli di tipo gestionale hanno dovuto far i conti con una diffusa diffidenza culturale e con la tendenza degli organi

di indirizzo politico a scegliere e confermare (o meno) i dirigenti in base al gradimento politico piuttosto che valutarne l'operato in base a parametri oggettivi.

Non è casuale, del resto, che si stia da tempo valutando l'opportunità di ri-pubblicizzare alcuni servizi, come ad es. quello idrico⁵.

Ebbene, nel lavoro svolto nell'ambito degli studi sul centocinquantesimo (v. G. Iudica, *L'unificazione attraverso l'organizzazione*, in questo volume), si prova ad analizzare le attuali tendenze accentratrici nell'organizzazione amministrativa del nostro Paese ponendole a raffronto con le scelte compiute all'indomani dell'unificazione, per poi vedere come, nel periodo più recente, si stia cercando di perseguire l'unità proprio attraverso i servizi pubblici. A tal proposito, dopo aver passato in rassegna la legislazione postunitaria, l'Autore evidenzia come, tra la fine dell'800 e gli inizi del '900, vi furono degli interventi legislativi che miravano al raggiungimento dell'unità non più attraverso l'autorità e l'accentramento, bensì mediante i servizi pubblici: la legge Coppino del 1877 sull'istruzione elementare obbligatoria, con cui, sia pure mediante strumenti autoritari e di comando, si volevano realizzare esigenze di eguaglianza nel servizio dell'istruzione, quindi di partecipazione democratica; la legge sui servizi pubblici del 1903, che si limitava a facultare le collettività locali ad assumere i servizi stessi, prevedendo addirittura una consultazione referendaria sul punto (così nel regolamento di esecuzione del 1904) ed in tal modo introducendo un rilevante momento di partecipazione democratica dei cittadini; la nazionalizzazione del servizio ferroviario operata con la legge del 1905, intesa ad evitare il monopolio di fatto dei privati, conseguendo un utile di impresa a favore dello Stato (anziché, appunto, delle società private) al fine di realizzare l'uguaglianza sostanziale dei cittadini e la pubblicizzazione della gestione.

Ad avviso dell'Autore, la storia post-unitaria insegna che attraverso l'autorità e l'accentramento non si è raggiunto quell'obiettivo di 'pacificazione' sociale proprio dello Stato liberale, cioè non si è realizzata quell'unità politica che, nello Stato democratico, si tradurrà nell'uguaglianza sostanziale. Da qui l'opportunità di riflettere su alcune tendenze accentratrici attuali: la legge n. 190 del 2012, che sembra scarsamente rispettosa delle prerogative delle autonomie locali; il decreto legislativo n. 33 del 2013, che, pur introducendo il c.d. accesso civico, configura una partecipazione democratica alquanto limitata nella misura in cui garantisce la trasparenza non in linea generale, ma solo in relazione ai dati oggetto di pubblicazione obbligatoria secondo una scelta demandata al legislatore; il novellato art. 119, comma 1, della Costituzione, che, obbligando le autonomie territoriali ad «assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione Europea», rischia di incidere sull'autonomia finanziaria dei singoli enti, sganciando la responsabilità dell'indebitamento dalle concrete responsabilità di ciascuno di essi.

Si evidenzia, infine, come rispetto ai servizi pubblici si riscontri una posizione non paritaria tra amministrazione e cittadino, non realizzandosi una partecipazione democratica effettiva di quest'ultimo. A tal proposito, si menzionano: l'esperienza, come già detto sostanzialmente fallimentare, in tema di carte dei servizi; la maldestra gestione della consultazione referendaria del 2011 sull'art. 23 *bis* del decreto legge n. 112 del 1998, che venne presentata ai cittadini come la «privatizzazione dell'acqua» ancorché includesse impropriamente pure il quesito sulla concorrenza per il mercato dei servizi pubblici locali (in sostanza, i cittadini hanno ritenuto di votare contro l'aumento delle bollette dell'acqua, mentre hanno eliminato la possibilità di gestione imprenditoriale di servizi di rilevanza economica); la mortificazione delle autonomie operata attraverso il decreto legge n. 66 del 2014, secondo cui un commissario straordinario per la revisione della spesa predispone un programma per la razionalizzazione delle aziende speciali delle istituzioni e delle società direttamente o indirettamente controllate dagli enti locali incluse in un determinato elenco.

L'indagine si conclude con una riflessione critica in ordine agli attuali limiti del sindacato giurisdizionale sull'organizzazione dei servizi pubblici.

10. L'organizzazione amministrativa della tecnica

Nell'ambito degli studi sul centocinquantesimo, di estremo interesse appare l'indagine sull'organizzazione amministrativa della tecnica (v. C. Cudia, *Pubblica amministrazione e valutazioni tecniche: profili organizzativi*, in questo volume), tema alquanto trascurato dagli amministrativisti, che, salvo qualche eccezione, l'hanno studiato solo in via incidentale e, per lo più, a fini meramente descrittivi.

Nella prima parte del lavoro, l'Autrice effettua una ricognizione generale delle principali linee di sviluppo degli organismi tecnici, evidenziandone i possibili nodi critici: per l'esigenza di contenere l'analisi, essa considera principalmente gli organismi tecnici che, a prescindere dalla forma giuridica assunta, possono ritenersi soggettivamente pubblici (non forma, quindi, oggetto di analisi specifica, quantomeno da un punto di vista descrittivo, il tema degli organismi tecnici privati). Dopo aver chiarito cosa s'intende per ufficio tecnico, l'Autrice decide di utilizzare una formula il più possibile neutra e ampia, assumendo, dunque, per organismo tecnico qualunque figura organizzativa di cui una pubblica amministrazione si avvalga stabilmente per lo svolgimento di attività tecnico-valutativa. Per ordinare le diverse opzioni strutturali, si fa riferimento al grado di strumentalità dell'organismo tecnico rispetto a un apparato amministrativo in qualche modo 'principale', il che consente di enucleare tre diversi modelli organizzativi, a seconda che gli organismi tecnici siano interni agli appa-

rati amministrativi, esterni a quegli apparati ma a loro strumentali oppure del tutto autonomi dagli apparati stessi.

Ciò premesso, l'Autrice nota, innanzitutto, come la strada imboccata all'indomani dell'unificazione sia consistita nell'assorbire le esigenze tecniche all'interno degli apparati burocratici, creando apposite strutture.

Storicamente, vengono in rilievo, in primo luogo, i grandi organismi interni all'amministrazione statale: i servizi ed i collegi tecnici. I primi, dopo aver rappresentato a lungo un momento d'eccellenza nel complesso dell'organizzazione amministrativa nazionale, sul finire del secolo scorso, pur mantenendo le proprie funzioni conoscitive e informative, sono stati collocati presso la Presidenza del Consiglio. Alterne le sorti degli innumerevoli collegi tecnici istituiti presso le diverse amministrazioni centrali con prevalenti compiti istruttori e di consulenza: alcuni, trasformandosi, sono sopravvissuti fino ai giorni nostri, altri sono scomparsi del tutto. Se si considerano gli organigrammi dei singoli ministeri, il quadro degli organismi tecnici statali continua oggi a essere assai eterogeneo, sotto il profilo sia della struttura che delle funzioni attribuite. Rispetto alla loro composizione, spesso risalta la presenza di personale designato dagli organi politici o eletto all'interno della stessa amministrazione di riferimento. La diversità di opzioni è tale da rendere inutile qualunque tentativo di descrizione dell'esistente, ma un elemento appare particolarmente significativo: l'autonomia organizzativa è stata utilizzata (specie a livello locale) per immettere nella struttura dell'amministrazione competenze provenienti dall'esterno, utilizzando la formula delle consulenze esterne o della dirigenza esterna: in entrambi i casi impiegando, però, più il criterio della vicinanza politica e della fiduciarità dell'esperto che non la sua capacità tecnico-scientifica, con conseguente aumento del rischio di esposizione a modalità anti-economiche di esercizio dell'attività o a forme di corruzione.

Il secondo modello organizzativo è rappresentato da organismi tecnici esterni e strumentali agli apparati amministrativi principali. Le formule all'uopo utilizzate sono l'ente pubblico e le agenzie: gli enti pubblici tecnico-strumentali sono svariati e hanno forme differenti; le agenzie sono strutture preposte allo svolgimento di attività a carattere tecnico-operativo di interesse nazionale ed afferiscono all'organizzazione ministeriale, sicché, pur godendo di autonomia operativa, restano soggette al potere di indirizzo e di vigilanza di un ministro. Il modello generale di agenzia può essere scomposto in tre tipologie: le agenzie indipendenti dalla riforma operata con il decreto legislativo n. 300 del 1999 e strutturate come enti pubblici; le agenzie organizzate come uffici-agenzie ai sensi degli artt. 8 e 9 del medesimo decreto; le agenzie fiscali, configurate come agenzie-enti pubblici. In ogni caso, il tipo di relazione con gli apparati politici consente di collocare le agenzie nel contesto del rapporto che tipica-

mente esiste nel nostro ordinamento tra politica e amministrazione, laddove – appunto – il ministro esercita sull'agenzia i poteri di indirizzo e controllo pre-determinati dalla convenzione.

L'ultima opzione è costituita dagli organismi tecnici autonomi dagli apparati amministrativi, che ricorre laddove le attività tecniche sono attribuite come funzioni proprie a soggetti dotati di personalità giuridica e di autonomia: vengono in rilievo, in particolare, università ed enti di ricerca. Qui, le amministrazioni 'richiedenti' non hanno poteri di indirizzo e vigilanza sugli organismi tecnici, e, correlativamente, questi ultimi mantengono la propria autonomia organizzativa e sono liberi di fissare le proprie priorità di ricerca, pur non potendosi escludere che le amministrazioni che intendono avvalersi della loro attività tecnica esercitino su di essi forme di condizionamento attraverso poteri di orientamento istituzionali o mediante strumenti convenzionali. A questi organismi è probabilmente possibile affiancare anche alcune amministrazioni indipendenti chiamate a svolgere attività tecniche.

La moltiplicazione delle forme organizzative pone tre grandi problemi: in primo luogo, lo smantellamento di alcune grandi strutture nazionali ha progressivamente condotto a dequalificare il personale interno sotto il profilo della propria preparazione tecnica; in secondo luogo, il ricorso sempre più frequente a soggetti estranei all'amministrazione ha aumentato i casi di corruzione; infine, rende assai incerto l'intero rapporto tra politica e tecnica, mettendo in pericolo la stessa dimensione tecnica che, per definizione, dovrebbe essere al riparo dalle opzioni politiche.

Nella seconda parte dell'indagine, l'attenzione viene concentrata sui principi che presiedono all'organizzazione di tali strutture, con particolare attenzione al ruolo che in materia compete ai soggetti pubblici e al (conseguente) rapporto tra politica, amministrazione e tecnica.

A tal proposito, si evidenzia, in primo luogo, che, laddove si dispone che nello svolgimento di una certa attività amministrativa siano previsti momenti tecnico-valutativi, si effettua una scelta che non è soltanto organizzativa, ma anche politica: infatti, nel momento stesso in cui la determinazione dell'assetto finale di certi interessi è collegata (secondo modalità di condizionamento diversamente graduabili) all'esercizio di un potere tecnico-valutativo, si effettua prima di tutto un'operazione di gerarchizzazione di interessi, appunto perché certi valori sono 'collocati' su una dimensione tecnica. La connotazione tecnica dell'attività ha, a sua volta, delle fortissime ripercussioni in termini di sindacato giurisdizionale e di controllo da parte degli stessi apparati politici: entrambi vengono, sia pure in diversa misura, limitati dall'esistenza di un potere valutativo. La scelta organizzativa che contempla un momento tecnico valutativo è primariamente una scelta sugli interessi; in questo senso, l'organizzazione della

tecnica è più vicina alla discrezionalità amministrativa che non a quella tecnica: che sia implicata la tecnica è un dato, in qualche modo, estrinseco e successivo. Per questa ragione, la disciplina dell'organizzazione della tecnica è delicatissima ed è necessariamente condizionata dal tipo di ruolo che la Costituzione assegna all'amministrazione in relazione ai diversi tipi di interessi, diritti e libertà: da un lato, l'organizzazione amministrativa della tecnica dev'essere flessibile; dall'altro, v'è un bisogno di garanzia.

L'Autrice esamina, infine, la possibilità di esternalizzare le attività tecniche, cioè di affidarle a soggetti privati che non siano controllati da soggetti pubblici, pervenendo alla conclusione che, se la valutazione tecnica è destinata a incidere su interessi rispetto ai quali il ruolo dell'amministrazione è necessario (per esempio, la salute, l'ambiente, l'istruzione), la stessa ragione che fonda la riserva di valutazione tecnica ha delle implicazioni organizzative, nel senso che quelle valutazioni dovranno essere effettuate da organismi pubblici o, comunque, posti sotto il controllo degli apparati pubblici; al contrario, laddove la tecnica funge da supporto ad attività rispetto alle quali la presenza pubblica non è altrettanto necessaria, non ci sono ragioni che ostino all'esternalizzazione dei corrispondenti compiti tecnici. Ad avviso dell'Autrice, una possibile strada che può essere immaginata al fine di assicurare l'indipendenza degli organismi tecnici e la preparazione dei soggetti ad essi preposti potrebbe passare attraverso la fissazione di regole uniformi da parte dello Stato: lo consentono (e forse lo impongono) il principio di imparzialità di cui all'art. 97 della Costituzione e l'incidenza che la tecnica può avere sui livelli essenziali delle prestazioni che riguardano i diritti civili di cui al successivo art. 117.

Note

- ¹ OECD, *Regulatory Reform in Italy*, Paris, 2001: 11.
- ² Va, in proposito, segnalato che è tuttora in discussione in Parlamento un d.d.l. costituzionale di revisione della II parte della Costituzione (A.S. n. 1429, approvato in prima lettura dal Senato l'8 agosto 2014 e, con modifiche, dalla Camera il 10 marzo 2015) che prevede l'espunzione delle province dalla Costituzione.
- ³ *Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato* (trasmesso alle Camere il 16 novembre 1979), in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1982: 715 sgg., spec. 724.
- ⁴ *V. supra*, § 1.
- ⁵ G. Azzariti, *Ri-pubblicizzare il servizio idrico* (Testo dell'audizione presso la Commissione Ambiente del 28 ottobre 2015 nell'ambito dell'esame in sede referente della proposta di legge C. 2212 «Principi per la tutela, il governo e la gestione pubblica delle acque e disposizioni per la ripubblicizzazione del servizio idrico, nonché delega al Governo per l'adozione dei tributi destinati al suo finanziamento»), in <<http://www.osservatorioaic.it>>.

Riferimenti bibliografici

- Asprone M. 2015, *Riordino delle competenze delle Province ed effetto dirompente della legge di stabilità per il 2015 (L. n. 190/2014)*, in <<http://www.amministrativamente.com>>.
- Bassanini F. 2010, *Vent'anni di riforme del sistema amministrativo italiano (1990-2010)*, in *Astrid Rassegna*, <<http://www.astrid-online.it>>.
- Bassanini F., Garofoli R. 2014, *Ammodernamento della pubblica amministrazione, crescita e competitività del Paese*, in *Astrid Rassegna*, <<http://www.astrid-online.it>>.
- Boscolo E. 2012, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, Giuffrè, Milano.
- Carbone A. 2015, *La l. n. 124/2015 e le modifiche riguardanti le prefetture*, in *Federalismi.it*.
- Cassese S. 2013, *Dall'impiego pubblico al lavoro con le pubbliche amministrazioni: la grande illusione?*, in *Giorn. dir. amm.*
- Comite U., Rolli R. 2008, *Efficienza, efficacia ed economicità: 'percorsi aziendali' per la pubblica amministrazione*, in <<http://www.giustamm.it>>.
- Corso G. 2015, *La riorganizzazione della P.A. nella legge Madia: a survey*, in *Federalismi.it*.
- D'Alessio G. 2005, *Convergenze e divergenze nell'evoluzione dei sistemi amministrativi europei*, in M. De Benedetto (a cura di), *Istituzioni, politica, amministrazione. Otto paesi europei a confronto*, Giappichelli, Torino.
- D'Auria G. 2010a, *L'organizzazione periferica dello Stato*, in G. Vesperini (a cura di), *La riforma dell'Amministrazione centrale*, Giuffrè, Milano.
- 2010b, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, in *Giorn. dir. amm.*
- De Santis V. 2014, *Il nodo dell'amministrazione periferica dello Stato. I principi costituzionali, le esigenze di razionalizzazione della spesa pubblica e le prospettive del riordino*, in *Rivista AIC*, <<http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>>.
- Dente B. 2001, *Riforme (e controriforme) amministrative*, in *Il Mulino*: 1050 sgg.
- Dugato M. 2002, *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. Amm.*: 169 sgg.
- 2012, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, in *Munus*.
- Gentile M. 2014, *La riforma della P.A. Renzi-Madia e il ruolo del sindacato*, in *Astrid Rassegna*, <<http://www.astrid-online.it>>.
- Grüner G., 2015, *Il Prefetto e l'organizzazione amministrativa periferica dello Stato*, in <<http://www.giustamm.it>>.
- Gualdani A. 2007, *I servizi sociali tra universalismo e selettività*, Giuffrè, Milano.
- Mazzamuto M. 2000, *La riduzione della sfera pubblica*, Giappichelli, Torino.
- Meoli C. 2008, *La periferia, nuova frontiera dell'amministrazione*, in *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme*, Giuffrè, Milano.
- Neri S. 2015a, *Rassegna sullo stato di attuazione della legge Delrio*, in *Federalismi.it*.

- 2015b, *Lo stato dell'arte della legge 7 aprile 2014, n. 56, recante "Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni"*, in *Federalismi.it*.
- Nisticò A. 2015, *Il finanziamento dei diritti sociali: quali prospettive?*, in <<http://www.amministrativamente.com>>.
- Patroni Griffi F. 2012, *La riforma del settore pubblico*, in <<http://www.giustizia-amministrativa.it>>.
- Piperata G. 2015, *Liberalizzazioni e interesse generale: il caso del servizio idrico integrato*, in *Astrid Rassegna*, <<http://www.astrid-online.it>>.
- Poggi A. 2015, *La legge Madia: riorganizzazione dell'amministrazione pubblica?*, in *Federalismi.it*.
- Polimene A. 2009, *Analogie e differenze tra impresa e pubblica amministrazione nell'era della globalizzazione*, in <<http://ssai.interno.it>>.
- Saitta F. 2001, *Interrogativi sul c.d. divieto di aggravamento: il difficile obiettivo di un'azione amministrativa «economica» tra libertà e ragionevole proporzionalità dell'istruttoria*, in *Dir. e soc.*
- 2008, *Burocrazia e indirizzo politico: il modello della Corte costituzionale*, in *Dir. e proc. amm.*
- 2013, *Del divieto di aggravamento ventitré anni dopo (ovvero dell'intramontabile discrezionalità istruttoria dell'amministrazione procedente)*, in *Dir. e soc.*
- Savino M. 2015, *Le riforme amministrative: la parabola della modernizzazione dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*
- Vandelli L. 2014, *Commento ai commi 147-148*, in Id. (a cura di), *Città metropolitane, province, unioni e fusioni di comuni. La legge Delrio, 7 aprile 2014, n. 56 commentata comma per comma*, Maggioli, Rimini.
- Vesperini G. 2014, *La legge "Delrio"*, in *Giorn. dir. amm.*

L'ORGANIZZAZIONE DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI TRA STATO NAZIONALE E ATTRIBUZIONI REGIONALI: LA PARABOLA DELL'EGUAGLIANZA

Aristide Police

SOMMARIO – 1. Una necessaria delimitazione del campo di indagine. 2. La cittadinanza amministrativa ed il suo telaio rigido. 3. L'eguaglianza quale fondamento primo di ogni cittadinanza. 4. L'eguaglianza quale cardine dell'odierna cittadinanza amministrativa (nazionale e comunitaria). 5. Federalismo 'asimmetrico' e dequotazione dell'eguaglianza. 6. I diversi momenti della dequotazione. 6.1 Le garanzie procedurali dell'attività amministrativa ed il tramonto dell'isonomia. 6.2 Attività di prestazione di servizi: tra livelli minimi essenziali e diseguaglianza sostanziale. 7. Le nuove prospettive dell'unificazione giuridica della Repubblica nel riassetto dei rapporti tra Stato e Regioni.

1. Una necessaria delimitazione del campo di indagine

Come è ben noto, per cittadinanza, nel significato più ampio e generico del termine, deve intendersi la condizione giuridica di chi fa parte di uno Stato; in senso più ristretto, invece, con questo termine si indica la condizione giuridica di un gruppo di persone appartenenti allo Stato, e precisamente di quelle che in esso sono titolari di particolari diritti ed obblighi, fra i quali primeggiano i cosiddetti diritti politici e l'obbligo di effettuare determinate prestazioni (Biscottini, 1970: 140).

Del resto, dal punto di vista etimologico l'espressione deriva dal latino *civitas* che, nella sua prima accezione indicava sia l'insieme dei *cives*, sia la condizione del *civis*¹.

Nell'ordinamento romano, come è universalmente noto, la dizione *civitas* era preceduta da *status* ed evidenziava genericamente «la condizione dell'uomo libero di fronte allo schiavo» (Cirfò, 1960: 129). L'espressione cittadinanza fu ripresa e divenne oggetto di specifica regolamentazione dopo la rivoluzione francese, proprio perché essa evidenziava il legame del soggetto alle città-Stato democraticamente organizzate. Il concetto di cittadinanza si collega, pertanto, in qualche modo alla concezione democratica dello Stato moderno (Bonante, 2001: 27 sgg.; Bersani, 2001: 353 sgg.).

Non si ignora certo che nell'ordinamento giuridico italiano, ed oggi anche in quello dell'Unione europea, il concetto di cittadinanza assume diverse colorazioni e diversi contenuti a seconda dell'oggetto proprio delle norme giuridiche rispetto alle quali lo si voglia definire, ma non è questa la sede per approfondire tali aspetti (Dalla Torre, D'Agostino, 2000).

Il tema della cittadinanza viene qui ripreso al solo fine di tentare una ricostruzione del telaio (rigido) in cui è iscritta la c.d. cittadinanza amministrativa nella evoluzione che ad essa è stata assicurata da centocinquant'anni di Stato unitario².

L'idea di fondo che si tenterà di verificare anche alla luce dei contributi dei diversi Autori che hanno contribuito a questa Unità di ricerca, infatti, è che nell'arco di questi centocinquant'anni si è assistito ad una sorta di parabola nella trasformazione dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e con esse dello Stato nazionale, una parabola segnata dall'ascesa e dall'affermazione del principio di eguaglianza e da una sua successiva dequotazione e crisi. Una parabola che, nella sua fase discendente, si è accompagnata oltre che ai processi di revisione e di contenimento della spesa pubblica, al sempre più deciso processo di riallocazione di attribuzioni e di competenze in capo alle Regioni italiane, in un processo di riorganizzazione del rapporto Stato-Regioni tendente a superare il precedente assetto in favore di un modello quasi federale.

Questo processo, ad avviso di chi scrive, ha messo in crisi i valori unificanti della cittadinanza amministrativa e dimostra come i modelli di organizzazione dello Stato, oltre che dell'amministrazione non sono affatto neutrali nell'assicurare la garanzia dei principi costituzionali ed in particolare di quelli fondamentali.

Le riforme *in itinere* sia quella legislativa (Matarella, 2015: 621 sgg.; Fiorentino, 2015: 639)³, sia quella costituzionale (Costanzo P. *et al.*, 2015; Guzzetta, 2016; Rossi, 2016), potrebbero arginare il vertiginoso corso discendente di questa parabola e, nel cercare un nuovo e più equilibrato assetto nel rapporto Stato-Regioni, potrebbe garantire le fondamenta unificanti della cittadinanza amministrativa. In questa prospettiva deve essere apprezzato il disegno del legislatore costituzionale del 2016, ciò senza giungere all'opposto estremo di negare l'importanza del regionalismo nell'ordinamento costituzionale italiano. In realtà, le posizioni degli studiosi di diritto amministrativo e di diritto costituzionale sul punto non sono affatto pacifiche. E si condividono peraltro le attese per l'attuazione che a tale disegno verrà assicurata dall'indirizzo della legislazione statale (Falcon, 2015: 3 sgg.).

2. *La cittadinanza amministrativa ed il suo telaio rigido*

Per i cultori del diritto pubblico, la cittadinanza veniva qualificata come *status*, allo stesso modo di quanto accadeva, lo si è accennato, nell'ordinamento romano. In sostanza, sin dai primi anni del secolo appena trascorso, l'accento veniva posto sull'insieme dei diritti e dei doveri facenti capo alla persona (Ranelletti, 1937; Romano Santi, 1932) e quindi si considerava la cittadinanza come uno *status* o, in termini solo apparentemente dissimili, si definiva la cittadinanza come l'insieme dei «rapporti stabili atti a qualificare talune posizioni del sog-

getto» (Lavagna, 1982: 51), e quindi si disegnava la cittadinanza come una sorta di «rapporto fondamentale» (Santoro Passerelli, 1974: 30).

Ebbene, se quelle appena accennate sono le due più note ipotesi ricostruttive della cittadinanza in termini di diritto pubblico, non è così arduo dare una risposta all'interrogativo che da più parti si pone sul contenuto della c.d. cittadinanza amministrativa. Da quanto si è appena illustrato pare che si possa affermare che essa sia l'insieme dei diritti e dei doveri del *cives* nei confronti della p.a., ovvero, l'insieme dei rapporti fondamentali tra cittadino e pubbliche amministrazioni. In tal senso, del resto, si esprime l'insuperato insegnamento di due figure centrali del diritto amministrativo del Novecento. Da un lato infatti si metteva in risalto come «il passaggio dallo Stato assoluto [...] allo Stato di diritto è contrassegnato dall'attribuzione alla persona fisica [...] di una posizione giuridica diversa: da suddito diviene cittadino. In quanto cittadino ha dei diritti che non aveva come suddito [...]. Tutte queste situazioni soggettive di diritto sono attribuite da norme di diritto pubblico e sono regolate dalle stesse» (Giannini, 1993: 525 sgg.). Dall'altro lato a conclusioni analoghe si giungeva alla luce (o con la prospettiva imminente) dei mutamenti intercorsi sul finire del secolo (Benvenuti, 1994).

Questo insieme di diritti e di doveri, questo fascio di rapporti, muta -nelle sue dimensioni quantitative e qualitative- con il mutare dei tempi, e quindi con il mutare delle esigenze e della sensibilità proprie della collettività sociale i cui interessi le amministrazioni pubbliche sono istituzionalmente chiamate a perseguire e tutelare. Il contenuto della cittadinanza amministrativa, quindi, nel suo essere somma di diritti e di doveri reciproci (o fascio di rapporti) fra amministrazioni pubbliche e cittadino è assolutamente variabile e mutevole (Filangieri, 1819).

Le recenti riforme della pubblica amministrazione quindi, come del resto tutte quelle che si sono succedute dalle leggi di unificazione in poi, hanno inevitabilmente mutato il contenuto e la consistenza della cittadinanza amministrativa. Si pensi solo quanto sia cambiata la consistenza e la qualità dello stato di cittadinanza amministrativa nel passaggio dallo stato monoclasse a quello pluriclasse (Giannini, 1983: 525 sgg.; Cassese, 2000: 457 sgg.). Nessuno scandalo e nessuna sorpresa. Questa evoluzione è connaturata a quel continuo processo di adattamento dell'ordinamento alla sempre mutevole realtà sociale sottostante.

Tuttavia, pur nella mutevolezza del contenuto della cittadinanza amministrativa, a noi sembra che sin dall'avvento dello Stato di diritto liberale (ma forse anche nel più maturo *Polizeistaat*) si sia consolidato un fondamento minimo, un contenuto minimo irrinunciabile, dello *status* di cittadinanza amministrativa. O, meglio, più che un contenuto, dei cardini, una sorta di telaio rigido al cui interno, nel tempo, si è potuta tessere la trama dei diversi (e mutevoli) contenuti della cittadinanza amministrativa.

Ci si riferisce, come ben intuibile, al principio di legalità ed al principio di eguaglianza (Giannini, 1993: 525 sgg.; Levi, 1974: 126). Sono questi due principi fondamentali a costituire gli elementi portanti del rigido telaio in cui si tesse la trama di ogni cittadinanza, da quella propria della Repubblica ateniese ai tempi di Pericle a quella costruita dai rivoluzionari del XVIII secolo, fino a quella inscritta nelle odierne Carte dei diritti.

Ebbene, l'impressione che ha sollecitato questo approfondimento (e che si intende verificare nelle pagine che seguono) è che le riforme costituzionali degli ultimi vent'anni abbiano rotto almeno uno degli elementi portanti di questo telaio ed abbiano così intaccato alla radice (o almeno messo in pericolo) le stesse fondamenta della cittadinanza amministrativa.

3. *L'eguaglianza quale fondamento primo di ogni cittadinanza*

Il riferimento è, in particolare, al principio di eguaglianza, ancor prima che a quello di legalità⁴. È ben noto, infatti, che l'uguaglianza fra cittadini sia considerata da tempo principio essenziale o cardine fondamentale dei diritti di cittadinanza fino al punto di diventarne sinonimo⁵.

Nell'antica Grecia, sin dai tempi di Pericle, si è avuta l'affermazione del principio di eguaglianza. Con quanto orgoglio Tucidide⁶ ci ha tramandato notizia della Costituzione ateniese fondata da Pericle che «ha di proprio l'eguaglianza per tutti secondo le leggi e con riguardo alle differenze individuali». La *ίσονομία* (o meglio la *ίσοπολιτεία*, l'eguaglianza davanti alla legge) e la *ίσοτιμία* (egual diritto dei cittadini ad accedere alle cariche pubbliche) costituivano per i greci ragione di orgoglio.

Anche a Roma si ebbe il sentimento di una legge eguale per tutti. Cicerone adoperò, ad esprimere siffatto concetto, la parola *aequabilitas* (Curcio, 1965, 525) che indicava qualcosa di più delle *aequalitas*, e cioè una intrinseca eguaglianza, imparzialità nell'applicazione della legge, e cioè un modo di intendere l'eguaglianza come pieno diritto, come riconoscimento di libertà dei cittadini ed equanimità dell'amministrazione della giustizia. Già da allora quindi l'eguaglianza costituiva un cardine fondamentale della cittadinanza.

Cardine che, molto arrugginito dal Medioevo, tornò in auge nel clima dell'Illuminismo, e in quello della rivoluzione che seguì. L'idea di eguaglianza acquista altro e nuovo vigore, suona come una diana di rivendicazione e di riscatto, in opposizione al dispotismo. Proprio parlando di dispotismo Condorcet parlava di eguaglianza dei diritti (Condorcet, 1784: 66). Ed il discorso si spostava su di un piano diverso non si trattava più solo di eguaglianza davanti alla legge, ma di un diritto avente una proiezione larghissima, implicante una rivendicazione di tutti gli altri diritti. Come di-

ceva Goethe nell'Erminio e Dorotea gli uomini allora si sentirono più sicuri; in quella eguaglianza chiamata diritto videro la salvaguardia della loro libertà (Curcio, 1965, 525).

I testi delle dichiarazioni dei diritti tra il 1789 e il 1795 riverberarono siffatto modo di intendere questa eguaglianza (Curcio, 1965, 516). Nella Dichiarazione del 1789, all'art. 6, era detto: «tutti i cittadini essendo eguali agli occhi della legge, sono egualmente ammissibili a tutte le dignità, posti e impieghi» e nella Dichiarazione del 29 maggio 1793, all'art. 2, si precisava che «l'eguaglianza consiste in ciò che ciascuno possa godere degli stessi diritti». E ancora nella costituzione del 5 fruttidoro (22 agosto) 1795, all'art. 3, si chiariva: «l'eguaglianza, consiste in ciò, che la legge è uguale per tutti, sia che protegga sia che punisce. L'eguaglianza non ammette nessuna distinzione di nascita, nessuna eredità di potere»⁷.

4. L'eguaglianza quale cardine dell'odierna cittadinanza amministrativa (nazionale e comunitaria)

Non molto sono cambiati i cardini della cittadinanza amministrativa sino ad oggi. Per convincersene è sufficiente il richiamo alle odierne Carte costituzionali o alle Dichiarazioni dei diritti. Tutto ciò, del resto, è assai ben noto⁸ ed è quindi sufficiente, ai nostri fini, fare un accenno soltanto alla nostra Carta Costituzionale ed alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In tali Carte – prescindendo dal loro diverso valore giuridico e dalla loro natura – il cardine dell'eguaglianza diventa addirittura architrave della cittadinanza amministrativa (Azzena, 2001: 249 sgg.).

Le previsioni di cui agli artt. 3 e 97 Cost. sono troppo note per dilungarsi sul punto. L'art. 3, nell'enunciare il principio secondo cui «tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge» afferma senza alcun dubbio la pari soggezione di tutti ad un'unica legge (Esposito, 1954: 30 sgg.). Ma non si esaurisce in ciò.

L'eguaglianza sancita dalla Carta costituzionale (come quella di altri ordinamenti del passato), esclude distinzioni normative *ratione subiecti*, correlate cioè a qualità soggettive dei *cives* anziché alla natura dell'atto, dell'attività o della funzione (Cerri, 1994) che l'amministrazione pubblica (o altro organo dello Stato) è chiamata a porre in essere. Ed a tal fine, la nostra Costituzione, con matura consapevolezza dei problemi che il principio di eguaglianza pone, contiene un elenco di elementi soggettivi la cui considerazione a fini discriminatori è espressamente preclusa (Cerri, 1994), con l'invito a non fare «distinzioni di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali».

Accanto a tale solenne enunciazione, e con specifico riferimento al quotidiano operare delle Amministrazioni pubbliche, il nostro Costituente enunciò il principio della imparzialità amministrativa che, come notato in dottrina, è concetto che si «confonde nell'uguaglianza e nel dovere di uguaglianza, nel principio che, con ben maggior respiro di quello datogli dalla prassi, nella Costituzione si chiama della pari dignità», al quale «fa da supporto l'altro fondamentale canone della legalità della pubblica Amministrazione» (Satta, 1989).

Parità di trattamento che deve essere garantita anche al processo di ponderazione dell'interesse generale e cioè nella sintesi dei diversi interessi (primari e secondari) coinvolti dalla scelta discrezionale. È noto, infatti, come l'imparzialità, considerata in astratto quale obbligo di conformità dell'azione amministrativa all'interesse generale (Cerri, 1972: 15 sgg.), si traduca in termini concreti in un vero e proprio onere di acquisizione degli interessi al procedimento che, da un lato, sia caratterizzato dalla completezza (la presenza formale di tutti gli interessi coinvolti) (Satta, 1989) e, dall'altro, nella parità sostanziale nel trattamento di interessi eguali (Allegretti, 1965; Coen, 1997: 168)⁹.

Uguualmente note sono le previsioni della Carta dei diritti dell'Unione europea (Bonante, 2001: 27). In primo luogo, l'art. 20 secondo cui «tutte le persone sono uguali davanti alla legge», che riprende l'art. 7 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 (secondo cui «tutti sono uguali davanti alla legge»)¹⁰ e ne precisa i contenuti agli articoli successivi.

Tale riferimento all'uguaglianza «davanti alla legge» va proprio inteso come un ossequio alla tradizione giuridica e costituzionale degli Stati membri in cui tale principio è storicamente emerso e va inteso nella sua più ampia accezione di affermazione della eguaglianza rispetto all'intero diritto oggettivo, sia di derivazione comunitaria, sia di derivazione nazionale. In altri termini, si tratta del riconoscimento della piena parità formale di tutte le persone (e si badi non più dei soli cittadini) che entrino in contatto con l'ordinamento comunitario (Bifulco *et al.*, 2001: 168).

E ancora, il successivo art. 21 (*non discriminazione*), secondo cui «è vietata qualsiasi forma di discriminazione». Se infatti l'art. 20 si limita a garantire la c.d. eguaglianza formale, gli articoli successivi della Carta si fanno carico dell'enunciazione -sia pure per taluni specifici aspetti- della eguaglianza sostanziale. Profili, del resto, cui la Corte di Giustizia aveva già dedicato la propria attenzione (Tesouro, 1999: 6).

Tale previsione normativa pertanto esclude la possibilità che vengano operate discriminazioni in ogni forma e per qualsivoglia ragione a partire da quelle specificamente indicate (sesso, razza, colore della pelle, origine etnica o sociale) ma senza limitarsi ad esse. La giurisprudenza comunitaria, del resto ha sempre combattuto anche le discriminazioni dissimulate o indirette, rilevando fin

dagli anni '70 del secolo appena trascorso, che il divieto di non discriminazione investe anche quelle discriminazioni fondate su parametri diversi e che di fatto conducono al medesimo risultato, cioè portano comunque a negare al cittadino comunitario i benefici accordati ai cittadini nazionali (Bifulco *et al.*, 2001: 173). Infine, con specifico riferimento ai diritti di *Cittadinanza*, il Capo V della Carta assicura espressamente il c.d. diritto ad una buona amministrazione. Il Capo V, in ogni suo articolo, riprende i sei tipici diritti di cittadinanza già previsti dal Trattato sull'Unione europea e vi aggiunge proprio il diritto ad una buona amministrazione (oltre al diritto di accesso).

Accanto ad un aspetto meramente sistematico, pertanto, la dottrina ha già nei primi commenti sottolineato come vi sia un disegno di ben più ampio respiro che ha come obiettivo quello di assicurare al cittadino europeo non soltanto una serie di diritti politici¹¹, bensì anche alcuni diritti a carattere più strettamente amministrativo, in grado cioè di metterlo in diretto rapporto con le istituzioni comunitarie (Bifulco *et al.*, 2001: 285).

Ebbene, il cardine di questa cittadinanza, sia per i diritti politici, sia per quelli che si possono con buona ragione chiamare 'diritti amministrativi', è proprio l'eguaglianza. Con riferimento al c.d. diritto ad una buona amministrazione, il primo comma dell'art. 41, esordisce con l'enunciazione di principio secondo cui «ogni cittadino ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano state trattate in modo imparziale ed equo» (Bifulco *et al.*, 2001: 285).

Trova quindi pieno riconoscimento anche a livello comunitario quel principio di imparzialità di cui si è fatto cenno sopra e che costituisce l'applicazione prima del principio di eguaglianza nella cittadinanza amministrativa. Ed anche a livello comunitario, l'eguaglianza costituisce il telaio al cui interno iscrivere tutti gli altri diritti di cittadinanza amministrativa enunciati appunto con una enumerazione solo esemplificativa (e non esaustiva) dal secondo e dal terzo comma del medesimo articolo 41. Trovano codificazione quindi alcune delle conquiste recenti della cittadinanza amministrativa: a) il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga assunto un provvedimento sfavorevole¹²; b) il diritto di ogni individuo di accedere al fascicolo che lo riguarda (Morviducci, 2000: 669); c) l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni (Massera, 1997: 454; Chiti, 1999: 301 sgg.); d) il diritto al risarcimento dei danni da atto o fatto illecito delle istituzioni comunitarie.

Tutti principi e regole che la giurisprudenza comunitaria aveva faticosamente costruito nel corso degli anni in una graduale e costante opera di armonizzazione dei diritti amministrativi nazionali (Bifulco R. *et al.*, 2001: 285; Chiti M.P., 1999: 363 sgg.), e che ora vengono ricondotti nell'ambito dei diritti della cittadinanza amministrativa europea sul cardine fondamentale della eguaglianza e della parità di trattamento.

5. *Federalismo 'asimmetrico' e dequotazione dell'eguaglianza*

Si può giungere quindi alla ragione ultima di questo scritto che sta nel verificare la fondatezza (o meno) del dubbio per cui a fronte del federalismo 'asimmetrico' si assista ad un processo di dequotazione dell'eguaglianza e, quindi, sia concreto il pericolo di scardinare o attentare al telaio in cui si iscrive la moderna cittadinanza amministrativa.

Come è noto, con la riforma costituzionale approvata con il *referendum* dell'ottobre 2001, gli assetti costituzionali del nostro Paese hanno segnato una svolta in direzione federalista di grande rilievo e complessità. Come nota autorevole dottrina, infatti, «la legge costituzionale n. 3/2001 costituisce l'ultima tappa del tormentato cammino di riforma costituzionale dipanatosi nel corso della XIII legislatura. Essa si collega idealmente – completandoli – ad altri due interventi riformatori: alla revisione delle norme sull'autonomia statutaria e sulla forma di governo delle Regioni ordinarie, dovuta alla legge costituzionale n. 1/1999, ed alla successiva estensione alle Regioni ad autonomia speciale di quella dettata da quest'ultima (legge cost. n. 2/2001). Le innovazioni risultanti da tali atti presentano una carica è stata addirittura definita rivoluzionaria» (D'Atena, 2001a: 1).

Ma, è del tutto fisiologico e prevedibile – e certamente in linea con le esperienze di altri Paesi – che una riforma di queste dimensioni si presti ad atteggiamenti ed interpretazioni diversi, nella dottrina giuridica, nel confronto fra le istituzioni, nel dibattito politico (Vandelli, 2001: 1049; Groppi, 2001: 1064). Nel nostro caso questa varietà di atteggiamenti sembra assumere toni e significati particolarmente accentuati, in una tensione in cui le dinamiche del contesto politico sembrano spesso prevalere sui contenuti della riforma (Vandelli, 2001: 1049).

Ebbene, le nuove norme costituzionali hanno portato com'era prevedibile all'assunzione di un modello di federalismo 'asimmetrico', o 'competitivo' come pure lo si è chiamato, e si è giunti inevitabilmente ad una dequotazione dell'eguaglianza e, quindi, ad una decomposizione di una nozione unitaria di cittadinanza amministrativa e dei suoi contenuti.

Il federalismo competitivo, come è stato acutamente rilevato, ha portato a svalutare ed a non attuare i forti snodi cooperativi e solidaristici previsti dalla Costituzione (e oggi anche dalla Carta europea, Capo IV Solidarietà), a garanzia dei diritti civili e sociali ed alla perequazione, anche finanziaria. Una svalutazione che, come è inevitabile, passa proprio per il superamento del principio di «unitarietà dell'ordinamento civile» (Vandelli, 2001: 1051)¹³ ed in primo luogo per il superamento dell'eguaglianza fra i cittadini.

E tale impostazione è giunta alla sua espressione più netta e evidente con il progetto sulla c.d. *devolution*, in cui si proponeva una ulteriore modifica della

Costituzione per introdurre un meccanismo in base al quale ogni singola Regione potesse autoattribuirsi potestà esclusive in materia di sanità, istruzione e polizia locale (Vandelli, 2001: 1051; Cammelli, 2001: 1099).

6. I diversi momenti della dequotazione

I momenti della dequotazione che una lettura competitiva ed asimmetrica del federalismo hanno portato con sé in questi ultimi quindici anni sono molteplici, a fini sistematici e per le esigenze espositive di questo breve studio, si possono ricondurre a due grandi capitoli: il primo che potrebbe intitolarsi «il tramonto della *isonomía* rispetto alle garanzie del procedimento», il secondo che potrebbe avere come titolo «la fine dell'eguaglianza delle prestazioni sociali».

6.1 Le garanzie procedurali dell'attività amministrativa e il tramonto dell'isonomia

Quanto alle garanzie del procedimento si è molto opportunamente segnalato in dottrina (Occhiena, 2002: 167 sgg.) come la disciplina del procedimento amministrativo a livello di legislazione primaria non sia stata inserita fra le «materie» di potestà legislativa esclusiva statale (*ex art. 117, secondo comma, Cost.*), né fra quelle attribuite alla competenza concorrente di Stato e Regioni (*ex art. 117, terzo comma, Cost.*), con conseguente frammentazione della potestà legislativa in materia procedimentale.

Una riserva allo Stato potrebbe leggersi, a tutto voler concedere, per i soli procedimenti dello Stato e degli enti pubblici statali nell'art. 117 Cost., secondo comma, lettera g) *Ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali*, sempre che il procedimento amministrativo possa esser ricondotto alla materia dell'«ordinamento e dell'organizzazione amministrativa».

Ciò non varrebbe comunque per i procedimenti di competenza di tutti gli enti o soggetti pubblici non statali, in relazione ai quali una competenza statale esclusiva potrebbe rinvenirsi forse e nei soli limiti di quanto previsto dall'art. 117 Cost., secondo comma, lettera m), che riserva alla legislazione statale la competenza a fissare «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili [...] che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale». In questo caso, tuttavia, si tratterebbe solo e comunque di livelli essenziali di prestazione ma non anche di livelli essenziali delle forme e delle modalità di erogazione delle prestazioni medesime, forme e modalità che invece costituiscono l'essenza vera del procedimento amministrativo e che sono al contempo la vera misura dell'effettività delle garanzie riconosciute al cittadino nei confronti dell'esercizio del potere pubblico.

Del pari insufficiente a fondare una riserva legislativa esclusiva sul procedimento amministrativo sarebbe poi il riferimento alla lettera p) del medesimo articolo 117 Cost., che nel riservare allo Stato la legislazione sulle 'funzioni fondamentali', da un lato non precisa se per funzioni debba intendersi la mera individuazione delle funzioni o anche le modalità del loro esercizio (e quindi anche il procedimento amministrativo), dall'altro lato e soprattutto limita la sua portata ai soli comuni, province e città metropolitane.

Alla frammentazione della disciplina a livello di fonti primarie si deve aggiungere poi quella che si verifica a livello di fonti secondarie. Come è stato correttamente notato, infatti, la disciplina del procedimento ben potrebbe rientrare anche nell'ambito dell'autonomia statutaria e dei poteri di regolazione «dello svolgimento delle funzioni», riconosciuti rispettivamente a comuni, province e città metropolitane (dagli artt. 114, secondo comma, e 117, sesto comma, Cost.).

In sostanza, la valenza di disciplina generale di ogni procedimento amministrativo che era stata riconosciuta dalle norme sul procedimento amministrativo del 1990 viene sostanzialmente messa in discussione. Quelle norme, pur con tutti i limiti che le contraddistinguono, costituiscono un vero e proprio Statuto di cittadinanza amministrativa: la codificazione delle garanzie minime per l'esercizio della funzione. Oggi tale Statuto di cittadinanza viene messo a rischio o, almeno, viene compromessa la portata generale ed unificante di quella disciplina proprio in virtù della possibilità – non certo discutibile stando al tenore delle norme costituzionali appena richiamate – di una pluralità di fonti suscettibili di innovare e modificare le regole dei «procedimenti amministrativi».

Tale *spielraum* lasciato libero alla frammentazione della disciplina procedimentale è anche lo spazio delle possibili asimmetrie, della possibile competizione tra discipline di ambiti territoriali diversi. Senza dire delle innumerevoli possibilità di differenziazione della disciplina dovute a contrapposte scelte politiche tra i diversi ambiti regionali o, anche all'interno di essi, tra i diversi livelli di governo.

Non si può negare che questo spazio libero sia il luogo di coltura della paventata dequotazione dell'eguaglianza, il campo in cui si consuma la rottura della parità di trattamento dei cittadini di fronte all'esercizio unilaterale (ma anche per accordi) del potere pubblico. Le garanzie di difesa nel procedimento, le opportunità di partecipazione collaborativa, la precisa individuazione delle responsabilità dell'apparato pubblico nel procedimento possono oggi variare, ed anche in misura consistente, da Regione a Regione, ed anche da provincia a provincia o da comune a comune.

Si badi che il rischio che qui si prospetta vale in ogni caso, qualunque sia la lettura che si voglia prospettare delle recenti norme costituzionali.

Come si illustrava e come ha ben messo in evidenza la dottrina (Occhiena, 2002: 169) «le possibili opzioni sono le seguenti: – Il procedimento *non costi-*

tuisce una “materia”, con la duplice conseguenza che: *a*) la disciplina generale del procedimento potrebbe essere dettata dallo Stato per le attività di competenza degli enti statali in virtù dell’art. 117, c. 2, lett. *g*), Cost., (che riserva al Parlamento la funzione legislativa in materia di “ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali”), nonché dalle Regioni. Infatti, pare lecito argomentare che se l’“ordinamento” e l’“organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali” costituiscono materie in cui lo Stato può introdurre regole procedurali, parallelamente e in quanto non previste dall’art. 117, c. 2, Cost., l’“ordinamento” e l’“organizzazione” amministrativa delle Regioni e degli enti pubblici regionali e locali ben potrebbero essere, in quanto residuali, oggetto di legislazione esclusiva regionale. Sul punto si osserva che così come non pare che si possano sollevare particolari dubbi sull’attinenza del procedimento amministrativo alla materia dell’“ordinamento degli enti pubblici”, stessa conclusione dovrebbe raggiungersi quanto alla materia dell’“organizzazione” dei medesimi, dal momento che è noto l’intimo legame tra procedimento amministrativo e organizzazione dell’amministrazione; *b*) la disciplina di dettaglio dei diversi procedimenti spetterebbe, *ut supra*, allo Stato e alle Regioni, a seconda delle rispettive competenze nelle singole materie individuate dal novellato art. 117 Cost. Il procedimento *costituisce* una “materia”. In tal caso, la relativa potestà sarebbe ripartita come segue: *a*) quanto alla disciplina generale del procedimento, spetterebbe in senso proprio alle Regioni, posto che si tratterebbe di “materia” residuale e quindi di competenza esclusiva dei consigli regionali. A rigore, bisognerebbe dunque negare allo Stato qualsiasi potere di adottare leggi sul punto, pure in relazione ai procedimenti relativi ad attività amministrative rientranti nelle materie di competenza legislativa statale e quand’anche l’amministrazione agente fosse statale. Assunto che però pare difficile da sostenere (se così fosse, a tacer d’altro, si giungerebbe all’assurda conclusione che l’attuale testo della l. 241/1990 – applicabile in entrambi i casi suddetti – sarebbe immodificabile per il legislatore): sembra allora che uno spazio di potestà legislativa per lo Stato potrebbe recuperarsi *sub specie* di normativa sull’“ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali”, *ex* art. 117, c. 2, lett. *g*), Cost.; *b*) quanto alla disciplina specifica dei singoli procedimenti di settore, sarebbero competenti lo Stato e le Regioni a seconda delle materie assoggettate alle rispettive competenze, in cui potrebbero scandire i momenti e le modalità di svolgimento dell’esercizio dei poteri attribuiti alle pubbliche amministrazioni che compongono l’assetto organizzativo dell’uno e delle altre».

Come si vede, «in conclusione, che il procedimento venga o meno considerato come materia pare indifferente, giacché in ogni caso, nei rispettivi settori

di competenza, tanto lo Stato quanto le Regioni potrebbero approvare leggi generali sulla procedura amministrativa, nonché regole procedimentali nei singoli settori omogenei che costituiscono ambito di esercizio delle rispettive funzioni legislative» (Occhiena, 2002: 169).

Non si ignora certo che una delle letture di tali norme, quella che più ha seguito la Corte costituzionale nella sua giurisprudenza¹⁴, sia stata quella dell'interpretazione del testo costituzionale indirizzata ad assicurare il rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico statale (Bin, 2001; Moscarini, 2003), cui vanno ricondotti anche i principi della legge n. 241 del 1990, che anzi costituiscono ormai patrimonio comune di tutti gli Stati membri dell'Unione europea¹⁵. Anche se questa è stata l'interpretazione della riforma del Titolo V del 2001, non si può non rilevare come la garanzia dei principi si sia rivelata poca cosa, sul piano degli effetti e quindi della sostanziale parità di trattamento tra cittadini, rispetto alla disciplina di dettaglio dei singoli procedimenti che sulle situazioni soggettive dei cittadini concretamente e direttamente incidono.

E di ciò si ha una percezione concreta se, dal piano meramente astratto, si passa ad esaminare in dettaglio cosa è accaduto grazie all'esercizio delle competenze esclusive dei vari legislatori regionali.

Si pensi, a mero titolo esemplificativo, a quanto è accaduto con riferimento al principio generale dell'obbligo di conclusione del procedimento e di certezza dei termini per l'adozione del provvedimento finale (di cui all'art. 2 della legge n. 241 del 1990) con una diluizione dei termini procedimentali. Si pensi ancora all'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi, anche questo principio – pur intangibile per la consacrazione ad esso riservata, ancor prima della codificazione legislativa, dalla giurisprudenza amministrativa – fortemente depotenziato con l'aumento delle deroghe legislative alla sua applicazione (ora assai limitate nell'art. 3 della legge n. 241 del 1990).

Gli esempi potrebbero continuare con riferimento alla partecipazione, agli accordi fra privati ed amministrazioni, all'accesso ai documenti e così via; ma non è necessario procedere oltre per dimostrare come la garanzia dei principi non sia in grado di assicurare una sostanziale parità di trattamento fra cittadini, né di garantire la conservazione di un unitario Statuto della cittadinanza amministrativa, né di assicurare lo stesso livello di legittimazione democratica che le regole procedimentali garantiscono all'azione amministrativa.

Se quindi tali margini o spazi di asimmetria non hanno messo a rischio i principi generali contenuti nella disciplina statale e, quindi, anche quelli in materia di procedimento amministrativo¹⁶, ciò non costituisce comunque sufficiente garanzia di pari trattamento dei cittadini di fronte all'esercizio del potere autoritativo o in occasione dell'esercizio consensuale (o contrattato) di quel potere. *L'isotimia* ha corso in questi quindici anni il serio rischio di essere ab-

bandonata e, con essa, la stessa possibilità di ipotizzare una vera e propria cittadinanza amministrativa¹⁷.

6.2 Attività di prestazione di servizi: tra livelli minimi essenziali e disegualianza sostanziale

L'altro grande capitolo in cui l'affermazione di un federalismo asimmetrico o competitivo ha portato a scardinare il telaio rigido della cittadinanza amministrativa è quello dell'attività di prestazione di servizi pubblici e, in particolare, di servizi sociali. Del resto, che il 'nuovo' federalismo avesse conseguenze inevitabili anche su questo piano è stato immediatamente rilevato in dottrina (Ruggeri, 2001: 191 sgg.; Gambino, 2001: 613 sgg.), così come da tempo si è riconosciuto come l'accesso ai servizi sociali costituisca parte significativa della cittadinanza amministrativa (Ferrari, 1986) ed anzi dei diritti di cittadinanza in genere (Menichetti, 2000: 849 sgg.).

Non è certo necessario in questa sede ricordare il rilievo che la nostra Carta costituzionale e lo stesso ordinamento europeo riservano ai diritti sociali (Corso, 1981: 367 sgg.), ciò che in questa sede si vuole mettere in evidenza è che una lettura asimmetrica o competitiva del nuovo assetto dei livelli di governo come disegnato dalla riforma del Titolo V della nostra Costituzione sarebbe causa inevitabile della dequotazione dell'eguaglianza dei cittadini in tema di diritti sociali.

Quello che una lettura in termini competitivi delle norme sembra consentire ed in concreto ha reso possibile, infatti, è stata una differenziazione nella misura e nella qualità dei diritti sociali costituzionalmente garantiti a tutti i cittadini. Una differenziazione, si badi, non giustificata in ragione del principio di eguaglianza sostanziale, sulla base cioè delle soggettive condizioni economiche e sociali di ogni cittadino, ma sulla sola base della residenza geografica del cittadino in una Regione piuttosto che in un'altra, in un comune piuttosto che in un altro.

Per ovviare a questo evidente *vulnus* dello stato di cittadinanza e della parità che l'ordinamento deve garantire ad ogni cittadino, il legislatore del 2001 ha riservato alla competenza legislativa esclusiva dello Stato la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti [...] sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale», così l'art. 117 Cost., secondo comma, lett. m). Ma non sfuggirà certo che la norma costituzionale, proprio laddove attribuisce tale competenza statale esclusiva, potrebbe essere letta nel senso di un implicito riconoscimento del fatto che al di là dei 'livelli minimi', delle prestazioni sociali, la garanzia dell'eguaglianza non debba valere. Al di là della soglia minima di protezione che è demandata alla valutazione ed alla scelta politica del legislatore nazionale, in altri termini, si po-

trebbe così riconoscere piena legittimità alle asimmetrie nella misura e qualità delle prestazioni sociali e quindi nella consistenza dei diritti sociali riconosciuti ad alcuni cittadini rispetto ad altri.

In questo senso il federalismo asimmetrico ha inverato, ed anzi ha presupposto, la dequotazione dell'eguaglianza dei diritti dei cittadini e, quindi, la rottura del telaio rigido in cui ogni cittadinanza, e la cittadinanza amministrativa in specie si iscrive.

Quanto si dice vale ovviamente in quanto della disciplina costituzionale del 2001 è stata prospettata ed ha preso piede una lettura competitiva o asimmetrica. Il discorso sarebbe stato diverso se la lettura di tali norme costituzionali si fosse conformata a quella prospettiva di cooperazione e di solidarietà propria di tutto l'ordito costituzionale e non aliena all'*humus* in cui si va formando la ventura Costituzione europea.

In questa ottica, laddove si parla di «livelli essenziali delle prestazioni», non si sarebbe dovuto affatto leggere un riferimento a «livelli minimi» delle prestazioni sociali, ma viceversa a «livelli uniformi» delle prestazioni sociali su tutto il territorio nazionale. E tuttavia la realtà dei fatti non ha dato ragione a quella dottrina che aveva letto nel testo costituzionale del 2001 espressioni e contenuti analoghi a quelli del federalismo tedesco (Balboni, 2001: 1106 sgg.). Ed infatti l'art. 72 del *Grundgesetz*, nel soddisfare l'esigenza di garantire la unità giuridica ed economica della Federazione, ha come ulteriore obiettivo quello della creazione nel territorio federale di *gleichwertige Lebensverhältnisse*, cioè di condizioni di vita analoghe. Senza dire che l'art. 106 GG prevede una garanzia di «uniforme tenore di vita nel territorio federale».

7. Le nuove prospettive della unificazione giuridica della Repubblica nel riassetto dei rapporti tra Stato e Regioni

Ebbene, se per 'livelli essenziali' si fosse inteso 'livelli uniformi' o, alla tedesca, 'condizioni di vita analoghe', i rischi si sarebbero fortemente ridimensionati. Ma, come si vede, ciò avrebbe presupposto che delle norme costituzionali 2001 non si offrisse una lettura né asimmetrica, né competitiva e che, al contrario, sia potesse leggere in esse una inclinazione alla cooperazione ed alla solidarietà; una lettura che, per usare una espressione di Giorgio Berti, avvenisse «attraverso lo schermo dei diritti e delle cittadinanze».

Ciò non è stato.

È per questa ragione che la riforma costituzionale del 2016 appare particolarmente apprezzabile nella parte in cui riformando il Titolo V, parte seconda, della Costituzione opera una significativa correzione. Non si vogliono qui ignorare le mille perplessità che sul punto hanno avanzato i costituzionalisti (de Martin,

2015: 123 sgg.), né si intende negare che alcune perplessità possono avere fondamento (Vandelli, 2015: 283 sgg.), ma si ritiene che i rischi ed i guasti di cui si è detto nelle pagine che precedono possano essere significativamente arginati dalla modifica intervenuta all'art. 117 Cost.

Il nuovo disegno delle competenze esclusive dello Stato infatti, con tutti i limiti che pure sono stati evidenziati dalla dottrina costituzionalistica, restituisce un fondamento unitario alla cittadinanza amministrativa e lo fa proprio partendo dalle scelte di finanza pubblica e dalle competenze normative in materia di ordinamento amministrativo: quelle che riteniamo essere le fondamenta di una cittadinanza amministrativa costruita sull'eguaglianza.

Il nuovo testo dell'art. 117, ove troverà favorevole sanzione nel corpo elettorale nella prossima consultazione referendaria, attribuisce esclusivamente allo Stato «il coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario» nonché la «perequazione delle risorse finanziarie» (lett. e); così come allo Stato vengono nuovamente ed interamente attribuite, oltre alle competenze su «ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali», le «norme sul procedimento amministrativo e sulla disciplina giuridica del lavoro alle dipendenze» di tutte le «amministrazioni pubbliche tese ad assicurarne l'uniformità sul territorio nazionale» (lett. g).

E così, accanto alle tradizionali attribuzioni statali in materia di ordine pubblico e sicurezza, e a quelle sulla cittadinanza e sullo stato civile, si assegnano allo Stato anche le attribuzioni più tipiche della c.d. cittadinanza amministrativa: la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale», nonché le «disposizioni generali e comuni per la tutela della salute, per le politiche sociali e per la sicurezza alimentare» (così la lett. m). E sempre allo Stato vengono riservate le «disposizioni generali e comuni sul governo del territorio» (lett. u).

Allo stesso modo, il nuovo disegno costituzionale assegna allo Stato le «disposizioni generali e comuni sull'istruzione; ordinamento scolastico; istruzione universitaria e programmazione strategica della ricerca scientifica e tecnologica» (lett. n), nonché le attribuzioni in materia di «previdenza sociale», le «politiche attive del lavoro» e le «disposizioni generali e comuni sull'istruzione e formazione professionale» (lett. o).

Pare in sostanza che dopo l'esperienza di questi ultimi anni sia maturata la consapevolezza dei limiti di un modello organizzativo della Repubblica fondato su una profonda asimmetria e si sia inteso restituire sostanza al principio dell'eguaglianza (ancor prima che di uniformità) quale fondamento di una ritrovata cittadinanza amministrativa della Repubblica. Ed è in questa prospettiva che deve esser letta la «clausola di supremazia» introdotta sempre nel nuovo testo dell'art. 117 Cost., che abilita lo Stato ad «intervenire in materie non riser-

vate alla legislazione esclusiva quando lo richieda la tutela della unità giuridica o economica della Repubblica, ovvero la tutela dell'interesse nazionale».

Si coltiva l'auspicio che queste norme, con il consenso del corpo elettorale, possano assicurare o concorrere ad assicurare una ritrovata dimensione per l'unità giuridica ed economica della Nazione a centocinquant'anni dalla sua prima ed eroica unificazione.

Note

- ¹ Cfr. la voce *Città*, in *Lessico Universale Italiano*, vol. V, Ist. Enc. It., Roma, 1970: 31 sgg.
- ² Per una ricostruzione generale del tema, si rinvia al volume di quest'opera che vi è dedicato (vol. VIII): *Cittadinanze amministrative*, a cura di A. Bartolini, A. Pioggia.
- ³ Il riferimento è alla legge 7 agosto 2015, n. 124 ed ai suoi numerosi decreti legislativi attuativi.
- ⁴ E ci si sofferma principalmente sull'eguaglianza, non tanto perché si confida in una 'tenuta' dell'altro cardine della cittadinanza amministrativa: il principio di legalità. Al contrario, è ben noto che questo principio sia da lungo tempo in crisi e che, inevitabilmente, risulti viepiù indebolito dalla proliferazione e frammentazione delle fonti di produzione della legislazione primaria. La ragione della preferenza per l'eguaglianza in questo studio è data dal fatto che il principio di eguaglianza – di cui in queste pagine si discorre – costituisce, come si dirà *infra* nel testo, presupposto ineliminabile dello stesso principio di legalità modernamente inteso.
- ⁵ «Dolce è il nome di isonomia» esordisce Otane in difesa della democrazia nel sorprendente dialogo con Megabizio e Dario, nelle *Storie* (III, 80) di Erodoto. Non è questa la sede per soffermarsi sulla ricostruzione filosofico-politica dell'eguaglianza. Si rinvia, quindi, ai riferimenti bibliografici alla fine di questo scritto.
- ⁶ *Storie*, II, 37. E già in Aristotele (*Politica*, III, 5, 7, 12, nonché V, 1, 1301 b; *Etica Nicomachea*, V, 3-4, nonché VIII, 7) ne troviamo le più penetranti definizioni.
- ⁷ Si trattava di enunciazioni estremamente esplicite, e delle quali nessun precedente si trova nelle Costituzioni americane, ove il senso dell'eguaglianza traspariva bensì da tutto il contesto ma senza esplicite indicazioni. Ed è così che A. de Tocqueville poteva perciò dire di essere stato indotto a scrivere *La democrazia in America* (1884: pt. III, lb. I, cap. 8, 452 sgg., nonché lb. IV, cap. 1, 681) per l'impressione ricevuta colà dagli effetti prodotti dalla civile eguaglianza.
- ⁸ Sul principio di eguaglianza nel nostro ordinamento costituzionale la letteratura è sterminata si rinvia pertanto agli ampi riferimenti bibliografici finali.
- ⁹ Dovendosi evidenziare i tratti distintivi tra giudizio sull'eguaglianza e giudizio sulla parità di trattamento; riconducendo il primo al *genus* dei giudizi intrinseci, di 'merito', ed il secondo a quello dei giudizi sulla sussistenza di vizi estrinseci, di 'legittimità' (in particolare dell'eccesso di potere).
- ¹⁰ Pur in assenza di una previsione in tal senso nei Trattati istitutivi, già prima della ultima codificazione del principio, la Corte di Giustizia delle Comunità europee aveva affermato ed applicato tale principio. Si vedano, in particolare, le sent. 13 novembre 1984, in causa C- 283/83, *Racke*, in *Racc.*, 1984: 3791 sgg.; 17 aprile 1997, C – 15/95, *EARL*, ivi, 1997, I: 1961; 13 aprile 2000, C – 292/97, *Karlsson*. Per gli approfondimenti in dottrina si vedano i riferimenti bibliografici finali.
- ¹¹ La ricordata *isotimía*, la garanzia dell'eguaglianza nella titolarità dei diritti di voto e di eleggibilità (artt. 39 e 40).
- ¹² Sul punto è ricchissima la giurisprudenza comunitaria C.G.C.E. 21 novembre 1991, in causa C- 269/90 *technische Universität München*, in *Racc.*, 1991: 2593, punto 73; ma già Id., 23 ottobre 1974, in causa C- 14/74, *Transocean Marine Paint Association*, ivi, 1974: 1063; Id., 13 febbraio 1979, in causa C- 85/76, *Hoffman-La Roche*, ivi, 1979: 461; Id., 15 ottobre 1987, in causa C- 222/86, *Heylens*, ivi, 1987: 4112, punto 14; Id., 18 ottobre 1989, in causa C- 374/87, *Orkem*, ivi, 1989: 3343, punto 13; T.P.G., 6 dicembre 1994, in causa C- 450/93, *Lisrestal*, ivi, 1994, 1180, punto 42.
- ¹³ Ed infatti la maggiore controversia è sorta a proposito del potere legislativo così vistosamente equoordinato tra Stato e Regioni. Evoluzione questa che anche altra dottrina non esita a definire 'rivoluzionaria'. La Corte costituzionale, tuttavia, già ha iniziato con le prime pronunce

un'opera di contenimento a garanzia dell'unitarietà dall'ordinamento e ciò si legge -sia pur nei limiti della materia oggetto della controversia sottoposta all'attenzione della Corte- nelle sentenze 26 giugno 2002, n. 286; 27 giugno 2002, nn. 304 e 306.

¹⁴ Anticipazioni del resto se ne hanno già nelle prime pronunce, in particolare, con riferimento all'art. 117 Cost., la citata sentenza 26 giugno 2002, n. 282.

¹⁵ Sui principi generali del procedimento nell'*acquis* comunitario, si vedano i richiami di cui *supra* n. 12.

¹⁶ Eccessiva pare la tesi secondo cui la frammentazione delle fonti e quindi delle discipline che assicurano le garanzie procedurali nei confronti delle pubbliche amministrazioni giunga a negare la permanenza -almeno in linea di principio- di quelle garanzie che costituiscono ormai, e ciò è indiscutibile, principi generali del nostro ordinamento giuridico e del nostro ordinamento amministrativo in particolare.

¹⁷ Proprio con riferimento a questi pericoli, anche di recente, si è levato alto l'invito ad «arrestare il processo degenerativo dello Stato e ricomporre il quadro giuridico adatto al contemperamento degli interessi attraverso nuove regole a ciò adatte. Saranno regole processuali o procedurali, alle quali tutte le amministrazioni dovranno attenersi in modo da rendere certa e visibile la loro attività». Così G. Berti, nelle *Conclusioni* al Convegno organizzato dal centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche Vittorio Bachelet, *Il sistema amministrativo dopo la riforma del Titolo V della Costituzione* (Roma, gennaio 2002), ora nell'omonimo volume degli atti, Giuffrè, Milano, 2002: 325 sgg.

Riferimenti bibliografici

- Allegretti U. 1965, *L'imparzialità amministrativa*, Cedam, Padova.
- Azzena L. 2001, *Le forme di rilevanza della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in U. de Siervo (a cura di), *La difficile Costituzione europea* il Mulino, Bologna.
- Balboni E. 2001, *Il concetto di "livelli essenziali ed uniformi" come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Le istituzioni del federalismo*.
- Benedettelli M.V. 1989, *Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle Comunità europee*, Cedam, Padova.
- Benvenuti F. 1994, *Il nuovo cittadino tra libertà garantita e libertà attiva*, Marsilio, Venezia.
- Bersani C. 2001, *Da sudditi a cittadini: trasformazioni dell'appartenenza*, in G. Bonacchi (a cura di), *Una Costituzione senza Stato*, il Mulino, Bologna.
- Bifulco R. 1995, *La cooperazione nello Stato unitario composto*, Cedam, Padova.
- Bifulco R. et al. (a cura di) 2001, *L'Europa dei diritti*, il Mulino, Bologna.
- Bin R. 2001, *L'interesse nazionale dopo la riforma: continuità dei problemi, discontinuità della giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni*.
- Biscaretti di Ruffia P. 1973, *Uguaglianza (principio di)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIX, Utet, Torino.
- Biscottini G. 1970, *Cittadinanza (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, vol. VII, Giuffrè, Milano.
- Bobbio N. 1975, *Eguaglianza*, in *Enciclopedia del Novecento*, vol. II, Ist. Enc. It., Roma.
- Bonante L. 2001, *Etica e cittadinanza in una dimensione europea*, in V.E. Parisi (a cura di), *Cittadinanza ed identità costituzionale europea*, il Mulino, Bologna.
- Cammelli M. 2001, *I raccordi tra livelli istituzionali*, in *Le istituzioni del federalismo*.
- Caravita di Toritto B. 2002, *La Costituzione dopo la riforma del titolo V*, Giappichelli, Torino.
- Cartabia M. 1995, *Cittadinanza europea*, in *Enc. giur.*, vol. VI, Ist. Enc. It., Roma, 1995.
- Cartabia M., Weiler J.H.H., 2000, *L'Italia in Europa*, il Mulino, Bologna.
- Cassese S. 2000, *Le basi del diritto amministrativo*, Garzanti, Milano.
- Cattaneo M.A. 1999, *Uguaglianza*, in *Dig. disc. Pubbl.*, vol XV, Utet, Torino.
- Cerri A. 1972, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Cedam, Padova.
- 1994, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur.*, vol. XXXII, Ist. Enc. It., Roma.
- Chieffi L. 1999, *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, Cedam, Padova.
- Chiti M.P. 1999, *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano.
- Cirfò G. 1960, *Cittadinanza (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, vol. VIII, Giuffrè, Milano.
- Coen L. 1997, *Disparità di trattamento e giustizia amministrativa. Principio di eguaglianza e tecniche di motivazione della sentenza*, Giappichelli, Torino.

- Cognetti S. 1993, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Giuffrè, Milano.
- Condorcet N. de 1804, *Idées sur le dispotisme* (ed. orig. 1784), in *Oeuvres*, IX, Paris.
- Corso G. 1981, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*
- Costa P. 1999, *Storia della cittadinanza in Europa*, vol. I: *Dalla civiltà comunale al settecento*, Laterza, Roma-Bari.
- Costanzo P. et al. 2015, *Forum sul d.d.l. costituzionale "Renzi-Boschi". Dieci studiosi a confronto*, Giappichelli, Torino.
- Cremaschi S. 1987, *Eguaglianza*, in G. Zaccaria (a cura di), *Lessico della politica*, Ediz. Lavoro, Roma.
- Crifò G. 1970, *Cittadinanza (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Giuffrè, Milano.
- Cuocolo F. 1991, *La cittadinanza europea (prospettive costituzionali)*, in *Pol. dir.*
- Curcio C. 1965, *Eguaglianza (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Giuffrè, Milano.
- D'Atena A. 2001a, *Prefazione* al volume *La Repubblica delle Autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, a cura di T. Groppi, M. Olivetti, Giappichelli, Torino.
- 2001b, *L'Italia verso il "federalismo". Taccuini di viaggio*, Giuffrè, Milano.
- Dalla Torre G., D'Agostino F. 2000, *La cittadinanza. Problemi e dinamiche di una società pluralistica*, Giappichelli, Torino.
- de Martin G.C. 2015, *Le autonomie nel d.d.l. 2613: un passo avanti e due indietro*, in *Le Regioni*.
- Esposito C. 1954, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3*, in *La Costituzione italiana*, Cedam, Padova.
- Falcon G. 2015, *La riforma costituzionale nello specchio del regionalismo*, in *Le Regioni*.
- Ferrari E. 1986, *I servizi sociali*, Giuffrè, Milano.
- Filangeri G. 1819, *Scienza della legislazione* (Napoli 1780), rist. Filadelfia (in realtà Napoli).
- Fiorentino L. 2015, *L'organizzazione amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*
- Fois S. 1974, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIII, Giuffrè, Milano.
- Gambino S. 2001, *I diritti sociali e la riforma "federale"*, in *Quad. cost.*
- Ghera F. 1999, *Il principio di uguaglianza nel diritto comunitario e nel diritto interno*, in *Giur. cost.*
- Giannini M.S. 1993, *Diritto amministrativo*, vol. I, Giuffrè, Milano.
- Groppi T. 2001, *Un nuovo organo regionale costituzionalmente necessario: il Consiglio delle autonomie locali*, in *Le istituzioni del federalismo*.
- Guzzetta G. 2016, *Italia, si cambia. Identikit della riforma costituzionale*, Rubettino, Soveria Mannelli.
- Lavagna C. 1982, *Istituzioni di diritto pubblico*, Utet, Torino.
- Levi F. 1974, *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Giuffrè, Milano.
- Luciani M. 2000, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. Dir.*
- Mangiameli S. 2002, *La riforma del regionalismo italiano*, Giappichelli, Torino.
- Massera A. 1997, *I principi generali*, in M.P. Chiti, G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europea*, Parte generale, Giuffrè, Milano.

- Mattarella B.G. 2015, *Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giorn. dir. amm.*
- Menichetti E. 2000, *Accesso ai servizi sociali e cittadinanza*, in *Dir. pubbl.*
- Morviducci C. 2000, *Diritto di accesso ai documenti delle istituzioni e Trattato di Amsterdam*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*
- Moscarini A. 2003, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, Cedam, Padova.
- Occhiena M. 2002, *Il procedimento*, in A. Crosetti, F. Fracchia (a cura di), *Partecipazione e amministrazione: problemi, prospettive ed esperienze*, Giuffrè, Milano.
- Paladin L. 1965, *Eguaglianza (dir. Cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Giuffrè, Milano.
- Ranelletti O. 1937, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova.
- Romano S(anti) 1932, *Corso di diritto costituzionale*, Cedam, Padova.
- Rossi E. 2016, *Una Costituzione migliore? Contenuti e limiti della riforma costituzionale*, Pisa University Press, Pisa.
- Ruggeri A. 2001, *Neoregionalismo e tecniche di regolazione dei diritti sociali*, in *Dir. soc.*
- Santoro Passerelli F. 1974, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli.
- Satta F. 1969, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Giuffrè, Milano.
- 1989, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, vol. XV, Ist. Enc. It., Roma.
- Tesauro G. 1999, *Eguglianza e legalità nel diritto comunitario*, in *Dir. Unione eur.*
- Tocqueville A. de 1884, *La democrazia in America*, trad. it. in *Biblioteca di scienze politiche*, Torino.
- Vandelli L. 2001, *Per l'attuazione della riforma costituzionale*, in *Le istituzioni del federalismo*.
- 2015, *Qualche appunto e qualche osservazione sulla riforma costituzionale approvata dal Senato*, in *Le Regioni*.

STUDI

PARTE PRIMA

LEGALITÀ, IMPARZIALITÀ, BUON ANDAMENTO,
EQUILIBRIO DI BILANCIO:
MODELLI DI UNIFICAZIONE A MEZZO DEI PRINCIPI

IL DIRITTO DEBOLE. DAL RAPPORTO ALL'ORGANIZZAZIONE: ANDATA E RITORNO

Mariano Protto

SOMMARIO – 1. Il diritto debole. 2. Il diritto (debole) amministrativo delle origini. 3. Il diritto (amministrativo) forte, come diritto dell'organizzazione. 5. Il diritto debole e la ripresa del dialogo.

1. Il diritto debole

Di fronte al fenomeno della globalizzazione, acquisita ormai coscienza dell'incidenza dei diritti sovranazionali, è diffusa la consapevolezza delle trasformazioni in atto nel diritto amministrativo.

Trasformazioni che derivano dal superamento delle categorie tradizionali, dal declino del paradigma gerarchico, che da sempre ha caratterizzato i poteri pubblici nazionali, e dall'assenza di regole generali in grado di governare l'organizzazione e il funzionamento dei poteri (Ferrarese, 2012).

In tale contesto, più che constatare passivamente tali trasformazioni sembra opportuno proporre l'idea che, a fronte di tali fenomeni, il diritto amministrativo possa essere (o tornare ad essere) concepito come 'diritto debole', con la consapevolezza che, peraltro, la debolezza non rappresenta abdicazione sul piano scientifico, ma costituisce un percorso, l'assunzione di un atteggiamento, di una prospettiva di indagine non semplice, assai più costosa e meno rassicurante della tradizione scientifica, che rende peraltro possibile l'esplorazione di nuovi territori e il dialogo con altre discipline (Vattimo, Rovatti, 1983).

2. Il diritto (debole) amministrativo delle origini

A metà del XIX secolo, il diritto amministrativo era un diritto debole, una terra di mezzo ovvero un diritto – com'è stato acutamente rilevato – «equidistante tra pubblico e privato» (Mannori, Sordi, 2001: 345 sgg.), la cui specialità si svolgeva unicamente nei confronti del potere giudiziario (significativa è la definizione contenziosa del diritto amministrativo di Chauveau, 1841: 74), assicurando l'autonomia costituzionale del potere amministrativo nella logica della separazione dei poteri (Mannori, Sordi, 2001: 348).

Durante la lunga parentesi del contenzioso amministrativo e ancora nella prima esperienza della giurisdizione unica, quando il rapporto tra giustizia e amministrazione non aveva ancora assunto caratteri marcatamente conflittuali, potevano quindi svilupparsi soluzioni armoniche tra diritto pubblico e privato, tra contratto e provvedimento (sebbene nel senso dell'inclusione dei contratti nell'ambito della categoria dell'atto amministrativo: Romagnosi, 1835: 179).

Tuttavia, si è trascurato di rilevare che il dialogo con il diritto privato si è potuto instaurare sul fertile terreno del rapporto giuridico, che allora costituiva l'unica prospettiva ricostruttiva della neonata scienza del diritto amministrativo.

Il diritto amministrativo nasce, infatti, come diritto dei rapporti tra cittadino e amministrazione, lasciando la disciplina dell'organizzazione e dell'attività amministrativa al tecnicismo della scienza dell'amministrazione (De Gerando, 1829: 8-9).

La dottrina soleva definire il diritto amministrativo semplicemente come il diritto dei rapporti tra cittadino e amministrazione (Block, 1856: 333), lasciando la disciplina dell'attività e dell'organizzazione amministrativa alla scienza dell'amministrazione o ad un non meglio precisato diritto amministrativo in senso lato (Laferrière, 1860: 334).

Si riteneva così comunemente che «[l]'amministrazione pubblica può offrire tre diversi studi. Speculativamente considerata, è l'oggetto di una scienza, la quale comprende i grandi principii di ragione che debbono informare la gestione dei pubblici affari, e le cognizioni accessorie che fanno il buon amministratore, e preparano le riforme e i miglioramenti: sotto l'aspetto puramente pratico, presenta la cognizione del movimento dei pubblici uffizi, del loro interno organismo, delle relazioni tra i diversi agenti superiori e inferiori, insomma della parte regolamentare e tecnica dell'amministrazione: infine essa forma lo scopo di uno studio speculativo insieme e pratico, quando si contemplan i rapporti tra l'amministrazione e gli amministrati, ossia i diritti e doveri reciproci dell'una e degli altri, in conformità alle leggi esistenti, interpretate colla scorta dei principii generali che debbono regolare l'amministrazione pubblica. Sotto quest'ultimo rispetto si ha il diritto amministrativo» (Garelli, 1860: 39).

Per la dottrina del tempo «[s]onovi pertanto nel diritto amministrativo due parti distinte: una scientifica e giuridica, l'altra regolamentare; l'una dove vive l'elemento giuridico scientifico: l'altra dove capeggia l'arte della politica e dell'amministrazione. Egli è per questa prima parte che il diritto amministrativo ha veramente nome e dignità di un diritto positivo e scientifico» (Meucci, 1892: 7 sgg.).

Siffatta definizione, che oggi potrebbe apparire senz'altro *debole*, era ritenuta massimamente soddisfacente (la definizione di diritto amministrativo di Block e Laferrière viene testualmente ripresa in Germania da Pötzl, 1856: § 1 e ritenuta la migliore delle definizioni tedesche di diritto amministrativo da von Stein, 1865:

28), poiché consentiva di ricostruire il diritto amministrativo secondo le sicure categorie del rapporto giuridico e del diritto soggettivo (in Italia, sulle orme di von Stein, la definizione di Block e Laferrière è ripresa da Longo, 1861: 243).

Ed è proprio in questo periodo, nella prospettiva costituita dal confronto transnazionale sul rapporto tra Stato e cittadino nell'ambito della teoria dei diritti pubblici soggettivi, si riconosce «l'esistenza di numerosi rapporti giuridici cui si applicano con reciproci temperamenti, qualche volta senza che si possa dire quali prevalgano, i principi del diritto pubblico o quelli del diritto privato» (Romano, 1899: 8).

La successiva dottrina, al cospetto dell'ampliamento delle funzioni amministrative e degli apparati pubblici (Cassese, 1983: 15 sgg. e più recentemente Torchia, 2009: 23 sgg.), notava ancora che «la rigidità di certe formule tradizionali mal si adatta alla feconda larghezza di forme che il diritto moderno ha saputo assumere» e «nascono spesso nel campo dell'attività sociale dello Stato rapporti di diritto che riuscirebbe impossibile qualificare come alcuna delle vecchie e rigide formule [...]; nasce così un *diritto sui generis* affatto caratteristico agli Stati moderni» (Longo, 1861: 255).

Poteva così ritenersi che «lo Stato medesimo nello svolgere l'azione sua verso lo scopo s'incontra nelle collaterali ed uguali libertà dell'individuo e in questo incontro nascono rapporti di stretto ordine civile» che «non si differenziano nella sostanza dal diritto civile, anzi sono parte del diritto civile rettamente e largamente inteso» (Meucci, 1892: 9) per giungere ad affermare che «il bene pubblico si realizza, a così dire, in molti casi nel bene privato, così il diritto pubblico si attua nel diritto privato» (Meucci, 1892: 126).

Era questo il periodo, insomma, in cui si ammetteva che vi fossero rapporti tra cittadino e amministrazione in cui non vi era prevalenza del diritto pubblico sul privato o viceversa, cioè «rapporti *sui generis*, partecipanti all'uno e all'altro dei due antichi tipi classici di rapporti o diritto pubblico o di diritto privato» (Orlando, 1892: 95).

Il rapporto costituiva quindi la categoria concettuale neutra, suscettibile di comprendere anche quelle relazioni di confine, cui l'amministrazione partecipava senza l'esercizio dell'autorità, ma nel perseguimento di interessi collettivi, e la cui disciplina poteva farsi discendere dal concorso del diritto pubblico e di quello privato, senza che ciò determinasse la qualificazione in senso pubblicistico ovvero privatistico del rapporto.

L'organizzazione amministrativa non costituiva oggetto dello studio scientifico del diritto amministrativo: nei manuali dell'epoca lo studio dell'organizzazione amministrativa, come oggi intesa, era quasi completamente assente e mancava del tutto il tentativo di enunciare regole e principi propri della funzione organizzatoria (Meucci, 1892: 157 sgg.).

Esemplificativo è l'approccio al tema dell'organizzazione da parte di quella dottrina che usava strutturare la trattazione generale del diritto amministrativo secondo la nota tripartizione di Gaio (persone, cose e azioni: cfr. Batbie, 1876.).

Tale prospettiva fu seguita anche dalla dottrina italiana (De Gioannis Gianquinto, 1868) e ne nacque una vivace polemica con coloro che sostenevano che tale impostazione fosse inadatta all'esposizione metodologica del diritto amministrativo (Aucoc, 1876: 9).

Rimane peraltro il dato che la trattazione dell'organizzazione amministrativa era ridotta all'esposizione dei soggetti nel diritto amministrativo, senza alcuna particolare attenzione per gli aspetti strutturali e funzionali dell'organizzazione.

3. Il diritto (amministrativo) forte, come diritto dell'organizzazione

La successiva dottrina amministrativistica s'impegnò nel guadagnare terreno rispetto agli altri settori disciplinari proprio sul piano dell'organizzazione e dell'attività amministrativa.

Il rapporto non appare più idoneo perché troppo generale e affine al diritto costituzionale e perché non riesce a spiegare l'oggetto proprio del diritto amministrativo, ossia la visione dinamica dell'attività dello Stato nel perseguimento dei propri fini (Orlando, 1892: 7).

Al definitivo abbandono della prospettiva del rapporto giuridico concorre l'affermarsi delle teorie istituzionaliste, che muovono proprio dall'incapacità del modello del rapporto giuridico, ereditato dalla sistematica civilistica, a spiegare la complessità del fenomeno giuridico.

Si osserva che l'«errore, che si ripete in molti campi del diritto pubblico e talvolta, del diritto privato. Di non dare rilievo giuridico all'ordinamento in cui un'istituzione si concreta, se non in quanto esso riflette i rapporti fra più subietti. Una delle più assurde conseguenze, che si trae da tale concezione [...] è quella che nega carattere giuridico alle relazioni fra lo Stato e i suoi organi» le quali «si traducono in atti che hanno qualche valore pei sudditi, allora non soltanto tali atti – si noti bene – ma anche i rapporti interorganici, che li hanno preparati e preceduti, acquisterebbero importanza pel diritto: un'importanza, come si vede, indiretta e di straforo, un'ombra di vita, anzi una momentanea galvanizzazione» e «il giurista li vede e non può non vederli, ma egli, che del diritto si è formato un'idea, da cui non pensa di allontanarsi, crede che siano “ombre vane fuor che nell'aspetto”» (Romano, 1945: 87).

Cosicché il diritto amministrativo diventa il diritto dell'organizzazione amministrativa (Romano, 1945: 98) e su questo crinale si specializza definitivamente rispetto al diritto privato.

Così il rapporto amministrativo scompare dalle definizioni del diritto amministrativo in uso agli inizi del XX (Orlando, 1892: 9 sgg.), orientate tutte alla funzionalità dell'attività amministrativa e alla giuridicità dell'organizzazione amministrativa, ma prive di reale riferimento alla soggettività delle relazioni che si instaurano nell'ambito dell'agire amministrativo (fallirà così il tentativo di Longo, 1861: 244, di coniugare la concezione del diritto amministrativo di Loening-Orlando con la rilevanza del rapporto amministrativo).

Come è stato autorevolmente rilevato «[l]a teoria del diritto come rapporto tra due soggetti aveva tenuto il campo fino a che la teoria generale del diritto era stata modellata sul diritto privato: la teoria dello Stato come persona giuridica, che aveva permesso l'applicazione del concetto di rapporto giuridico al rapporto tra individui e Stato, era stata un tentativo di costruire la dogmatica del diritto pubblico a immagine e somiglianza di quella del diritto privato. Quando entrano in lizza i pubblicisti, sempre più insofferenti all'antico giogo, l'immagine del diritto come rapporto intersoggettivo fu rapidamente offuscata e sostituita dall'istituzione: per chi aveva a che fare con la realtà dello stato il fenomeno più imponente di cui doveva tener conto era l'apparato organizzativo, un insieme di regole la cui funzione non era tanto quella di dividere parte da parte, ma di mettere in relazione le parti con il tutto» (Bobbio, 2007: 133).

4. L'eclissi dell'organizzazione e il ritorno al diritto privato

Il declino della concezione dello Stato e del paradigma pubblicistico dell'organizzazione quale conseguenza della globalizzazione ha indotto una parte della dottrina ad intravedere e anche auspicare un ritorno al diritto privato a scapito del diritto pubblico, soprattutto in ragione della comparsa sulla scena di attori privati cui sono affidate funzioni amministrative e di regolazione (Büthe, Mattli, 2011).

Ideologicamente orientata (la critica al carattere ideologico e plusvaloriale della dicotomia contraddistingue l'intera opera della scuola viennese: da Kelsen, 1911: VIII) e storicamente mutevole (Stolleis, 1988: 65 sgg.), nonostante i suoi innumerevoli detrattori, la grande dicotomia diritto pubblico e privato continua quindi a sopravvivere pervicacemente nella formazione culturale del giurista continentale e nell'applicazione giurisprudenziale (Alpa, 2009: 391).

Essa continua a condizionare la dottrina moderna del diritto amministrativo, soprattutto nei momenti, come questo, di grande trasformazione del sistema amministrativo (Pugliatti, 1964: 696).

Se in passato i teorici generali hanno patrocinato versioni assiologiche della dicotomia – nel senso del primato ora del diritto pubblico (Binding, 1922: 255; Thon, 1878: 114 sgg.) ora del diritto privato (Savigny, 1814; Ravà, 1911)

–, ancora oggi nella dottrina amministrativistica si confrontano periodicamente i fautori della svolta privatistica e i difensori della specialità pubblicistica.

A fronte dei processi di privatizzazione, si è arrivati a prospettare la soppressione del diritto amministrativo, da un lato assorbito nel diritto costituzionale, dall'altro confuso nell'applicazione del diritto comune o auspicare, nel contesto degli effetti della globalizzazione del diritto, la sostituzione *tout court* del provvedimento (e della legge) con il contratto (Galgano, 2005: 93 sgg.).

Nel senso opposto si muove la prospettiva che, attraverso una rivisitazione della tradizione giuspubblicistica liberale, rivendica una visione totalizzante in senso pubblicistico da contrapporre alle «avventuristiche mode privatistiche» che determinerebbero una caduta radicale della tutela del cittadino (Mazzamuto, 2008: 161 sgg., in part. 174 e 2012: 3 sgg.).

Entrambe le posizioni non paiono condivisibili perché assiologicamente orientate, in base ad un giudizio di valore per un versante e disvalore per l'altro versante della dicotomia, a respingere rispettivamente il diritto pubblico o il diritto privato fuori dall'universo dei rapporti tra amministrazione e cittadino (Bobbio, 2007: 123).

Così la posizione, per così dire, privatistica deve riconoscere i limiti del contratto, quale atto di autonomia, in antitesi all'eteronomia delle fonti normative (Galgano, 2005: 110 sgg.) e i problemi connessi alla non conoscibilità del rapporto di diritto privato rispetto alla conoscibilità di quello di diritto pubblico (Alpa, 2009: 373 sgg.).

Anche la posizione pubblicistica appare, sotto molti profili, antistorica nella misura in cui richiama indirizzi dottrinali collocabili in un contesto storico e culturale in cui la scienza del diritto amministrativo lottava per sottrarsi al giogo culturale del diritto privato, trascurando di comprendere il processo di trasformazione del sistema amministrativo che, operando in molteplici direttive (liberalizzazione, semplificazione, deregolazione, decontrazione, autonomia), investe proprio quei caratteri tradizionali del diritto amministrativo (Cassese S. 2002: 27) in relazione al quale si erano formati tali indirizzi.

Si tratta, in entrambi i casi, di uso storiografico della dicotomia, in cui il discorso assiologico opera diacronicamente, attribuendosi più valore solo a ciò che veniva prima o solo a ciò che è venuto dopo (Bobbio, 2007: 124 e 128).

Si è infine prospettato un nuovo diritto comune (Giannini, 2004: 723), inteso come il diritto delle tecniche di tutela degli interessi, indifferente alla loro natura pubblica e privata e rimesso alla scelta del legislatore, di talché «quando il legislatore, cioè la volontà politica, decide di tutelare un interesse mercé una data tecnica, è superfluo domandarsi se quell'interesse sia pubblico o privato» e ciò perché «non c'è, né ci fu in epoche del passato, un catalogo di interessi privati o di interessi pubblici [...] ciò che è privato oggi può

divenire pubblico domani; ciò che è pubblico oggi può divenire privato domani» (Irti, 2011: IX sgg.).

Un diritto comune non come diritto del codice civile, ma come diritto della molteplicità dei corpi normativi, un diritto dei mezzi e non dei fini, un diritto «delle tecniche di scelta di protezione, di rifiuto o di accoglimento nelle forme di tutela giurisdizionale».

Altra prospettiva è quella della teoria dell'ibridazione o embricazione tra diritto pubblico e diritto privato, da tempo indicata dalla dottrina come fenomeno erosivo della dicotomia (Jellinek, 1892: 65).

La più recente dottrina si è impegnata in un'analisi approfondita del fenomeno, mettendo in evidenza le tecniche, le funzioni e i limiti del processo di reciproca interferenza tra diritto pubblico e diritto privato attraverso un'indagine delle norme e degli orientamenti giurisprudenziali (Napolitano, 2003).

Ne è risultato un quadro fortemente dinamico, in cui si alternano fenomeni di privatizzazione del diritto amministrativo, per effetto del quale molti elementi tipicamente pubblicistici sono sottoposti al diritto privato, e fenomeni di pubblicizzazione del diritto amministrativo privatizzato.

Inquadrandolo l'intreccio di regole e principi pubblicistici e civilistici nell'ambito di un più ampio scenario di mutazione dei poli normativi di riferimento, se ne desume l'instabilità degli equilibri tra diritto pubblico e privato, concludendo per la praticabilità di soluzioni solo contingenti, che di volta in volta stabiliscano gli equilibri dell'intreccio (Napolitano, 2003: 235 sgg.).

Come è stato osservato, tale conclusione costituisce in realtà il punto di partenza di un percorso sistematico volto all'individuazione dei «criteri per scomporre e ordinare l'intreccio», onde evitare il rischio «che si passi dalla mitologia della dicotomia pubblico-privato alla mitologia del loro intreccio, con equilibri variabili a seconda delle circostanze» (D'Alberti, 2004: 240).

5. Il diritto debole e la ripresa del dialogo

Peraltro, è evidente che la scelta di individuare la tecnica del diritto privato per lo svolgimento dell'attività amministrativa comporta la perdita di un sistema di disciplina più articolato (Merusi, 2004: 649 sgg.): assoggettamento della decisione dell'amministrazione ai principi di corrispondenza fra decisione e fine legale, imparzialità, ragionevolezza, rilevanza di interessi di terzi, la fruibilità di tutela in forma specifica.

Si tratta del sistema disciplinare edificato storicamente sulla tecnica prima dell'atto amministrativo (Sorace, 1988: 765 sgg.) e poi della funzione e dell'organizzazione amministrativa, ma che, ove ad essa si sostituisca la tecnica del contratto e dell'obbligazione, imporrebbe la necessità non di meno ma di più rego-

le (Marzuoli, 1995: 393 sgg.) per compensare, da una parte, quella perdita disciplinare (Torchia, 2012: 57 sgg.; Harlow, 2009: 75 sgg.) e, dall'altra, per evitare la riviviscenza del pubblico nel soggetto o nella funzionalità dell'attività.

In ordine al primo profilo, quello della tutela, si richiede una apposita normazione in grado di attribuire rilevanza agli interessi di terzi che non avrebbero cittadinanza nel diritto privato e che rimetterebbe, in definitiva, al legislatore la scelta quali interessi tutelare, non escludendosi tuttavia la possibilità di una revisione degli istituti del diritto privato volta ad attribuire rilevanza ai diritti dei terzi (Marzuoli, 1995: 418).

Con riferimento al secondo profilo, si osserva che se vi è privatizzazione e quindi «si ammette che il soggetto pubblico possa utilizzare forme soggettive private [...], siccome a quella forma (privata) corrisponde una sostanza diversa (pubblica) occorrono apposite disposizioni per compensare la situazione, per “regolare” (appunto) quella divaricazione» e ciò non solo nella prospettiva di «evitare che la logica della forma possa travolgere la sostanza di interesse pubblico», ma soprattutto per evitare che «una logica privatistica proprio non vi sia» (Marzuoli, 1995: 425 sgg.).

In altri termini la scelta della tecnica privatistica non è sufficiente se non accompagnata da regole idonee ad attribuire, da una parte, rilevanza alla sostanza degli interessi pubblici e privati e, dall'altra, ad impedire che proprio la sostanza pubblica vanifichi la scelta del legislatore.

La consapevolezza della ‘debolezza del diritto’ al cospetto della globalizzazione, di quello amministrativo ma anche del diritto privato, dovrebbe invece condurre ad un approccio funzionale e alla sperimentazione di nuovi ambiti disciplinari.

Le moderne teorie hanno infatti mostrato che, nella prospettiva funzionale, la distinzione tra diritto pubblico e privato perde ogni valore dicotomico e assiologico, poiché la stessa struttura normativa può svolgere più funzioni e, viceversa, la stessa funzione può essere svolta da strutture normative diverse.

Dottrina civilistica e pubblicistica hanno peraltro sperimentato isolatamente l'approccio funzionale al diritto (Breccia, 2013: 105 sgg., 127), senza comunicazione dei risultati isolatamente acquisiti, di talché ogni disciplina ha continuato ad avere dell'altra una immagine ormai superata (Breccia, 2013: 127).

Così la dottrina amministrativistica ha ritenuto e ancora ritiene l'autonomia contrattuale inconciliabile con l'eteronomia determinata dal principio di legalità e dalla funzionalità dell'attività amministrativa, in ragione di una concezione giusnaturalistica dell'autonomia privata ormai abbandonata dalla dottrina civilistica.

Allo stesso modo, la dottrina civilistica, che ha ormai superato quella concezione extrasistemica e giusnaturalistica dell'autonomia negoziale (Irti, 1994:

20) e raggiunto risultati condivisi sull'apertura del diritto privato alla realtà sociale, soprattutto nell'ambito della sua rivisitazione alla luce della Costituzione (Alpa, 2009), ritiene ancora necessario difendere gelosamente il contratto dall'eterodeterminazione dell'interesse pubblico (Raiser, 1971: 29 sgg.; Oppo, 1994: 25 sgg.), anche quando la dottrina amministrativistica ha ormai abbandonato la convinzione che il perseguimento di tale interesse richieda sempre una logica unilateralistica.

Solo in tempi più recenti, soprattutto dalla dottrina civilistica, è venuto il ripensamento in senso funzionale del diritto privato in rapporto con il diritto pubblico, che ha condotto al superamento dell'isolazionismo disciplinare e alla matura consapevolezza che il primo non è più solamente l'ambito dell'autonomia e della libertà e il secondo il luogo dell'eterodeterminazione e del comando.

In tale prospettiva si evidenzia che molti istituti del diritto amministrativo possono essere ricostruiti nella logica del diritto privato, il quale deve definitivamente riconoscere il superamento dei tradizionali assiomi e la possibilità che la libertà contrattuale e la proprietà incontrino dei vincoli funzionali al perseguimento di interessi collettivi.

Nella logica funzionale, in passato è stata coltivata la concezione della società di diritto civile dell'ordoliberalismo come ambito disciplinare autonomo rispetto al diritto privato e pubblico (Böhm, 1966: 75; Canaris, 1993: 873).

Siffatta prospettazione si fonda sul riconoscimento di un ambito sociale, quello dell'economia di mercato, in cui opera un diritto civile che, al di là delle assonanze, non è il diritto privato in senso tecnico, ma un ordinamento complesso in cui l'esercizio dell'autonomia privata è regolato sia da elementi di ordine privatistico, ed in primo luogo quello della responsabilità sociale dei privati, che da elementi tradizionalmente ascritti al diritto amministrativo.

Tale teorizzazione, che ampia influenza ha avuto sul diritto dell'economia soprattutto in sede europea, ha condotto la dottrina ad affermare che l'autonomia privata non possa più essere considerata disgiuntamente dalla sua regolazione in senso funzionale (Grundmann, 2010: 592).

In tale nuovo contesto, il profondo ripensamento dei termini della dicotomia ha portato a diverse teorizzazioni che, peraltro, hanno in comune un tratto essenziale: la rivalutazione del rapporto giuridico come substrato teorico e tecnico per una rivisitazione in senso funzionale della relazione tra diritto pubblico e privato.

Tali teorie utilizzano la categoria concettuale del rapporto come prospettiva per la valutazione degli interessi sostanziali e la composizione della complessità che si determina per effetto delle interferenze e contaminazioni tra diritto pubblico e privato, in una prospettiva funzionale del diritto fondata sugli interessi che vengono in rilievo nel rapporto.

Il superamento della dicotomia è possibile attraverso la creazione da parte di tutti i formanti di un diritto comune differenziato, ossia di un diritto comune applicabile ad ogni rapporto, indipendentemente dalla natura dei soggetti, del carattere funzionale o meno dell'attività svolta, che tuttavia si differenzia in ambiti disciplinari in ragione di specifici principi e criteri (Bullinger, 1968: 81).

Ciò non significa che il diritto delle obbligazioni previsto dal codice civile sia applicabile *tout court* all'attività amministrativa né che i principi generali del diritto amministrativo si applichino acriticamente ai comportamenti dei privati in determinati ambiti (quale ad es. quello dell'economia), ma che diritto pubblico e privato, non più contrapposti, concorrano nella determinazione della disciplina del particolare ambito non in conseguenza dell'aprioristica qualificazione pubblicistica o privatistica del rapporto ma in ragione del criterio di appropriatezza delle regole e dei concetti in relazione al rapporto sostanziale (Bullinger, 1968: 82).

Ciò che qui preme mettere in evidenza è che diritto pubblico e privato non rappresentano più ambiti contrapposti ed isolati e se confluiscono in un diritto comune permane la necessità di differenziare nuovi ambiti disciplinari in base agli interessi rilevanti nel rapporto, giungendo alla formulazione di criteri che, in una prospettiva funzionale, considerano diritto pubblico e privato come strutture normative in grado di svolgere sullo stesso piano una funzione appropriata alla differenziazione.

In definitiva, le nuove sfide della globalizzazione e della privatizzazione richiedono l'elaborazione di ambiti disciplinari differenziati, i quali possono esistere se alla 'forza' della grande dicotomia diritto pubblico e privato si sostituisce la 'debolezza del diritto' (pubblico e privato), che vuol dire rinuncia a qualsiasi ragionamento di tipo assiologico, nella consapevolezza che quello intrapreso è un 'percorso' e che ogni acquisizione è necessariamente 'provvisoria', come lo sono i fenomeni che stanno sconvolgendo il diritto amministrativo.

Riferimenti bibliografici

- Allegretti U. 1996, *Il valore della costituzione nella cultura amministrativistica*, in *Dir. pubbl.*
- Allison J. 1996, *A Continental Distinction in the Common Law*, Oxford.
- Alpa G. 2009, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Laterza, Roma-Bari.
- Auby J.-B. 2003, *La globalisation, le droit e l'état*, Paris.
- Aucoc M. 1876, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, Paris.
- Batbie A. 1861-1868, *Traité théorique et pratique de Droit public et administratif*, Paris.
- 1876, *Précis du Cours de droit public et administratif professé à la Faculté de droit de Paris* (II ed.), Paris.
- Benvenuti L. 2011, *Diritto e amministrazione. Itinerari di storia del pensiero*, Giappichelli, Torino.
- Binding K. 1922, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts* (IV ed.), I, Leipzig.
- Block M. 1856, *Dictionnaire de l'Administration française*, Paris-Strasbourg.
- Bobbio N. 2007, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari.
- Böhm F. 1966, *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, ORDO 17.
- Breccia U. 1989, *L'immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, in *Riv. crit. dir. priv.*
- 2013, *Immagini del diritto privato*, I, Giappichelli, Torino.
- Bullinger M. 1968, *Öffentliches Recht und Privatrecht: Studien über Sinn und Funktionen der Unterscheidung*, Stuttgart.
- Büthe T., Mattli W. 2011, *New Global Rulers: The Privatization of Regulation in the World Economy*, Princeton.
- Canaris C-W. 1993, *Verfassungs – und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft*, in P. Badura (a cura di), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens: Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, München.
- Cassese S. 1983, *Il sistema amministrativo italiano*, il Mulino, Bologna.
- 2002, *Le trasformazioni del diritto amministrativo, dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, I.
- Chauveau A. 1841, *Principes de compétence et de juridiction administratives*, I, Paris.
- D'Alberti M. 2004, *Recensione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*
- De Gérando J.M. 1829, *Institutes de droit administratif française ou éléments du Code Administratif réunis et mise en ordre*, Paris.
- De Gioannis Gianquinto G. 1864, *Nuovo diritto amministrativo*, Padova.
- 1868, *Corso di diritto pubblico amministrativo professato nelle RR. Università di Pavia e di Pisa*, Pisa.
- Ferrarese M.R. 2000, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, il Mulino, Bologna.

- 2011, voce *Globalizzazione del diritto*, in *Annali IV dell'Enciclopedia del diritto*, Milano.
- 2012, *Prima Lezione di diritto globale*, Laterza, Roma-Bari.
- Foucarré F. 1985, *Eléments de Droit public et administratif ou exposition méthodique des principes du droit positif* (IV ed.), I, Paris.
- Galgano F. 2005, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, il Mulino, Bologna.
- Garelli G.E. 1860, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino.
- Giannini M.S. 2004, *Diritto pubblico e privato nel diritto dell'economia*, in Id., *Scritti giuridici*, V, Milano: 723.
- Grundmann S. 2008, *The Concept of the Private Law Society after 50 Years of European and European Business Law*, in *Eur. Rev. Priv. Law*.
- 2010, *L'unità del diritto privato. Da un concetto formale a un concetto sostanziale di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*
- Halpin A., Roeben V. (a cura di), *Theorising the Global Legal Order*, Oxford.
- Harlow C. 2009, *The «Hidden Paw» of the State and the Publicisation of Private Law*, in D. Dyrenhaus, M. Hunt, G. Huscroft (a cura di), *A Simple Common Lawyer. Essays in honour of M. Taggart*, Oxford-Portland.
- Held D., McGrew A., Goldblatt D., Perraton J. 1999, *Global Transformations: Politics, Economics, and Culture*, Cambridge.
- Irti N. 1994, *Autonomia privata e forma di Stato (intorno al pensiero di Hans Kelsen)*, in *Riv. dir. civ.*
- 2011, *Prefazione a V. Cerulli Irelli, Amministrazione pubblica e diritto privato*, Giappichelli, Torino.
- Jellinek G. 1892, *System der subjektiven öffentlichem Rechte*, Freiburg i.B.
- Kelsen H. 1911, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen: VIII.
- 1924, *Diritto pubblico e privato*, in *Riv. intern. fil. dir.*
- 1925, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin.
- 1960, *Reine Rechtslehre* (II ed.), Wien.
- Krabbe H. 1919, *Die moderne Staats-Idee* (II ed.), Haag.
- Kraft J. 1923, *Die juristische und soziologische Bedeutung der Unterscheidung vom privatem und öffentlichem Recht*, in *AöR*.
- Laferrière M.F. 1860, *Cours de droit public et administratif mis en rapport avec le lois nouvelles et précédé d'une introduction historique* (V ed.), I, Paris.
- Leibfried S., Zürn M. (a cura di) 2005, *Transformations of the State?*, Cambridge, 2005.
- Loening E. 1884, *Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts*, Leipzig.
- Longo A. 1861, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi e il Diritto Amministrativo Italiano*, in *Arch. dir. pubbl.*, I.
- Maggiore G. 1922, *L'aspetto pubblico e privato del diritto e la crisi dello Stato moderno*, in *Riv. intern. fil. dir.*
- 1940, *Quel che resta del Kelsenismo*, in *Studi giuridici in onore di S. Romano*, Padova.
- Manna G. 1860, *Partizioni teoretiche del diritto amministrativo ossia introduzione alla scienza ed alle leggi dell'amministrazione pubblica*, Napoli.

- Mannori L., Sordi B. 2001, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari.
- Marzuoli C. 1995, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*
- Mazzamuto M. 2008, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- 2012, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- Merkel A. 1920, *Die monarchistische Befangenheit der deutschen Staatsrechtslehre*, in *Schweizerische Juristen-Zeitung*.
- Merlin P.A. 1812, *Acte administratif*, in *Répertoire universelle et raisonné de jurisprudence* (IV ed.), Paris, I.
- Merusi F. 2004, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. Amm.*
- Meucci L. 1892, *Istituzioni di diritto amministrativo* (III ed.), Torino.
- Montanari B. 1995, *Itinerario di filosofia del diritto. Per una lettura critica dell'esperienza giuridica*, Cedam, Padova.
- Mortara L. 2013, *Lezioni di diritto amministrativo e scienza d'amministrazione (R. Università di Pisa 1886-1887)*, Jovene, Napoli.
- Napolitano G. 2003, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- Oliver D. 2009, *What, If Any, Public-Private Divides Exit?*, in M. Ruffert (a cura di), *The Public-Private Law Divide: Potential for Transformation?*, London.
- Oppo G. 1994, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*
- Orlando V.E. 1892, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze.
- Persico F. 1875, *Principi di diritto amministrativo* (II ed.), Napoli.
- Pötzl J. 1856, *Lehrbuch des Bayerischen Verwaltungsrechts*, München.
- Pugliatti S. 1964, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano.
- Raiser L. 1971, *Die Zukunft des Privatrechts*, Berlin.
- Ravà T. 1911, *Il diritto come norma tecnica*, Tipografia Dessì, Cagliari.
- Robinson W.I. 2007, *Theories of Globalization*, in G. Ritzer (a cura di), *The Blackwell Companion to Globalization*, Oxford.
- Romagnosi G.D. 1835, *Principj fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni* (III ed.), Prato.
- Romano S. 1897, *La teoria dei diritti pubblici subbietivi*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milano
- 1899, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, Milano.
- 2003, *Gli scritti del Trattato Orlando*, Milano.
- Sandulli A. 2009, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano
- Savigny F.C. 1814, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg.

- Shaw M. 2000, *Theory of the Global State: Globality as an Unfinished Revolution*, Cambridge.
- Sorace D. 1988, *Promemoria per una per una nuova "voce": Atto amministrativo*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano.
- Stolleis M. 1988, *Geschichte der öffentlichen Rechts in Deutschland*, I, München.
- Thon A. 1878, *Rechtsnorm und Subjectives recht: Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, Weimar.
- Torchia L. 2009, *Il sistema amministrativo italiano*, il Mulino, Bologna.
- 2012, *La regolazione del mercato e la crisi economica globale*, in F. Brescia, L. Torchia, A. Zoppini, *Metamorfosi del diritto delle società? Seminario per gli ottant'anni di Guido Rossi*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Twining W. 2009, *General Jurisprudence – Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge.
- Vattimo G., Rovatti P.A. (a cura di) 1983, *Il pensiero debole*, Feltrinelli, Milano.
- von Stein L. 1865, *Lehre von der vollziehenden Gewalt*, Stuttgart.
- Weyr F. 1914, *Über zwei Hauptpunkte der Kelsenschen Staatsrechtslehre*, in *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*.
- Zöllner W. 1996, *Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes – und Richterstaat*, Köln.

L'UNIFICAZIONE ATTRAVERSO L'ORGANIZZAZIONE

Giovanni Iudica

SOMMARIO – 1. La scelta accentrata dell'Italia unita. 2. Tendenze contrarie all'accentramento amministrativo nel periodo postunitario. 3. La ricerca dell'unità attraverso i servizi pubblici. 4. Situazione attuale: tendenze accentratrici nell'organizzazione amministrativa. 5. La questione dei servizi pubblici. 6. Sindacato giurisdizionale sull'organizzazione dei servizi pubblici. 7. Rilievi conclusivi.

1. La scelta accentrata dell'Italia unita

L'unificazione amministrativa dello Stato italiano, com'è noto, si realizza con la l. 20.3.1865 n. 2248 sul riordinamento dello Stato sardo, in cui l'accentramento è visto come momento di pacificazione.

In questo periodo è dominante il modello gerarchico, mediante l'organizzazione ministeriale: la gerarchia era vista come unico istituto in grado di garantire il raggiungimento delle finalità dello Stato, garantendone l'uniformità (Conti, 1989: 78).

Già la dottrina (Miglio, 1969: 28; Astuto, 2014: 68), che si occupò dei profili giuridici dell'unificazione italiana, individuò una serie di contraddizioni dello Stato unitario.

Un primo contrasto venne a prodursi tra l'egalitarismo astratto e dogmatico posto a fondamento dello Stato costituzionale-rappresentativo e una serie di particolarismi etnico-geografici che distinguevano diverse Regioni della penisola.

Un secondo tra il primato della funzione legislativa e la scarsa considerazione delle autonomie, il cui rilievo invece avrebbe dovuto portare ad una legislazione di carattere differenziato.

Un terzo tra il principio rappresentativo e l'affermazione di interessi particolari, con la conservazione degli aspetti deteriori del particolarismo preunitario.

In questo contesto si comprende la visione 'orlandiana' (Orlando, 1908: 451; Porrini, 1900: 548), secondo cui, nell'epoca moderna, all'aumento degli organi amministrativi si accompagna l'accentrarsi dei poteri nelle mani dello Stato che ha il compito di imprimere unità d'indirizzo e regolare l'azione statale. In questa direzione, la visione 'orlandiana' è basata sull'organizzazione accentrata dello Stato, sganciata dal cittadino e dalle sue esigenze.

Un esempio dell'atteggiarsi autoritativo dell'amministrazione statale è dato dalla l. 30.8.1863 n. 1409 (c.d. legge Pica). Questa legge, finalizzata alla repres-

sione del brigantaggio, prevedeva l'istituzione, da parte del Governo del Re, di compagnie o frazioni di volontari, decretandone i regolamenti, nominandone gli ufficiali e potendone ordinare lo scioglimento. La legge altresì prevedeva una misura di prevenzione, consistente nel domicilio coatto, per i soggetti oziosi e vagabondi e per persone sospette, indipendentemente da una condanna penale (Pedio, 1964: 886).

L'ordinanza di domicilio coatto veniva adottata in seguito a denuncia segreta, senza alcuna contestazione di accusa all'imputato (Ranelletti, 1908: 1135). Di regola, i sottoposti a tale misura, venivano inviati nei comuni delle isole, recando disturbo all'ordine pubblico, in quanto «girano liberamente tutto il giorno e per tutto il territorio, triste e lurido popolo, esempio malo di ozio, di vagabondaggio, di mal costume alle popolazioni indigene, di cui non sono sicure, le proprietà, le persone, l'onore» (Ranelletti, 1908: 1136).

Secondo impostazioni dominanti, lo Stato unitario, invece di affrontare il problema del Mezzogiorno con l'adozione di provvedimenti tesi a migliorare le sue condizioni (sotto il profilo agricolo, industriale e culturale), prevedeva il ricorso a compagnie di volontari assemblate alla meglio, con soppressione delle libertà costituzionali, lo stato di assedio, il domicilio coatto (Sandulli, Vesperini, 2011: 47; Marucco, 2011: 25).

Si deve considerare che la l. n. 2248/1865 (All. B) recepì la misura del domicilio coatto, inaugurando una prassi che si sarebbe ripetuta nel tempo, cioè quella di rendere ordinarie delle misure che nascevano in situazioni emergenziali, o ritenute tali dai governi sia della Destra che della Sinistra storica (v. in questa direzione Tosatti, 2015: 101).

In questo contesto, le autonomie venivano compresse, con una finalità di regere la costruzione di uno Stato soggettivamente debole, in cui mediante l'autorità si intendeva costruire l'unità. I poteri attribuiti al Prefetto assicuravano che in periferia si replicasse l'assetto amministrativo centrale, costituendo il prefetto uno strumento per l'unità dell'azione del governo.

Purtuttavia, la tendenza centralista aveva dei limiti dati dallo sviluppo degli uffici periferici che sottraevano competenze al Prefetto¹: per esempio, il r.d. 17.7.1862 n. 760 con cui si provvedeva all'organizzazione delle circoscrizioni demaniali e degli uffici incaricati della riscossione delle tasse, ponendoli alle dipendenze del Ministero delle finanze (Sandulli, Vesperini, 2011: 63). Sotto altro profilo, l'*élite* amministrativa, provenendo da diverse Regioni non ha delle basi socio-culturali unitarie (Astuto, 2014: 78).

La burocrazia successiva all'unificazione è caratterizzata dall'egemonia del linguaggio burocratico di derivazione piemontese e di 'taglio' militare che crea non pochi problemi di comprensione, in quanto la maggioranza degli impiegati sono di provenienza settentrionale.

In relazione allo *status* dei pubblici impiegati, prima dell'unificazione si applicava la legge Cavour del 23.3 1853 che si preoccupava di fissare i gradi e gli stipendi delle amministrazioni centrali. Una legge organica si avrà solo in età giolittiana (1908) sullo status giuridico ed economico degli impiegati.

Per quanto riguarda l'impiego pubblico locale, bisogna ricordare che la sua disciplina, inserita nelle varie leggi comunali e provinciali, si è ispirata a quella prevista per i dipendenti statali ed in parte veniva lasciata alla potestà regolamentare degli enti locali. In dottrina si è rilevato che venivano maggiormente considerati quei dipendenti pubblici che erano rimasti fedeli ai sovrani degli Stati preunitari (Aimo, 2013: 99).

È noto che il nuovo Stato non adottò un ordinamento amministrativo, ma ereditò le norme di Cavour sui Ministeri del 1853 e la legge sull'ordinamento comunale e provinciale del 23.10.1859 di Rattazzi, lasciando il personale amministrativo privo di garanzie, ad eccezione di quelle su aspettative, congedi e pensioni (Cassese, 2011: 305).

Di particolare significato nel periodo post-unitario fu la legislazione diretta all'unificazione economica avente ad oggetto pesi e misure, imposte e tasse, gioco del lotto, privative dei sali e tabacchi, appalti e lavori pubblici ecc. Si è sottolineato che la costruzione del nuovo Stato avrebbe richiesto interventi sulla sua costituzione, sull'apparato amministrativo, sui rapporti tra poteri pubblici e cittadini. Al centro dell'attenzione invece vi fu l'economia, per la necessità di creare un mercato ampio, protetto verso l'esterno da barriere doganali, ma senza barriere interne (Napolitano, 2011: 100).

Il giudizio di questo periodo è ben sintetizzato da due opposte posizioni: quella di Orlando (Orlando, 1954: 317), secondo cui era sorto dal Regno di Sardegna uno Stato nuovo e quella di Santi Romano, secondo cui lo Stato italiano è la continuazione, senza soluzione giuridica di continuità, dell'antico Stato di Sardegna, non trattandosi di un nuovo Stato (Romano, 1990: 397).

2. Tendenze contrarie all'accentramento amministrativo nel periodo postunitario

Qualche 'voce' si levò, nell'immediato periodo postunitario a favore delle autonomie: si può pensare al discorso di Andrea Costa ad Imola l'8.7 1883 (Costa, 2012: 10), il quale denunciava la totale mancanza di partecipazione alla vita del Comune da parte dei cittadini, ricordando che l'art. 17 della l. n. 2248/1865 prevedeva che per esercitare il diritto di elettorato attivo occorreva pagare un determinato tributo in relazione al numero degli abitanti del Comune. Denunciava che in forza di quella norma sono elettori, indipendentemente dal tributo, i militari decorati, i professori, i procuratori, gli agenti di cambio. Rilevava altresì che il Sindaco era nominato dal Re e che il Prefetto è

il Presidente della deputazione provinciale. Nulla era detto della partecipazione dei cittadini alla vita del Comune. Il Costa ritiene che il Comune, quantunque vincolato dalle tradizioni storiche e dalle lotte sostenute per la libertà, è un ente a sé, con vita propria ed interessi propri, capace di amministrarsi da sé e di sviluppare le sue istituzioni.

Secondo il Costa, i diritti civili sono legati strettamente ai diritti politici: in sostanza se ad un soggetto è precluso il diritto di voto è inutile riconoscergli diritti civili, in quanto non può partecipare alla vita democratica della Nazione.

È rilevante notare come la connessione tra libertà e diritti sociali è stata in dottrina recentemente ripresa, ritenendo inammissibile un ordine concettuale che tenda a separare i diritti di libertà dai diritti sociali, non potendo questi ultimi essere 'effettivi', in assenza di una partecipazione democratica (Marino, 2007: 67).

Inoltre nella dottrina preorlandiana si riscontrava la necessità di un diritto amministrativo meno autoreferenziale, più attento ai bisogni del cittadino.

Il Meucci a proposito della disciplina dei beni pubblici sottolineava che l'inalienabilità di questi beni avrebbe l'effetto di riservare non solo ai presenti, ma anche alle future generazioni l'uso delle cose. La norma deve essere considerata nel lungo periodo, essendovi dei doveri nei confronti di soggetti ancora non esistenti e quindi non titolari di diritti (Meucci, 1898: 429). In effetti, è estremamente significativo che un autore di quell'epoca, invece di considerare i beni pubblici come strumento di affermazione dell'autorità dello Stato (della sua supremazia), aveva già allora una preoccupazione per le generazioni future.

Sul punto si può richiamare la tesi di Santi Romano, per cui possono configurarsi doveri senza che vi siano diritti (Romano, 1983: 95). Modernamente intesa, questa tematica riguarderà i diritti delle generazioni future (Corso, 2010: 9).

Nella linea di una organizzazione amministrativa strumentale ai diritti dei cittadini si pone pure il De Luca Carnazza.

Quest'ultimo in particolare considera che determinati divieti dell'autorità non sono fondati solo sulla contrarietà alla legge in senso stretto: per esempio il taglio degli alberi deve essere limitato, in quanto può produrre danno e rovina; «la legge [...] deve vietare non solo le azioni criminose, ma ben pure quelle imprudenti e stolte che recano altrui danno e rovina».

Nel suo pensiero vi è altresì una preoccupazione per le differenziazioni territoriali: il vincolo forestale «non può esser dovunque uguale, perché le circostanze locali sono infinitamente mutevoli e per conseguenza esso deve qui estendersi molto, là poco». Da ciò l'Autore trasse la necessità dell'accurato studio delle modalità delle Regioni, in cui si intende imporre il vincolo (De Luca Carnazza, 1880: 151).

3. *La ricerca dell'unità attraverso i servizi pubblici*

Tra la fine dell'800 e gli inizi del '900 vi furono degli interventi legislativi che si muovono in direzione diversa: si cerca l'unità non attraverso l'autorità e l'accentramento, ma attraverso i servizi pubblici.

Si può richiamare la legge Coppino del 15.7.1877 n. 3961 sull'istruzione elementare obbligatoria, in cui, sia pure mediante strumenti autoritari e di comando, si volevano realizzare finalità egualitarie nel servizio dell'istruzione e quindi di partecipazione democratica.

Questa legge dispose l'istruzione obbligatoria e gratuita per i minori di anni 6 che dovevano essere inviati alla scuola elementare del Comune. L'obbligo di istruzione era previsto anche per gli orfani ed altri minori senza famiglia, cui dovevano provvedere i direttori degli istituti cui erano affidati (Perticone, 1968: 317).

I genitori e coloro che avevano l'obbligo di istruzione nei confronti degli orfani, in difetto di adempimento spontaneo, venivano ammoniti dal Sindaco e se non riuscivano a giustificare l'omissione con adempimenti gravi, incorrevano nella pena dell'ammenda.

A fine '800 il Cammeo auspicava l'esercizio diretto dei servizi pubblici, con il riscatto delle concessioni di pubblici servizi esistenti. Ancorché per Cammeo le concessioni di pubblici servizi non fossero illegittime, era per lui auspicabile l'esercizio diretto, vantaggioso per il bilancio comunale e per la generalità dei cittadini (Cammeo, 1885: 541).

Agli inizi del '900 si dà risposta ai bisogni delle collettività, con la l. 29.3.1903 n. 103 (su questa legge v. Garassai, 1952: 5; Piras, 1967: 367; Marino, 1986: 2; Merusi, 2004: 37; Licciardello, 2008: 4).

L'art. 1 di questa legge prevedeva una serie di servizi che i Comuni potevano assumere (acquadotti, fognature, illuminazione pubblica e privata, impianto ed esercizio di farmacie ecc.).

Questo elenco era ritenuto meramente esemplificativo, in quanto il Consiglio comunale poteva assumere liberamente il servizio o per sostituire ad un monopolio privato un monopolio pubblico, oppure per introdurre un fattore concorrenziale in un mercato caratterizzato da una situazione di monopolio o di oligopolio, come nel caso delle farmacie.

La scelta di assumere il servizio non è imposta alla collettività locale: infatti l'art. 12 prevede che, intervenuta la decisione favorevole della Giunta provinciale amministrativa, se sia fatta opposizione da parte di 1/20 degli elettori del Comune, ovvero di 1/3 dei consiglieri in carica, la deliberazione del Consiglio comunale è sottoposta anche al voto degli elettori del Comune, convocati con manifesto della Giunta municipale da pubblicarsi almeno 15 giorni prima della convocazione (Pubusa, 2013: 852).

Non ci sembra inutile richiamare sul punto una disposizione del regolamento esecutivo, l'art. 92 del r.d. 10.3.1904 n. 108 che prevedeva la formula referendaria in modo oltremodo semplice, con un riferimento espresso alla deliberazione adottata dal Consiglio comunale.

La disposizione è significativa, perché unisce in sé, leggendola con 'lenti' del diritto amministrativo attuale, la trasparenza intesa come possibilità di comprensione dell'oggetto del referendum e la partecipazione democratica. Peraltro, nella complessa procedura di assunzione del servizio si configurava un rilevante momento di partecipazione democratica del cittadino. L'art. 87, 1° comma, del regolamento di esecuzione disponeva che ogni cittadino aveva facoltà di presentare osservazioni ed opposizioni al Prefetto entro quindici giorni dalla deliberazione. Il 2° comma disponeva che il Prefetto doveva trasmetterle alla GPA ed alla commissione reale che dovevano prenderle in esame insieme agli atti del procedimento.

Nell'intenzione del legislatore, si individuava un momento di partecipazione democratica e altresì la presa in considerazione delle osservazioni dei cittadini che erano così partecipi di momenti organizzativi rilevanti per la collettività locale.

Questi istituti peraltro coesistevano con altri di carattere autoritativo, quali i penetranti controlli dello Stato sulla vita dell'azienda e la procedura di riscatto delle concessioni (Merusi, 2004: 37).

Un ulteriore esempio che può essere considerato è la nazionalizzazione del servizio ferroviario, operata con la l. 22.4.1905 n. 137. La finalità è quella di evitare il monopolio di fatto dei privati, conseguendo un utile di impresa a favore dello Stato, anziché delle società private, con la finalità di realizzare l'uguaglianza sostanziale dei cittadini e la pubblicizzazione della gestione (Marino, 1986: 42).

In sostanza, per autorevole dottrina, la vicenda dei servizi pubblici locali non può essere spiegata semplicemente come fatto di parte politica, di partito, ma come momento di educazione democratica dei cittadini che partecipano direttamente all'amministrazione della cosa pubblica, occupandosi dei loro interessi come comunità (Marino, 1986: 10; Astuto, 2014: 145).

4. Situazione attuale: tendenze accentratrici nell'organizzazione amministrativa

La storia post-unitaria ci insegna che attraverso l'autorità e l'accentramento non si è raggiunto quell'obiettivo di 'pacificazione' sociale proprio dello Stato liberale.

Non si è realizzata in sostanza quella unità politica che nello Stato democratico si tradurrà nell'uguaglianza sostanziale. Il che ci deve fare riflettere su alcune tendenze accentratrici attuali su cui si può fare solo qualche esempio senza alcuna pretesa di completezza.

La l. 6.11. 2012 n. 190² sembra scarsamente rispettosa delle prerogative delle autonomie locali.

Le misure di prevenzione della corruzione sono disciplinate dall'art. 1, commi 1-57 e devono essere applicate a tutte le amministrazioni pubbliche. Il rinvio all'art. 1 del d.lgs. n. 165/2001 sembra piuttosto 'sbrigativo', non essendovi sforzo alcuno di adeguare le misure di prevenzione alle peculiarità delle amministrazioni locali (Merloni, 2013: 349).

Il legislatore si limita (v. commi 60 e 61) a demandare a intese da adottare in sede di Conferenza unificata la definizione degli adempimenti, con l'indicazione dei termini, delle Regioni e delle province autonome di Trento e Bolzano e degli enti locali, nonché degli enti pubblici e dei soggetti privati sottoposti al loro controllo.

L'art. 1, comma 59°, prevede che le disposizioni in tema di prevenzione della corruzione siano diretta attuazione del principio di imparzialità. Quest'ultimo principio viene visto come materia in senso proprio, riservata al legislatore statale.

In generale, l'eccessiva 'uniformità' delle norme comporta degli inconvenienti. Già anteriormente alla legge anticorruzione la dottrina sottolineava le necessità di una disciplina differenziata per il conflitto d'interessi, tenuto conto delle diverse tipologie di prestazioni nel pubblico impiego: si pensi a chi presta la propria attività al servizio del pubblico, che ha bisogno di regole maggiormente dettagliate, rispetto a chi svolge una attività meramente interna (Mattarella, 2007: 173).

Altro esempio da prendere in considerazione è il d.lgs. 14.3.2013 n. 33 in tema di trasparenza amministrativa (Orofino, 2013: 97).

L'art. 5 del d.lgs. n. 33/2013 prevede l'accesso civico, cioè il diritto di chiedere documenti, informazioni o dati di cui sia stata omessa la pubblicazione.

In realtà la partecipazione democratica è piuttosto limitata, in quanto sono pubblici i documenti e le informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria secondo la legge vigente. Di conseguenza, la trasparenza è attuata non come principio di carattere generale, ma solo in relazione ai dati oggetto di pubblicazione obbligatoria, con una scelta demandata al legislatore.

In atto, una certa inversione di tendenza si coglie nel recente schema di decreto legislativo in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione in attuazione dell'art. 7 l. 7.8.2015 n. 124. L'art. 6 dello schema prevede una modifica all'art. 5 estendendo l'accesso civico anche ai documenti di cui non sia prevista la pubblicazione obbligatoria³.

Ciò ancor se si deve registrare che non sempre la trasparenza dei dati è demandata (esclusivamente) alla fonte primaria: ad es. l'art. 1, comma 9° della l. n. 190/2012 prevede che il piano di prevenzione della corruzione può prevedere obblighi di trasparenza ulteriori rispetto a quelli dalla legge previsti.

La trasparenza sembra profilarsi come criterio legittimante dell'azione amministrativa in quanto realizza il principio di integrità: il rischio però è che le-

gittimi ancor di più il potere autoritativo dell'amministrazione, persuadendo il cittadino delle bontà delle decisioni amministrative (principalmente in sede di programmazione), senza una effettiva partecipazione democratica, non rimuovendo le diseguaglianze effettive.

Così come la gerarchia degli uffici nell'apparato ministeriale doveva condurre all'uniformità, alla c.d. pacificazione, allo stesso modo rendere trasparente l'amministrazione, con informazioni selezionate dal legislatore, sembra produrre la certezza giuridica per consolidare ancor di più il potere dell'amministrazione, ottenendo il consenso dei consociati sull'agire amministrativo.

Nella linea che i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria debbano essere previsti dal legislatore sembra porsi la l. 7.8.2015 n. 124 (*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*).

In particolare, l'art. 7, comma 1°, lett. e), prevede che il Governo deve emanare uno o più decreti legislativi destinati ad integrare la disciplina del d.lgs. n. 33 del 2013 nel rispetto di una serie di principi e criteri direttivi, tra cui la razionalizzazione e la precisazione degli obblighi di pubblicazione nel sito istituzionale.

Sotto altro profilo, la 'mortificazione' delle autonomie si realizza, secondo recenti impostazioni, con la l. cost. 20.4.2012 n.1 che ha aggiunto un comma all'art. 97 Cost., secondo cui «Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico». Si sostiene che in tal modo la responsabilità per l'equilibrio di bilancio e la sostenibilità finanziaria viene imputata contestualmente e solidalmente a tutti i centri di spesa, siano essi titolari o meno di autonomia costituzionalmente garantita. La nuova formulazione dell'art. 119, 1° comma, Cost., obbliga le autonomie territoriali ad «assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione Europea». La norma in linea di massima comporta una compartecipazione di tutti gli enti di autonomia alla gestione della responsabilità dello Stato per la garanzia della sostenibilità del debito pubblico nazionale. Secondo recenti impostazioni, la disposizione rischia di incidere sull'autonomia finanziaria delle autonomie territoriali, facendo gravare la responsabilità di tale indebitamento indipendentemente dalla responsabilità di ciascuno (Bilancia, 2014: 77).

Si rileva una 'eclissi' del principio di sussidiarietà stabilito dall'art. 118 Cost.: quest'ultimo infatti si basa sulla distribuzione delle funzioni amministrative in relazione alla dimensione degli interessi, per cui è la dimensione territoriale (locale, regionale o nazionale) dell'interesse curato a determinare l'attribuzione da parte del legislatore della titolarità di una certa funzione amministrativa. Se però l'interesse è quello generale di equilibrio del bilancio, che deve essere unitario all'interno della pubblica amministrazione, non può che essere attribuita allo Stato la funzione relativa (Urbano, 2015: 209).

Autorevolmente di recente in dottrina si sostiene che la crescita e lo sviluppo nell'attuale sistema non sembrano passare attraverso le autonomie in relazione all'art. 118 Cost, introducendosi la *spending review* «più che come un nuovo “metodo” di gestione pubblica conseguenza delle scelte di policy review come occasione di tagli lineari che hanno come conseguenza non solo un taglio di spese inutili ma anche una riduzione dell'azione pubblica» (Licciardello, 2013: 684; Maccarrone, 2013: 115).

5. La questione dei servizi pubblici

Rispetto ai servizi pubblici, si riscontra una posizione non paritaria tra amministrazione e cittadino, non realizzandosi una partecipazione democratica 'effettiva'.

È noto ad es. che l'art. 2 del d.l. 12.5.1995 n. 163, convertito in l. 11.7.1995 n. 273, dispone che ciascun ente erogatore debba adottare una carta di servizi dove si definiscono i contenuti del rapporto con l'utenza sulla base dei principi contenuti nella Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27.1.1994 e negli schemi generali di riferimento predisposti dal dipartimento della funzione pubblica d'intesa con l'amministrazione interessata (Battini, 1998: 193).

Si è rilevato che, se è vero che il legislatore ha obbligato gli enti erogatori ad adottare le carte dei servizi limitando la loro autonomia mediante atti di indirizzo (gli schemi generali di riferimento), è vero pure che è alquanto limitato il ruolo degli utenti, singoli e associati alla definizione del contenuto delle carte, vanificandosi così il profilo della partecipazione democratica all'organizzazione.

Di recente, in tema di carte dei servizi si sottolinea che l'esperienza italiana è risultata sostanzialmente fallimentare, in quanto gli utenti non sono stati coinvolti nell'individuazione degli standard prestazionali e nella verifica del loro rispetto. In giurisprudenza inoltre si è affermata un'ampia discrezionalità in capo ai soggetti erogatori nell'individuazione del *quantum* da rimborsare, ogni qualvolta l'utente chieda, mediante reclamo, l'indennizzo per mancata erogazione del servizio. Complessivamente si rileva che il sistema di reclami come rimedi di carattere giustiziale, non ha avuto un funzionamento effettivo (Calabrò, 2014: 416).

Da ultimo, comunque il legislatore si orienta sempre rispetto a strumenti di tutela non giurisdizionale per gli utenti dei servizi. Su tali strumenti, si consideri l'art. 19, comma 1°, lett. o), l. n. 124 del 2015 che demanda al legislatore delegato la previsione di adeguati strumenti di tutela non giurisdizionali.

Facendo un altro esempio, nella materia dei servizi pubblici negli ultimi anni si è ricorso alla consultazione referendaria, ma la partecipazione democratica dei cittadini è stata meramente apparente e probabilmente non sorretta da una corretta informazione.

Ci si riferisce al referendum abrogativo tenuto nei giorni 12 e 13 giugno 2011, concernente l'art. 23 *bis* del d.lgs. 31.3.1998 n. 112. Il quesito aveva ad oggetto l'abrogazione della norma che consente di affidare la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica soltanto nei confronti di soggetti scelti mediante gara ad evidenza pubblica, consentendo la gestione *in house* in caso di evenienze del tutto eccezionali.

Come autorevolmente in dottrina si è rilevato, questo referendum venne presentato ai cittadini come la 'privatizzazione dell'acqua' che riguardava una questione del tutto diversa, cioè la dissociazione tra demanio (proprietà pubblica dell'acqua) e gestione imprenditoriale. Tale questione era oggetto peraltro di uno dei requisiti referendari, ma nella privatizzazione dell'acqua è stato impropriamente incluso pure il quesito sulla concorrenza per il mercato dei servizi pubblici locali (Merusi, 2012: 107).

L'esempio sembra emblematico, perché l'istituto del referendum abrogativo viene utilizzato invece che per una effettiva partecipazione dei cittadini rispetto all'organizzazione dei servizi, per differenti finalità, 'mascherate' con l'estrema tecnicità del quesito referendario, difficilmente comprensibile per un cittadino non 'tecnico' del diritto. In sostanza i cittadini hanno ritenuto di votare contro l'aumento delle bollette dell'acqua, mentre hanno eliminato la possibilità di gestione imprenditoriale di servizi di rilevanza economica (tranne settori quali distribuzione del gas naturale, energia elettrica, gestione farmacie comunali e trasporti).

Altresì nell'organizzazione dei servizi si registra dalla normazione recente una mortificazione delle autonomie: in particolare, a titolo meramente esemplificativo ci si riferisce all'art. 23 del d.l. 24.4.2014 n. 66, convertito in l. 23.6.2014 n. 89, secondo cui il Commissario straordinario per la revisione della spesa predispone un programma per la razionalizzazione delle aziende speciali delle istituzioni e delle società direttamente o indirettamente controllate dagli enti locali⁴ incluse nell'elenco previsto dall'art. 1 comma 3° l. 31.12.2009 n. 196 per la liquidazione e la trasformazione per la cessione di rami di azienda o anche di personale ad altre società anche a capitale privato con il trasferimento di funzioni e attività di servizi (Licciardello, 2014: 564).

6. *Sindacato giurisdizionale sull'organizzazione dei servizi pubblici*

In generale, bisogna registrare che rispetto ai rapporti tra tutela giurisdizionale e programmazione la giurisprudenza⁵ limita la tutela all'ipotesi della mancata adozione di atti programmatori, ritenendo pienamente applicabile l'azione sul silenzio *ex art.* 31 c.p.a.

Secondo il giudice amministrativo, è pienamente esperibile la procedura del silenzio-inadempimento nel caso in cui, ad esempio, un Comune non adotta il re-

golamento ed il piano generale degli impianti pubblicitari, la cui mancata adozione comporta il rigetto delle richieste di autorizzazione all'installazione degli stessi.

Questa giurisprudenza sembra muoversi nella direzione di una autorevole dottrina che – già alla fine degli anni '80 – riteneva che essendo l'attività di programmazione esercizio della funzione, nel caso di sua omissione il cittadino può agire in giudizio affinché l'obbligo di programmare sia osservato: per esempio, in relazione all'omessa adozione di un piano regolatore (Marino, 1989: 82).

Secondo questa visione, la tutela nei confronti dell'omessa programmazione non è finalizzata in sé e per sé all'efficienza dell'amministrazione, ma al raggiungimento delle mete sociali fissate dalla Costituzione, in relazione ai bisogni primari dei cittadini. Se tali valori vengono pregiudicati omettendo la programmazione, deve essere riconosciuto un diritto di agire in giudizio per la sua adozione (Marino, 1989: 82).

Inoltre, la giurisprudenza non consente l'autonoma impugnazione di atti generali, se non quando questi contengano prescrizioni di carattere puntuale, con lesione immediata e diretta dei destinatari (Cudia, 2012: 120).

Recentemente in giurisprudenza si sono considerate fattispecie in cui gruppi di cittadini contestavano scelte organizzative inerenti complesse operazioni di ristrutturazione delle partecipazioni pubbliche adottate da enti locali⁶.

Il giudice amministrativo ha ritenuto che nei casi in esame i ricorrenti non abbiano alcuna legittimazione attiva, fondandosi le censure sulla circostanza di volere contestare (invadendo talvolta il merito), scelte organizzative attinenti ad operazioni di ristrutturazione delle partecipazioni pubbliche.

Altresì, secondo il giudice amministrativo, nessuna posizione di interesse legittimo può essere individuata dall'esame della *causa petendi* di un ricorso che si risolve nella richiesta di un interesse materiale *non iure*. In sostanza, sarebbe una pretesa non riconosciuta da norme di diritto a vedere modellata l'organizzazione dei servizi pubblici comunali secondo proprie aspirazioni socio-economiche, che sarebbero del tutto cedevoli rispetto alle norme ed ai principi comunitari che tutelano i valori del libero mercato e della concorrenza.

Addirittura il giudice configura nella fattispecie un abuso del processo (Tropea, 2015: 433), inteso come esercizio dell'azione in forme eccedenti o devianti rispetto alla tutela prevista dall'ordinamento.

Il giudice amministrativo ritiene altresì che ancor quando vi siano norme (previste dallo statuto comunale) che prevedano la partecipazione degli utenti all'attività di programmazione, non vi è una coincidenza tra legittimazione procedimentale e processuale: queste norme infatti non legittimano affatto il cittadino ad agire per sottoporre a sindacato giudiziale la programmazione, materia disciplinata strettamente dal diritto processuale e non attribuita alla competenza normativa dei Comuni.

Bisogna prendere atto che queste conclusioni della giurisprudenza sono fondate sui principi affermati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 25.2.2014 n. 9, secondo cui il ricorso al giudice amministrativo deve presentarsi come indispensabile per porre rimedio allo stato di fatto lesivo, con i caratteri essenziali della concretezza e dell'attualità del pregiudizio.

La tutela non può essere data quando si tratta di situazioni future ed incerte in quanto meramente ipotetiche, come quando si vuol sindacare atti di programmazione che non producono una lesione concreta. Si teme che, se si ritiene ammissibile un'azione non fondata su una lesione concreta, si introducono ipotesi di azioni popolari e quindi si afferma la c.d. giurisdizione 'oggettiva'. La tutela verrà data soltanto in relazione alla questione dell'efficienza del servizio mediante il ricorso previsto dall'art. 1 del d.lgs. n. 198 del 2009 (Cudia, 2012: 239), rimedio in cui si può configurare una lesione diretta. Non si può nascondere che tale visione, che pure vuole evitare azioni strumentali senza che vi sia una lesione attuale, nasconda delle 'aporie': in sostanza, la questione della mancata partecipazione democratica all'organizzazione amministrativa. Il giudice amministrativo sembra affermare il principio che l'attività di autoorganizzazione riguarda solo l'amministrazione, restandone del tutto estraneo il cittadino.

In questo senso, vi è una linea di continuità con una risalente giurisprudenza amministrativa degli anni '70 – sottoposta invero a severe critiche da autorevole dottrina (Chiti, 1977: 320)⁷ – per cui non è possibile il sindacato giurisdizionale su atti di carattere organizzativo, in quanto il cittadino non vanta un interesse protetto rispetto alla riserva di organizzazione stabilita dall'art. 97 Cost., trattandosi di un interesse generale, trascendente quello personale del singolo. In sostanza, si afferma una visione per cui l'organizzazione viene configurata nell'interesse (esclusivo) dell'amministrazione.

Come invece si è rilevato in passato (Ottaviano, 1992: 67) e ripreso di recente (Licciardello, 2015: 802), questa concezione è inaccoglibile, in quanto in un ordinamento democratico anche l'organizzazione non può costituire spettanza esclusiva della stessa amministrazione: ciò sarebbe in contrasto con il principio di eguaglianza sostanziale, previsto dall'art. 3, 2° comma, Cost. Secondo questa concezione, l'interesse legittimo nasce già nel momento dell'organizzazione (prima della messa a disposizione del bene e del servizio): conseguentemente già da questo momento l'interessato può dolersi dello scorretto esercizio del potere.

Questa tesi si poneva in contrasto con quella visione, radicata nella giurisprudenza degli anni '50⁸, per cui rispetto al potere autoritativo dell'amministrazione non sussistono interessi protetti, quando la scelta dell'amministrazione sia inerente a ragioni attinenti all'organizzazione (Sandulli, 1952: 1344).

In sostanza se si seguono le conclusioni di Ottaviano, una programmazione non 'adeguata' non riguarda solo l'efficienza dell'azione amministrativa, cioè l'organizzazione in sé, ma i bisogni primari dei cittadini.

In questa direzione, sarebbe auspicabile una lettura dell'art. 97 Cost. non concentrata su profili 'oggettivi' attinenti all'organizzazione, bensì sul ruolo del destinatario dell'azione amministrativa, in relazione all'art. 41, 1° comma della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7.12.2000⁹ che prevede il diritto alla buona amministrazione da parte di ogni persona (Police, 2002: 498).

Bisogna registrare che il nostro giudice amministrativo¹⁰ non riconosce al cittadino un diritto all'imparzialità amministrativa, ma un interesse legittimo: un interesse al corretto esercizio del potere da parte dell'amministrazione, che si ritiene esercitato più per suscitare da parte del giudice un controllo sull'azione amministrativa, che per realizzare il diritto, riconosciuto in sede comunitaria, ad una buona amministrazione.

Sotto altro profilo, da tempo autorevolmente si è sottolineato che la programmazione deve considerarsi un 'sistema giuridico' in cui i cittadini sono i principali partecipi: ciò comporta necessariamente un adeguamento della giurisdizione a tale 'sistema' (Marino, 1989: 7).

Il 'metodo' della programmazione sembra essere peraltro richiamato dalla recente decisione della Corte costituzionale 30.4.2015 n. 70¹¹. La decisione, com'è ormai noto, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1°, l. 22.12.2011 n. 214, in forza della quale si impongono risparmi di spesa mediante il blocco dell'indicizzazione di taluni trattamenti pensionistici per gli anni 2012 e 2013. La Corte ha ritenuto costituzionalmente illegittimo un intervento legislativo che incida notevolmente (ed in maniera definitiva) sulla garanzia di adeguatezza della prestazione, senza «essere sorretta da una imperativa motivazione di interesse generale», introducendo così un obbligo di motivazione per gli atti legislativi che devono 'rendere conto' alla collettività delle ragioni del provvedere in una certa direzione.

Poiché secondo la Corte, al legislatore spetta di individuare idonei meccanismi che assicurino la perdurante adeguatezza delle pensioni all'incremento del costo della vita occorre una programmazione in materia previdenziale, evitando misure disomogenee ed irragionevoli.

In tema di programmazione sarebbe quindi corretta qualche pronuncia del giudice amministrativo per cui è onere dell'amministrazione (nel caso in specie della Regione) di programmare una politica di bilancio in modo di mantenere inalterato il finanziamento di determinati servizi pubblici (nella specie, di trasporto) e contemporaneamente garantire l'equilibrio dei propri conti¹².

Sul tema altresì, qualche indicazione deriva dalla dottrina pubblicistica francese secondo cui il diritto deve rendere un servizio alla persona, non potendosi basare solo su tecnicismi formali (v. Moret-Bailly Didier Troughet, 2014: 59).

Se la programmazione dei servizi è strumentale alla persona, cioè è mirata all'efficienza del servizio rispetto ad un soggetto, essa deve poter essere sottoposta a sindacato giurisdizionale ove si contesti la irrazionalità della scelta che abbia conseguenze sul cittadino: la scelta ad es. di privatizzare il servizio potrebbe renderlo antieconomico o comunque scarsamente efficiente. Si consideri che da tempo autorevole dottrina ha affermato l'identificazione tra irrazionalità e illegittimità rispetto alla tutela giurisdizionale nei servizi pubblici (Marino, 1986: 279). In sostanza, il cittadino deve potere dedurre una violazione del principio di concorrenza o un eccesso di potere per insufficiente motivazione di una delibera-quadro che possa avere delle ricadute sull'efficienza del servizio.

In questa direzione, sindacare le scelte programmatiche non è espressione di una giurisdizione oggettiva o di un controllo popolare, bensì di una giurisdizione 'soggettiva', che si occupa della tutela di diritti fondamentali della persona, della sua dignità.

Ciò non toglie indubbiamente che l'interesse deve essere qualificato: non potrà logicamente dolersi il *quisque de populo* su una certa organizzazione del servizio, ma ovviamente i cittadini stabilmente collegati a quel territorio che da una certa organizzazione potranno avere delle ricadute in relazione agli interessi da perseguire, tenuto conto della (imprescindibile) connessione tra cittadinanza amministrativa e comunità territoriale (Cavallo Perin, 2004: 204).

Indubbiamente è condivisibile ritenere che si debbano utilizzare strumenti di democrazia partecipativa (Allegretti, 2011: 295) per la programmazione dei servizi pubblici, quali dibattiti pubblici, *focus group*, sondaggi ecc. (Boscolo, 2014: 2012).

Rispetto alla partecipazione sui servizi pubblici si può considerare l'art. 19, comma 1°, lett. p), l. n. 124 del 2015, secondo cui il legislatore delegato deve introdurre e potenziare forme di consultazione e di partecipazione diretta dei cittadini alla formulazione di direttive alle pubbliche amministrazioni ed alle società di servizi sulla qualità e sui costi degli stessi. Si tratta però non di forme partecipative nel momento programmatico, ma nel momento della gestione del servizio, per la valutazione dell'efficienza. In sostanza, sulla partecipazione alla programmazione dei servizi il legislatore non sembra fornire una parola decisiva.

Sotto altro profilo, la possibilità di accesso alla tutela giurisdizionale rispetto ad atti di organizzazione di pubblici servizi avrebbe delle ricadute sui diritti delle generazioni future.

Non si può sicuramente negare che l'interesse individuale viene considerato come unico fattore di legittimazione al giudizio in relazione all'art. 24 Cost., per cui «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi». Sottoporre a sindacato giurisdizionale atti di organizzazione del servizio per garantire le future generazioni, sotto un certo profilo comporterebbe l'esercizio di un'azione popolare.

Tuttavia, in qualche (rara) decisione del giudice amministrativo si afferma la salvaguardia della qualità di vita delle future generazioni¹³.

In tale direzione, l'obiettivo della qualità di vita delle generazioni future può essere inteso come 'parametro d'azione' delle pubbliche amministrazioni: il giudice amministrativo potrebbe esercitare un controllo sull'esercizio del potere programmatico, che comporta ricadute significative sulla qualità di vita delle generazioni future (Astone *et al.*, 2010: 9).

7. *Rilievi conclusivi*

In conclusione, si deve considerare che nel periodo post-unitario l'unificazione sembra realizzarsi mediante l'organizzazione dei servizi pubblici con la l. n. 103/1903 e non tramite strumenti autoritativi.

Nel periodo attuale, si riscontra una certa 'asimmetria' tra il principio di trasparenza e partecipazione democratica.

Se la trasparenza si intende come conoscibilità-comprensibilità dell'azione amministrativa, essa indubbiamente rispetto alla programmazione viene realizzata: si pensi all'art. 13 del d.lgs. n. 33 del 2013, per cui sono previsti una serie di obblighi di pubblicazione concernente l'organizzazione delle pubbliche amministrazioni. La conoscibilità comporta una legittimazione del potere amministrativo: più il potere è 'visibile' più può convincere la collettività della sua legittimità. Purtroppo, sono assenti momenti partecipativi, cioè la possibilità di influire su tale potere, non realizzandosi l'uguaglianza sul piano sostanziale e quindi non essendo effettiva la cittadinanza amministrativa.

La circostanza poi che vi sia una legislazione fortemente accentrata, poco rispettosa delle autonomie, comporta ancor di più la necessità di una maggiore partecipazione dei cittadini per influire sui processi decisionali inerenti la programmazione dei servizi pubblici, che potranno comportare significative ricadute sulla gestione delle risorse.

Probabilmente è necessario un allargamento della legittimazione sia a partecipare sia a ricorrere, anche in relazione alla tutela delle future generazioni investite da processi di programmazione ed organizzazione dei servizi pubblici.

Note

- ¹ Da ultimo il legislatore ha riconsiderato questa figura, disciplinando nuove competenze del Prefetto, v. art. 8, comma 1° lett. e) l 7.8.2015 (Deleghe al governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche). Una certa tendenza accentratrice si riscontra nella configurazione della Prefettura come Ufficio territoriale dello Stato in cui vengono a confluire tutti gli uffici periferici delle amministrazioni civili dello Stato.
- ² Lievi modifiche sono state apportate a questa legge con la l. 27.5.2015 n. 69 (*Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio*).
- ³ Si tratta dello Schema di decreto legislativo recante *Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012 n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013 n. 33, ai sensi dell'art. 7 della legge 7.8.2015 n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*. Su questo schema, v. Cons. St. Sez Cons. per gli atti normativi-parere 24.2.2016 n. 515, in <<http://www.Lexitalia.it>>. Quando già il presente lavoro era in fase di correzione di bozze è entrato in vigore il d.lgs. 17.5.2016 n. 97 che all'art. 6 introduce modifiche all'art. 5 del d.lgs. n. 33 del 2013, consentendo l'accesso civico non solo sui dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ma anche su dati ulteriori, nel rispetto però dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti, secondo quanto previsto dall'art. 5 bis (sicurezza pubblica, sicurezza nazionale, difesa e questioni militari ecc.).
- ⁴ In relazione alle società partecipate dagli enti locali, v. da ultimo, art. 18, 1° comma, lett. m) della l. n. 124 del 2015. La disciplina in questione sembra mirare al raggiungimento di obiettivi di qualità e di efficienza (mediante la riduzione del numero di partecipazioni) e l'obiettivo della trasparenza mediante pubblicazione nei siti internet dei dati economici patrimoniali e degli indicatori di efficienza del servizio.
- ⁵ V. la significativa decisione del CGARS 23.4.2012 n. 396, in <<http://www.giustizia-amministrativa.it>>.
- ⁶ V. TAR Piemonte Sez I 8.1.2014 n. 9, Cons. St. Sez V 2.4.2014 n. 1572, in <<http://www.giustizia-amministrativa.it>>; V. su quest'ultima decisione, la nota di Boscolo, 2014: 2006 sgg.
- ⁷ L'Autore richiamava la decisione del TAR Piemonte 25.6.1975 n. 198, in *I Tribunali amministrativi regionali*, I, 1975: 2036 sgg. Nella specie, un cittadino impugnava un provvedimento comunale con cui venivano istituiti i Consigli di quartiere, allora nuovi organi dell'amministrazione comunale. Il giudice amministrativo affermò, sotto altro profilo, che l'interesse pubblico non viene nemmeno identificato con la collettività locale ma «[...] nell'indifferenziato e preminente interesse dell'intera collettività statale, unitariamente intesa» (*I Tribunali amministrativi regionali*, cit.: 2041).
- ⁸ V. Corte d'appello di Roma 29.5.1952, e Corte di Cass. Sez. Un. Civ. 6.9.1952 n. 2861, con nota di Sandulli, 1952: 1344 sgg.
- ⁹ V. rispetto al diritto ad una buona amministrazione l'art. 296 del T.F.U.E. in relazione all'adozione di norme volte a garantire un'amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente.
- ¹⁰ V. Cons. St. Ad. Plen. 22.10.2007 n. 12, in <<http://www.Lexitalia.it>>, 10.
- ¹¹ V. il testo in <http://www.Lexitalia.it>, 5/2015, con nota di Pepe, 2015.
- ¹² V. in questa direzione, Cons. St. Sez V 27.3.2013 n. 1799, in <<http://www.giustizia-amministrativa.it>>.
- ¹³ V. Cons. St. Sez. IV 10.2.1998 n. 223, in *Urbanistica ed appalti*, fasc. 6, 1998: 667, con nota di Bassani, ivi: 669 sgg.

Riferimenti bibliografici

- Aimo P. 2013, *L'unificazione amministrativa: l'organizzazione dello Stato*, in *Storia amministrazione costituzione Annale Isap*, 21: 99 sgg.
- Allegretti U. 2011, *Democrazia partecipativa*, in *Enc. Del dir., Annali*, IV, Milano: 295 sgg.
- Astone F., Manganaro F., Romano Tassone A., Saitta F. 2010, *Cittadinanza e diritti delle generazioni future*, Atti del convegno di Copanello – Catanzaro 3-4 luglio 2009, Rubbettino, Soveria Mannelli.
- Astuto G. 2014, *L'amministrazione italiana*, Carocci, Roma.
- Battini S. 1998, *La tutela dell'utente e la carta dei servizi pubblici*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1: 193 sgg.
- Bilancia F. 2014, *Spending review e pareggio di bilancio. Cosa rimane dell'autonomia locale?*, in *Diritto pubblico*, 1: 45 sgg.
- Boscolo E. 2014, *Le condizioni dell'azione e l'abuso del processo amministrativo*, in *Giur. It.*, 8-9: 2012 sgg.
- Calabrò M. 2014, *Carta dei servizi, rapporto di utenza e qualità della vita*, in *Diritto amministrativo*, 1-2: 373 sgg.
- Cammeo F. 1885, *I monopoli comunali*, in *Archivio giuridico diretto da Filippo Serafini*, LVI (541), Pisa.
- Cassese S. 2011, «*Fare l'Italia per costituirla poi*». *Le continuità dello Stato*, in *Riv. Trim. dir. Pubblico*, 2: 305 sgg.
- Cavallo Perin R. 2004, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, 1: 201 sgg.
- Chiti M.P. 1977, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pacini, Pisa.
- Cognetti S., Contieri A., Licciardello S., Manganaro F., Perongini S., Saitta F. 2014, *Percorsi di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino.
- Conti G. 1989, *Organizzazione gerarchica e Stato democratico*, Cedam, Padova.
- Corso G. 2010, *Categorie giuridiche e diritti delle generazioni future*, in F. Astone, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Cittadinanza e diritti delle generazioni future*, Atti del convegno di Copanello 3-4 luglio 2009, Rubbettino, Soveria Mannelli: 9 sgg.
- Costa A. 2012, *Impadroniamoci dei comuni*, in *Storia amministrazione costituzione*, 20: 10 sgg.
- Cudia C. 2012, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Maggioli, Rimini.
- De Luca Carnazza S. 1880, *Elementi di diritto amministrativo*, Torino.
- Garassai C. 1952, *L'assunzione diretta dei pubblici servizi*, Como, 1952.
- Licciardello S. 2008, *Percorsi di diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, Torino.
- 2013, *Amministrazione e cittadino*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2.3: 671 sgg.
- 2015, *La giustizia amministrativa come servizio pubblico*, in *Dir. proc. Amm.*, 2: 797 sgg.

- Maccarrone L. 2013, *Profili di riforma e di controriforma nell'attuale assetto delle funzioni amministrative locali*, Giappichelli, Torino.
- Marino I.M. 1986, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Giuffrè, Milano.
- 1989, *Amministrazione e giustizia. La programmazione*, Bonanno, Acireale.
- 2007, *Effettività, servizi pubblici ed evoluzione dei sistemi «a diritto amministrativo»*, in *Diritto e processo amministrativo*, 1: 67 sgg.
- Marucco D. 2011, *Alla ricerca delle nuove identità*, in *Riv.trim. Dir. Pubbl.*, 1: 23 sgg.
- Mattarella B.G. 2007, *Le regole dell'onestà*, il Mulino, Bologna.
- Merloni F. 2013, *L'applicazione della legislazione anticorruzione alle Regioni e agli enti locali tra discipline unitarie ed autonomia organizzativa*, in *Istituzioni del federalismo*, 2: 349 sgg.
- Merusi F. 2004, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Diritto Amministrativo*, 1: 37 sgg.
- 2012, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, il Mulino, Bologna.
- Meucci L. 1898, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino.
- Miglio G. 1969, *L'unificazione amministrativa e i suoi protagonisti*, Marsilio, Venezia.
- Moret-Bailly Didier Trousset J. 2014, *Pour une autre déontologie des juristes*, Puf, Paris: 59 sgg.
- Napolitano G. 2011, *Le norme di unificazione economica*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1: 100 sgg.
- Orlando V.E. 1908, *Dell'amministrazione centrale*, in *Primo trattato completo di Diritto amministrativo italiano*, Milano.
- 1954, *Diritto pubblico generale*, Giuffrè, Milano.
- Orofino A.G. 2013, *Profili giuridici della trasparenza amministrativa*, Laterza, Roma-Bari.
- Ottaviano V. 1992, *Amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, in *Scritti giuridici*, Milano: 67 sgg.
- Pedio T. 1964, *Domicilio coatto*, in *Enc. del dir.*, XIII, Milano: 886 sgg.
- Pepe G. 2015, *Necessità di una adeguata motivazione per la legge che incide restrittivamente sulla sfera giuridica dei cittadini?*, in <<http://www.Lexitalia.it>>, 5.
- Perticone G. 1968, *L'Italia contemporanea*, Mondadori, Milano.
- Piras A. 1967, *La municipalizzazione*, in *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, in M.S. Giannini (a cura di), *I Comuni*, Neri Pozza, Vicenza: 357 sgg.
- Police A. 2002, *Federalismo "asimmetrico" e dequotazione dell'eguaglianza: le fragili fondamenta della cittadinanza amministrativa*, in *Il diritto dell'economia*, 3-4: 489 sgg.
- Porrini R. 1900, *I ministeri*, *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di V.E. Orlando, Milano.
- Pubusa A. 2013, *I servizi pubblici tra effettività e miti della concorrenza*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2-3: 845 sgg.
- Ranelletti O. 1908, *La Polizia di sicurezza*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, *Primo trattato completo di Diritto amministrativo italiano*, Milano: 1136 sgg.

- Romano S. 1983, *Doveri, obblighi, Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano.
- 1990, *Scritti minori*, I, Giuffrè, Milano.
- Sandulli A.M. 1952, *Note sulla natura dei diritti civili*, in *Foro it.*, 1: 1344 sgg.
- Sandulli A., Vesperini G. 2011, *L'organizzazione dello Stato unitario*, in *Riv. Trim. dir. Pubblico*, 1: 47 sgg.
- Tosatti G. 2015, *Sicurezza pubblica, organizzazione centrale e periferica (all. B)*, in *Storia Amministrazione Costituzione*, Isap, 23: 101 sgg..
- Tropea G. 2015, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli.
- Urbano G. 2015, *L'incidenza dei principi costituzionali «finanziari» sul sistema federalista*, in *Diritto e processo amministrativo*, 1: 167 sgg.

IL RAPPORTO POLITICA ED AMMINISTRAZIONE

Rossana Caridà

SOMMARIO – 1. Introduzione. 2. L'entrata in vigore della Costituzione. 3. Il ruolo della dirigenza. 4. Conclusioni.

1. Introduzione

Dal punto di vista storico, sin dal processo di unificazione, si potrebbe sostenere che la nascita del diritto degli apparati pubblici, in quanto determinatosi in ragione dell'affastellarsi di quegli eventi convulsi, abbia implicato la necessità sempre avvertita di riformare l'apparato medesimo e le sue regole. Basti ricordare, limitando al periodo repubblicano, che si sono avvertite esigenze di riforma della pubblica amministrazione, di cui è traccia nei programmi e nella struttura dei governi repubblicani, che hanno visto impegnate le figure di Giannini, Cassese, Bassanini, e che, ciò nonostante, non sembrano, ad oggi, aver dato i risultati sperati. E non è un caso che qualsiasi programma di governo contenga, quasi irrimediabilmente, l'obiettivo di una riforma delle amministrazioni.

Il rapporto politica amministrazione, tralasciando gli studi economici e sociologici, può essere analizzato sotto profili diversi. Il diritto costituzionale privilegia lo studio riguardante la stretta connessione tra governo, indirizzo politico ed attuazione del programma (Mortati, 1969: 571). Senza dimenticare che nei grandi momenti di crisi, dinnanzi alla inconsistenza della classe politica, nel timore di perdere future legittimazioni, sono stati i ministri tecnici ad adottare le decisioni più drastiche.

Il diritto del lavoro, nel concentrarsi sulla esecuzione delle prestazioni e, dunque, sui diritti ed obblighi che gravano su entrambe le parti, ha partecipato attivamente alla produzione delle norme che hanno attuato il passaggio al nuovo modello organizzativo ispirato alla privatizzazione, adattando il modello privatistico al rapporto di pubblico impiego.

Il diritto amministrativo si è occupato, come è persino ovvio, dei relativi atti e provvedimenti, della loro giustiziabilità (Saitta, 2012: 225 sgg.) e, dal punto di vista processuale, tentando di governare, non senza difficoltà e contraddizioni, il rapporto giudice ordinario/giudice amministrativo nella gestione del contenzioso.

- Sul controverso rapporto tra politica ed amministrazione hanno poi inciso:
- il rapporto tra Stato ed autonomie territoriali. Ed infatti, le Regioni, titolari di poteri legislativi, di programmazione e di coordinamento, hanno privilegiato l'esercizio di poteri amministrativi trasformandosi in strutture di gestione, con conseguente proliferazione di uffici regionali (e quindi di burocrazia) e di enti strumentali alternativi al decentramento degli enti locali;
 - la creazione delle autorità amministrative indipendenti. Queste ultime hanno messo in luce le difficoltà della politica e la conseguente fuga dalle responsabilità, nella gestione di settori strategici;
 - la carenza di una normativa chiara e definitiva sul regime delle incompatibilità.

Volendo operare una estrema sintesi di questo difficile rapporto, possono utilizzarsi talune efficaci ricostruzioni storiche proposte dalla dottrina, iniziando, convenzionalmente e con estrema sinteticità, dal 1853, periodo cavouriano, al 1923, periodo fascista. In nome della responsabilità ministeriale, Cavour adatterà il modello gerarchico-piramidale, in base al quale la dirigenza, posta al vertice ed in stretta connessione con il potere politico, ha forti poteri ma agisce eseguendo le istruzioni ricevute. Gli atti sono sottoposti alla sola firma ministeriale (almeno agli inizi), i dirigenti generali non hanno di regola una propria sfera di attribuzioni, parlano all'esterno «esclusivamente per bocca del ministro». Più tardi, con una pluralità di regolamenti ministeriali, si distingueranno le carriere esecutive da quelle di ordine e di concetto, sulla base dei titoli di studio per accedervi (licenza elementare, diploma, laurea), ma «la dirigenza in quanto tale resta in sostanza indeterminata» (Melis, 2014). La scelta di potere senza *status* verrà confermata nella legge Giolitti-Orlando del 1908, ribadita con la riforma fascista De Stefani (dal nome del ministro delle finanze) che irrigidirà ancora di più i vincoli gerarchici, *militarizzando* le pubbliche amministrazioni.

2. *L'entrata in vigore della Costituzione*

Nel dettato costituzionale, il Governo rimane indiscusso protagonista del nostro sistema politico e, nel concorrere a realizzare la funzione di indirizzo politico, dispone di ampi poteri ed è titolare di funzioni esecutive che, seppur complesse, oggi sembrano in qualche modo corrose, per un verso, dall'esercizio di funzioni amministrative da parte degli enti territoriali, e per altro verso, dalla pervasività delle conseguenze scaturenti dall'appartenenza all'Unione europea, specie per quel che concerne il governo dell'economia.

La Costituzione, nel delineare questa mutua corrispondenza tra apparati burocratici e vertice politico nazionale (il *Governo della Repubblica*, I comma dell'art. 92 Cost.), precisa che il Governo della Repubblica è titolare della *politica generale*

(I comma dell'art. 95 Cost.), in concreto attuata mediante lo strumento dell'attività amministrativa, per la quale risponde dinnanzi al Parlamento in virtù del rapporto fiduciario. Ecco perché si prevede l'organizzazione del Governo in dicasteri, all'interno di ciascuno dei quali si può collocare il coacervo delle relative attività amministrative. Data questa premessa, si spiegherà allora il principio della responsabilità ministeriale, collegiale per gli atti adottati dal Consiglio dei Ministri ed individuale per gli atti del singolo dicastero: ogni ministro risponde politicamente dinnanzi al Parlamento dell'attività di indirizzo politico e della correlativa azione amministrativa, entrambe ricadenti nel settore specifico di sua competenza.

E tuttavia, siccome l'autonomia amministrativa è oggi costituzionalmente riconosciuta (per effetto della riforma del Titolo V) in capo ad altri enti ed istituzioni, si può sostenere che il Governo non sia effettivamente posto a capo di tutta la pubblica amministrazione in senso propriamente gerarchico, pur costituendone comunque il principale riferimento.

I Padri costituenti hanno disciplinato, seppur in via di principio, tutti gli aspetti dell'amministrazione e le varie forme di responsabilità al suo interno, lasciando la normativa riguardante l'esecutivo in chiave politica e la stessa forma di governo «a maglie larghe», onde evitare la creazione di un esecutivo forte. Evidentemente, gli stessi erano consapevoli della circostanza che fosse proprio l'amministrazione ad assicurare l'essenziale continuità dello Stato, al di là delle contingenze del sistema politico e della stessa forma di governo nei suoi aspetti chiaramente giuridici (Ventura *et al.*, 2010: 91 sgg.).

Proprio per via dell'attuazione dei principi di autonomia e decentramento, della nascita (e successivamente del potenziamento delle funzioni) delle *authority* e dell'inarrestabile processo di riorganizzazione amministrativa (il fenomeno di dismissioni delle partecipazioni statali, la trasformazione degli enti pubblici economici in società per azioni), è pacifico che il sistema pubblico sia chiamato a svolgere un ruolo diverso, molto più complesso perché più complessi sono divenuti i bisogni della collettività.

Fino al primo decennio del secolo scorso, il classico modello di Stato unitario ed accentrato, cui corrispondeva un'organizzazione amministrativa piramidale e rigidamente ancorata al principio gerarchico, riusciva ad espletare le relative funzioni per le quali era stato originariamente pensato.

L'ampliamento dei bisogni e, di conseguenza, delle funzioni per realizzarli, hanno trasformato le modalità di intervento dello Stato: regolatore o imprenditore nel caso di interventi pubblici nell'economia; sociale per il soddisfacimento di domande sociali (Martines, 2010: 126). Difatti, le Costituzioni del dopoguerra recepiranno queste esigenze attraverso la garanzia e la tutela dei diritti sociali, che «è vero, sono diritti che costano; ma costano allo stesso modo di tut-

ti i diritti, poiché anche le libertà negative necessitano di un apparato – tra forze dell'ordine e magistratura – per farli rispettare e attivare le conseguenze giuridiche della loro violazione. Così come costa il diritto dello Stato alla sua stessa esistenza» (Ventura *et al.*, 2010: 117; Salazar, 2000: *passim*).

Con la costituzionalizzazione dei diritti sociali si afferma definitivamente il riconoscimento al livello più alto del pluralismo, sia istituzionale che territoriale, che, unitamente al decentramento politico-amministrativo costituiranno un nuovo modo di intendere il potere pubblico e le sue regole di azione e di organizzazione.

Sul nostro Stato sociale ha influito il sistema dei partiti, determinando l'indirizzo politico e costituzionale di governo; ma a tale indirizzo corrisponde un'organizzazione pubblica che continua ad essere sottoposta a forti conflitti, poiché è in continua crescita una domanda di servizi e di politiche pubbliche più attenta ai bisogni ed alle esigenze delle persone, delle famiglie, delle imprese; domanda di una politica, dunque, che non miri solo a 'tagliare', ma che chiede investimenti, allo scopo di promuovere programmi ed a porre in essere azioni che coniughino scelte organizzative più agili e migliore qualità dei servizi. Molte speranze erano state riposte nella riforma costituzionale del 2001; tuttavia, è stata rilevata «una condizione di autonomia finta, proclamata ma non realizzata, con persistenti incertezze di fondo sia sulle funzioni locali e sulle relative risorse finanziarie (per lo più attribuite con criteri del tutto discrezionali), sia sugli interventi che avrebbero dovuto comportare la riorganizzazione degli apparati delle istituzioni locali, specialmente nelle realtà metropolitane o in quelle frammentate dei micro Comuni» (De Martin, 2014: 28). Tra i motivi che hanno in parte contribuito all'inattuazione della novella costituzionale occorre annoverare la crisi economico-finanziaria (che ha preteso l'adozione necessaria di rapide e drastiche operazioni di consolidamento fiscale) e la debolezza della politica regionale (collegabile alla crisi di quella nazionale, e della classe dirigente: gli episodi di mala amministrazione hanno notevolmente contribuito a delegittimare entrambe). Ceti dirigenti e burocrazie nazionali, amministrazioni regionali e locali, anziché ricoprire il ruolo disciplinato dalla riforma costituzionale del 2001, hanno finito per contendersi gli stessi poteri, funzioni e competenze, non senza confusione e sovrapposizioni. In particolare, le Regioni hanno svolto solo in parte quel ruolo di legislazione, regolazione e coordinamento loro ascritto dalla novella e, soprattutto, non tutte hanno saputo o voluto procedere ad una organizzazione dei servizi per le attività degli enti locali, al fine di contribuire, seppure in modo diretto, a migliorarne la qualità dei servizi pubblici.

La situazione non è neppure modificata a seguito dell'entrata in vigore della normativa in tema di federalismo fiscale ed anzi, forse si è notevolmente aggravata: 1) con la costituzionalizzazione dell'equilibrio di bilancio, in una direzio-

ne che avrebbe dovuto responsabilizzare le autonomie territoriali sul piano della gestione finanziaria; 2) con una burocrazia che ormai sembra aver raggiunto dimensioni esasperanti.

Politica (parziale per definizione) ed amministrazione (imparziale – oggi – per precetto costituzionale) risultano intimamente connesse: difatti, sull'andamento dell'amministrazione, e quindi sul grado e le modalità di realizzazione in termini di utilità concreta per i cittadini, risponde verso questi ultimi l'esponente politico, il quale verrà confermato o meno nel suo mandato in sede di esercizio del diritto di voto; ma pure l'organo professionale burocratico, nell'ambito delle proprie competenze e nell'esercizio delle sue funzioni, è chiamato a rispondere del suo operato. Come è stato autorevolmente osservato, secondo premesse assolutamente attuali, è *impossibile* «dividere nettamente l'amministrazione dalla politica e, quindi, la fine del falso mito della burocrazia neutrale fuori dalle scelte, affossato ormai non solo dalla realtà, ma dalla stessa Costituzione. La constatazione, allora, che *di fatto*, la burocrazia interviene, decide, esercita spesso senza apparire il potere reale, determina l'esigenza di razionalizzare e di portare all'evidenza ciò che in realtà accade: entro certi limiti si tratta di una scelta necessitata, di adeguare in definitiva il sistema giuridico alla realtà, di far apparire anche all'esterno, sul piano formale, la realtà del più profondo atteggiarsi dei rapporti di fatto» (Carlassare, 1974: 157).

La Costituzione disegna tre diverse sfere di azione della politica: quella *nazionale*, che i cittadini associati in partiti hanno il potere di contribuire a determinare (art. 49); quella *generale del Governo*, attraverso la quale l'esecutivo può svolgere il proprio indirizzo politico; quella *parlamentare*, «che deve costituire la prima formalizzazione delle scelte compiute in sede di determinazione della politica nazionale (rielaborate in scelte legislative e di indirizzo condivise o comunque negoziate o almeno discusse) e il paradigma dell'indirizzo politico governativo» (Luciani, 2013: 6).

Per quel che concerne l'amministrazione rimane attuale l'impostazione di un Maestro (Nigro, 1985: 153 sgg.) per il quale dal testo costituzionale emergono tre tipi di amministrazione: il primo tipo, che si desume dal II comma dell'art. 95, servente, come apparato, il Governo e sottoposto alla sua gestione politica, Governo che «ne determina gli indirizzi e ne cura l'unità», mentre ciascun ministro ne è capo per il settore di sua competenza e ne ha la responsabilità. Il secondo tipo o modello è quello introdotto dagli articoli 97 e 98, separato sia dal Governo che dal potere politico, disciplinato dalla legge, un «pouvoir administratif» ed una burocrazia «autoregolantesi», con il dipendente di una amministrazione imparziale al servizio della nazione. Vi è poi un terzo tipo (né apparato servente il governo, «né complesso autocefalo», fortemente centralizzati), corrispondente all'art. 5 ed all'intero Titolo V, come amministrazione «autonomisti-

ca e comunitaria». Tre modelli, dunque, corrispondenti alla dialettica dipendenza politica-autocefalia ed a quella accentrato-decentramento e, quindi, seppure compatibili nell'impianto voluto dai Costituenti, sicuramente conflittuali.

Sul punto però, come poco sopra accennato, è tuttavia constatabile una sorta di anarchia policentrica ingeneratasi prima con l'attuazione del Titolo V e poi con la sua disordinata riforma (tanto da costringere la Corte costituzionale a reiterati interventi correttivi) in cui esiste un elemento comune e devastante consistente nella signoria dei partiti, di *lobbies* e di gruppi più o meno trasparenti, sulla gestione a tutti i livelli, che danno ragione a quanti la denunziarono in tempi lontani e ribadita assai di recente. In particolare, la dottrina in questione (Ventura, 2012) scrisse partendo da dati strutturali della realtà, da quelli politico-reali, dalla autoreferenzialità sistemica (Luhmann, 1983: 66 sgg.), dall'autoriproduzione ed autoconservazione (Michels, 1966: 256 sgg.), dalla incapacità dei partiti di produrre cultura e classi dirigenti, nonché dallo scadimento dell'attitudine alla direzione politica e quindi alla elaborazione di indirizzi politici (Baldassarre, Cervati, 1982: 62), in tempi in cui lo stesso rapporto tra politica e dirigenza (e quindi gestione) era stato falsato dallo scambio potere-vantaggi economici (Cassese, 1983: *passim*), al livello sistemico il potere effettivo era rinvenuto nella condotta quotidiana dell'amministrazione (Weber, 1968: 686) e il potere politico si interrava nell'amministrazione (Rodotà, 1981: 85), essendo labile la linea di demarcazione tra attività amministrativa ed attività politica.

Ma, pur cambiando il sistema politico non già la forma di governo, non è cambiata la politica, anzi è degenerata abbassando ancor di più il suo livello etico fino a quello attuale; e la sua reiterata riduzione a gestione ha ingenerato un sistema sempre uguale a se stesso, al centro come nelle articolazioni di autonomia, con il formidabile ausilio delle leggi sullo *spoils system*.

C'è poi l'aspetto della 'privatizzazione' del rapporto di pubblico impiego. L'influenza delle riforme statali e l'incidenza del sistema politico sul diritto del lavoro sottolinea la stretta connessione tra cambiamenti istituzionali e politici e il diritto del lavoro che, per eccellenza, regola rapporti di altissima valenza e contenuti sociali.

La fase espansiva del diritto del lavoro è coincisa con l'attuazione di taluni principi fondamentali della Costituzione di inequivoca ispirazione sociale, in un'altra più felice ed assai lontana stagione nella quale il sistema economico capitalistico venne temperato da un insieme di diritti sociali, diritti che, frutto evidente di una distribuzione in senso solidaristico della ricchezza, hanno visto nei partiti politici per un lungo momento, forse ormai tramontato, l'espressione delle classi lavoratrici e della produzione e quindi decisamente influenti anche al livello di governo.

È in tale contesto che si colloca l'avvio del processo di privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, che abbandona lo schema della 'supremazia speciale' (che secondo taluni (Ventura, 1984: *passim*) ben s'integrava, in funzione servente e sanzionatoria sul piano disciplinare, con il dovere di svolgere le funzioni pubbliche, per l'appunto, con disciplina ed onore) e, difatti, il momento dello svolgimento della funzione pubblica non assume più rilievo prevalente rispetto a quello della prestazione lavorativa. Da questo momento in poi, eccezion fatta per le categorie a tutt'oggi sottratte al regime della privatizzazione, la fonte contrattuale sarà quella che regolerà il rapporto; mentre il potere autoritativo del datore di lavoro pubblico risulterà potenzialmente assimilabile a quello riconosciuto in capo al datore di lavoro privato.

Di conseguenza, si afferma l'impostazione del rapporto di lavoro gestito in termini manageriali e, pertanto, l'efficienza della pubblica amministrazione dovrebbe essere garantita anche da moduli di tipo privatistico.

È evidente che gli articoli 54 e 98 della Costituzione racchiudono in efficaci locuzioni l'essenza dell'essere un impiegato e/o titolare di pubbliche funzioni, cui incombe il dovere di svolgerle con disciplina ed onore, oltre a quello di fedeltà alla Repubblica, relativo a tutti i cittadini e quindi anche a prescindere dall'abolizione del relativo giuramento per i dipendenti pubblici contrattualizzati.

3. *Il ruolo della dirigenza*

Nel rapporto tra politica ed amministrazione il ruolo cardine del dirigente rappresenta un elemento indispensabile, ricoprendo un ruolo strategico durante il momento dell'organizzazione e, quindi, di riflesso, nell'attuazione delle politiche pubbliche. Non è un caso che il ruolo dirigenziale vada sviluppandosi in base alle trasformazioni delle funzioni amministrative e si adegui al contenuto delle attività politiche; ma proprio in virtù dei poteri, delle funzioni e del ruolo che ricopre, la stessa dirigenza è in grado di influire sui processi di evoluzione delle amministrazioni e sulle politiche di riforma delle stesse.

All'inizio degli anni settanta del secolo scorso, è stata istituita, a livello statale, una nuova categoria di personale, la dirigenza pubblica (articolata in tre qualifiche: dirigente generale, dirigente superiore, primo dirigente¹). In estrema sintesi, è appena il caso di ricordare che talune funzioni, ivi compresa l'adozione di certe tipologie di provvedimenti amministrativi, vennero devolute come competenze proprie ai dirigenti statali, i quali da preposti a meri uffici interni si trasformarono in titolari di organo, con la capacità di esprimere la volontà dell'amministrazione verso l'esterno (e, ovviamente, rispondendo del loro svolgimento). In questo contesto organizzativo, piramidale e gerarchico, il ministro era titolare di poteri di direttiva, di avocazione (in taluni casi), di sostituzione in caso

di inerzia e di annullamento d'ufficio degli atti del dirigente. Comincia ad affermarsi il ruolo del dirigente non soltanto quale autore di atti amministrativi, ma quale «organizzatore del lavoro altrui, che risponde del modo in cui esercita i suoi poteri di organizzazione e dei risultati del lavoro dei “suoi” dipendenti» (Torchia, 2013: 158). Tale normativa, riferita ai precetti costituzionali di buon andamento ed imparzialità, non disciplinava strumenti di controllo per la misurazione dei risultati, fermi restando i controlli di legittimità.

Come è noto, gli anni Novanta sono gli anni delle grandi stagioni di riforma in materia di organizzazione amministrativa, seppure saranno ricordati nei libri di storia come gli anni di Tangentopoli, caratterizzati da una profonda crisi finanziaria e morale. Sono note le spinte in senso federalistico, definito così ma impropriamente, che porteranno a ripensare ad un diverso rapporto tra Stato centrale e poteri locali. A far data da tale periodo, si può rilevare una netta discontinuità rispetto al passato, se non altro sotto il profilo della scomparsa dei partiti c.d. tradizionali e di un mutamento del sistema politico: sarà avviata una serie di riforme istituzionali che ha trovato un triste epilogo nei fatti di corruzione e di malaffare, determinati dal proliferare dei centri di spesa senza i controlli dovuti, e meno che mai quello da parte dei cittadini più vicini alle nuove funzioni di governo, che fu il presupposto ideologico (e fortemente propagandistico) di quelle riforme.

Con la legge sulle autonomie locali² vengono individuate le funzioni spettanti all'organo politico (organo di indirizzo e controllo politico-amministrativo) e ai dirigenti (ovverossia, tutti i compiti, compresa l'adozione di atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, che la legge e lo statuto espressamente non avessero riservato agli organi di governo dell'ente. Secondo le modalità stabilite dallo statuto, sarebbero spettate ai dirigenti la presidenza delle commissioni di gara e di concorso, la responsabilità sulle procedure d'appalto e di concorso, la stipulazione dei contratti, e gli stessi sarebbero stati direttamente responsabili, in relazione agli obiettivi dell'ente, della correttezza amministrativa e dell'efficienza della gestione). Si evidenzia, pertanto, una timida distinzione tra politica ed amministrazione e vengono in qualche modo specificati ruoli, attribuzioni e responsabilità.

Al Governo poi verrà delegata la potestà di ridisciplinare le quattro più importanti voci del bilancio statale³). Qui è sufficiente ricordare che la legge delega prevedeva, tra l'altro, la riconduzione dei rapporti di pubblico impiego alla disciplina privatistica e regolati mediante contratti individuali e collettivi (eccezion fatta per talune categorie ancora oggi sottoposte al regime pubblicistico), e, tra i criteri direttivi, la separazione tra compiti di direzione politica e quelli di direzione amministrativa, nonché l'affidamento ai dirigenti, nell'ambito delle scelte di programma degli obiettivi e delle direttive fissate dal titolare dell'or-

gano, di autonomi poteri di direzione, di vigilanza e di controllo, in particolare la gestione di risorse finanziarie attraverso l'adozione di idonee tecniche di bilancio, la gestione delle risorse umane e la gestione di risorse strumentali; ciò al fine di assicurare economicità, speditezza e rispondenza al pubblico interesse dell'attività degli uffici dipendenti. Fu inoltre introdotta la verifica dei risultati mediante appositi nuclei di valutazione composti da dirigenti generali e da esperti, ovvero attraverso convenzioni con organismi pubblici o privati particolarmente qualificati nel controllo di gestione.

Separazione, dunque, da intendere come sottrazione di gestione amministrativa all'influenza della politica ed attribuzione di tale gestione alla dirigenza.

Per la Corte costituzionale, il regime privatistico diventa funzionale al buon andamento della pubblica amministrazione: la stessa chiarirà che il principio costituzionale della riserva di legge nell'organizzazione degli uffici pubblici, prevista dall'art. 97 Cost., non comporta che l'organizzazione debba essere disciplinata da atti amministrativi; la sottoposizione di determinati aspetti del potere organizzativo al regime di diritto privato è idonea a contemperare i valori del buon andamento e dell'efficienza con quello dell'imparzialità.

L'interesse pubblico che orienta il potere organizzativo può essere, pertanto, realizzato con l'integrazione di moduli di diritto pubblico e di diritto privato; l'imparzialità e il buon andamento dell'azione amministrativa non impongono che la fonte pubblicistica rappresenti lo strumento esclusivo di disciplina del lavoro con le pubbliche amministrazioni, che la legge affida ad «un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici»⁴.

Come anticipato, il *placet* del giudice delle leggi spianerà la strada al legislatore ed in tale contesto si colloca il processo di 'privatizzazione' del rapporto di impiego⁵. Con questa iniziale disciplina, viene previsto che gli organi di direzione politica definiscano preventivamente gli obiettivi ed i programmi da attuare e verifichino, successivamente, la rispondenza dei risultati di gestione alle direttive impartite ai dirigenti (questi ultimi, titolari di poteri di gestione finanziaria, tecnica e amministrativa, ivi compresi quelli finalizzati alla emanazione di atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, dispongono di poteri di spesa autonomi e di organizzazione delle risorse umane e strumentali). Dei risultati i dirigenti saranno chiamati a rispondere attraverso la responsabilità, per l'appunto, dirigenziale, sulla quale vigileranno appositi organi di controllo (nuclei di valutazione, poi servizi di controllo interno, oggi organismi di valutazione). Con tale disciplina, l'organizzazione e la gestione del rapporto di lavoro saranno attribuite all'amministrazione con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato, rimanendo regolate dal diritto pubblico solo le attività relative alla configurazione strutturale degli uffici, la definizione degli organici (c.d. 'macroorganizzazione'), le determinazioni riguardanti il reclutamento del personale e le relative procedure.

Servente alla realizzazione di tale disegno è stata la concentrazione della tutela in capo al giudice del lavoro, non senza confusione ed incertezze che hanno assegnato un ruolo (chiarificatore) alla Corte di cassazione (Saitta, 2008: 216 sgg.).

Più tardi, il Governo verrà delegato⁶ all'emanazione del testo unico del pubblico impiego⁷ per riordinare le norme disciplinanti i rapporti di lavoro dei dipendenti pubblici ed apportando le modifiche necessarie per il migliore coordinamento delle diverse disposizioni.

L'attuale normativa delinea una chiara separazione tra le competenze degli organi politici da quelle della dirigenza, spettando agli organi di governo le funzioni di indirizzo politico, della definizione degli obiettivi e dei programmi da attuare, dell'adozione degli altri atti rientranti nello svolgimento di tali funzioni e della verifica della rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa, della gestione agli indirizzi impartiti (attività che in concreto si espleta mediante atti di carattere generale, di indirizzo e programmazione). Competono invece agli organi burocratico-amministrativi le funzioni dirigenziali, l'adozione di atti e provvedimenti, compresi tutti quelli che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo (attività amministrativa in senso stretto, espletata per il tramite di atti e provvedimenti, accordi, contratti).

La distinzione tra politica ed amministrazione concilia due principi, quello democratico (che vede i pubblici poteri sottoposti al circuito politico rappresentativo) e quello di imparzialità: a tal fine, la burocrazia (il cui compito è di porre in essere funzioni amministrative per eseguire gli obiettivi fissati dall'organo di indirizzo politico) garantisce la continuità nell'amministrazione a prescindere dai cambi di maggioranza (e comunque in virtù di un rapporto fiduciario); ma la stessa burocrazia è nelle condizioni di attenuare l'invadenza della politica, e di garantire pertanto anche il principio di imparzialità, ove la titolarità della decisione amministrativa venga riservata a una burocrazia eticamente corretta, oltre che professionale.

Al rapporto gerarchico tra vertice politico ed amministrativo si sostituisce quello di direzione: il vertice politico (organi di governo delle amministrazioni) ha attribuzioni di indirizzo/direzione e controllo/valutazione dei relativi risultati, quello amministrativo ha funzioni di amministrazione concreta e di gestione.

Gli atti di indirizzo degli organi di governo sono sottoposti al principio di legalità, alle regole procedurali (anche se il contenuto generale li sottrae agli obblighi di partecipazione e al dovere di motivazione) e devono perseguire l'interesse pubblico (vincolo di scopo); sono sottoposti al sindacato del giudice amministrativo «sotto il profilo della logicità e della ragionevolezza, oltre che della mancata acquisizione e ponderazione degli interessi generali ed individuali coin-

volti, ai fini della sussistenza del vizio eccesso di potere». Dal punto di vista strutturale, tali atti hanno contenuto generale; mentre sono atti puntuali «l'attuazione di direttive e programmi, l'organizzazione del personale e quella degli uffici (c.d. microrganizzazione), o l'adozione di singoli provvedimenti amministrativi, che rientrano tutti nelle attribuzioni della dirigenza» (Apicella, 2012: 80).

Gli atti di gestione includono funzioni dirette a dare adempimento ai fini istituzionali posti da un atto di indirizzo o direttamente dal legislatore, oppure includono determinazioni destinate ad applicare, pure con qualche margine di discrezionalità, criteri predeterminati per legge; mentre attengono alla funzione di indirizzo gli atti più squisitamente discrezionali, implicanti scelte di ampio livello⁸.

La modernizzazione delle amministrazioni dipende anche da modalità organizzative e gestionali del personale pubblico; questo spiega la costante attenzione alle politiche di reclutamento e di formazione, nonché di incentivazione e valutazione delle risorse umane.

L'influenza degli *standard* tipici del settore privato inciderà sul modo di lavorare dei dipendenti pubblici apicali. Per questa via, si utilizza la locuzione *New Public Management*, la managerialità nell'espletamento delle funzioni e prestazioni-*management by objectives*, la valutazione delle *performance*, la *customer satisfaction*, i controlli di gestione.

L'ultima normativa in materia, quella allo stato vigente, si è posta obiettivi di incremento della produttività e dell'efficienza, di miglioramento dell'organizzazione del lavoro e della qualità delle prestazioni erogate al pubblico⁹.

Il dirigente pubblico è sempre più proiettato all'esterno, verso la direzione del *network* con altri soggetti pubblici e privati, «verso la *governance* del territorio, la quale richiede di uscire dalla prospettiva dell'ottimizzazione organizzativa per ragionare in una logica di rete con realtà tra loro strettamente interdipendenti» (Carboni, 2010: 462).

Anche i meccanismi di incentivazione della dirigenza, correlati alla misurazione/valutazione delle *performance* sono stati mutuati dal settore privato.

Si tratta di una normativa che vorrebbe coniugare merito/risultati, efficienza ed economicità in un'ottica premiale. I meccanismi di *performance* e programmazione in relazione alle risorse ed alla complessità dell'incarico si bilanciano con la responsabilità dell'organo di indirizzo politico, gravato di una pluralità obblighi preordinati a garantire l'espletamento corretto della relativa attività amministrativa di attuazione e di gestione.

Come anticipato nel corso del presente contributo, le politiche di privatizzazione che sono sfociate nelle relative riforme, avevano tra gli obiettivi quello della valorizzazione della dirigenza pubblica. E tutto sommato, poiché un regime di netta separazione non è pensabile nel nostro sistema politico-ammini-

strativo, non essendo realmente praticabile una precisa separazione tra indirizzo politico e scelte gestionali-amministrative, ipotizzare meccanismi di valorizzazione attribuendo alla dirigenza un progressivo riconoscimento del suo ruolo decisionale potrebbe rivelarsi l'idea di base sulla quale riorganizzare le amministrazioni pubbliche, nella duplice prospettiva di accrescere l'efficienza delle pubbliche amministrazioni (istituendo figure assimilabili ai *manager* privati) e di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa, limitando ingerenze politiche sulle decisioni dirigenziali.

Secondo una concezione manageriale dell'amministrazione, ispirata all'indirizzo del *new public management*, la burocrazia apicale deve disporre di adeguati poteri e risorse (umane e strumentali) da gestire in autonomia e senza vincoli eccessivamente rigidi, per poter raggiungere gli obiettivi prefissati (a tal fine, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro).

Le linee generali della riforma privilegiano espressamente la piena autonomia e responsabilità della dirigenza nella gestione delle risorse umane, attraverso l'esercizio dei poteri del datore di lavoro pubblico; sono stati introdotti sistemi di valutazione del personale e previsti meccanismi premiali della qualità della prestazione lavorativa e dei risultati conseguiti al fine di valorizzare il merito; è stato definito un più rigoroso sistema di responsabilità dei dipendenti pubblici, finalizzato a contrastare fenomeni di scarsa produttività ed assenteismo.

Tale nuova disciplina si pone come obiettivo efficienza, produttività, economicità e trasparenza dell'attività amministrativa, ma anche massima funzionalità e flessibilità, razionalizzazione e contenimento della spesa per il personale; per altri versi, è stato opportunamente messo in evidenza che i vincoli finanziari e il raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica, cui corrispondono risorse ridotte, incidono negativamente sulla piena attuazione dei meccanismi incentivanti introdotti dalla riforma (Apicella, 2012: *passim*).

Il principio di distinzione tra direzione politica e direzione amministrativa viene suffragato da una elencazione molto puntuale delle decisioni ascrivibili ai due diversi ambiti¹⁰, con la specificazione «che le amministrazioni pubbliche i cui organi di vertice non siano direttamente o indirettamente espressione di rappresentanza politica, adeguano i propri ordinamenti al principio della distinzione tra indirizzo e controllo, da un lato, e attuazione e gestione dall'altro». Gli organi di governo «esercitano le funzioni di indirizzo politico-amministrativo, definendo gli obiettivi ed i programmi da attuare» e «verificano la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti».

Ai dirigenti spetta l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti quelli che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, nonché la ge-

stione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. Essi sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati. Tali attribuzioni possono essere derogate soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative.

Il vertice politico «non può revocare, riformare, riservare o avocare a sé o altrimenti adottare provvedimenti o atti di competenza dei dirigenti». In caso di inerzia o ritardo può fissare un termine perentorio entro il quale il dirigente deve adottare gli atti o i provvedimenti; «qualora l'inerzia permanga, o in caso di grave inosservanza delle direttive generali da parte del dirigente competente, che determinino pregiudizio per l'interesse pubblico, il ministro può nominare, salvi i casi di urgenza previa contestazione, un commissario *ad acta*, dando comunicazione al Presidente del Consiglio dei Ministri del relativo provvedimento»¹¹.

Le funzioni dirigenziali si distinguono a seconda che si tratti di dirigenti di uffici dirigenziali generali e dirigenti preposti a unità organizzative di livello inferiore. Tra le funzioni dei primi, è il caso di ricordare quella in forza della quale esprimono pareri al ministro, nelle materie di sua competenza; di cura nell'attuazione dei piani, programmi e direttive generali definite dal ministro; di attribuzione ai dirigenti degli incarichi e della responsabilità di specifici progetti e gestioni; di definizione degli obiettivi che i dirigenti devono perseguire con annessa attribuzione delle conseguenti risorse umane, finanziarie e materiali (Clarich, 2013: 405).

Sul rapporto politica amministrazione incidono le modalità di conferimento degli incarichi e la valutazione dei dirigenti. Prima delle riforme degli anni novanta non erano previsti limiti di durata, e, mentre i responsabili degli uffici dirigenziali di fatto erano inamovibili, i ministri erano sottoposti a continui avvicendamenti a causa dei cambi di governo, risultando poco incisivi ai fini di un'efficace azione amministrativa.

Il nuovo modello di rapporto tra politica ed amministrazione prevede che ai fini del conferimento dell'incarico¹² si tenga conto, in relazione alla natura e alle caratteristiche degli obiettivi prefissati ed alla complessità della struttura interessata, delle attitudini e delle capacità professionali del singolo dirigente, dei risultati conseguiti in precedenza nell'amministrazione di appartenenza e della relativa valutazione, delle specifiche competenze organizzative possedute, nonché delle esperienze di direzione eventualmente maturate all'estero, presso il settore privato o presso altre amministrazioni pubbliche, purché attinenti all'affidamento dell'incarico. È pure disciplinato il conferimento degli incarichi a persone di particolare e comprovata qualificazione professionale non rinvenibile nei ruoli dell'amministrazione.

La durata degli incarichi costituisce un aspetto «critico»: se troppo breve «rende i dirigenti maggiormente influenzabili dai vertici politici dai quali dipende la conferma dell'incarico; se troppo lunga, può consentire ai dirigenti comportamenti ostruzionistici nei confronti degli indirizzi del vertice politico» (Clarich, 2013: 406). Essa è stata più volte modificata dal legislatore in questi anni, non può essere inferiore a tre anni e non può eccedere i cinque anni, salvo rinnovo e previa verifica positiva dei risultati ottenuti.

Al dirigente vengono assegnati risorse ed obiettivi; il positivo rapporto tra i due elementi, anche in termini di azione amministrativa concreta, costituisce un parametro oggettivo nella valutazione finalizzata al rinnovo dell'incarico. Quindi, sebbene la fiducia costituisca un tratto caratterizzante in sede di primo conferimento dell'incarico (unitamente ad una esperienza professionale particolarmente qualificata), viceversa, in sede di rinnovo essa (forse) perde di rilievo, assorbita dalla positività dei risultati. Gli organi di governo esercitano le funzioni di indirizzo politico-amministrativo, definendo gli obiettivi ed i programmi da attuare ed adottando gli altri atti rientranti nello svolgimento di tali funzioni, e verificano la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti.

La riuscita del modello aziendale è ancorata al funzionamento dei meccanismi di misurazione e di valutazione delle prestazioni, in stretta connessione alla corretta configurazione del sistema degli incentivi (Napolitano, 2014: 120). A tal fine, la disciplina in materia di valutazione e misurazione dell'azione amministrativa, disciplina l'obbligo, in capo alle amministrazioni, di misurare e valutare la *performance* della propria organizzazione e dei dipendenti: ciò al fine di migliorare i servizi offerti e di valorizzare il merito e la professionalità dei singoli dipendenti. Sono pure normati sia il sistema che le modalità di misurazione e valutazione, attraverso il coinvolgimento di soggetti operanti a diversi livelli istituzionali.

Il nuovo sistema poi disciplina le ipotesi di responsabilità dirigenziale in caso di mancato raggiungimento degli obiettivi, di inosservanza delle direttive impartite dall'organo politico, di violazione del dovere di vigilanza. Da tale forma di responsabilità possono derivare il mancato rinnovo dell'incarico dirigenziale, la decurtazione della retribuzione di risultato, la revoca dell'incarico con conseguente collocazione del dirigente nei ruoli a disposizione, il recesso dal rapporto di lavoro (Bolognino, D'Alessio, 2010: 26 sgg.).

Altra cosa è la cessazione automatica dagli incarichi apicali in occasione dell'insediamento di un nuovo governo. A seguito delle modifiche del nostro sistema elettorale, nella direzione di un bicameralismo concentrato sulla figura del *leader* della coalizione, di fatto futuro capo del governo, è stato introdotto il sistema dello *spoils system*, ovvero, l'attribuzione, da parte del nuovo organo di

governo, di cariche politico-amministrative a soggetti propriamente qualificati, ma di estrazione politica comune, o, se non propriamente politica, comunque tale da consentire di governare senza trovare ostacoli burocratici in funzionari di orientamento politico contrario.

Si tratta di un sistema che pone dei problemi di natura costituzionale: la fiduciarità dell'incarico collide con il principio costituzionale secondo cui i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della nazione, con il divieto di iscrizione ai partiti politici introdotto per alcune figure appartenenti all'amministrazione (art. 98), con l'art. 51, con il principio di imparzialità che, unitamente al buon andamento, costituisce l'architrave dei principi in materia di pubblica amministrazione. Tale sistema, che ha subito più una di una rivisitazione normativa, è incentrato su meccanismi di cessazione automatica dell'incarico al momento del ricambio degli organi di governo, oppure alla scadenza dell'incarico, laddove non intervenga il rinnovo.

La Corte costituzionale ha censurato tale meccanismo¹³, restringendone gli ambiti di operatività, al fine di assicurare garanzie positive dell'indipendenza che deve caratterizzare lo statuto della posizione dirigenziale, posto che la decadenza automatica dal relativo incarico si pone in contrasto con il principio di continuità dell'azione amministrativa (in relazione agli articoli 97 e 98 Cost.), riconoscendo al dirigente, in una logica preordinata al conseguimento di risultato, di disporre del tempo sufficiente per attuare i moniti promananti dal livello politico, in relazione alla posizione organizzativa ed al contesto complessivo in cui è chiamato ad operare. In ogni caso, deve potersi adeguatamente difendere, nell'ottica dei principi mutuati dalla legge sul procedimento, rappresentando le competenze maturate ed i risultati raggiunti, poiché è irragionevole che debba subire una decadenza automatica ed immotivata. Attualmente, nel nostro sistema, lo *spoil system* riveste carattere eccezionale e derogatorio rispetto al principio costituzionale del buon andamento, e la cessazione automatica al novantesimo giorno dal voto sulla fiducia al Governo rimane nelle amministrazioni statali nei casi tassativamente previsti per legge, con riferimento agli incarichi di vertice, intendendo come tali quelli che sono caratterizzati da una stretta contiguità con il vertice politico.

4. Conclusioni

Le commistioni tra politica ed amministrazione sono, si potrebbe sostenere, fisiologiche. Ma un equilibrato rapporto risiede nelle modalità di intendere le rispettive funzioni, priorità e finalità. La politica deve comprendere che le competenze amministrative appartengono alla burocrazia; a quest'ultima competono decisioni concrete su politiche pubbliche. Ma è pur vero che da troppo tem-

po manca in Italia una visione politica globale articolata sul medio/lungo periodo delle politiche pubbliche, molto più preoccupata dalle contingenze e spesso condizionata da un riparto di competenze eccessivamente burocratizzato ed alla gestione processuale del contenzioso che ne scaturisce.

La giurisprudenza costituzionale ha ricondotto la regola della distinzione delle funzioni ai principi fondamentali di buon andamento e di imparzialità: la separazione tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo e funzioni di gestione amministrativa costituisce «un principio di carattere generale, che trova il suo fondamento nell'art. 97 Cost.»¹⁴; ed ancora ha ritenuto «una netta e chiara separazione tra attività di indirizzo politico-amministrativo e funzioni gestorie» quale condizione «necessaria per garantire il rispetto dei principi di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa»¹⁵; pure prima dell'avvio del processo di privatizzazione la Corte aveva sottolineato come al principio di imparzialità si accompagna, quale naturale corollario, la separazione «tra politica e amministrazione, tra l'azione del governo – che, nelle democrazie parlamentari, è normalmente legata agli interessi di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza – e l'azione dell'amministrazione – che, nell'attuazione dell'indirizzo politico della maggioranza è vincolata invece ad agire senza distinzione di parti politiche, al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obbiettivate dall'ordinamento»¹⁶.

Non può infine non accennarsi al rapporto politica amministrazione senza collegarlo ai fatti di corruzione e di malaffare determinati dal proliferare dei centri di spesa senza i controlli dovuti (e meno che mai quello da parte dei cittadini più vicini alle nuove funzioni di governo), dalla burocrazia non sempre adeguatamente selezionata e da un complesso di norme incerte e contraddittorie, tanto è vero che insistono i dibattiti per il ritorno al passato 'accentramento statale' ed al momento in cui si congeda il presente contributo siamo dinnanzi all'ennesima riforma in materia di pubbliche amministrazioni.

A tal fine, è il caso di ricordare le normative in materia:

- il decreto 'Brunetta' che prevede, in capo all'organo di indirizzo politico-amministrativo, la promozione della cultura della responsabilità per il miglioramento della *performance*, del merito, della trasparenza e dell'integrità¹⁷;
- le disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione¹⁸ che delineano funzioni molto delicate in capo alle figure dirigenziali;
- la disciplina in materia di trasparenza¹⁹, intesa come accessibilità totale alle informazioni in possesso delle amministrazioni, elevata al rango di livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali²⁰;
- le norme sull'inconferibilità e le incompatibilità degli incarichi presso le amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico²¹ (Ramajoli,

2014: 577 sgg.; Celone, 2014: 591 sgg.). Questa potrebbe costituire davvero un utile strumento, nell'ottica di una effettiva separazione tra politica ed amministrazione, per arginare la forte concentrazione di cariche in capo a pochissimi soggetti. Rimane da comprendere se le amministrazioni sapranno applicarla, oppure rimarrà una bellissima scacchiera sulla quale la magistratura disegnerà, di volta in volta, un'articolata intelaiatura a seconda delle contingenze di turno;

- il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici²² che ha un preciso valore giuridico e che rappresenta un segno tangibile di comportamenti etici (Merloni, Cavallo Perin, 2009: *passim*), che si pretendono all'interno come all'esterno delle amministrazioni, la cui integrità non può che essere correlata alla persona del dipendente che rappresenta l'ente dinnanzi agli amministrati.

Infine, allo stato è attuale il dibattito su una nuova politica di valorizzazione delle risorse umane, in seno alla quale la nuova legge delega²³ si propone l'obiettivo di intervenire su alcune questioni che hanno una valenza strategica. Si tratta della ennesima riforma in materia di dirigenza pubblica²⁴ e di valutazione del rendimento dei pubblici uffici, sulla base di principi e criteri direttivi riconducibili alla istituzione del sistema della dirigenza pubblica articolato in ruoli unici ma caratterizzato dalla piena mobilità degli stessi (ruolo unico per i dirigenti statali, ruolo unico per i dirigenti delle Regioni; ruolo unico per i dirigenti degli enti locali), accomunati da requisiti omogenei di accesso e da procedure di reclutamento analoghe, basati sul principio del merito, dell'aggiornamento e della formazione continua; istituzione di una banca dati dalla quale inserire il *curriculum*, il profilo professionale e gli esiti delle valutazioni per ciascun dirigente.

Nella nuova normativa si segnalano, in particolare, l'«equilibrio di genere nel conferimento degli incarichi», «la decadenza dal ruolo unico a seguito di un determinato periodo di collocamento in disponibilità successivo a valutazione negativa», ed ancora, con riferimento alla responsabilità dei dirigenti, viene previsto il riordino delle disposizioni legislative relative alle ipotesi di responsabilità dirigenziale, amministrativo-contabile e disciplinare dei dirigenti e la ridefinizione del rapporto tra responsabilità dirigenziale e responsabilità amministrativo-contabile, con «particolare riferimento alla esclusiva imputabilità ai dirigenti della responsabilità per l'attività gestionale» (formula questa che si affianca alla esimente di cui già godono i titolari di organi politici²⁵).

Del rapporto perverso e pervasivo tra politica ed amministrazione e di riforma delle amministrazioni si discute sin dalla fondazione della Repubblica e spesso le dinamiche della politica sono prevalse sul diritto e sui principi costituzionali. Ma non vi è dubbio che una riforma amministrativa ottimale, nel considerare la velocità dei tempi di comunicazione e nell'incidere sui tempi di esecu-

zione degli atti, pretende uno snellimento delle procedure, una costante attuazione delle attività di formazione, una rotazione efficiente degli impiegati e che venga premiato il merito ancor di più se ancorato alla rapidità nella esecuzione dei relativi compiti (necessari, a tal fine, sono sempre i concorsi e i relativi meccanismi di valutazione e di premialità). E occorrerebbe ripensare anche ad una riforma dell'organizzazione dei ministeri, forse ancor più drastica rispetto alle previsioni di questa appena approvata²⁶. È soprattutto nelle amministrazioni e nei rapporti con le stesse che si inverano i principi costituzionali supremi, quello democratico e solidaristico, che poggiano anche sugli articoli 54 e 67 della Costituzione, posto che la politica e l'amministrazione devono essere al servizio solo della Nazione e cercare di realizzare il benessere delle persone e, quindi, della Comunità, rammentando che esistono doveri (che non possono essere considerati derogabili) di fedeltà alla Repubblica, di osservanza della Costituzione e delle leggi e di svolgere le funzioni pubbliche con disciplina ed onore.

Note

- ¹ D.lgs. 30.06.1972, n. 748.
- ² L. 8.06.1990, n. 142 (*Ordinamento delle autonomie locali*).
- ³ L. 23 ottobre 1992, n. 421 (*Delega al Governo per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità, di pubblico impiego, di previdenza e di finanza territoriale*).
- ⁴ C. cost., 25.07.1996, n. 313; C. cost., 16.10.1997, n. 309.
- ⁵ Il d.lgs. 31.03.1998, n. 80 (*Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa*).
- ⁶ L. 24.11.2000, n. 340 (*Disposizioni per la delegificazione di norme e per la semplificazione di procedimenti amministrativi*).
- ⁷ Il d.lgs. 30.03.2001, n. 165 (*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*).
- ⁸ Cons. St., 27.03.2013, n. 1775.
- ⁹ L. 4.03.2009, n. 15 (*Delega al Governo finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni*); d.lgs. 27.10.2009, n. 150 (*Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni*).
- ¹⁰ Art. 4, d.lgs. n. 165/2001.
- ¹¹ Art. 14, d.lgs. n. 165/2001.
- ¹² Art. 19, d.lgs. n. 165/2001; art. 110, d.lgs. 18.08.2000, n. 267.
- ¹³ C. cost. 23.03.2007, n. 103; C. cost. 7.05.2008, n. 161; C. cost., 5.03.2008, n. 81.
- ¹⁴ C. cost. 3.05.2013, n. 81.
- ¹⁵ C. cost. 20.10.2010, n. 304.
- ¹⁶ C. cost. 15.10.1990, n. 453.
- ¹⁷ Art. 15, d.lgs. 27.10.2009, n. 150.
- ¹⁸ L. 6.11.2012, n. 190.
- ¹⁹ D.lgs. 14.03.2013, n. 33.
- ²⁰ Art. 117, co. 2, lett. m), Cost.
- ²¹ D.lgs. 8.04.2013, n. 39.
- ²² D.p.r. 16.04.2013, n. 62.
- ²³ L. 07.08.2015 (*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*).
- ²⁴ Art. 11, l. 07.08.2015.
- ²⁵ Ai sensi dell'art. 1, co. 1 *ter*, l. 14.01.1994, n. 20.
- ²⁶ Art. 8, l. 07.08.2015.

Riferimenti bibliografici

- Apicella E.A. 2012, *Lineamenti del pubblico impiego «privatizzato»*, Giuffrè, Milano.
- Baldassarre A. 1982, *Lo Stato sociale: una formula in evoluzione*, in A. Baldassarre, A. Cervati (a cura di), *Critica dello Stato sociale*, Laterza, Roma-Bari: 25 sgg.
- Bassanini F. 2013, *Regioni: riforma della riforma o ritorno al passato?*, in <<http://www.astrid-online.it>>.
- Bolognino, D'Alessio 2010, Il dirigente come soggetto “attivo” e “passivo” della valutazione. *La responsabilità dirigenziale legata al sistema di valutazione e la responsabilità per omessa vigilanza su produttività e efficienza*, in F. Pizzetti, A. Rughetti (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico*, EDK, Milano: 166 sgg.
- Carabelli U., Carinci M. T. 2010, *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, Bari.
- Carboni N. 2010, *Politiche e sistemi di sviluppo della dirigenza pubblica nelle democrazie occidentali*, in *Amministrare*, 3: 462.
- Carlassare L. 1974, *Amministrazione e potere politico*, Cedam, Padova.
- Cassese S. 1973, *Imparzialità e amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Giuffrè, Milano.
- 1983, *Il sistema amministrativo italiano*, il Mulino, Bologna.
- 2011, *L'Italia: una società senza Stato?*, il Mulino, Bologna.
- Celone C. 2014, *Le responsabilità e le sanzioni per la violazione degli obblighi di pubblicazione e delle situazioni di inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi nelle pubbliche amministrazioni*, in *Nuove Autonomie*, 3: 591 sgg.
- Clarich M. 2013, *Manuale di diritto amministrativo*, il Mulino, Bologna.
- Contieri A., Immordino M. 2012 (a cura di), *La dirigenza locale*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Crozier M. 1969, *Il fenomeno burocratico* (trad. it.), Etas, Milano.
- D'Alessio G. 2012, voce *Dirigenza pubblica*, in Treccani.it, diritto online.
- De Martin G.C. 2014, *Il disegno autonomistico disatteso tra contraddizioni e nuovi scenari problematici*, in *Istituzioni del federalismo*, 1: 28.
- Fracchia F. 2012, *I fannulloni pubblici e l'irritazione di Brunetta. Una lettura del d. lgs. 150/2009 riflettendo su Luhmann*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Gardini G. (a cura di) 2012, *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, Bologna University Press, Bologna.
- Giannini M. S. 1970, voce *Impiego pubblico (teoria e storia)*, in *Enc. del dir.* XX, Giuffrè, Milano: 293 sgg.
- Luciani M. 2013, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 1: 6.
- Luhmann N. 1983, *Teoria politica nello Stato del benessere* (trad. it.), FrancoAngeli, Milano.
- Mattarella B.G. 2007, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, il Mulino, Bologna.

- March J.C., Olsen J.P. 2000, *Riscoprire le istituzioni. Le basi organizzative della politica*, il Mulino, Bologna.
- Martines T. 2010, *Diritto costituzionale* (XII ed. interamente riveduta da G. Silvestri), Giuffrè, Milano.
- Melis G. 2014, *La dirigenza pubblica in Italia: anello (mancante) di congiunzione tra politica e amministrazione*, in *Scienza & Politica*, XXVI (50): 95 sgg.
- Merloni F. 2006, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa*, il Mulino, Bologna.
- Merloni F., Cavallo Perin R. (a cura di) 2009, *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, FrancoAngeli, Milano.
- Merloni F., Vandelli L. (a cura di) 2010, *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Passigli, Firenze.
- Michels R. 1966, *La sociologia del partito politico nella democrazia moderna* (trad. it.), il Mulino, Bologna.
- Mortati C. 1969, *Istituzioni di diritto pubblico I*, Cedam, Padova.
- Napolitano G. 2014, *La logica del diritto amministrativo*, il Mulino, Bologna.
- Nigro M. 1985, *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*: 153 sgg.
- Ramajoli M. 2014, *Inconferibilità e incompatibilità di incarichi nelle pubbliche amministrazioni*, in *Nuove Autonomie*, 3: 577 sgg.
- Rodotà S. 1981, *La categoria "governo"*, in *Lab. Pol.*: 85.
- Saitta F. 2008, *Burocrazia e indirizzo politico: il modello della Corte costituzionale*, in *Dir. e proc. amm.*: 175 sgg.
- 2012, *Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano: 225 sgg.
- Salazar C. 2000, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Giappichelli, Torino.
- Torchia L. 2013, *La responsabilità dirigenziale: un aggiornamento*, in L. Ventura, P. Falzea (a cura di), *Seminari sulla responsabilità*, Giuffrè, Milano: 157 sgg.
- Ventura L. 1984, *La fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano.
- 1988, *Il governo a multipolarità diseguale*, Giuffrè, Milano.
- 1994, *Art. 54*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Zanichelli, Bologna-Roma: 47 sgg.
- 2012, *L'irriducibile crisi della democrazia repubblicana*, in *Studi in onore di A. Loiodice*, Cacucci, Bari: 569 sgg.
- Ventura L. et al. (a cura di) 2010, *Stato e sovranità. Profili essenziali*, Giappichelli, Torino.
- Viscomi A. et al. (a cura di) 2011, *Pubbliche amministrazioni per lo sviluppo locale*, Rubbettino, Soveria Mannelli.
- Weber M. 1968, *Economia e società* (trad. it.), II, Ed. di Comunità, Milano.

PUBBLICO IMPIEGO: POTERI ORGANIZZATIVI E GESTIONALI

Ennio Antonio Apicella

SOMMARIO – 1. L'evoluzione dei caratteri dei poteri organizzativi e gestionali. 2. Il regime diversificato delle decisioni organizzative del datore di lavoro pubblico. 3. Le determinazioni organizzative in regime privatistico. 4. I limiti al potere datoriale di diritto privato delle amministrazioni. 5. Il sindacato giudiziale. 6. Osservazioni conclusive e linee di tendenza.

1. L'evoluzione dei caratteri dei poteri organizzativi e gestionali

I caratteri dei poteri organizzativi e gestionali della pubblica amministrazione quale di datore di lavoro hanno subito nel tempo radicali trasformazioni che, similmente all'evoluzione complessiva del rapporto d'impiego, tracciano un andamento che è stato definito 'pendolare', nel quale la condizione attuale può essere considerata come una sorta di ritorno alle origini (in generale, sull'evoluzione della disciplina dell'impiego pubblico, tra gli altri, Giannini, 1970: 293; Rusciano, 1978. Sulla prospettiva storica della funzione di organizzazione degli uffici, già Nigro, 1966: 40 sgg.; più di recente, Caputi Jambrenghi, 2011; Sciallo, 2013: 23 sgg.; Papania, 2015: 7 sgg., con ampie indicazioni bibliografiche; per i profili inerenti alla tutela dei dipendenti, Corpaci, 1985: 12 sgg.).

Nell'originario regime della seconda metà dell'ottocento il rapporto tra governo ed impiegati, in quanto riconducibile all'area della 'personalità politica' dello Stato, è considerato una relazione di natura non giuridica, ma politica, e le poche norme che lo regolano non sono ritenute idonee a radicare posizioni soggettive azionabili dinanzi al giudice (Battini, 2000: 351).

Secondo l'opinione all'epoca prevalente, quando l'amministrazione si occupa dei propri uffici, non agisce come un soggetto di diritto, ma si muove all'interno di uno spazio non giuridificato, afferente ad un momento preliminare alla capacità di agire della persona giuridica pubblica. In materia di organizzazione degli uffici, quindi, l'amministrazione non introduce norme in grado di innovare l'ordinamento generale, ma agisce attraverso provvedimenti insuscettibili di produrre effetti al di fuori della struttura amministrativa nella quale tali atti vengono adottati (il tema della giuridicità dell'organizzazione amministrativa è ben presente anche alla dottrina successiva: per tutti, già Saitta N., 1965: 42 sgg.; di recente, Sciallo, 2013: 7 sgg.).

L'atto di organizzazione si atteggia come provvedimento interno alla pubblica amministrazione, privo di rilevanza giuridica ed idoneo a incidere sulle

posizioni giuridiche dei terzi. L'atto amministrativo-datoriale acquista rilevanza giuridica 'esterna', ed esce dalla sfera di autodisposizione dell'amministrazione, diventando vincolante per l'autorità emanante, solo ove la legge riconosca espressamente all'impiegato la titolarità di diritti soggettivi (Papania, 2015: 9).

La pur riconosciuta 'giuridicità' dell'impiego locale, fondato su una convenzione di natura negoziale, non comporta conseguenze determinanti in ordine alle garanzie dell'impiegato, che si risolvono nella tutela della sua posizione patrimoniale (attraverso pretese di tipo indennitario o risarcitorio da azionare dinanzi al giudice ordinario), in quanto la finalità principale della disciplina del rapporto è comunque la salvaguardia dell'autonomia degli enti.

L'attrazione della disciplina nell'orbita del diritto pubblico avviene solo nella fase di passaggio tra i due secoli, attraverso un percorso di graduale, ma progressiva, assimilazione alla normativa pubblicistica, avviato sia per favorire il controllo sulla spesa pubblica, sia per realizzare una tutela indiretta dell'impiegato dall'azione degli organi politici, in funzione della legalità dell'azione amministrativa (ancora Papania, 2015: 25; Battini, 2000: 352 sgg.; sul percorso di assoggettamento dei poteri organizzativi al regime del provvedimento, anche Cerbo, 2007: 270). Il rapporto d'impiego con le amministrazioni si avvia così ad assumere quei caratteri di 'specialità' e separatezza dal lavoro comune che neppure la recente privatizzazione è riuscita a neutralizzare (sull'argomento, per tutti, ampiamente Apicella, 2012: 33 sgg.; Saitta F., 2011: 800 sgg.; in una prospettiva marcatamente 'pubblicistica', Cavallo Perin, 2003: 115 sgg.).

Il processo di 'pubblicizzazione' del rapporto di impiego con le pubbliche amministrazioni si articola in una serie di interventi normativi, sovente sostenuti da esigenze di carattere finanziario, ma risale soprattutto alla devoluzione delle controversie in via esclusiva al giudice amministrativo, in ragione della circostanza che l'impiegato è, al contempo, prestatore d'opera ed appartenente ad uffici che esercitano potestà pubbliche.

È proprio il profilo dell'esercizio delle funzioni pubbliche che il giudice amministrativo valorizza a discapito del sinallagma tra la prestazione lavorativa in funzione della retribuzione percepita. Il rapporto di impiego viene ricostruito similmente alle altre attività costituenti esercizio di funzione pubblica e, dunque, non come scambio di prestazioni corrispettive, ma essenzialmente come rapporto di tipo autoritario, nell'ambito del quale la garanzia e tutela della posizione del dipendente pubblico sono composte in chiave di dipendenza e strumentalità rispetto alle ragioni ed alle finalità dell'organizzazione amministrativa; la prestazione lavorativa è sempre legata nel suo oggetto ai fini istituzionali dell'amministrazione e si inserisce a pieno titolo nell'organizzazione pubblica, collegandosi in modo funzionale all'interesse generale affidato in cura all'ente datore di lavoro (Corpaci, 1985: 68 sgg.; Caputi Jambrenghi, 2011).

In quest'ottica, l'organizzazione del lavoro viene *tout court* ricondotta all'organizzazione amministrativa; gli atti datoriali delle pubbliche amministrazioni sono direttamente ricostruiti come esercizio di potere organizzativo o, quantomeno, in essi vengono rinvenute implicazioni sul piano dell'organizzazione; la prestazione lavorativa è considerata parte integrante ed elemento strutturale dell'organizzazione pubblica, collegata nel suo oggetto ai fini istituzionali dell'amministrazione, cosicché la disciplina dei contenuti del rapporto finisce per confluire nella disciplina dell'organizzazione, in quanto direttamente funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico (Rusciano, 1978: 313; Corpaci, 1985: 218 sgg.; Liso, 2000: 192 sgg.).

Da tale vasta interferenza tra rapporto di lavoro ed assetti organizzativi discende il collegamento tra interesse pubblico e situazioni soggettive del dipendente, qualificate in termini di interesse legittimo tutte le volte che si confrontano con atti destinati a definire la posizione dell'impiegato nell'ambito della struttura burocratica.

Tale concezione è così radicata da giungere in epoca più recente alla 'teorizzazione giurisprudenziale' dell'impossibilità di privatizzare il rapporto per la 'diversità ontologica' tra impiego pubblico e lavoro privato, che impone la differenziazione del relativo regime giuridico. La prestazione lavorativa richiesta al dipendente pubblico consiste, in tutto o in parte, nell'esercizio di pubbliche funzioni ed anche quando la prestazione non implica svolgimento di potestà pubbliche l'amministrazione opera in vista del conseguimento di interessi non liberamente disponibili¹.

La sottoposizione del rapporto d'impiego al diritto pubblico consente al giudice amministrativo di modificare il proprio sindacato sugli atti interni della pubblica amministrazione, che non si limita, come in precedenza, alla verifica dei requisiti formali previsti dalla legge (c.d. 'esterno'), ma diviene 'interno' al provvedimento, ossia si estende al contenuto dell'atto stesso (così, Papania, 2015: 30).

La Costituzione repubblicana rafforza e consolida i modelli normativi e concettuali del sistema precedente, accogliendo la concezione del rapporto di pubblico impiego delineato dalla legislazione del periodo pre-repubblicano e conformato dall'opera della giurisprudenza, ed assimilando il rapporto impiegato/amministrazione al rapporto cittadino/Stato.

Per il Costituente il dipendente pubblico rappresenta non tanto un privato che stabilisce un ordinario rapporto di lavoro con un altro soggetto dell'ordinamento, ma soprattutto un cittadino che entra in relazione 'speciale' con la pubblica amministrazione, talché il rapporto d'impiego è accomunato al rapporto di cittadinanza e viene collocato nell'ambito dei rapporti politici (non in quelli economici, come il lavoro privato), costituendo una delle forme di partecipazione del cittadino all'organizzazione pubblica. Contribuisce ad accentuare

la visione *pan*-pubblicistica dell'impiego pubblico, e la concezione autoritativa della relativa disciplina normativa, la riserva di legge sull'organizzazione amministrativa, intesa come comprensiva del rapporto di lavoro che si svolge in tale ambito (Papania, 2015: 33 sgg.).

La giurisprudenza successiva, anche costituzionale, aderisce all'idea della natura totalmente pubblicistica del lavoro svolto per le amministrazioni, che integra un rapporto di supremazia istituito in vista degli scopi propri del datore di lavoro pubblico, con svolgimento da parte dei dipendenti di attività strumentali a tali finalità: il rapporto di lavoro attiene all'organizzazione quale imprescindibile componente dell'esercizio dei pubblici poteri ed è diretto esclusivamente a perseguire interessi generali. Per questa via, gli atti di amministrazione del personale sono tutti considerati atti amministrativi, anche al fine individuarne agevolmente la struttura ed il regime di validità (Giannini, 1970: 298).

2. Il regime diversificato delle decisioni organizzative del datore di lavoro pubblico

Dopo il fallimento applicativo della legge quadro sul pubblico impiego² – alla quale, tuttavia, deve ascriversi l'emersione di una dimensione autonoma dell'organizzazione del lavoro rispetto all'organizzazione degli uffici (Corpaci, 1985: 266 sgg.) –, la privatizzazione degli anni '90 colloca nel diritto comune l'esercizio dei poteri datoriali delle pubbliche amministrazioni di organizzazione e gestione, in parallelo ai poteri unilaterali dell'imprenditore privato.

Nella prima stagione della privatizzazione³, il legislatore si limita a diversificare la regolazione dalla gestione quanto al regime delle fonti. L'organizzazione amministrativa è differenziata dall'organizzazione del lavoro e dalla gestione del personale sulla base di un criterio di riparto basato essenzialmente su una distinzione per materie: l'organizzazione degli uffici è regolata mediante atti del potere pubblico adottati dall'autorità di governo (leggi, atti normativi di natura regolamentare, atti amministrativi) e le relative determinazioni sono direttamente finalizzate al perseguimento di obiettivi di pubblico interesse; l'organizzazione del lavoro e la gestione del rapporto, di competenza dirigenziale, sono invece collocate nella disciplina di diritto comune.

Il perdurante intreccio tra organizzazione e gestione e l'ambiguità della distinzione tra organizzazione degli uffici e organizzazione del lavoro, impongono nella seconda fase della privatizzazione⁴ l'individuazione di una nuova linea di confine tra diritto pubblico e diritto privato, che separa dall'interno la stessa organizzazione degli uffici; il diritto privato attinge quella parte di attività organizzativa che, per la sua attinenza ai profili operativo-gestionali, assume rilievo interno all'amministrazione, mentre permane la regolazione unilaterale e pub-

blicistica dei profili rilevanti sul piano della struttura degli apparati amministrativi (Orsi Battaglini, Corpaci 1999: 1097; D'Orta, 2000: 96 sgg., 99 sgg.).

Gli atti amministrativi di organizzazione a contenuto generale si arrestano sulla soglia della regolazione, ossia dell'indirizzo, e non possono invadere il campo riservato alla responsabilità dei dirigenti, che sono preposti all'assunzione delle determinazioni operative e gestionali attuative della regolazione generale.

Tale assetto è funzionale al consolidamento della distinzione tra indirizzo politico-amministrativo e attività dirigenziali, che avviene proprio attraverso la diversificazione del regime giuridico degli atti di organizzazione, ed all'assunzione della piena responsabilità della burocrazia per le attività riconducibili all'ambito gestionale in senso ampio; l'attività degli organi di governo mediante atti amministrativi a contenuto generale o normativo rappresenta il momento della definizione delle regole complessive, ma non attinge quello delle singole e concrete decisioni organizzative e gestionali, che appartengono ai dirigenti.

La 'terza riforma' del 2009⁵ rafforza l'unilateralità delle prerogative dirigenziali, consolidando la riserva alla dirigenza delle attività operativo-gestionali attraverso la previsione che le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte «in via esclusiva» dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro. Oltre ad affermare l'«esclusività» delle competenze dirigenziali, il legislatore precisa che «rientrano, in particolare, nell'esercizio dei poteri dirigenziali le misure inerenti la gestione delle risorse umane nel rispetto del principio di pari opportunità, nonché la direzione, l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici»⁶.

La valorizzazione dei poteri della dirigenza e la diretta responsabilizzazione che ne consegue sono accentuate dal concomitante intervento in materia di relazioni sindacali, finalizzato ad impedire ogni 'negoziato' sull'esercizio del potere organizzativo: le determinazioni dirigenziali sono oggetto della sola informazione al sindacato, e sempre che tale modalità sia prevista dai contratti collettivi nazionali⁷ (sull'argomento, G. De Vinci, *L'effetto unificante delle relazioni sindacali sull'evoluzione delle pubbliche amministrazioni*, in questo volume).

L'unilateralità delle prerogative dirigenziali è ulteriormente sostenuta dalla nuova definizione dell'ambito della contrattazione collettiva, alla quale è inibito⁸ qualunque intervento sull'esercizio dei poteri dirigenziali non solo relativi alla 'organizzazione degli uffici', ma anche attinenti ad un ambito da sempre affidato all'autonomia negoziale come l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici'.

3. *Le determinazioni organizzative in regime privatistico*

È, dunque, solo il potere di alta organizzazione a mantenere il regime pubblicistico e ad esplicitarsi attraverso atti funzionalizzati ai principi costituzionali

ed ai precetti della legge, che soggiacciono a controllo puntuale, anche in sede giurisdizionale, in ordine all'interesse pubblico perseguito. Il contenuto del potere pubblico, disciplinato dagli ordinamenti delle singole amministrazioni, è sostanzialmente limitato al 'nucleo essenziale' dell'organizzazione, ossia alla configurazione strutturale degli apparati amministrativi (c.d. 'macrorganizzazione'), e ad altre attività riconducibili alle funzioni di indirizzo e programmazione (per la ricognizione degli atti espressione di potere amministrativo adottati dal datore di lavoro pubblico, Apicella, 2012: 59).

Viceversa, la 'microorganizzazione' e la gestione dei rapporti di lavoro, di pertinenza dirigenziale, non si realizzano attraverso atti amministrativi, ma integrano attività pienamente negoziali.

Il potere organizzativo in regime privatistico trova fondamento non nella legge (come quello di diritto pubblico), ma nel contratto di lavoro, con il quale il lavoratore subordinato si assoggetta, in cambio della retribuzione, al potere direttivo datoriale, obbligandosi ad osservare le disposizioni per l'esecuzione e la disciplina del lavoro secondo gli artt. 2094 e 2104 c.c.: gli atti unilaterali di organizzazione che incidono sulla posizione del dipendente, o la conformano attraverso la determinazione delle modalità di svolgimento della prestazione, costituiscono espressione del potere direttivo che compete al datore di lavoro, anche pubblico, e di una supremazia 'di diritto comune'⁹, conferiti all'amministrazione dal diritto di credito della prestazione lavorativa, di fonte contrattuale. Essendo attribuito all'amministrazione dal contratto (di lavoro), il potere di organizzare il fattore lavoro non può che esprimersi attraverso atti negoziali.

Tutta l'attività che si colloca al di sotto della configurazione strutturale e riguarda il funzionamento degli uffici costituisce espressione della capacità di diritto privato, sicché tutti i poteri di organizzazione e gestione del personale rispondono, nel lavoro pubblico come in quello privato, ad uno schema normativamente unificato, che non è quello del potere pubblico, ma quello dei poteri privati¹⁰, e vanno collocati nell'adempimento degli obblighi che gravano sulle parti in virtù della legge o del contratto, collettivo o individuale; essi impegnano il lavoratore solo in quanto siano conformi al programma negoziale (Cerulli Irelli, 2003: 227, 265; D'Orta, 2000: 107 sgg.; Liso, 2000: 239 sgg.).

L'esplicita qualificazione normativa consente altresì di escludere che gli atti adottati dal datore di lavoro all'interno del rapporto siano finalisticamente orientati alla realizzazione di interessi pubblici. Il mutamento di regime giuridico comporta che i rapporti di lavoro con le amministrazioni siano ordinari rapporti negoziali, liberi nei fini, entro i limiti fissati dalle norme imperative: il passo decisivo sulla via del completamento dell'integrazione normativa tra lavoro pubblico e privato è rappresentato dalla qualificazione legale dell'attività di gestione come privatistica, non funzionalizzata (Orsi Battaglini, 1993: 473,

481; D'Antona, 1999: I, 628), che trova il suo limite esterno nei diritti soggettivi dei dipendenti, nonché, come rileva la dottrina, nelle precedenti decisioni di indirizzo (Saitta F., 2008: 742).

Ciò non significa identità tra potere direttivo dell'imprenditore e potere dirigenziale di organizzazione degli uffici (per tutti, Rusciano, 2008: 65 sgg., secondo il quale il dirigente pubblico esprime un potere che, essendo legato all'interesse generale, incontra limiti sostanziali e procedurali, a tutela sia dei dipendenti che della collettività, che ne riducono la discrezionalità; nel senso della diversità 'funzionale', anche Saitta F., 2008: 742, 760 e già Saitta N., 1966: 55 sgg., che rileva la dimensione del tutto diversa che assume il fatto organizzativo nel diritto privato e nel diritto pubblico. Di contrario avviso, nel senso dell'esigenza di una configurazione unitaria del potere imprenditoriale, Cerbo, 2007: 294 sgg., 316 sgg., che non ritiene concepibile una disciplina differenziata in rapporto alla diversità degli interessi perseguiti ed esclude la configurabilità per il potere organizzativo dirigenziale delle amministrazioni di limiti diversi o ulteriori rispetto a quelli previsti nell'impresa).

Come si è detto, i limiti istituzionali all'attività dell'amministrazione pubblica finiscono per influire sulla causa giuridica del rapporto, sfociando in regole necessariamente in deroga a quello comune (Cavallo Perin, 2003: 123 sgg.). L'attività di diritto privato dell'amministrazione deve comunque essere ricondotta ai principi di imparzialità, efficienza e legalità dell'art. 97 cost. e gli atti con i quali l'amministrazione esercita i «poteri del privato datore di lavoro»¹¹ costituiscono funzione amministrativa, poiché l'esigenza costituzionale dell'indirizzo politico sul potere organizzativo deve trovare attuazione a prescindere dal regime giuridico di cui potere stesso è espressione (su funzione organizzatrice ed attività di indirizzo, per tutti, già Nigro, 1966: 99 sgg.).

Tuttavia, secondo le regole del rapporto, il vincolo di scopo imposto dalla natura del datore di lavoro opera con riferimento all'attività generale, non a ciascun atto concreto.

La disciplina dei poteri unilaterali riconosciuti all'amministrazione come datore di lavoro¹² assegna fini unitari all'attività organizzativa complessivamente considerata, di diritto pubblico o privato (sui plurimi vincoli di scopo che 'finalizzano' il potere organizzativo ad uno scopo esterno, sia quando si esprime attraverso atti pubblicistici, sia mediante atti privatistici, D'Orta 2011: 413 sgg.), e predica una funzionalizzazione che si colloca sul piano della complessiva attività dirigenziale, e non attinge i singoli atti di carattere organizzativo o gestionale¹³: le determinazioni organizzative di diritto privato devono assicurare nel loro insieme l'attuazione dei principi indicati dall'art. 2, comma 1, d.lgs. 31 marzo 2001 n. 165 e la rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa, che vengono affidate alla verifica degli organismi di controllo interno.

La funzionalizzazione arretra dal singolo atto puntuale all'attività complessiva e trova il suo naturale momento di verifica in sede di responsabilità dirigenziale.

I principi costituzionali di imparzialità ed buon andamento richiedono che anche l'attività amministrativa di microrganizzazione sia preordinata al conseguimento di finalità di pubblico interesse ma, essendo il regime giuridico identico a quello del potere direttivo dell'imprenditore privato, trova applicazione la regola della normale irrilevanza dei motivi che caratterizza gli atti espressione di autonomia privata, mentre il controllo sull'osservanza del vincolo di scopo viene configurato come sintetico, ossia riferito al solo risultato dell'attività complessiva (diversamente, Saitta F., 2011: 801 e Pioggia, 2004: 274 sgg., ritengono che dall'assoggettamento dell'attività del datore di lavoro pubblico ad un vincolo di scopo derivino conseguenze in ordine al relativo regime giuridico, v. *infra*).

Conformemente al regime giuridico (di diritto privato) cui la legge le sottopone, i motivi delle determinazioni operative e gestionali singolarmente considerate non assumono rilevanza. Gli strumenti salienti che la legge predispone a garanzia del perseguimento dell'interesse pubblico da parte degli atti di esercizio del potere di diritto privato delle amministrazioni sono rappresentati dagli atti di indirizzo degli organi di governo in materia di organizzazione e gestione del personale¹⁴ e dal sistema dei controlli sui risultati complessivi dell'attività organizzativa dirigenziale (Orsi Battaglini, Corpaci, 1999: 1098; D'Orta, 2000: 122 sgg., 163 sgg.; D'Orta 2011: 415 sgg.).

4. I limiti al potere datoriale di diritto privato delle amministrazioni

Da quanto si è detto in ordine alla natura dei poteri svolti all'amministrazione all'interno del rapporto di lavoro emerge che il parametro di legittimità della determinazione organizzativa o gestionale non è lo statuto dell'atto amministrativo, ma si colloca nelle regole specifiche – legali o contrattuali – di diritto privato 'speciale' proprie dell'impiego pubblico o, in mancanza, in quelle generali del diritto del lavoro 'comune'.

L'attività del datore di lavoro pubblico è estranea alla disciplina dell'atto amministrativo, ed in special modo alle regole su motivazione e partecipazione procedimentale. I procedimenti che eventualmente presiedono all'adozione degli atti datoriali sono di tipo negoziale e gli atti dirigenziali, anche di natura organizzativa, sono assoggettati ai principi dell'autonomia privata e, in primo luogo, alla regola della normale irrilevanza dei motivi, pur trattandosi di attività preordinate al conseguimento di finalità di pubblico interesse.

La giurisprudenza ha ripetutamente chiarito che le regole pubblicistiche riguardano i procedimenti strumentali all'adozione di provvedimenti ammini-

strativi autoritativi – caratterizzati dalla preminenza ‘pubblica’ dell’organo che li adotta –, e non sono applicabili agli atti di disposizione del rapporto di lavoro, adottati nell’esercizio del potere di supremazia datoriale e privi dell’efficacia autoritativa del provvedimento amministrativo¹⁵.

Tuttavia, la già rilevata diversità ‘funzionale’ tra il potere organizzativo del datore di lavoro pubblico e quello dell’imprenditore privato esclude che possa istituirsi un totale parallelismo quanto al regime degli atti.

Il diritto privato del lavoro riserva l’intera sfera dell’organizzazione dell’impresa all’autonomia dell’imprenditore, che gode di copertura costituzionale nell’art. 41 cost. e non soffre limiti legali se non quelli generali del rispetto della dignità umana o dell’integrità psico-fisica dei lavoratori, mentre nell’impiego con le amministrazioni pubbliche le determinazioni organizzative dirigenziali sono adottate nell’ambito delle leggi e degli atti (amministrativi) che spettano agli organi di governo¹⁶. Infatti, il giudizio sulla validità degli atti di c.d. microorganizzazione deve essere compiuto sulla base, oltre che delle norme specifiche di legge o di regolamento, anche dei provvedimenti di macroorganizzazione (Sordi, 2005: 31 sgg.).

Neppure i limiti interni che la giurisprudenza ha definito per l’esercizio dei poteri discrezionali privati (sulla tutela civile nei confronti dei poteri di “supremazia” del datore di lavoro rimane fondamentale lo studio di Zoli, 1988: spec. 131 sgg., 231 sgg.) sono del tutto sovrapponibili all’attività datoriale delle amministrazioni di natura organizzativa e gestionale.

La legge e il contratto riconoscono al datore di lavoro pubblico, come all’imprenditore, poteri unilaterali ed attività discrezionali o valutative (tipicamente, nelle procedure di selezione del personale, finalizzate alla progressione di carriera e economiche, o al conferimento di determinate posizioni nell’organizzazione del lavoro), collocate nel diritto privato e non riconducibili alla discrezionalità amministrativa o al potere pubblico organizzativo; nelle relative determinazioni, anche la pubblica amministrazione è sottoposta ai limiti derivanti dall’applicazione dei canoni di correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.) che orientano l’esercizio dei poteri privati e, più in generale, essa è vincolata alla rispondenza della scelta a criteri di adeguatezza e ragionevolezza.

Tuttavia, nel rapporto di impiego pubblico la giurisprudenza ritiene che le regole di valutazione delle condotte esecutive del contratto trovino un fondamento ‘pubblicistico’ nei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento: l’art. 97 Cost. presuppone non solo la negazione di poteri maggiori di quelli riconosciuti al datore di lavoro privato, bensì l’affermazione di un limite ulteriore costituito dal canone di imparzialità¹⁷.

In tal modo, si sono affermate regole di controllo sull’esercizio dei poteri privati del tutto peculiari, che impongono alle amministrazioni obblighi di carat-

tere 'para-pubblicistico' e deviano sensibilmente dai criteri utilizzati per i poteri discrezionali dell'imprenditore.

Dalla 'procedimentalizzazione' dell'esercizio del potere del datore di lavoro pubblico prevista dalle regole del rapporto la Corte suprema ha desunto, anche per il tramite delle clausole generali di correttezza e buona fede¹⁸, non solo la necessità di compiere le scelte discrezionali mediante valutazioni comparative, ma anche ulteriori vincoli tipici dell'esercizio del potere pubblico, quali la necessità di consentire forme adeguate di partecipazione ai processi decisionali e di esternare le ragioni giustificatrici delle scelte¹⁹, la cui violazione è fonte di inadempimento contrattuale produttivo di danno risarcibile (per la critica a tale impostazione, Apicella, 2010: 1332 sgg., anche sotto il profilo della difformità da altri consolidati orientamenti della giurisprudenza in tema di scelte datoriali discrezionali delle amministrazioni; Sordi, 2009: 84).

A volte il richiamo a regole peculiari di esercizio dei poteri privati proviene dallo stesso legislatore, essendo ormai frequenti i casi in cui un obbligo di motivazione è imposto alle amministrazioni espressamente, o anche solo implicitamente (avuto riguardo ai presupposti indicati per l'adozione della determinazione), dalla stessa norma di legge attributiva del potere discrezionale²⁰.

Non mancano ipotesi nelle quali il principio di 'autolimita' nell'esercizio della discrezionalità, caratteristico del potere amministrativo, assurge (unitamente ai canoni di correttezza e buona fede) a fattore che preclude la modificazione di precedenti determinazioni, o impone la motivazione della decisione negoziale; il controllo di legalità si estende fino alla ragionevolezza della motivazione ed alla sua idoneità a consentire la verifica sull'appropriatezza della scelta rispetto alle finalità perseguite²¹. È pure ricorrente il riferimento della giurisprudenza al buon andamento come criterio di conduzione delle scelte discrezionali del datore di lavoro pubblico²².

Allora ecco che, nonostante (*recte*, a dispetto del) le consolidate affermazioni che limitano la funzionalizzazione alla sola attività complessiva del datore di lavoro (*supra*, § 3), l'impiego delle clausole di correttezza e buona fede finisce per consentire la ricaduta sulla disciplina del singolo atto privatistico (della violazione) dei principi che orientano l'attività amministrativa a fini di interesse generale (in tal senso, in dottrina, spec. Pioggia, 2004: 160, 274 sgg., ma anche Lolli, 2000: 231, 261 sgg., i quali ritengono che la procedimentalizzazione consenta l'emersione delle ragioni della decisione, consentendone la verifica in sede giudiziale).

La giurisprudenza ha così attribuito nuovo vigore alla controversa nozione degli 'interessi legittimi di diritto privato', alla quale, di recente, la dottrina civilistica dedica rinnovata attenzione, ritenendo l'interesse legittimo figura teorica generale che trascende l'ambito proprio del diritto amministrativo e valoriz-

zando il ruolo del principio della funzione sociale nella struttura dei poteri privati (Mazzù, 2014: spec. 73 sgg., 86 sgg.).

Quando il bene della vita può essere conseguito dal dipendente pubblico solo attraverso l'esercizio del potere discrezionale nell'adozione di una determinazione organizzativa o gestionale, la posizione dell'interessato non assume consistenza di diritto soggettivo pieno, ma sono pur sempre configurabili situazioni soggettive di diritto privato che discendono dai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento ed operano in modo analogo alle regole di buona fede e correttezza che presiedono ai rapporti interprivati²³. Ai limiti che subisce l'esercizio dei poteri discrezionali del datore di lavoro pubblico in ragione dei canoni generali di correttezza e buona fede si correlano posizioni di interesse legittimo di diritto privato²⁴ suscettibili di tutela giurisdizionale anche in forma risarcitoria.

5. *Il sindacato giudiziale*

Coerentemente con quanto si è detto in ordine alla natura dell'attività, è principio ormai acquisito che la correttezza del comportamento dell'amministrazione e la conformità a legge degli atti e procedimenti di diritto privato indirizzati all'organizzazione degli uffici e alla gestione dei rapporti di lavoro sono valutate esclusivamente secondo gli stessi parametri utilizzati per i datori di lavoro privati (in tal senso, già Tenore, Apicella, 1999: 2170; Apicella, 2004: 2080 sgg.; Sordi, 2005: 30), secondo una precisa scelta del legislatore nel senso dell'adozione di moduli privatistici dell'azione amministrativa, che risulta conforme al principio di buon andamento²⁵.

Il controllo di legittimità deve essere condotto non alla stregua dei tradizionali vizi dell'atto amministrativo, ma secondo quelli propri della patologia dei negozi giuridici, derivanti dalla violazione della disciplina di legge o di contratto (collettivo o individuale) che regge l'attività paritetica della pubblica amministrazione²⁶.

Il pubblico dipendente che deduce, dinanzi al giudice ordinario, il rapporto di lavoro, non può pretendere un sindacato diverso da quello effettuato nei confronti del datore di lavoro privato: si può chiedere la verifica di compatibilità dell'atto organizzativo con le regole del rapporto o contestare la sua conformità rispetto alla disciplina contrattuale, ma non ottenere il controllo sui motivi della determinazione negoziale, che rilevano solo se illeciti.

Se dinanzi al giudice amministrativo il dipendente poteva sempre invocare, lamentando un eccesso di potere, la verifica della rispondenza dell'atto all'interesse pubblico, nel rapporto di lavoro contrattualizzato la regola della giustificazione necessaria opera (come per l'impiego privato), solo laddove sia specificamente contemplata dalla legge o dal contratto, collettivo o individuale. Quando gli atti datoriali risultano sindacabili sotto il profilo della motivazione – come

avviene, ad esempio, per il trasferimento o il licenziamento – il parametro di legittimità non è l'interesse pubblico, ma piuttosto la sussistenza di ragionevoli ed ostensibili esigenze tecnico-organizzative; gli eventuali oneri di motivazione posti al potere organizzativo privatistico rappresentano 'vincoli esterni', non intrinseci o coesenziali al potere (come il vincolo di scopo del potere pubblico), ma imposti per assicurarne il contemperamento con gli interessi dei lavoratori (Vallebona, 2000: 217; D'Antona, 1999: 629; D'Orta, 2000: 116); né bisogna confondere tra obbligo di motivazione e prova, da fornire in giudizio, sull'esistenza delle ragioni giustificative della scelta compiuta dal datore di lavoro, anche pubblico.

Si è già rilevato come la Corte suprema sia approdata a conclusioni almeno in parte diverse, desumendo l'obbligo di esternare le ragioni delle scelte dalla procedimentalizzazione dell'esercizio del potere prevista dalle regole del rapporto e compiendo il controllo anche sulla ragionevolezza degli atti di autonomia negoziale del datore di lavoro pubblico (v. *supra*, § 4). Tuttavia, anche la dottrina che ha anticipato tali conclusioni, non manca di evidenziare che il sindacato giurisdizionale sulla motivazione dell'atto di esercizio del potere privato datoriale (a differenza di quello sul potere pubblico) avviene attraverso l'esame della consistenza della posizione soggettiva che vi si contrappone, dovendo l'amministrazione giustificare le ragioni dell'intervento sulla singola posizione lavorativa; lo stesso giudizio sul contenuto (*id est*, sulla sufficienza) della motivazione parte dal diritto che fronteggia il potere e dipende dal bene che la legge intende tutelare imponendo l'obbligo di motivazione (Pioggia, 2004: 171 sgg.).

È, in ogni caso, pacifico nella giurisprudenza che la singola determinazione dirigenziale, organizzativa o gestionale, è sindacabile dal giudice del lavoro non sotto il profilo della realizzazione del vincolo di scopo, ma nei soli limiti consentiti dal programma negoziale e dalle relative fonti (legali o contrattuali) di riferimento²⁷; il controllo di conformità al pubblico interesse delle determinazioni organizzative di diritto privato è disciplinato come esclusivamente interno all'organizzazione dell'ente e non influenza il regime della singola determinazione gestionale o organizzativa (in dottrina, spec. Orsi Battaglini, Corpaci, 1999: 1098). La verifica sull'osservanza del vincolo di scopo è riferita al solo risultato dell'attività complessiva, rimanendo escluso un controllo di validità del giudice in ordine alla rispondenza ai fini pubblici dei singoli atti dirigenziali di organizzazione.

L'oggetto dell'accertamento del giudice del lavoro sugli atti dell'amministrazione espressione di potere privato è costituito dal modo di esercizio del potere di cui l'atto è espressione, sul modello dell'accertamento cui è chiamato il giudice amministrativo nell'ambito del sindacato di legittimità sull'azione ammi-

nistrativa e con l'utilizzazione di principi e criteri assai simili a quelli propri del controllo giurisdizionale sugli atti amministrativi: si tratta di un sindacato che, pur lasciando ampi margini ai poteri di scelta del datore di lavoro, similmente alla tradizionale insindacabilità del merito amministrativo, ne sanziona tuttavia l'arbitrarietà, nei limiti in cui risultino violati i principi di correttezza e buona fede (Cerulli Irelli, 2003: 270 sgg.; Apicella, 2012: 283).

Quando le regole del rapporto attribuiscono all'amministrazione poteri discrezionali, non essendo direttamente protetto l'interesse del dipendente a conseguire il bene della vita, il controllo giudiziale riguarda il rispetto delle garanzie procedurali previste dalla legge e dal contratto (specie collettivo) e l'osservanza delle regole di correttezza e buona fede, che trovano fondamento anche nei precetti di imparzialità e di buon andamento dell'art. 97 Cost. (v. *supra*, § 4).

Di conseguenza, poiché il buon andamento e l'imparzialità conformano (anche) il potere di organizzazione in regime privatistico, di fronte a scelte organizzative dei dirigenti prive di qualsiasi attendibile giustificazione nell'ottica della buona amministrazione, il giudice del lavoro potrà dichiararne la nullità per violazione di norme imperative.

Tuttavia, il dipendente pubblico potrà avanzare siffatta pretesa qualora l'atto di organizzazione sia lesivo di posizioni giuridiche che originano dal rapporto di lavoro e non solo per il ripristino del principio di buona amministrazione in sé considerato. In sostanza, la necessità per il giudice di valutare la validità degli atti di microrganizzazione si pone solamente quando essi si pongano quali condizioni di esercizio di poteri di gestione dei singoli rapporti di lavoro (ad esempio, trasferimento fondato su una determinazione organizzativa dirigenziale illegittima per contrasto con i canoni dell'art. 97 Cost.) (così, Sordi, 2005: 35).

6. Osservazioni conclusive e linee di tendenza

Alla luce delle considerazioni svolte, il panorama delle opinioni dottrinali e degli orientamenti della giurisprudenza in ordine alla natura e al regime degli atti datoriali di organizzazione ed alle modalità del relativo controllo giurisdizionale mostra ormai un assetto piuttosto stabile.

Il futuro sembra orientare verso una lettura 'autonoma' delle regole civilistiche di controllo sui poteri discrezionali del datore di lavoro pubblico, che devia dai criteri utilizzati per l'imprenditore privato e sancisce ancora una volta la 'specialità' del rapporto di pubblico impiego e l'assimilazione solo 'tendenziale' al lavoro nell'impresa.

Certo può sembrare un paradosso che il lungo ed accidentato percorso della privatizzazione finisca per approdare a criteri di esercizio dei poteri priva-

ti dell'amministrazione che evocano quelli del potere pubblico e modalità di sindacato giudiziale parallele a quelle 'create' dal giudice amministrativo per il controllo di legittimità degli atti amministrativi (in generale, per la critica alla iper-regolazione ed iper-procedimentalizzazione dei poteri di gestione delle risorse umane e nel senso che il cambiamento indotto dalla riforma del rapporto di impiego pubblico ha riguardato la forma, non la sostanza, D'Orta 2011: 394, 461 sgg., secondo il quale la privatizzazione è ormai svuotata dall'interno).

Si tratta, tuttavia, di una delle tante 'anomalie' indotte dalle finalità pubblicistiche (estrane alla tutela del lavoratore subordinato che ispira le regole del lavoro nell'impresa) dichiaratamente assegnate alla disciplina del rapporto di impiego con le amministrazioni sin dalla prima fase del processo di privatizzazione, alle quali il legislatore attribuisce un diretto contenuto precettivo anche nei successivi interventi normativi²⁸: non solo efficienza, produttività, economicità e trasparenza dell'attività amministrativa, ma anche massima funzionalità e flessibilità, razionalizzazione e contenimento della spesa per il personale; raggiungimento di elevati standard qualitativi ed economici delle funzioni e dei servizi; contrasto alla scarsa produttività; più di recente, direttamente il raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica (Apicella, 2012: 17, 29; sulla privatizzazione del rapporto di pubblico impiego come strumento al servizio di finalità di rilievo pubblicistico e, segnatamente, dell'efficienza, ampiamente Pileggi, 2004: 33 sgg., 44 sgg.).

La permanente natura pubblica del datore di lavoro e soprattutto le indicazioni che provengono dalla legge richiedono che il giudice del lavoro eserciti i poteri decisorii leggendo gli istituti del diritto comune, ed ancor più la disciplina speciale del lavoro pubblico, non solo alla luce dei canoni di imparzialità e buon andamento che orientano l'attività di diritto privato delle amministrazioni, ma anche in funzione della realizzazione di esigenze di tipo pubblicistico dalle quali muove la privatizzazione e che non rimangono confinate negli scopi perseguiti dal legislatore, ma assumono specifico valore normativo (per questo rilievo, già Apicella, 2011: 1369 sgg.).

Del resto, proprio in riferimento ad economicità ed efficacia indicate dall'art. 1 l. 7 agosto 1990 n. 241, la Corte suprema ha già chiarito che tali criteri non esprimono un mero ed enfatico richiamo ai principi di legalità e buona amministrazione contenuti nell'art. 97 Cost., trattandosi di vere e proprie regole giuridiche, la cui inosservanza può dar luogo alla misura, correttiva o repressiva, che il giudice deve applicare all'esito della sua attività: «pertanto, la verifica della legittimità dell'attività amministrativa non può prescindere dalla valutazione del rapporto tra gli obiettivi conseguiti ed i costi sostenuti»²⁹.

Non solo, dunque, in seno al controllo di legittimità sull'esercizio del potere pubblico di conformazione della struttura degli apparati, affidato al giudice amministrativo, ma anche nel sindacato del giudice del lavoro sui poteri orga-

nizzativi e gestionali di diritto privato, i canoni di azione dell'efficienza amministrativa e dell'economicità nell'impiego delle risorse sembrano destinati ad assumere un rilievo predominante.

È di prepotente attualità, ad esempio, il tema dei vincoli derivanti dagli obiettivi di finanza pubblica e dai correlati limiti di spesa che, nella misura in cui condizionano in maniera così incisiva l'attività delle amministrazioni, forse non possono ritenersi del tutto neutri rispetto alla valutazione compiuta dal giudice. Va, probabilmente, rimeditata l'antica convinzione che il cattivo uso delle risorse non incide sul regime di validità degli atti, determinando l'applicazione di misure di tipo ripristinatorio, ma rileva esclusivamente sul piano della responsabilità dell'agente³⁰.

Si tratta di un territorio ancora non compiutamente esplorato, che promette approdi fruttuosi, sul quale dovrà necessariamente fermarsi la futura riflessione di dottrina e giurisprudenza, e non solo nel settore dell'impiego pubblico.

Note

- ¹ Cons. St., Ad. gen., 31 agosto 1992 n. 146, in *Giust. civ.* 1993, I: 1126, in sede di parere sul disegno di legge delega per la 'privatizzazione' del pubblico impiego; secondo il giudice amministrativo, il preminente interesse generale al corretto esercizio delle pubbliche funzioni a vantaggio della collettività impediva al legislatore di disporre liberamente la trasformazione della natura pubblica del rapporto.
- ² L. 29 marzo 1983 n. 93.
- ³ L. 23 ottobre 1992 n. 421; d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29.
- ⁴ L. 15 marzo 1997 n. 57; d.lgs. 30 marzo 1998 n. 80.
- ⁵ L. 4 marzo 2009 n. 15; d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150.
- ⁶ Art. 5, comma 2, d.lgs. 31 marzo 2001 n. 165.
- ⁷ Art. 9 d.lgs. n. 165/2001.
- ⁸ Art. 40 d.lgs. n. 165/2001.
- ⁹ Cass., 28 luglio 2003 n. 11589, in *Giust. civ.* 2004, I: 273.
- ¹⁰ *Ex plurimis*, Cass., S.U., ord. 27 giugno 2003 n. 10288, in *Giur. it.* 2004: 869; Cass., S.U., ord. 15 maggio 2003 n. 7623, in *Foro it.* 2003, I: 3384; Cass., S.U., ord. 25 luglio 2002 n. 10995, in *Giust. civ.* 2003, I: 221. Nella giurisprudenza amministrativa, Cons. St., sez. V, 20 dicembre 2011 n. 6705, in *Foro amm.-C.d.S.* 2011: 3709, in motivazione.
- ¹¹ Art. 5, comma 2, d.lgs. n. 165/2001.
- ¹² Art. 5, commi 1 e 3, d.lgs. n. 165/2001.
- ¹³ In tal senso, univocamente, la giurisprudenza: Cass., 20 marzo 2004 n. 5659, in *Giust. civ.* 2004, I: 2471. Più di recente, Cass., 12 gennaio 2012 n. 240, *ivi*, 2012, I: 1327; Cass., 28 novembre 2011 n. 25045, *ivi*.
- ¹⁴ Art. 4, comma 1, lett. b, d.lgs. n. 165/2001.
- ¹⁵ Cass., 26 ottobre 2011 n. 22298; Cass., 18 febbraio 2005 n. 3360, in *Orient. giur. lav.* 2005, I: 204; Cass., 28 luglio 2003 n. 11589, *cit.*; Cass., 16 maggio 2003 n. 7704, in *Giust. civ.* 2003, I: 274.
- ¹⁶ Art. 5, comma 2, d.lgs. n. 165/2001.
- ¹⁷ Cass., 27 agosto 2004 n. 17095, in *Giust. civ.* 2005, I: 1393; Cass., 21 maggio n. 2004 n. 9747, in *Foro it.* 2005, I: 1367; Cass., S.U., ord. 23 gennaio 2004 n. 1252, in *Giust. civ.* 2004, I: 2472; Cass., S.U., ord. 26 giugno 2002 n. 9332, *ivi* 2003, I: 221. Di recente, Cass., 12 gennaio 2016 n. 280 Cass., 27 gennaio 2017 n. 2141.
- ¹⁸ La giurisprudenza ha chiarito che le regole procedurali poste dalla contrattazione collettiva possono costituire specificazione dei canoni civilistici di correttezza e buona fede: Cass., 15 luglio 2011 n. 15618, *ivi*, 2012, I, 1330.
- ¹⁹ Orientamento ormai consolidato riguardo ai poteri discrezionali di conferimento degli incarichi dirigenziali: Cass., ord. 12 ottobre 2010 n. 21088; Cass., 16 novembre 2008 n. 28274, *ivi*, 2009, I, 2850; Cass., 14 aprile 2008 n. 9814, *ivi*, 2008, I, 3046; in quest'ordine di idee, anche Cass., 30 settembre 2009 n. 20979, *ivi*, 2010, I, 2350. Già Cass., 14 agosto 2008 n. 21660, aveva ritenuto che il potere discrezionale proceduralizzato dalla specifica disciplina legislativa comporti l'obbligo di valutare l'interesse pubblico, di esaminare tempestivamente e secondo correttezza e buona fede la posizione del dipendente e di motivare la decisione, ancorché negativa.
- ²⁰ Art. 13 l. 4 novembre 2010, n. 183 sulle « motivate » esigenze organizzative richieste per utilizzare in assegnazione temporanea personale di altre amministrazioni; art. 26 l. n. 183/2010 sulle « motivate » esigenze di carattere eccezionale che consentono ad amministrazioni diverse da quella di appartenenza di conferire incarichi dirigenziali al personale del comparto sicurezza e difesa; art. 72, l. 6 agosto 2008, n. 133, sulla decisione « motivata » di risoluzione del rapporto di lavoro al compimento dell'anzianità contributiva per l'accesso a pensione, e sui presupposti per il trattenimento in servizio dei dipendenti; art. 19, comma 6,

- d.lgs. n. 165/2001 sulla «esplicita motivazione» a sostegno della determinazione di conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti esterni di particolare e comprovata qualificazione professionale.
- ²¹ Sulla 'immodificabilità' del bando di concorso per l'avanzamento in carriera, Cass. 12 gennaio 2012 n. 240, cit.; Cass. 28 novembre 2011 n. 25045, cit. Sull'obbligo di motivazione derivante dall'«autolimité» al potere negoziale, Cass., 12 novembre 2007 n. 23480, in *Giust. civ.* 2008, I, 3047; Cass., 3 novembre 2006 n. 23549, ivi, 2007, I, 2266. Su ragionevolezza e congruità della motivazione, Cass., 6 dicembre 2016 n. 24984; Cass., 6 giugno 2016 n. 11595.
- ²² In tema di poteri valutativi nell'assegnazione degli incarichi di direzione delle strutture del servizio sanitario, Cass., 19 luglio 2011 n. 15764, ivi, 2012, I, 1329; Cass., 6 marzo 2009 n. 5457, ivi, 2009, I, 2847. Tale criterio, tuttavia, non può esser invocato come obbligazione sussidiaria e strumentale rispetto alle obbligazioni che sorgono per effetto dell'instaurazione del rapporto di lavoro, sicché l'aspirante all'incarico può dolersi solo del carattere discriminatorio della scelta o, più in generale, della violazione del canone di correttezza e buona fede che presidia ogni rapporto obbligatorio contrattuale.
- ²³ Cass., 18 dicembre 2012 n. 23351, ivi, 2013, I, 838.
- ²⁴ Orientamento consolidato: di recente, Cass., 14 aprile 2015 n. 7495; nello stesso senso, già Cass., 23 settembre 2013 n. 21700, in *Giustiziacivile.com* 2014; Cass., 22 giugno 2007 n. 14624, in *Giust. civ.* 2008, I, 1800; Cass., 23 febbraio 2007 n. 4275, ivi, 2007, I, 2265; Cass., 22 febbraio 2006 n. 3880; Cass., 6 aprile 2005 n. 7131, ivi, 2006, I, 674.
- ²⁵ Cass., 26 ottobre 2011 n. 22298; Cass., 17 settembre 2008 n. 23741; Cass., 19 marzo 2004 n. 5565, in *Giust. civ.* 2004, I, 1849; Cass., S.U., ord. 23 gennaio 2004 n. 1252, cit.
- ²⁶ Cass., 12 gennaio 2012 n. 240, cit.; Cass., 28 novembre 2011 n. 25045, cit.; Cass., 28 luglio 2003 n. 11589, cit.
- ²⁷ Cass., 20 marzo 2004 n. 5659, cit. Più di recente, Cass., 12 gennaio 2012 n. 240, cit.; Cass., 28 novembre 2011 n. 25045, cit.
- ²⁸ Le finalità 'pubblicistiche' della legislazione sul pubblico impiego assumono specifico valore normativo specialmente nell'art. 1, d.lgs. n. 165/2001 e nell'art. 1, d.lgs. n. 150/2009, ma anche nei successivi art. 9, l. 30 luglio 2010, n. 122, art. 16, l. 15 luglio 2011, n. 111 e art. 1, l. 14 settembre 2011, n. 148; da ultimo, cfr. l'art. 17, l. 7 agosto 2015, n. 124.
- ²⁹ Così, in tema di sindacato della magistratura contabile sulle scelte discrezionali, Cass., S.U., 13 giugno 2011 n. 12902, in *Riv. C. conti*, 2011, 378; Cass., S.U., 28 marzo 2006 n. 7024, in *Foro it.* 2007, I, 2484; Cass., S.U., 29 settembre 2003 n. 14488, in *Giust. civ.* 2004, I, 1541. Nel senso che i criteri di efficacia ed economicità assumono rilievo sul piano della legittimità (non della mera opportunità) dell'azione amministrativa, anche Cass., S.U., 7 novembre 2013 n. 25037; Cass., S.U., 9 luglio 2008 n. 18757, in *Riv. C. conti*, 2008, 199; da ultimo, Cass., S.U., 15 marzo 2017 n. 6820.
- ³⁰ Su questa strada sembra avviata la giurisprudenza quando ritiene che nella comparazione tra interesse pubblico ed altri posizioni giuridiche configgenti assuma preminenza l'aspetto economico, «visti i tempi di crisi che investono la spesa pubblica e le particolari esigenze di risparmio di cui tanto di parla»: TAR Lazio, Roma, sez. I, 21 settembre 2011, n. 7481, in *Giust. civ.*, 2011, I, 2470, in tema di sindacato sulla determinazione di conferire all'esterno incarichi dirigenziali. Sul pregiudizio al buon andamento derivante dal «costo finanziario aggiuntivo» attribuito alla collettività con il conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti esterni, già TAR Lazio, Roma, sez. I, 31 gennaio 2011 n. 841.

Riferimenti bibliografici

- Apicella E.A. 2004, *Le determinazioni della pubblica amministrazione-datore di lavoro ed il sindacato giurisdizionale*, in *Foro amm.*: 2069 sgg.
- 2010, *Conferme e novità in tema di conferimento di incarichi dirigenziali dopo la riforma “Brunetta”*, in *Foro amm.-C.d.S.*: 1327 sgg.
- 2011, *I nuovi orientamenti nella giurisdizione sulle controversie di lavoro pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*: 1363 sgg.
- 2012, *Lineamenti del pubblico impiego privatizzato*, Giuffrè, Milano.
- Battini S. 2000, *Il personale*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo* (I ed.), Giuffrè, Milano: 335 sgg.
- Caputi Jambrenghi V. 2011, *Uffici ed impiegati pubblici dallo Statuto albertino alla Costituzione nei centocinquant'anni di unità d'Italia*, in <<http://www.giustamm.it>>.
- Cavallo Perin R. 2003, *Le ragioni di un diritto ineguale e le peculiarità del rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche*, in *Dir. amm.*: 115 sgg.
- Cerbo P. 2007, *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione*, Cedam, Padova.
- Cerulli Irelli V. 2003, *Note critiche in tema di attività amministrativa di diritto privato*, in *Dir. amm.*: 270 sgg.
- Corpaci A. 1985, *Riparto della giurisdizione e tutela del lavoro nella pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano.
- D'Antona M. 1999, *Contratto collettivo, sindacati e processo del lavoro dopo la “seconda privatizzazione” del pubblico impiego*, in *Foro it.*, I: 628 sgg.
- D'Orta C. 2000, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, commentario diretto da F. Carinci, M. D'Antona (II ed.), Milano, I: 89 sgg.
- 2011, *L'organizzazione delle p.a. dal diritto pubblico al diritto privato: il fallimento di una riforma*, in *Lav. p.a.*: 391 sgg.
- Giannini M.S. 1970, *Impiego pubblico (teoria e storia)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano: 291 sgg.
- Liso F. 2000, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, commentario diretto da F. Carinci, M. D'Antona (II ed.), 2000, I: 177 sgg.
- Lolli A. 2000, *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico*, Giuffrè, Milano.
- Mazzù C. 2014, *La logica inclusiva dell'interesse legittimo nel rapporto tra autonomia e sussidiarietà*, Giappichelli, Torino.
- Nigro M. 1966, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano.
- Orsi Battaglini A. 1993, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto di impiego con enti pubblici*, in *Riv. dir. lav. rel. ind.*: 470 sgg.
- Orsi Battaglini A., Corpaci A. 1999, *Commento all'art. 4 commi 1 e 3*, in Corpaci, Rusciano, Zoppoli (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *Nuove leggi civ. comm.*: 1096 sgg.

- Papania R. 2015, *La disciplina degli atti di organizzazione nel rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Pileggi A. 2004, *Efficienza della pubblica amministrazione e diritto del lavoro*, Aracne, Roma.
- Pioggia A. 2004, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Rusciano M. 1978, *L'impiego pubblico in Italia*, il Mulino, Bologna.
- 2008, *Organizzazione pubblica e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. pubbl.*: 60 sgg.
- Saitta F. 2008, *Organizzazione e dirigenza dei pubblici uffici*, in *Lav. p.a.*: 737 sgg.
- 2011, *La "riforma Brunetta" e gli insegnamenti di Luhmann nell'originale rilettura di Fabrizio Fracchia*, in *Lav. p.a.*: 796 sgg.
- Saitta N. 1965, *Premesse per uno studio delle norme di organizzazione*, Giuffrè, Milano.
- Sciullo G. 2013, *L'organizzazione amministrativa*, Giappichelli, Torino.
- Sordi P. 2005, *Atti negoziali, procedimenti amministrativi e contratti collettivi nelle controversie di lavoro pubblico*, in *Lav. p.a.*: 29 sgg.
- 2009, *La giurisprudenza costituzionale sullo spoils system e gli incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. dir. lav.*: 82 sgg.
- Tenore V., Apicella E.A. 1999, *Corte di Cassazione e Consiglio di Stato in contrasto sulla natura attizia o contrattuale delle determinazioni datoriali nel rapporto di pubblico impiego*, in *Foro amm.*: 2160 sgg.
- Vallebona A. 2000, *Provvedimenti del giudice ed esecuzione nelle controversie di lavoro pubblico*, in *Arg. dir. lav.*: 216 sgg.
- Zoli C. 1988, *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, Giuffrè, Milano.

L'EFFETTO UNIFICANTE DELLE RELAZIONI SINDACALI SULL'EVOLUZIONE ORGANIZZATIVA DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

Gregorio De Vinci

SOMMARIO – 1. Premessa. 2. Profili storici del pubblico impiego. 3. Le dinamiche evolutive dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche. 4. La negoziabilità del potere organizzativo. 5. Il ruolo dei sindacati. 6. Il *revirement* del 2009. 7. Conclusioni.

1. Premessa

Il presente contributo vuole prendere le mosse da un autorevole pensiero (Giannini, 1970): «Se si leggono uno dopo l'altro due giuristi che abbiano scritto su questa materia, l'uno della seconda parte dello scorso secolo, l'altro odierno, si constata immediatamente la diversa angolazione in cui essi si pongono: per il giurista dello scorso secolo il problema centrale era di intendere come un “dipendente” potesse essere strumento materiale per l'esercizio delle potestà pubbliche; per il giurista di questo secolo il problema centrale è quello dello stato giuridico del dipendente pubblico. La diversa angolazione ha una profonda ragione d'essere, perché è con lo scorso secolo che l'impiego pubblico nasce come istituto giuridico [...]: i giuristi dello scorso secolo lo avvertirono ma non ne ebbero compiuta consapevolezza».

Su un piano più attuale, il percorso argomentativo vertente sul ruolo assunto dalle relazioni sindacali rispetto all'evoluzione organizzativa della pubblica amministrazione italiana, pur nella brevità della trattazione e con le difficoltà derivanti dal dover abbracciare un arco temporale dispiegato a cavallo di ben tre secoli, non può, tuttavia, prescindere dalle recenti riforme del lavoro pubblico, malcelanti una ‘reazione’ a tale fenomeno ben individuato e frutto di innumerevoli studi e pronunce giurisprudenziali.

Il riferimento è, da ultimo, al d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150¹, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni (tra i primi commenti, cfr. Carinci, 2008: 949), che reca, tra l'altro, una specifica disciplina innovatrice in materia di contrattazione collettiva e poteri del datore di lavoro nell'ottica di avvicinare la disciplina del pubblico impiego a quella del lavoro privato.

Tale riforma e, più in generale, l'atteggiamento complessivo degli ultimi Governi denotano la volontà di circoscrivere il ruolo dei sindacati nel percorso

di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, riconoscendo, in maniera tutt'altro che implicita, come tale ruolo fino a questo momento sia stato effettivamente svolto, seppur a fasi e con esiti alterni (fa riferimento alla figura del 'pendolo' D'Orta, 2011: 391 sgg.).

Si deve, infatti, considerare che l'affermazione della 'burocrazia' (da intendersi quale 'potere degli uffici' e non nel senso negativo e limitante attribuito oggi al termine dalla società civile) e la successiva sindacalizzazione, che ha connotato l'ordinamento del pubblico impiego a partire dagli anni Sessanta del Novecento, hanno rappresentato un fattore di coesione e innovazione, influenzando fortemente il processo di unificazione amministrativa del Paese, attraverso l'omogeneizzazione dei modelli relazionali e dei livelli retributivi.

Nella continua tensione tra necessità di rinnovamento e resistenza al cambiamento, le organizzazioni sindacali, attraverso le politiche di contrattazione e concertazione, hanno di fatto accompagnato il passaggio da una burocrazia fortemente conservatrice e gerarchizzata a una funzionalizzazione delle strutture organizzative, incidendo in veste ora collaborativa, ora conflittuale, sulla capacità di adeguamento della pubblica amministrazione alle esigenze dei mutati contesti sociali, secondo schemi uniformi su tutto il territorio nazionale.

Il punto di osservazione prescelto si colloca nel mezzo rispetto ad altri studi svolti in occasione del centocinquantenario, relativi ai poteri datoriali nel pubblico impiego (v. E.A. Apicella, *Pubblico impiego: poteri organizzativi e gestionali*, in questo volume) ed al rapporto tra politica e amministrazione (v. R. Caridà, *Il rapporto politica ed amministrazione*, in questo volume), rappresentando un tema che funge da camera di compensazione tra opposte tendenze normative, spesso unilateralmente rappresentate.

È indubbio, d'altra parte, che l'azione sindacale abbia nel tempo modificato la propria portata innovatrice dell'organizzazione amministrativa e delle rivendicazioni dei dipendenti pubblici; e ciò per propria involuzione o, molto più spesso, a causa delle riforme legislative, che ne hanno appunto limitato il ruolo e la forza rappresentativa.

Ad oggi, il dialogo sociale tra istituzioni e sindacati risulta fortemente compromesso perché condizionato dalle manovre di finanza pubblica che risentono della congiuntura economica sfavorevole e dei vincoli imposti all'Italia dall'Unione europea, proiettando così il problema ad un livello sovranazionale.

La Dichiarazione di Roma del 6 ottobre 2014², sottoscritta da tutti i maggiori sindacati europei e rivolta contro le politiche di austerità per richiedere un maggiore coinvolgimento delle parti sociali nelle riforme strutturali, potrebbe prefigurare la prossima concretizzazione di un modello di rappresentatività europea quale primo passo utile per superare il contrasto interno tra

potere politico e burocrazia e per convertire i vincoli finanziari imposti dalla gestione della crisi economica in strumenti di crescita sostenibile e sviluppo.

Tuttavia, i tempi non sono ancora maturi per verificare se sussistano sufficienti margini per l'adozione di una disciplina unitaria, in ambito europeo, delle dinamiche contrattuali del pubblico impiego che possano basarsi su un quadro di principi e regole comuni, nel rispetto delle tradizioni amministrative di ciascun ordinamento.

2. Profili storici del pubblico impiego

L'apparato burocratico 'moderno', con tale formula intendendosi il disegno organizzativo territorialmente articolato degli uffici pubblici (in Europa consolidatosi soltanto nel corso dell'Ottocento), ha percorso un itinerario evolutivo assai complesso, in quanto strettamente correlato allo svolgimento della storia politico-amministrativa di ciascun ordinamento.

I primi anni dell'unità, difatti, si rivelarono molto intensi e la legislazione di unificazione del 1865 proseguì, nel solco delle riforme avviate in precedenza, secondo tre direttrici principali: la realizzazione del nucleo centrale dell'amministrazione dello Stato; la compressione delle autonomie con l'edificazione di un capillare apparato periferico; la costruzione di una burocrazia nazionale (Calandra, 1978: 109).

Le caratteristiche della burocrazia italiana negli anni immediatamente successivi all'unificazione sono state tratteggiate con dovizia di particolari nei tanti studi dedicati al tema (tra tutti, Melis, 1996: 75 sgg.). Circa cinquantamila unità erano i dipendenti iscritti nei ruoli organici, su una popolazione complessiva di poco più di venticinque milioni di abitanti: una cifra, questa, inferiore alla somma degli impiegati dei vecchi Stati preunitari e ancor di più a quella dei dipendenti degli altri Stati europei (Cassese, 1984: 7). Tuttavia, mancava un centro già costituito ed operante, che fungesse da prerequisito per la nascita e il consolidamento della burocrazia nazionale, e, soprattutto, non era ancora impostato un percorso unitario a legittimazione popolare che generasse, a sua volta, una cultura amministrativa forte, tant'è che «né il Parlamento, né la Corona, né tanto meno il Governo potevano costituire per la burocrazia un saldo punto di riferimento» (Cassese, Melis, 1990: 333 sgg.).

Nell'Italia dei primi anni dopo l'unificazione, il rapporto d'impiego pubblico veniva concepito come un rapporto di diritto privato con caratteri di specialità, salvo poi evolversi verso modelli giuridici marcatamente diversi dai rapporti di lavoro di diritto comune. Ciò fu storicamente il portato di interventi legislativi, volti a garantire l'imparzialità dei funzionari (come la disciplina del concorso e degli avanzamenti di carriera) e a consentire un controllo generalizzato degli apparati politici sull'operato dell'amministrazione (Sandulli, Vesperini, 2011: 74).

Le prime forme di impiego pubblico presentavano tre caratteristiche fondamentali.

La prima, destinata a permanere a lungo, era quella della frammentarietà: alle poche disposizioni generali si affiancavano una pluralità di regolamenti ministeriali, che definivano regimi differenziati e, tra essi, disorganici.

La seconda caratteristica, di tipo funzionale, si sostanziava nei fini perseguiti, legati più al perseguimento dell'uniformità della disciplina e al contenimento della spesa, che alla protezione del dipendente pubblico, affermatasi, in modo progressivo, solo sul finire dell'Ottocento. Le ragioni della scarsa sensibilità, in questo primo periodo, verso le esigenze di tutela delle relative posizioni giuridiche sono state ampiamente discusse dalla dottrina ed è sufficiente farvi, quindi, un rapido cenno. La tesi largamente maggioritaria (ricostruzioni diverse sono ascrivibili a Colacito, 1970: 305; Giriodi, 1900: 227 sgg.) ne identifica la causa principale nella stretta contiguità tra la politica e l'amministrazione, aggravata, a sua volta, da una scarsa mobilità sociale e culturale (Cassese, 1977: 69 sgg.). Ne derivava, ulteriormente, una maggiore attenzione prestata ai profili esterni del rapporto di ufficio e ai problemi della distribuzione dei poteri amministrativi tra i diversi organi, centrali e periferici, rispetto alla rilevanza meramente interna che rivestivano le vicende discendenti dal rapporto di servizio (Battini, 2000: 11). Il rapporto tra il governo e i propri impiegati era, pertanto, considerato una relazione di natura non giuridica, ma politica (Battini, 2000: 351), e le poche norme in materia erano ritenute idonee a radicare posizioni soggettive azionabili dinanzi al giudice solo allorquando riconoscevano espressamente al dipendente pubblico la titolarità di diritti soggettivi (Papania, 2015: 9).

A rendere più complesso il quadro delle relazioni era la terza ed ultima caratteristica dell'impiego pubblico del tempo, in cui si registrava una netta differenziazione tra il rapporto di lavoro alle dipendenze dello Stato e quello con gli enti locali, che, per certi versi, sussiste ancora oggi.

Nella fase di passaggio tra i due secoli, attraverso un percorso di graduale assimilazione alla normativa pubblicistica, gli uffici assunsero, sul piano organizzativo, una rilevanza autonoma dall'apparato politico e alle loro manifestazioni di volontà si riconobbe una forza 'esorbitante' rispetto al diritto comune (Nigro, 2002: 25). La disciplina dei contenuti del rapporto impiegatizio si sovrappose a quella dell'organizzazione e alle scelte tecniche di distribuzione del lavoro si attribuì un'autonoma considerazione giuridica, anche in relazione alla tutela della legalità amministrativa, con il contestuale allontanamento dal diritto dei privati e l'assorbimento della dimensione organizzativa nelle maglie del diritto pubblico (Rusciano, 1978: 313).

A partire dalla seconda metà del Novecento, ebbe, invece, inizio una lenta e progressiva convergenza tra lavoro pubblico e privato. Una prima spinta di av-

vicinamento fu originata proprio dalle iniziative sindacali, che consentirono di sommare l'uno, il lavoro pubblico, recante in dote il diritto di sciopero, l'indennità di fine rapporto, la retribuzione del lavoro straordinario e i primi accordi collettivi trasfusi in leggi o regolamenti, con i vantaggi dell'altro, il lavoro privato, caratterizzato dal trattamento di quiescenza, dal sistema delle qualifiche, dalla condizione di stabilità e conseguente restrizione del potere del datore di lavoro di risoluzione del rapporto³.

3. *Le dinamiche evolutive dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche*

È osservazione largamente condivisa che la scelta del tipo di regime giuridico, pubblico o privato, del potere di organizzazione delle pubbliche amministrazioni è un dato essenzialmente storico (Nigro, 1966: 13 sgg.).

In Italia, semplificando al massimo, possiamo registrare, per quanto concerne il potere di organizzazione nel lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, alcune grandi fasi storico-legislative.

La prima fase, dall'Unità alla fine del secolo, è caratterizzata dal diffuso ricorso a strumenti del diritto comune. Il rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche è, infatti, qualificato come *locatio operarum* di diritto civile, sia pure con alcune specialità concernenti le procedure di reclutamento, le dotazioni organiche e il particolare regime pensionistico.

Negli ultimi due decenni del diciannovesimo secolo e nel primo decennio del Novecento si verifica, però, un profondo cambiamento (seconda fase). L'effetto è stato la prepotente affermazione di un regime integralmente pubblicistico dell'organizzazione e del lavoro nelle amministrazioni pubbliche che resiste fino a quando, prima informalmente e poi in modo positivizzato con la legge quadro sul pubblico impiego⁴, ha fatto la sua comparsa nell'organizzazione pubblica la logica della contrattazione collettiva con i sindacati dei dipendenti.

La terza fase si ha con la 'privatizzazione' del pubblico impiego, che ha conosciuto diverse stagioni riformatrici. In un primo momento (1993-1997), il legislatore ha delineato una netta distinzione tra organizzazione amministrativa strettamente intesa, da un lato, e regolazione e gestione dei rapporti di lavoro del personale, dall'altro: l'organizzazione è rimasta in regime di diritto pubblico, continuando ad essere regolata mediante atti del potere autoritativo (leggi, altri atti normativi, atti amministrativi), e il relativo potere rimesso all'unilaterale volontà delle amministrazioni, fatta salva la previsione di forme diverse di partecipazione sindacale, quali l'informativa o l'esame congiunto.

Con la seconda stagione della riforma, introdotta nel 1997-1998, il legislatore, prendendo atto dell'intreccio, talvolta inestricabile, tra strutturazione degli apparati e gestione dei rapporti di lavoro, ha intensificato l'introduzione di

modelli privatistici nell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni. Il dato normativo di riferimento è la legge delega n. 59/1997⁵, che ha spostato il confine tra regime pubblicistico e privatistico degli atti di organizzazione, separando il territorio dell'alta organizzazione (o macro-organizzazione), rimasta nell'alveo del diritto pubblico, dal territorio 'privatizzato', comprendente sia la bassa organizzazione (o micro-organizzazione), sia la minuta regolazione dei rapporti di lavoro (vedi, tra gli altri, Carinci, 2004; Fiorillo, 2011: 118; Cresti, 2006; Sgroi, 2006: 31 sgg.). Peraltro, gli aspetti organizzativi assoggettati alla disciplina pubblicistica potevano essere integrati ed ampliati dagli ordinamenti delle singole amministrazioni, previa verifica degli effettivi fabbisogni e consultazione dei sindacati di categoria, la cui partecipazione ai mutamenti organizzativi è stata qualificata da certa dottrina come attività di natura privatistica (D'Orta, 2011: 401 sgg.), in quanto espressione della piena autonomia negoziale delle parti coinvolte (cfr. anche D'Alessio, 1999).

4. La negoziabilità del potere organizzativo

Dopo aver delineato l'evoluzione nel tempo del potere organizzativo in capo alla pubblica amministrazione, è utile verificare in quale misura tale potere corrisponda a quello del privato datore di lavoro e quanto esso sia, invece, assoggettato ad una disciplina peculiare.

Un fattore di specificità risiede nel cosiddetto 'vincolo di scopo', ossia nella finalizzazione del potere organizzativo ad uno scopo predeterminato, considerato che il legislatore, pur avendo privatizzato i rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni, ha dovuto, comunque, tener conto dei fini pubblici ad esso sottesi, nel rispetto dei principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. (D'Antona, 1997: 42).

L'osservanza del vincolo di scopo viene assicurata dall'ordinamento attraverso strumenti giuridici diversi (cfr. l'analisi di Cerbo, 2007: 247 sgg.), tra i quali rientrano i meccanismi di indirizzo e controllo sulla contrattazione collettiva, soprattutto sotto il profilo della spesa, nonché le specifiche regole procedurali riguardanti le diverse forme di partecipazione sindacale. Tra esse, la più importante è, chiaramente, la contrattazione. Essa è, di fatto, intervenuta nel tempo su un'area molto più ampia rispetto a quella di sua competenza, investendo via via i temi della gestione del personale e dell'organizzazione del lavoro e degli uffici. Questo esondamento è stato arginato dal d.lgs. n. 150/2009, a seguito del quale non sono più previste materie riservate esclusivamente alla contrattazione tra amministrazione-datore di lavoro e controparte sindacale, con la sola eccezione degli aspetti legati al trattamento economico. Sono state, infatti, riattribuite all'esclusivo potere unilaterale dell'amministrazione molte materie ogget-

to, nel decennio precedente, di negoziazioni formali e informali, e su tante altre l'intervento negoziale è stato espressamente limitato.

Se la contrattazione collettiva è la più intensa tra le forme di relazione con le organizzazioni sindacali, essa non è, tuttavia, l'unica, essendo previsti altri strumenti partecipativi, che vanno dalla più tenue 'informazione' fino alla 'concertazione', passando per la 'consultazione'. In via di principio, il d.lgs. n. 165/2001⁶ affida alla contrattazione collettiva nazionale la disciplina dettagliata delle forme di partecipazione sindacale, ossia la previsione delle materie di competenza di ciascuna procedura e delle modalità di svolgimento, sebbene non rinunci, soprattutto nella versione novellata nel 2009, a dettare alcune prescrizioni puntuali (ad esempio, l'art. 33, che stabilisce una particolare procedura di concertazione sindacale in materia di eccedenze di personale e di mobilità collettiva nella pubblica amministrazione).

Tutte questi modelli di relazioni industriali, delineati dalla legge e dai contratti collettivi, hanno costituito per decenni altrettanti vincoli all'esercizio del potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni, ponendo il problema della negoziabilità del potere medesimo. Ci si è chiesti, in altri termini, se le pubbliche amministrazioni possono concludere accordi con i sindacati su materie riconducibili all'esercizio di poteri organizzativi unilaterali. Mentre nel settore del lavoro privato la risposta è pacificamente positiva, rientrando nella piena autonomia del datore di lavoro decidere le modalità di esercizio (unilaterali o partecipate) del proprio potere organizzativo, in ambito pubblico la questione è più complessa e sul punto legislazione e prassi hanno dato risposte differenti nel tempo (vedi Bellavista, 2007: 334 sgg., con ampi riferimenti dottrinari).

Nella prima stagione della 'privatizzazione', cioè fino al 1997, la conclusione di accordi con i sindacati su materie riservate al potere datoriale unilaterale è stata un fenomeno marginale, mentre dal 1998 al 2008 si è fatta prepotentemente largo, con riferimento sia all'organizzazione del lavoro, sia a quella degli uffici, e tanto a livello formale di contrattazione collettiva nazionale e integrativa, quanto in modo informale, attraverso intese di fatto destinate ad essere recepite negli atti unilaterali dell'amministrazione-datore di lavoro. Non a caso, il divieto di contrattazione sulle materie organizzative riservate al potere pubblicistico è scomparso, in un primo tempo, dal testo dell'art. 40 del d.lgs. n. 165/2001, per poi riapparire, con la stagione delle riforme aperta nel 2009, in termini di drastica inversione di tendenza, rispetto all'eccessivo ricorso alla contrattazione della fase precedente.

Si deve ormai tenere in considerazione che ogni invasione dei contratti nelle materie riservate al potere organizzativo pubblicistico è affetta da nullità rilevabile dal giudice ordinario su azione della parte interessata, in quanto se la norma contrattuale risulta in contrasto con una disciplina in tema di spesa do-

vrà essere disapplicata e sostituita automaticamente con la norma illecitamente violata⁷. Ciò significa che eventuali intese influenti sugli aspetti organizzativi dovrebbero avere un valore limitato al piano della politica sindacale, senza produrre ulteriori effetti giuridici, fatte salve diverse e discrezionali decisioni delle amministrazioni interessate.

La ragione principale di tali interventi restrittivi degli spazi riservati alla contrattazione è dovuta, tra l'altro, alla presa di coscienza della mancanza, nelle pubbliche amministrazioni, di un vero e proprio 'datore di lavoro', assimilabile all'imprenditore privato. Nonostante il potere datoriale di gestire il rapporto di lavoro sia oggi basato sul contratto e non più sulla 'supremazia speciale' dell'amministrazione, e il giudice del rapporto di lavoro sia, in via esclusiva, quello ordinario dei diritti soggettivi, e non più quello amministrativo, tutto ciò, se da un lato ha incrementato l'effettività della tutela giurisdizionale (Saitta, 2010: 886 sgg.), dall'altro, non ha consentito al datore di lavoro pubblico di transitare realmente da una gestione delle risorse umane burocraticizzata ad una di tipo manageriale, più snella e flessibile, accrescendo il ruolo dei sindacati quali co-decisorie delle prerogative istituzionali, sebbene con esiti ora meramente livellanti del trattamento retributivo, ora realmente propulsori dei processi di cambiamento organizzativo.

5. Il ruolo dei sindacati

La regolamentazione del peso dei sindacati all'interno delle pubbliche amministrazioni costituisce, almeno dagli anni Settanta del secolo passato, uno dei temi più significativi delle agende politiche di settore, con un rilievo crescente nella spinta alla elaborazione di molte leggi di riforma, che hanno visto la luce in quei decenni. In particolare, tra le maggiori organizzazioni sindacali, era diffusa l'idea che anche nel settore pubblico un nuovo ordinamento professionale potesse rappresentare uno strumento chiave di innovazione organizzativa.

La rivendicazione dell'equiparazione tra pubblico e privato e, allo stesso tempo, le polemiche di contrapposizione tra i due settori avevano portato il sindacalismo del pubblico impiego a strumentalizzare il tema della virtuosa e necessaria connessione tra contrattazione collettiva e miglioramento della qualità dei servizi pubblici (Cerase, 1987).

Tale argomentazione rimase una costante nella giustificazione delle rivendicazioni sindacali degli anni successivi e fu recepita anche a livello governativo, dando luogo ad appositi documenti programmatici concordati proprio con le parti sociali (ad esempio, i protocolli sull'impiego pubblico⁸).

In altri termini, si affermò l'idea che la diffusione della contrattazione collettiva e la privatizzazione del rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche

fossero delle pre-condizioni indispensabili di ogni azione di riforma e che le organizzazioni sindacali del pubblico impiego (soprattutto quelle confederali) potessero avere un ruolo da protagonista nei processi di innovazione amministrativa.

Sicuramente, la contrattazione è stata uno dei viatici senza il quale non si sarebbe realizzata la privatizzazione del lavoro pubblico, benché il metodo contrattuale non è stato l'unico strumento attraverso il quale il sindacato ha costruito il proprio potere negoziale, basandosi piuttosto sulle capacità di pressione e di mediazione a livello nazionale, anziché sulla esperienza contrattuale a livello decentrato, come avvenuto nell'industria e nei servizi privati. E così le prerogative manageriali, di cui la privatizzazione ha cercato di stimolare il rafforzamento, sono state indebolite dall'invasione della politica e dalla scelta di sottoporre ai vari tavoli sindacali decisioni strategiche riguardanti l'organizzazione dei servizi, le procedure di valutazione, la composizione degli organici e la formazione dei dipendenti.

La formula che ha reso possibile tale fenomeno è la distinzione tra procedure contrattuali e procedure di partecipazione, con quest'ultime che ancor più delle prime hanno consentito al sindacato di intervenire sui contenuti oggetto di mera informativa per trasformarli in temi di concertazione e, in molti casi, in veri e propri accordi formali (Dell'Aringa, Della Rocca, 2007), con la firma di documenti riguardanti materie, che avrebbero dovuto essere riservate alla potestà decisionale unilaterale dell'amministrazione. Tuttavia, il duplice e ambizioso obiettivo di consentire la più ampia partecipazione dei lavoratori ai processi di riorganizzazione e, al contempo, di valorizzare le professionalità esistenti, ha comportato, d'altra parte, un rallentamento e, in alcuni contesti più problematici, un vero e proprio depotenziamento dei processi di cambiamento.

Infatti, non può tacersi in ordine al comportamento dello stesso sindacato, che, pur dichiarandosi promotore, attraverso le istanze di riforma, di una strategia volta a perseguire una maggiore efficienza e il miglioramento della qualità delle prestazioni nel settore pubblico, ha, sovente, privilegiato una politica di mero posizionamento e di appiattimento salariale.

In altre parole, le riforme del lavoro pubblico proposte fino al 2009 non hanno mirato a modificare, in modo significativo, un sistema di relazioni istituzionali spesso basato su una sostanziale connivenza, ai diversi livelli organizzativi, tra i diversi attori politici, burocratici e sindacali, piuttosto che su una dialettica tra interessi diversi, che trovano nella negoziazione una sintesi di fondo.

Nel sistema attuale, il confronto è ormai incentrato più sul piano 'politico' che su quello contrattuale e avviene, di fatto, mediante uno scambio tra benefici (economici, simbolici, di rendita ecc.) e consenso, piuttosto che tra benefici e prestazioni, derivandone che, fino ai tempi recenti, nessuno dei sopra men-

zionati attori (politica, dirigenza, sindacati e lavoratori) ha avuto la convenienza e la forza di modificare questo assetto relazionale.

In merito al ruolo specifico dei sindacati nel cambiamento delle strutture amministrative va tenuto presente che una contrattazione informale sui vari aspetti del rapporto di lavoro risale al periodo dell'immediato dopoguerra, con l'esplicito riconoscimento, intorno agli anni Sessanta, del ruolo indispensabile, ma diversamente vincolante della contrattazione con le organizzazioni sindacali in alcuni istituti di carattere economico. Prima di quegli anni, era in dubbio la stessa ammissibilità di qualunque tipo di contrattazione collettiva che potesse avvicinarsi a quella attuata nel privato, per cui l'azione sindacale trovava vincoli culturali e istituzionali basati sull'assunto che «il rapporto di lavoro pubblico è per sua intima essenza un rapporto autoritario, al quale è estranea l'idea contrattuale, essendo prevalente la posizione giuridica del soggetto pubblico» (Rusciano, 1977: 400).

Anche la mancata o tardiva applicazione degli accordi sindacali nel pubblico impiego era dovuta a molteplici fattori, come la non pacifica ripartizione di competenze sul punto tra Parlamento e Governo, l'assenza di una contrattazione decentrata e il mai chiarito rapporto tra sindacati confederali e autonomi.

Successivamente, per consentire uno sviluppo ulteriore delle relazioni sindacali e responsabilizzare la controparte pubblica, si propose la costituzione di un sindacato, che si occupasse esclusivamente della funzione pubblica, raggruppando i diversi comparti, e scardinasse i fattori di resistenza al cambiamento nonché la perenne contraddizione tra funzione collaborativa e funzione conflittuale del sindacato, per favorire la perequazione dei trattamenti intersettoriali e l'omogeneità organizzativa all'interno di ciascun settore (Stato, parastato, sanità, ferrovie ecc.).

Sicuramente, il riavvicinamento del modello di rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni a quello del settore privato, ha prodotto, altresì, l'effetto di un mutamento sociologico e culturale: il cambiamento della mentalità dei dipendenti, il confronto tra sindacati e pubblici poteri spinto ben oltre le note rivendicazioni sullo *status* giuridico-economico e il consolidamento di istituti fondamentali quali le qualifiche funzionali e i livelli retributivi, sono concetti andati via via affermandosi in tutto il pubblico impiego, con l'interposizione dei sindacati dei dipendenti che ne hanno, appunto, agevolato il consolidamento (Sylos Labini, 1988: 48).

Le burocrazie possono essere, infatti, viste come organizzazioni particolari, che, da un lato, dispongono di poteri riflessi di natura politica e, dall'altro, devono risolvere problemi produttivi analoghi a quelli delle organizzazioni economiche (Carlassare, 1974), dovendo misurare e controllare la quantità e la qualità di utile sociale erogato. Tuttavia, le difficoltà oggettive di modificare i propri as-

setti interni e le proprie procedure, anche quando si rivelano inadeguati ai predetti scopi, condizionano i percorsi istituzionali di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, che finiscono per non tenere il passo in situazioni analoghe con le imprese private (Cerese, Mignella Calvosa, 1978: 41).

Possiamo spingerci ad affermare che neppure le rapide innovazioni tecnologiche e il diffuso processo di modernizzazione che ha coinvolto, nel secondo dopoguerra, tutti i settori della pubblica amministrazione hanno dato un impulso al cambiamento organizzativo pari a quello offerto dalle organizzazioni sindacali con la politica di contrattazione.

Di certo, l'introduzione di elementi di conflittualità nel lavoro pubblico ha favorito una presa di coscienza di una cultura nazionale di amministrazione, comportando l'emancipazione, seppur parziale, del corpo funzionariale dal potere politico e il sorgere di uno spirito di 'classe', nonostante l'alta burocrazia abbia continuato ad esercitare una spiccata funzione conservatrice, con la giustificazione di dover bilanciare la diversità di intenti di cui sono rispettivamente portatori la politica e i lavoratori.

Dal canto suo, il sindacato si è dimostrato spesso incerto nella sua azione, rimanendo ancorato a concezioni di stampo gerarchico-economico (Accornero, Visco, 1978) e utilizzando meccanismi difensivi ostruzionistici, che hanno finito per appesantire, piuttosto che snellire, le strutture organizzative.

Il legislatore, invece, nella ultraventennale stagione della 'privatizzazione', ha tenuto un atteggiamento altalenante, talvolta essendo più sensibile a salvaguardare gli spazi unilaterali di disciplina e organizzazione, tal altra dimostrandosi più aperto alla richiesta sindacale di intensificare le forme di partecipazione e di ampliare gli ambiti di co-decisione. A questa lettura non si sottrae nemmeno il d.lgs. n. 150/2009, che ha senz'altro come aspetto qualificante la ridefinizione dei confini tra legge e contrattazione collettiva, con la conseguente riaffermazione del potere organizzativo unilaterale delle amministrazioni e il forte ridimensionamento del ruolo del sindacato. Proprio la drastica intensità di questa ridefinizione dei ruoli può far preconizzare la temporaneità di questo nuovo assetto. Il sindacato esprime, infatti, una forza tenace, con una continuità di linea e una costanza di pressione ontologicamente ignote a istituzioni, come Governo e Parlamento, soggette, invece, nel nostro ordinamento alla regola ferrea dell'alternanza politica.

6. *Il revirement del 2009*

Preceduta da alcune anticipazioni inserite nel d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (convertito dalla legge n. 133/2008), in tema di finanza pubblica, la penultima riforma più consistente sul lavoro nella pubblica amministrazione è stata avvia-

ta con la legge delega 4 marzo 2009, n. 15, che peraltro reca anche alcune disposizioni direttamente precettive, i cui principi sono stati attuati con il già citato d.lgs. n. 150/2009.

L'obiettivo di fondo delle nuove disposizioni appare duplice.

Da un lato, si cerca di reagire alla tendenza espansiva della contrattazione collettiva, che ha progressivamente invaso, a livello sia nazionale, sia decentrato, i territori dell'organizzazione degli uffici e dei servizi, ma anche, più in generale, tutti quegli aspetti afferenti in qualche modo alla gestione delle risorse umane (dagli incarichi alle responsabilità, dalla disciplina della valutazione alle progressioni ed alla formazione ecc.) (cfr. principalmente Zoppoli, 2008: 24 sgg.). Infatti, non solo la contrattazione collettiva viene respinta fuori da ambiti considerati prerogativa datoriale, ma questa esclusione è inderogabile: nelle pubbliche amministrazioni, a differenza di quanto avviene nel settore privato, il datore di lavoro non può decidere di negoziare con i sindacati su materie rientranti nel proprio potere gestionale unilaterale.

Dall'altro lato, si è cercato di spingere con decisione i dirigenti pubblici ad esercitare fino in fondo il proprio ruolo di protagonisti delle scelte organizzative, rispetto alle quali essi devono assumersi ogni responsabilità, anche con riguardo ai risultati raggiunti dai propri dipendenti (Torchia, 2013: 158).

E vi è ancora dell'altro nella riforma del 2009. Pur quando si muove nel proprio ambito, la contrattazione collettiva è ora fortemente condizionata da tre ordini di fattori:

a) anche negli spazi ad essa riservati dal novellato art. 40 del d.lgs. n. 165/2001, la contrattazione collettiva risulta, seppur parzialmente, vincolata nei contenuti dal legislatore, che ne detta regole e limiti (sull'autonomia collettiva nel settore pubblico e i suoi limiti, vedi Apicella, 2012: 179 sgg.). Per esempio, nel disciplinare la materia delle relazioni sindacali, i contratti collettivi non potranno comunque prevedere nelle materie riservate al potere unilaterale del datore di lavoro forme di partecipazione diverse dall'unica consentita dal legislatore (l'informazione);

b) viene capovolto il meccanismo di coordinamento tra legge e contrattazione. Dal 1998 ad oggi, in materia dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni, eventuali casi di conflitto tra legge e successiva contrattazione collettiva di comparto si risolvevano a favore della previsione contrattuale: il contratto collettivo successivo poteva derogare alla norma di legge, salvo espresso divieto di quest'ultima. Dopo tale intervento del legislatore accade il contrario: il contratto collettivo, pur successivo, non potrà derogare alla preesistente norma di legge, a meno che non sia proprio quest'ultima a consentirlo (Simeoli, 2009: 795);

c) infine, sia per la contrattazione collettiva nazionale, sia per quella decentrata integrativa, vengono introdotti meccanismi che consentono all'ammini-

strazione datore di lavoro, dopo la scadenza del contratto collettivo e decorso inutilmente il termine ordinario per rinnovarlo o rinegoziarlo, di adottare interventi unilaterali sostitutivi, anche in materia di trattamenti economici fondamentali e accessori (sul nuovo assetto normativo delle relazioni sindacali, cfr. Carinci, 2011: XIX sgg.).

Emerge, pertanto, un profondo cambiamento nella struttura del potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni, che da forme di esercizio prevalentemente 'negoziali' e condivise passa a modalità decisionali spiccatamente 'unilaterali' e autoritative.

A ciò si aggiungano i controlli sulla contrattazione collettiva, con la reintroduzione del divieto di stipulazione del contratto collettivo nazionale nel caso di certificazione negativa della Corte dei Conti in ordine alla quantificazione e copertura della spesa, e con l'introduzione di più efficaci e sistematici controlli, interni ed esterni, sui contratti decentrati integrativi, anche in termini di rispondenza agli obiettivi di performance (cfr. artt. 47 e 40 *bis* del d.lgs. n. 165/2001, come novellato) (Talamo, 2010: 13).

Il quadro si è poi aggravato con la sostanziale paralisi delle procedure negoziali e il blocco degli aumenti retributivi per i dipendenti⁹, imposti proprio a partire dal 2009 a seguito dell'aggravarsi della crisi finanziaria, che hanno ristretto ulteriormente anche gli spazi attuativi rimessi alla contrattazione decentrata integrativa¹⁰. L'attuale assetto delle relazioni sindacali si riverbera gravemente sul profilo organizzativo, tanto da spingere autorevole dottrina ad affermare che «su tutto domina la difficoltà dell'amministrazione pubblica di assumere il ruolo di datore di lavoro. La sudditanza alla politica, dovuta alla precarizzazione, la rende poco idonea a gestire un conflitto con una controparte sindacale con cui i vertici politici hanno interesse ad accordarsi» (Cassese, 2013: 315).

L'assenza di un conflitto di interessi reale con i lavoratori ha reso flebile l'esercizio delle prerogative del datore di lavoro pubblico, il quale, nella sua componente politica, ha ricercato il consenso senza badare agli oneri economici delle scelte imposte alla componente amministrativa, la quale, dal canto suo, a dispetto della tanto invocata autonomia decisionale (Cimino, 2014: 49), è risultata quanto mai permeabile ai condizionamenti ed al 'fuoco incrociato' dei sindacati e della politica.

Anche gli altri organismi pubblici preposti alle diverse funzioni datoriali hanno mancato di esercitare con efficacia le funzioni per la mancanza di una predefinita determinazione di obiettivi e criteri precisi. L'organo tecnico negoziatore (l'ARAN), in particolare, istituito per superare l'assoluta inidoneità della politica ad assumere il ruolo di autentica controparte dei dipendenti, non ha dato buona prova di sé perché le trattative, di fatto, sono state finora gestite dal Governo, svolgendosi con più autentica enfasi solo in sede decentrata integrativa (Battini, 2009: 476).

Lo stesso modello prefigurato dalla riforma del 2009 si presenta, quindi, intrinsecamente contraddittorio, nella pretesa di tenere insieme due spinte opposte che, da un lato, mirano alla valorizzazione dell'autonomia decisionale dei dirigenti nei confronti delle organizzazioni sindacali e, dall'altro, prevedono un sistema di controlli esterni e di limiti interni all'esercizio delle stesse competenze organizzative e gestionali, provocando una divaricazione regolativa tra lavoro pubblico e privato, accresciuta dal contrasto fra la tensione verso una maggiore efficienza e la contestuale compressione della capacità di investimento e di spesa imposta alle pubbliche amministrazioni dalle politiche di austerità dell'Unione europea (Carinci, 2014: 1030).

7. Conclusioni

Alla luce della ricostruzione appena effettuata, la presente riflessione può giungere a delle brevi, seppur parziali, conclusioni: la fase di stallo in cui è tenuta la contrattazione e l'attuale metodo di condurre le relazioni sindacali per far fronte alla pressante crisi economica, non consentono, infatti, una compiuta valutazione del reale impatto delle innovazioni appena accennate. A ciò si deve aggiungere, quale ulteriore fattore di complicazione, l'incipiente riforma che scaturirà dall'attuazione della legge delega n. 124/2015¹¹, che punta, tra l'altro, ad una generale riorganizzazione, sotto molteplici profili, delle amministrazioni pubbliche (Ferrara, 2015).

Ed allora, bisogna fare ricchezza del passato e ricavare dalla sua analisi un dato incontrovertibile che si possa proiettare in uno spazio temporale degno di nota: le organizzazioni sindacali, nelle loro relazioni con gli apparati amministrativi e la politica, hanno influenzato le dinamiche organizzative del lavoro pubblico, contribuendo in maniera decisiva a dettare tempi e modi delle azioni di riforma ed anticipando, in diverse occasioni, gli esiti delle stesse, una volta istituzionalizzato lo strumento della contrattazione (Cella, 1999: 63 sgg.).

L'azione sindacale si è espressa, in ogni tempo, senza particolari formalismi o il ricorso a determinati tipi negoziali, sviluppando forme di partecipazione e istituti di confronto atipici in grado di condizionare le decisioni pubbliche, addirittura travalicando la naturale 'separatezza' tra le controparti contrattuali e la tendenza al conflitto che in essa dovrebbe essere insita (Pepe, 1996). Infatti, quando il rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti è stato regolato esclusivamente da norme di legge di stampo pubblicistico, le relazioni sindacali si sono trasformate in una costante azione di lobbismo esercitata nei confronti dei partiti politici e degli altri interlocutori istituzionali.

Eppure, in una Italia appena appena unita, il profilo ulteriore della unificazione amministrativa non poteva che avere come protagonisti anche i dipenden-

ti pubblici, complessivamente intesi, sparsi su territori ancora economicamente e culturalmente distanti, ma che rappresentavano, con le loro istanze ed il loro *status*, un fattore di omogeneizzazione, con ricadute evidenti sul piano sociale. E quando gli stessi dipendenti pubblici hanno fatto ricorso alla rappresentatività sindacale per far fronte alle proprie rivendicazioni, i fattori di unificazione, seppur tendenti in determinati periodi al mero livellamento, si sono moltiplicati, in virtù delle relazioni instaurate con la parte politica, al pari di quanto avvenuto per il sistema di relazioni industriali del settore privato.

La precipua finalità delle organizzazioni sindacali di garantire eguali diritti a tutti i lavoratori e conciliare con la tutela di tali situazioni giuridiche soggettive le diverse fasi di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, necessarie per adeguare la macchina amministrativa allo sviluppo tecnologico, alle congiunture economiche, alle problematiche sociali o, più semplicemente, alle contingenti ideologie politiche, ha determinato di fatto un ampliamento del peso del sindacato, influenzando le anzidette scelte organizzative. E ciò è avvenuto sia a livello centrale, in cui il sindacato si è mosso, come accennato, secondo modalità lobbistiche ogniqualvolta si sono dovute stabilire le linee guida delle riforme legislative e le sorti di interi comparti lavorativi, sia a livello decentrato, in cui, presso ciascuna realtà amministrativa, tali organizzazioni hanno portato avanti rivendicazioni così pervasive da riuscire a traslare sul piano contrattuale decisioni di stretta competenza dei poteri locali (sindaci, rappresentanti di enti pubblici o di società pubbliche ecc.). Ciò non significa che vi sia stato uno scontro effettivo o un costante clima di lotta tra sindacati e decisore pubblico, risolvendosi il tutto in un gioco delle parti, il più delle volte solo apparente e caratterizzato da una malcelata contiguità nel perseguimento dell'obiettivo comune costituito dalla ricerca, anche se a diverso titolo, del 'consenso', al quale entrambi i soggetti sono finalisticamente orientati.

Tuttavia, all'accrescersi del peso decisionale riconosciuto ai sindacati si è accompagnato il rischio, poi concretizzatosi, di un aumento eccessivo della spesa pubblica. Da qui l'esigenza di enucleare dei vincoli alla contrattazione, richiamando, in particolare, all'osservanza di alcuni principi: quello di legalità, da intendersi come divieto di stipulare contratti collettivi contrastanti con le disposizioni di legge in materia; quello della copertura del bilancio per gli impegni contrattuali; infine, il principio della regolarità e continuità nell'erogazione dei servizi pubblici, impedendo, di fatto, alle rivendicazioni di categoria di arrecare pregiudizi alla collettività.

Proprio la necessità di controllare la spesa e le strategie di revisione e contenimento della stessa imposte dall'Unione europea per gestire l'attuale crisi economica hanno determinato il contegno degli ultimi Governi che si sono succeduti, delimitando la portata della contrattazione collettiva e diradando le occa-

sioni di reale confronto con le organizzazioni dei dipendenti pubblici. E proprio questi ultimi, che ormai costituiscono un corpo unitario e come tali sono percepiti anche dall'opinione pubblica, hanno dovuto sopportare una parte importante delle conseguenze delle politiche di austerità, attraverso la mancata crescita delle retribuzioni, il congelamento delle procedure di contrattazione e il blocco delle progressioni di carriera.

Sul punto è intervenuta, di recente, anche la Corte costituzionale, la quale, chiamata a pronunciarsi sul mancato rinnovo dei contratti collettivi del settore pubblico, ha affermato l'illegittimità costituzionale di tale reiterato protrarsi della sospensione delle procedure di contrattazione in quanto altera la dinamica negoziale in un settore in cui il contratto collettivo si atteggia come fonte di regolamentazione imprescindibile, che disciplina il trattamento economico, i diritti e gli obblighi discendenti dal rapporto di lavoro e le stesse relazioni sindacali¹².

La Corte si è spinta ben oltre, ricordando come «il contratto collettivo che disciplina il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni si ispira, proprio per queste peculiari caratteristiche che ne garantiscono l'efficacia soggettiva generalizzata, ai doveri di solidarietà fondati sull'art. 2 Cost.», e, soprattutto, evidenziando che «tali elementi danno conto sia delle molteplici funzioni che, nel lavoro pubblico, la contrattazione collettiva riveste, coinvolgendo una complessa trama di valori costituzionali (artt. 2, 3, 36, 39 e 97 Cost.), in un quadro di tutele che si è visto essere presidiato anche da numerose fonti sovranazionali, sia delle disarmonie e delle criticità, che una protratta sospensione della dinamica negoziale rischia di produrre».

Appare allora evidente che la rispondenza ad un quadro di valori costituzionali così ampio, sancito dallo stesso Giudice delle leggi, debba considerarsi un ulteriore elemento utile per riconoscere al sistema di relazioni sindacali ed ai suoi frutti un potenziale unificante, perlomeno sotto il profilo culturale, nel plasmare nuovi modelli organizzativi e nel tracciare le linee di riforma delle amministrazioni pubbliche.

Ciò che è mancato in questi ultimi anni e non ha consentito al sindacato di realizzare una vera 'svolta storica' (Bronzini, 2009: 970), reagendo alle costrizioni imposte dai governi della crisi, potrebbe essere la mancanza di un 'respiro europeo' delle stesse relazioni sindacali, che stentano a trovare un assetto forte oltre i confini dei singoli Stati membri e non riescono ad elevare le organizzazioni più rappresentative ad interlocutori privilegiati delle istituzioni europee ogni qual volta debbano essere assunte decisioni importanti relative alle politiche economiche e alle riforme strutturali, necessarie per assicurare crescita e sviluppo (Ferrera, 2015).

Note

- ¹ Emanato in attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in G.U. n. 254 del 31 ottobre 2009.
- ² Reperibile all'indirizzo <<http://www.rassegna.it/articoli/2014/10/6/115050/vertice-sindacale-europeo-il-testo-della-dichiarazione-di-roma>> (12/2016).
- ³ Legge 20 maggio 1970, n. 300 (*Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale, nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento*), in G.U. n. 131 del 27 maggio 1970.
- ⁴ Legge 29 marzo 1983, n. 93 (*Legge quadro sul pubblico impiego*), in G.U. n. 93 del 6 aprile 1983.
- ⁵ Legge 15 marzo 1997, n. 59 (*Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle Regioni ed enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa*), in G.U. n. 63 del 17 marzo 1997, Suppl. Ord. n. 56.
- ⁶ Decreto Legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*), in G.U. n. 106 del 9 maggio 2001, Suppl. Ord. n. 112: Art. 9. Partecipazione sindacale: 1. *Fermo restando quanto previsto dall'articolo 5, comma 2, i contratti collettivi nazionali disciplinano le modalità e gli istituti della partecipazione* (articolo così sostituito dall'art. 36 del d.lgs. n. 150 del 2009).
- ⁷ Art. 2, comma 3 *bis*, d.lgs. n. 165/2001, aggiunto dall'art. 33, comma 1, d.lgs. n. 150/2009.
- ⁸ Tale prassi è continuata fino a tempi recenti, basti ricordare, da ultimo, il Protocollo di intesa sul lavoro pubblico del 3 maggio 2012.
- ⁹ Si veda per primo il d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (*Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e competitività economica*) convertito con modificazioni dalla l. 30 luglio 2010, n. 122, in G.U. n. 176 del 30 luglio 2010, Suppl. Ord. n. 174.
- ¹⁰ Si legga anche la circolare del Dipartimento della Funzione pubblica della Presidenza del Consiglio, n. 7 del 13 maggio 2010 (*Contrattazione integrativa. Indirizzi applicativi del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150*), in <<http://www.funzionepubblica.gov.it>>.
- ¹¹ Legge 7 agosto 2015, n. 124 (*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*), in G.U. n. 187 del 13 agosto 2015.
- ¹² Sentenza 23 luglio 2015, n. 178, in G.U., 1^a S.S. n. 30 del 29 luglio 2015.

Riferimenti bibliografici

- Accornero A., Visco V. 1978, *La selva degli stipendi: politica e sindacato nel settore pubblico*, il Mulino, Bologna.
- Apicella E.A. 2012, *Lineamenti del pubblico impiego "privatizzato"*, Giuffrè, Milano.
- Battini S. 2000, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Cedam, Padova.
- 2009, *Un vero datore di lavoro per il settore pubblico: politico o amministrativo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 5: 475-479.
- Bellavista A. 2007, *Lavoro pubblico e contrattazione collettiva*, in *Riv. giur. lav.*, 1: 334 sgg.
- Bronzini G. 2009, *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della Cedu: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 4: 975-983.
- Calandra P. 1978, *Storia dell'amministrazione pubblica in Italia*, Bologna, il Mulino.
- Carinci F. 2004, *Una riforma "conclusa". Fra norma scritta e prassi applicativa*, in F. Carinci, L. Zoppoli (diretto da), *Diritto del lavoro*, vol. V, Utet, Torino.
- 2008, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge n. 15/2009*, in *Lav. nelle p.a.*, 6: 949-993.
- 2011, *Il secondo tempo della riforma Brunetta: il d.lgs. n. 150/2009*, in F. Carinci, S. Mainardi (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico, Commentario al d.lgs. n. 150/2009*, Ipsoa, Milano.
- 2014, *Contrattazione e contratto collettivo*, in G. Proia (a cura di), *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, Cedam, Padova.
- Carlassare L. 1974, *Amministrazione e potere politico*, Cedam, Padova.
- Cassese S. 1977, *Questione amministrativa e questione meridionale. Dimensioni e reclutamento della burocrazia dall'Unità ad oggi*, Giuffrè, Milano.
- 1984, *I grandi periodi della storia amministrativa*, in Id. (a cura di), *L'amministrazione centrale*, Utet, Torino.
- 2013, *Dall'impiego pubblico al lavoro con le pubbliche amministrazioni: la grande illusione?*, in *Giorn. dir. amm.*, 3: 313-317.
- Cassese S., Melis G. 1990, *Lo sviluppo dell'amministrazione italiana (1880-1920)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2: 333-357.
- Cella G.P. 1999, *Il sindacato*, Laterza, Roma-Bari.
- Cerese F.P. 1987, *I riflessi dell'azione sindacale sull'organizzazione amministrativa. I ministeri*, in ISAP, *Le relazioni tra amministrazione e sindacati*, Giuffrè, Milano.
- Cerese F.P., Mignella Calvosa F. 1978, *Le burocrazie dello Stato tra crisi e rinnovamento*, Marsilio, Venezia.
- Cerbo P. 2007, *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nelle pubbliche amministrazioni*, Cedam, Padova.
- Cimino B. 2014, *I profili funzionali: l'indirizzo e la gestione*, in *Venti anni di "politica e amministrazione" in Italia*, IRPA Working Paper - Policy Papers Series n. 1.
- Colacito M. 1970, *Impiego statale*, in *Enc. dir.*, XX, Giuffrè, Milano.

- Cresti M. 2006, *Efficienza e garanzie nell'evoluzione organizzativa statale*, Giuffrè, Milano.
- D'Alessio G. 1999, *La responsabilità dell'amministrazione e dei dirigenti nella gestione dei contratti*, in G.C. De Martin (a cura di), *Il nuovo assetto del lavoro pubblico: bilanci della prima tornata contrattuale, nodi problematici, prospettive*, Atti del Convegno di Roma, 16-17 giugno 1997, FrancoAngeli, Milano.
- D'Antona M. 1997, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle PA*, in *Arg. dir. lav.*: 35-37.
- Dell'Aringa C., Della Rocca G. 2007, *Pubblici dipendenti. Una nuova riforma?*, Rubettino, Soveria Mannelli.
- D'Orta C. 2011, *L'organizzazione della PA dal diritto pubblico al diritto privato: fallimento di una riforma*, in *Lav. nelle p.a.*, 3: 391-467.
- Ferrara A. 2015, *La riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche tra principio di sussidiarietà e principio di efficienza*, in *Federalismi.it*, 20.
- Ferrera M. 2015, *I sindacati in Europa e i pericoli (non visti)*, in <<http://www.secondowelfare.it>>, 17 marzo 2015.
- Fiorillo L. 2011, *Potere di organizzazione*, in L. Fiorillo (a cura di), *Diritto del lavoro. Il lavoro pubblico* (III ed.), vol. III, Giuffrè, Milano.
- Giannini M.S. 1970, *Impiego pubblico, teoria e storia*, in *Enc. dir.*, XX, Giuffrè, Milano.
- Girioldi M. 1900, *I pubblici uffici e la gerarchia amministrativa*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Società editrice libraria, Milano.
- Melis G. 1996, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, il Mulino.
- Nigro M. 1966, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano.
- 2002, *Giustizia amministrativa* (VI ed. a cura di E. Cardi, A. Nigro), il Mulino, Bologna.
- Papania R. 2015, *La disciplina degli atti di organizzazione nel rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Rusciano M. 1977, *L'ordinamento del personale nelle pubbliche amministrazioni*, in CISL (a cura di), *Azione Sindacale e Pubblica Amministrazione*, FrancoAngeli, Milano.
- 1978, *L'impiego pubblico in Italia*, il Mulino, Bologna.
- Saitta F. 2010, *Contratti individuali di lavoro e graduatorie concorsuali alla ricerca di un (solo) giudice: senza la concentrazione delle tutele non può esservi effettività*, in *Dir. proc. amm.*, 3: 886-934.
- Sandulli A., Vesperini G. 2011, *L'organizzazione dello Stato unitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1: 47-95.
- SgROI M. 2006, *Dalla contrattualizzazione dell'impiego alla organizzazione privatistica degli uffici*, Giappichelli, Torino.

- Simeoli D. 2009, *L'organizzazione del lavoro nell'amministrazione pubblica: fonti, modelli e riforme in atto*, in *Ist. fed.*, 5-6: 733-816.
- Sylos Labini P. 1988, *Saggio sulle classi sociali* (X ed.), Laterza, Roma-Bari.
- Talamo V. 2010, *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 1: 13-23.
- Torchia L. 2013, *La responsabilità dirigenziale: un aggiornamento*, in L. Ventura, P. Falza (a cura di), *Seminari sulla responsabilità*, Giuffrè, Milano.
- Zoppoli L. 2008, *A dieci anni dalla "riforma Bassanini": dirigenza e personale*, in *Lav. nelle p.a.*, 1: 1-37.

NOZIONE DI AMMINISTRAZIONE PUBBLICA E COORDINAMENTO STATALE NELLA PROSPETTIVA DELL'INTERESSE FINANZIARIO

Walter Giuliotti, Michele Trimarchi

SOMMARIO – 1. Amministrazione pubblica e vincoli finanziari. Quadro generale. 2. Gli elenchi ISTAT e la definizione finanziaria della pubblica amministrazione nel Sistema europeo dei conti nazionali 3. (*segue*) Generalità e trasversalità della definizione finanziaria della pubblica amministrazione. 4. (*segue*) Alcuni problemi: compatibilità della normativa finanziaria con la legge di attuazione della riforma costituzionale, cenni alla posizione delle società pubbliche. 5. La funzione statale di coordinamento finanziario e contabile. 6. Coordinamento finanziario e contabile. Profili evolutivi. 7. Gli incerti confini tra armonizzazione e coordinamento della finanza pubblica. 8. Le prospettive di riforma dell'art. 117 Cost.

1. Amministrazione pubblica e vincoli finanziari. Quadro generale

L'entrata in vigore della l. cost. n. 1 del 2012, recante norme per l'*Introduzione del pareggio di bilancio in Costituzione*, rafforza l'esigenza di coordinamento finanziario e contabile del sistema pubblico, conferendo una rinnovata centralità alla funzione legislativa statale.

La riforma ha provveduto a costituzionalizzare i venticinque vincoli europei relativamente all'indebitamento ed al debito, imponendo esplicitamente alle amministrazioni pubbliche il vincolo del raggiungimento e del mantenimento dell'equilibrio di bilancio, nonché la compartecipazione alla sostenibilità del debito pubblico, laddove però questo sistema di regole era «già indirettamente costituzionalizzata in quanto facente parte delle norme dell'Unione» (Tosato, 2013: 12). Così, ai sensi del novellato c. 1 dell'art. 97 cost. le pubbliche amministrazioni, considerate tali secondo una nozione economico-finanziaria, devono assicurare l'equilibrio dei loro bilanci e la sostenibilità del debito pubblico in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea¹.

È stato al riguardo osservato che ciò, oltre a ribadire l'estensione del vincolo di bilancio all'intero settore delle amministrazioni pubbliche, ha l'effetto di rafforzare l'incidenza del diritto dell'unione europea sulla legalità dell'amministrazione (Rivosecchi, 2013a: 418), ivi rinvenendosi le regole per la determinazione dei parametri-obiettivo nazionali, nonché le relative modalità di accertamento e verifica, laddove «i mezzi interni di tutela possono efficacemente con-

tribuire all'osservanza della normativa europea di bilancio sopperendo alle carenze di quelli dell'Unione» (Tosato, 2013: 15).

In questo senso, dalla costituzionalizzazione del principio dell'equilibrio di bilancio consegue, altresì, che le suddette regole non siano «più indifferenti al tipo di politiche e neppure rivolte soltanto a conformare i processi decisionali», trattandosi invece di regole che prescrivono determinate politiche di finanza pubblica e prefigurano la «prevalenza della cura degli interessi finanziari su quella di qualsiasi altro interesse» (Brancasi, 2014a: 178).

In coerenza con la disciplina europea, si chiarisce nella l. n. 243 del 2012 che l'equilibrio dei bilanci in termini aggregati corrisponde all'obiettivo di medio termine (art. 3), inteso come il valore del saldo strutturale individuato sulla base dei criteri stabiliti dall'ordinamento dell'Unione europea². Parimenti, per la determinazione del limite al debito pubblico in rapporto al prodotto interno, nonché per le modalità ed i tempi di rientro, è fatto rinvio alle norme dell'ordinamento europeo (art. 4)³.

Sul piano operativo le nuove norme costituzionali confermano nella sostanza le modalità con cui è stata data attuazione, già dalla fine degli anni novanta, alla disciplina europea sulla finanza pubblica, ponendo però le basi per un rafforzamento. Il modello incentrato sul coordinamento affidato allo Stato ne risulta consolidato nei principi fondanti e connotato da un maggiore potenziale di pervasività.

È lo Stato, infatti, a svolgere la programmazione finanziaria dell'intero settore pubblico attraverso il Documento di economia e finanza (DEF) e su tale documento si articola la programmazione dell'intero sistema finanziario pubblico nazionale e si modellano le misure normative conseguenti, *in primis* la legge di stabilità annuale. È sempre sulle previsioni del DEF che si svolge la sorveglianza preventiva europea (semestre europeo).

Ai sensi della nuova disciplina dell'art. 81 cost. deve essere il bilancio dello Stato ad «equilibrarsi lungo un sentiero di tipo strutturale» (De Ioanna, 2014: 18) allo scopo di raggiungere gli obiettivi di finanza pubblica, potendo lo Stato ricorrere all'indebitamento in funzione di stabilizzazione anticiclica o per eventi eccezionali⁴ in via tendenzialmente esclusiva⁵ ed a favore dell'intero sistema pubblico. Il ricorso all'indebitamento da parte degli altri enti territoriali è, invece, fortemente limitato. Oltre al limite dettato dalla previgente previsione secondo cui essi «possono ricorrere all'indebitamento solo per finanziare spese di investimento», il riformato art. 119 Cost. prescrive «la contestuale definizione di piani di ammortamento» e la condizione secondo cui per il complesso degli enti di ciascuna Regione sia rispettato l'equilibrio di bilancio⁶.

A fronte di ciò, è prevista all'art. 11 della l. n. 243 del 2012 la costituzione di un Fondo straordinario per il concorso dello Stato, nelle fasi avverse del

ciclo o al verificarsi di eventi eccezionali, al finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali inerenti ai diritti civili e sociali, alimentato da quota parte delle risorse derivanti dal ricorso all'indebitamento consentito dalla correzione per gli effetti del ciclo economico del saldo del conto consolidato.

L'autonomia finanziaria di entrata e di spesa degli enti territoriali diversi dallo Stato, ancorché costituzionalmente riconosciuta, può essere esercitata nel rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci, nell'ambito del concorso volto ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea e comunque nel quadro della programmazione finanziaria definita dallo Stato.

L'obiettivo rafforzamento del ruolo statale è conseguente ed evidente sul piano della potestà normativa. Se da un lato, la modifica apportata all'art. 117 Cost. ha elevato l'armonizzazione dei bilanci pubblici a potestà legislativa esclusiva (Perez, 2013: 5), la legge rinforzata n. 243 del 2012, adottata ai sensi dell'art. 5 della l. Cost. n. 1 del 2012 in attuazione dell'art. 81 Cost., è stata considerata esercizio di un titolo di competenza «speciale di tipo esclusivo difficilmente delimitabile» (Rivosecchi, 2013b: 15)⁷.

Le innovazioni brevemente descritte pongono prospettive ed interrogativi nuovi, sia sul piano dell'autonomia finanziaria degli enti locali e delle Regioni, sia in ordine alla disciplina giuridica delle relazioni intersoggettive.

In primo luogo, significativo è il delinarsi nel disegno costituzionale di una nozione finanziaria di amministrazione pubblica⁸ (*infra*, § 2,3,4) che, complessivamente tenuta all'attuazione del principio dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità del debito pubblico, vede nella cura dell'interesse finanziario un limite – da una parte della dottrina inteso non derogabile e in posizione di supremazia rispetto a ogni altro interesse (Brancasi, 2014a: 178) – alle politiche pubbliche. Inoltre, è di sicura evidenza l'impatto che la rafforzata funzione statale di coordinamento finanziario e contabile (Brancasi, 2008: 1235 sgg.) è suscettibile di provocare, in senso oltremodo riduttivo, sull'autonomia degli enti locali e delle Regioni (*infra* § 5,6,7,8).

2. Gli elenchi ISTAT e la definizione finanziaria della pubblica amministrazione nel Sistema europeo dei conti nazionali

I vincoli finanziari europei (rapporto d'indebitamento, di debito, obiettivo di medio termine ecc.) attengono al consuntivo economico aggregato, sono riferiti cioè al saldo complessivo dei soggetti di cui si compone l'amministrazione pubblica. Per l'applicazione (e la verifica del rispetto) di tali vincoli è dunque necessario individuare il perimetro complessivo della pubblica amministrazione.

La legge finanziaria per il 2005 ha conferito all' Istituto nazionale di statistica (ISTAT) il compito di redigere annualmente un elenco delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato «al fine di assicurare il conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica stabiliti in sede di Unione europea»⁹ (sul tema, Del Gatto, 2013: 960 sgg.; Di Lullo, 2013: 3579 sgg.). Nell'ottica di un rafforzamento del coordinamento della finanza pubblica interna, inoltre, le amministrazioni pubbliche individuate dall'ISTAT «concorrono al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica definiti in ambito nazionale in coerenza con le procedure e i criteri stabiliti dall'Unione europea e ne condividono le conseguenti responsabilità»¹⁰.

Sia pur indirettamente, l'elenco ISTAT è richiamato anche dalla legge di attuazione dell'art. 97 Cost., comma 1, che obbliga le «pubbliche amministrazioni» ad assicurare «l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico». In particolare, la legge di attuazione stabilisce che sono «pubbliche amministrazioni» ai sensi dell'art. 97 Cost. «gli enti individuati con le procedure e gli atti previsti, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, dalla normativa in materia di contabilità e finanza pubblica, articolati nei sottosettori delle amministrazioni centrali, delle amministrazioni locali e degli enti nazionali di previdenza e assistenza sociale»¹¹.

La disposizione rinvia dunque alla normativa in materia di finanza pubblica non al fine di individuare direttamente le pubbliche amministrazioni, ma al fine di stabilire le procedure e gli atti per l'individuazione, da parte di un altro soggetto, delle pubbliche amministrazioni «in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea». Il che significa, in ultima analisi, che il compito di individuare le «pubbliche amministrazioni» menzionate dall'art. 97 Cost. è rimesso all'ISTAT, essendo questo il soggetto cui la normativa finanziaria affida il censimento dei soggetti pubblici secondo i criteri europei. Si deve quindi concludere che le pubbliche amministrazioni interessate dai vincoli finanziari previsti dall'art. 97 Cost., ossia quelle che devono essere tenute in considerazione in termini aggregati per verificare il rispetto dell'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico, sono quelle che figurano nell'elenco redatto annualmente dall'ISTAT (Di Lullo, 2013: 3604).

Nella compilazione dell'elenco annuale delle pubbliche amministrazioni, l'ISTAT impiega i criteri indicati nel Sistema europeo dei conti nazionali e regionali «SEC 95» previsto dal Regolamento CE n. 2223/96 del 25 giugno 1996 del Consiglio; in relazione ai dati trasmessi a partire dal 1° settembre 2014 applica il «SEC10» (Regolamento UE n. 549/2013 del 21 maggio 2013 del Parlamento europeo e del Consiglio), elaborato in sostanziale continuità con il Regolamento del 1996.

Il Sistema europeo dei conti nazionali è lo schema di riferimento a livello europeo per la misurazione dell'attività economica e finanziaria di un sistema economico. Si tratta di un complesso di previsioni e criteri valutativi pensato per consentire alle istituzioni dell'Unione di conoscere l'effettiva realtà economica degli Stati membri e di controllare la loro spesa pubblica.

Da esso emergono i lineamenti fondamentali della definizione finanziaria della pubblica amministrazione che l'ISTAT impiega per redigere il proprio elenco. La definizione finanziaria di pubblica amministrazione è dunque un concetto «ponte» tra il diritto e le scienze statistico-economiche: è un concetto giuridico perché serve a determinare l'ambito applicativo dei vincoli finanziari; ma, al contempo, è costruito tramite nozioni non giuridiche pensate ad altro fine (Merusi, 2015: 23).

Il sistema europeo dei conti nazionali ruota intorno alla nozione di «unità istituzionale», definita come «un'entità economica caratterizzata da autonomia di decisione nell'esercizio della propria funzione principale»¹².

La qualifica di un ente come «unità istituzionale» presuppone un certo grado di capacità giuridica e autonomia decisionale¹³. Sotto il primo profilo, l'ente deve «avere il diritto di possedere a pieno titolo beni e attività»¹⁴. Quanto al livello di autonomia, si richiede la capacità di «prendere decisioni economiche ed esercitare attività economiche di cui ha la responsabilità giuridica»¹⁵, senza che sia di ostacolo l'eventuale sussistenza di poteri di direzione in capo ai soggetti controllanti¹⁶.

Le unità istituzionali sono raggruppate in cinque «settori istituzionali», tra i quali figura il settore delle «amministrazioni pubbliche», suddiviso a sua volta in quattro sottosettori: amministrazioni centrali, amministrazioni di Stati federati, amministrazioni locali, enti di previdenza e assistenza sociale¹⁷.

Le «amministrazioni pubbliche» sono definite come le «unità istituzionali che agiscono da produttori di altri beni e servizi non destinabili alla vendita, la cui produzione è destinata a consumi collettivi e individuali e sono finanziate da versamenti obbligatori effettuati da unità appartenenti ad altri settori, nonché dalle unità istituzionali la cui funzione principale consiste nella redistribuzione del reddito e della ricchezza del paese»¹⁸.

Più analiticamente, il settore comprende le «unità delle amministrazioni pubbliche» e «le istituzioni senza scopo di lucro che producono beni e servizi non destinabili alla vendita e sono controllate da unità delle amministrazioni pubbliche»¹⁹.

Le prime sono «persone giuridiche istituite mediante un processo politico, che esercitano un'autorità legislativa, giudiziaria o esecutiva all'interno di una data area», la cui funzione principale consiste nel «fornire alla collettività beni e servizi non destinabili alla vendita e nel ridistribuire reddito e ricchezza»²⁰.

Le seconde – istituzioni senza scopo di lucro controllate da amministrazioni pubbliche – sono solitamente utilizzate «per mettere in atto politiche governative, poiché queste istituzioni sono considerate più imparziali e obiettive e meno soggette a pressioni politiche» rispetto alle amministrazioni in senso stretto²¹. Per verificare se sussiste il controllo pubblico si guarda a cinque indicatori: nomina dei funzionari; altre disposizioni come gli obblighi contenuti nello statuto dell'istituzione senza scopo di lucro; accordi contrattuali; grado di finanziamento; esposizione al rischio. Un unico indicatore può essere sufficiente a stabilire il controllo²², ma il fattore discriminante è costituito dalla capacità dell'amministrazione di determinare la politica generale e i programmi del soggetto controllato²³.

Vi è poi una terza figura, di più complessa determinazione, costituita dai «produttori di beni e servizi che operano sotto l'influenza delle unità delle amministrazioni pubbliche». Se non sono dotate di requisiti di autonomia tali da qualificarli come unità istituzionali, tali entità vengono considerate parte dell'unità controllante e quindi attratte al novero delle amministrazioni pubbliche. Se invece sono unità istituzionali, è determinante la sussistenza del requisito del controllo da parte delle amministrazioni pubbliche: se non sussiste il controllo, i produttori di beni e servizi sono qualificati nei settori privati (benché operino «sotto l'influenza» di un'amministrazione); se invece il controllo sussiste, diventa determinante se la produzione sia o meno destinabile alla vendita: se lo è, l'unità è classificata come società pubblica; se non lo è, rientra nelle amministrazioni pubbliche a tutti gli effetti²⁴.

L'attività di produzione si considera destinata alla vendita di beni e servizi se sono applicati prezzi che non coprono il 50% dei costi²⁵. Solo sopra questa soglia i prezzi possono essere «economicamente significativi», per tali intendendosi quelli capaci di influire in modo «significativo» sulle quantità offerte e domandate: «i prezzi che esercitano un'influenza sostanziale sulla quantità di prodotto che i produttori sono disposti a fornire e sulla quantità di prodotto che gli acquirenti desiderano acquistare»²⁶.

La verifica su questo aspetto comporta dunque che si esaminino: i) il meccanismo di formazione del prezzo dal lato dell'offerta, per appurare se esso miri a una gestione economica (copertura del costo capitale e degli altri costi di produzione) o invece ad altri fini quali, ad esempio, il semplice contenimento dei picchi di domanda o la copertura complessiva dei costi sopportati anziché la remunerazione per beni/servizi prestati effettivamente²⁷; ii) gli spazi di reazione dal lato degli acquirenti, alla luce delle condizioni di concorrenza effettiva e potenziale. Questo secondo profilo, già evocato dal SEC95²⁸, viene enfatizzato dal SEC10 che ne fa un criterio normativo di analisi applicabile anche a fronte di acquirenti privati²⁹.

3. (segue) *Generalità e trasversalità della definizione finanziaria della pubblica amministrazione*

L'emergere nell'ordinamento di una definizione finanziaria di pubblica amministrazione è coerente con la tendenza attuale a sostituire la nozione unitaria della pubblica amministrazione (al singolare) con plurime definizioni di settore (Non si possono qui indagare le ragioni di fondo di questa tendenza. Si rileva soltanto che la determinazione del perimetro della pubblica amministrazione è da sempre un'operazione complessa in ragione dell'esistenza, accanto a soggetti la cui natura pubblica o privata è indiscutibile, di figure ibride o comunque di incerta qualificazione. L'attribuzione, in misura sempre più massiccia, di funzioni di rilievo pubblicistico a soggetti privati, o comunque non riconducibili al modello tradizionale dell'ente pubblico, ha reso ancora più complesso tracciare i confini dell'amministrazione perché ha messo in discussione il criterio di distinzione fondato sulla personalità giuridica pubblica o privata dell'ente. Va comunque rilevato come i tentativi di costruire una definizione «unitaria» non siano del tutto abbandonati. Se ne trova ancor oggi traccia nelle pronunce che individuano nella istituzione per legge il carattere identificativo dell'ente pubblico³⁰).

Nella legislazione recente è infatti invalso un approccio di tipo funzionale, promosso dal diritto europeo, in cui esistono tante definizioni di pubblica amministrazione quante sono le discipline ad esse applicabili³¹: una definizione di pubblica amministrazione funzionale alla applicazione della disciplina sulle gare, una funzionale alla applicazione della disciplina sugli aiuti di Stato, una funzionale alla applicazione della disciplina in materia finanziaria, una funzionale alla applicazione della disciplina sul pubblico impiego, una funzionale alla applicazione della disciplina sulla trasparenza e sul diritto di accesso, e via di seguito. Analogamente, la definizione finanziaria della pubblica amministrazione non trova applicazione in termini generali ma è strumentale a individuare l'ambito di applicazione della disciplina dei vincoli di spesa (di una definizione di pubblica amministrazione «a geometria variabile» parlava già Cassese, 2003: 207).

La definizione finanziaria della pubblica si distingue tuttavia dalle definizioni settoriali richiamate perché, pur essendo funzionale all'applicazione di una certa normativa, presenta i caratteri della generalità e della trasversalità. Essa è generale perché vi rientrano tutti i soggetti considerati a vario titolo come pubbliche amministrazioni dalle discipline di settore: nessuno di questi soggetti infatti è immune dall'impiego di finanze pubbliche in via diretta o indiretta. È trasversale perché non è limitata a un settore di attività dell'amministrazione o a una porzione dell'attività di soggetti qualificati in termini pubblicistici, ma abbraccia trasversalmente tutte le competenze che richiedono l'impiego di risorse.

La definizione finanziaria della pubblica amministrazione presenta inoltre analogie con l'idea generale dell'amministrazione che emerge dal diritto europeo e che si affianca alle più note definizioni settoriali.

Il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea definisce la pubblica amministrazione in negativo e in antitesi al mercato: pubblica amministrazione è l'ambito materiale in cui non trovano applicazione le disposizioni sul mercato. L'art. 51 T.F.U.E. infatti esclude l'applicazione delle disposizioni in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi alle «attività che [...] partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri» (Lottini, 2010: 2)³²; e, nella stessa logica, l'art. 45, comma 4 T.F.U.E. prevede la non applicazione della normativa in materia di libera circolazione dei lavoratori agli impieghi con le pubbliche amministrazioni³³. In termini generali, dunque, la pubblica amministrazione per il diritto europeo è «quell'insieme di soggetti la cui attività partecipa all'esercizio del potere pubblico e che, di conseguenza, è sottratto all'applicazione delle regole di mercato» (Lottini, 2010: 6).

L'analogia con la definizione finanziaria della pubblica amministrazione consiste nel fatto che anche la definizione dell'amministrazione come antitesi al mercato ha portata generale e trasversale. Essa, infatti, non è funzionale all'applicazione di una specifica normativa di settore, bensì all'applicazione (*rectius*, la disapplicazione) della disciplina del mercato nel suo complesso (Lottini, 2010: 7).

Le due definizioni inoltre si completano a vicenda nel senso che l'amministrazione pubblica è, in negativo, l'insieme degli enti la cui attività è sottratta all'applicazione della disciplina sul mercato e, in positivo, l'insieme degli enti cui si applica la disciplina in materia di finanza pubblica. Si tratta di due facce di una stessa medaglia: ciò che non opera nel mercato (vale a dire, secondo il linguaggio del Sistema europeo dei conti nazionali, le unità che non producono beni o servizi destinati alla vendita), è a carico dello Stato ed è pertanto sottoposto alla disciplina pubblica relativamente ai vincoli di spesa.

La definizione finanziaria di pubblica amministrazione, costruita in base ai criteri del Sistema statistico europeo, si discosta dal modello delle tradizionali definizioni giuridiche anche per il suo carattere elastico e flessibile. Le seconde si trovano solitamente cristallizzate in testi normativi e presentano quindi un certo grado di rigidità e stabilità, salva l'ambiguità del lessico utilizzato e il conseguente spazio per l'interpretazione. I criteri adoperati dall'ISTAT per individuare le amministrazioni pubbliche poggiano, invece, su circostanze di fatto che per loro natura sono mutevoli nel tempo; e non è un caso, infatti, che l'ISTAT sia chiamato ad aggiornare annualmente il proprio elenco.

Questa tensione tra la rigidità che generalmente caratterizza le definizioni giuridiche, da un lato, e il carattere *in progress* della definizione finanziaria di

pubblica amministrazione, dall'altro, ha costituito il motivo dominante del dibattito giurisprudenziale degli ultimi anni in materia.

Il dibattito in questione è sorto a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 5, comma 7, del d.l. 2.3.2012, n. 16, convertito in l. 26.4.2012, n. 44 il quale, modificando l'art. 1 della l. n. 196/2009, ha stabilito che, mentre per l'anno 2011 ai fini dell'applicazione delle disposizioni in materia di finanza pubblica si intendono per «amministrazioni pubbliche» esclusivamente gli enti e i soggetti indicati dall'ISTAT, a partire dall'anno 2012 sono considerate tali anche «le Autorità indipendenti e, comunque, le amministrazioni di cui all' articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni».

Secondo l'interpretazione fornita in un primo tempo dal giudice amministrativo, con questo intervento il legislatore avrebbe elevato a rango primario («legificato») gli elenchi ISTAT, con la conseguenza che «l'eventuale esclusione [di un soggetto che compare nell'elenco] dall'applicazione delle future misure di finanza pubblica [...] non potrà che avvenire attraverso una espressa esclusione contenuta in una norma di rango legislativo ovvero attraverso la tecnica della delegificazione ai sensi dell'art. 17 della legge n. 400 del 1988»³⁴.

Di diverso avviso è però la Corte dei conti, investita dal legislatore del potere di decidere sui «ricorsi avverso gli atti di ricognizione delle amministrazioni pubbliche operata annualmente dall'ISTAT ai sensi dell'articolo 1, comma 3, legge n. 31 dicembre 2009, n. 196»³⁵.

Il giudice contabile muove dalla esatta premessa che, a seguito dell'art. 5, comma 7, del d.l. 2 marzo 2012, n. 16, le amministrazioni pubbliche sottoposte ai vincoli finanziari sono riconducibili a due categorie: «quelle che sono tali per previsione normativa – a prescindere, quindi dalla loro inclusione nell'elenco ISTAT» e «quelle che “si intendono” come pubbliche in quanto rispondono ai parametri definiti negli “specifici regolamenti dell'Unione europea”; parametri il cui accertamento è rimesso – sulla base della stessa normativa europea – agli Istituti nazionali di statistica e la cui sussistenza dà luogo alla inclusione nell' elenco delle amministrazioni pubbliche»³⁶.

In relazione a questa seconda categoria, la Corte ha smentito la tesi della giurisprudenza amministrativa, rilevando che la menzione nella norma degli elenchi ISTAT «non abbia altro significato che quello [...] di individuare l'ambito applicativo delle disposizioni in materia di finanza pubblica, indicando la platea dei destinatari delle norme di ciascun anno [...] Si tratta, in altri termini, di una operazione di mera identificazione “storica” degli elenchi, senza che questi ultimi assumano una valenza diversa da quella che essi avevano al momento della loro pubblicazione e che traeva titolo dall'originaria pubblicazione dell'art. 1, comma 2, della legge n. 196 del 2009 e prima ancora dall'art. 1, comma 5, della legge 30 dicembre 2004 n. 311»³⁷. Ne consegue che, all'oppo-

sto di quanto sostenuto dal giudice amministrativo, «il ricorso è ammissibile in quanto l'oggetto di impugnativa è costituito a un atto ricognitivo di natura amministrativa e non da un atto di rango legislativo»³⁸.

L'interpretazione della Corte dei Conti appare corretta: la previsione che consente agli enti di contestare davanti al giudice contabile la loro inclusione nell'elenco dimostra che quest'ultimo non ha subito la «legificazione» ravvisata dal giudice amministrativo³⁹.

La tesi della Corte dei Conti ha inoltre il pregio di una maggiore sintonia con la natura delle cose. Sarebbe una forzatura, infatti, fotografare in un testo normativo un elenco che è stato redatto sulla base di criteri che ne impongono il continuo adeguamento. Si potrebbe inoltre cogliere una contraddizione di fondo tra la scelta di affidare ad un sistema di questo genere la determinazione del perimetro dell'amministrazione e la pretesa di cristallizzarne le risultanze in un testo normativo.

La possibilità di contestare l'inclusione nell'elenco davanti alla Corte dei Conti costituisce peraltro una risposta ragionevole alle critiche rivolte da alcuni osservatori nei riguardi della scelta del legislatore di rimettersi, per l'applicazione della disciplina finanziaria, alle «determinazioni di un'istituzione come l'ISTAT, priva delle competenze tecnico-giuridiche indispensabili per definire un'«amministrazione pubblica»» (Luciani, 2013: 25 sgg.)⁴⁰. Nell'attuale panorama istituzionale, infatti, la Corte dei conti è probabilmente il soggetto più adatto, per competenze specifiche e professionalità, a svolgere un controllo approfondito sulla corretta interpretazione e applicazione da parte dell'ISTAT dei criteri per l'identificazione delle amministrazioni pubbliche. Il ricorso alla Corte dei conti costituisce dunque una garanzia per i privati che si vedono assoggettati alla disciplina sulla finanza pubblica per effetto dell'inserimento negli elenchi ISTAT ma che non ritengano di possedere i requisiti per essere qualificati come amministrazioni pubbliche secondo i criteri del SEC 95.

4. (segue) Alcuni problemi: compatibilità della normativa finanziaria con la legge di attuazione della riforma costituzionale, cenni alla posizione delle società pubbliche

L'intervento per molti versi chiarificatore della Corte dei conti sulla natura degli elenchi ISTAT non ha tuttavia sgombrato il campo da altri problemi interpretativi, a cominciare da quello relativo ai rapporti tra l'art. 5, comma 7, del d.l. 2.3.2012, n. 16 e la l. 243/2012, di attuazione della riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio.

Come abbiamo visto, la disposizione del d.l. n. 16/2012 indica due categorie di soggetti sottoposti alla disciplina finanziaria: quelli che figurano nell'elen-

co Istat e quelli che sono tali in base alla stessa previsione normativa (le autorità indipendenti e gli enti indicati nel testo unico sul pubblico impiego). Il successivo art. 2, comma 1, l. 243/2012 (legge di attuazione della riforma costituzionale) assegna invece alla normativa in materia di contabilità e finanza pubblica esclusivamente il compito di stabilire le procedure e gli atti per l'individuazione delle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'art. 97, comma 1 Cost.; non prevede che tale normativa indichi direttamente gli enti sottoposti ai vincoli finanziari. Nella parte in cui include direttamente le autorità indipendenti e gli enti indicati nel Testo unico sul pubblico impiego tra le «amministrazioni pubbliche» ai fini dell'applicazione della disciplina in materia di finanza pubblica, l'art. 5, comma 7, del d.l. n.16/2012 è dunque di dubbia compatibilità con il sistema normativo composto dalla riforma costituzionale e dalla relativa legge di attuazione (Torano, 2013: 1051 sgg.).

Un ulteriore problema aperto è quello della posizione delle società pubbliche rispetto al perimetro della definizione finanziaria della pubblica amministrazione. Infatti, l'elenco annuale ISTAT menziona nominativamente alcune società pubbliche alla voce «altre amministrazioni locali»⁴¹, ma non contiene una sezione dedicata alle società pubbliche, né alcuna formula che consente di qualificare in termini generali queste ultime alla stregua di «amministrazioni pubbliche». Tali soggetti neppure figurano tra quelli sottoposti *ex lege* ai vincoli finanziari ai sensi dell'art. 5, comma 7, d.l. n. 16/2012 (Bottino, 2014: 699).

Sul punto si è osservato criticamente che «le società pubbliche certamente rientrano in una nozione di “amministrazione pubblica” enucleata “in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea”», ma soprattutto si è rilevato che la mancata indicazione di questi soggetti può «generare disequilibri di bilancio (del proprio bilancio civilistico), ed insostenibilità del debito, in grado di riverberarsi immediatamente sulle amministrazioni pubbliche che ne detengono il capitale sociale. Evenienza, quest'ultima, certamente da scongiurare, e proprio al fine di garantire l'equilibrio del bilancio [...] di ogni amministrazione pubblica, specie territoriale (Regioni ed enti locali)» (Bottino, 2014: 699).

L'esclusione delle società pubbliche riflette il caos normativo e giurisprudenziale che caratterizza l'istituto. Basti pensare che, secondo una nota sentenza delle sezioni unite civili della Cassazione, gli amministratori delle società *in house* sono responsabili davanti alla Corte dei conti per il danno arrecato al patrimonio sociale, trattandosi di un patrimonio pubblico⁴². Non vi è coerenza tra il ritenere che la *mala gestio* da parte degli amministratori della società arrechi pregiudizio ad un patrimonio pubblico e la scelta di non sottoporre la società stessa ai vincoli finanziari delle pubbliche amministrazioni.

Secondo le argomentazioni della Corte, peraltro, il controllo analogo da parte dell'ente pubblico e la sottoposizione degli organi sociali a relazioni di tipo

gerarchico con la p.a. socio privato la società di una soggettività propria o comunque la riducono al livello dell'azienda-organo. Con la conseguenza che «*la società in house sembra perdere la sua identità di soggetto giuridico e persona giuridica autonoma ed è, in definitiva, equiparato ad un ufficio-organo della p.a. [...] Sicché il patrimonio della società diventa patrimonio della p.a.-socio e il danno arrecatovi dall'amministratore è vero e proprio danno erariale*» (Cintoli, 2014: 15; Giulietti, 2014). In altre parole, gli amministratori rispondono a titolo di danno erariale perché la società che amministrano è nei fatti un organo della p.a. Questa immedesimazione mal si concilia con un regime di favore sul piano della gestione finanziaria e richiederebbe la sottoposizione della società agli stessi vincoli previsti per l'amministrazione socia.

La mancata inclusione, salvo eccezioni, delle società pubbliche nell'elenco ISTAT è comunque coerente con una certa riluttanza del sistema a sottoporre tali soggetti a vincoli finanziari analoghi a quelli previsti per gli enti territoriali.

Con la legge di stabilità 2014, infatti, è stato abbandonato l'obiettivo di assoggettare le società partecipate alle regole del patto di stabilità interno, previsto in precedenza ai sensi dell'art. 18, comma 2 *bis*, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112⁴³ e dell'art. 3 *bis* d.l. 13.8.2011, n. 138⁴⁴ (disposizioni, entrambe, che non sono mai divenute operative, non essendo stato adottato il decreto ministeriale a ciò necessario⁴⁵). Il comma 553 della legge di stabilità 2014 si limita a prevedere che i soggetti «a partecipazione di maggioranza, diretta e indiretta, delle pubbliche amministrazioni locali concorrono alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica, perseguendo la sana gestione dei servizi secondo criteri di economicità e di efficienza». Si tratta, come è stato osservato, di una disposizione di principio con la quale si vuole far partecipi anche gli organismi gestionali al risanamento dei conti pubblici evitando che essi incidano negativamente con le perdite di bilancio e obbligandoli a migliorare la capacità di utilizzo delle risorse limitate a fronte del soddisfacimento di bisogni pubblici (Cocco, 2013), senza però assoggettare questi enti al patto di stabilità.

Il legislatore rinuncia a sottoporre le società pubbliche ai vincoli finanziari propri degli enti pubblici e, per tenere sotto controllo la relativa spesa, si affida al sistema degli accantonamenti. I commi da 550 a 552 dell'art. 1 della legge di stabilità 2014 prevedono infatti che qualora le società presentino un risultato d'esercizio o un saldo finanziario negativo, gli enti locali soci sono obbligati ad accantonare nell'anno successivo, in apposito fondo vincolato, un importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato, in misura proporzionale alla loro quota di partecipazione. Tramite questo sistema, l'ente dovrebbe interiorizzare lo squilibrio finanziario della società. L'obiettivo diretto è la responsabilizzazione dell'ente in ordine al controllo sulla società, ma l'effetto indiretto dovrebbe essere la sottoposizione della società ai vincoli finanziari propri dell'ente.

5. *La funzione statale di coordinamento finanziario e contabile*

Il conto economico relativo al settore istituzionale delle amministrazioni pubbliche, rappresentativo della situazione consolidata dei bilanci degli enti compresi nella c.d. nozione finanziaria di amministrazione in precedenza analizzata, è il documento sulla base del quale è verificato il rispetto dei vincoli relativi all'indebitamento ed alla sostenibilità del debito.

Per consentire il consolidamento dei conti e di conseguenza il funzionamento del meccanismo di monitoraggio e correzione delineato dal Patto di Stabilità e crescita, implementato dalla normativa europea più recente⁴⁶, sono condizioni imprescindibili la comparabilità e la comunanza delle regole di elaborazione e classificazione (Brancasi, 2010: 176).

È evidente, pertanto, che l'attendibilità e la completezza del consolidamento da realizzarsi a livello nazionale rende necessaria, in primo luogo, una efficace armonizzazione dei documenti di bilancio delle pubbliche amministrazioni nazionali.

Al riguardo, la recente direttiva n. 2011/85/UE del Consiglio, relativa ai requisiti per i quadri di bilancio, ha ribadito all'art. 3 l'obbligo per gli Stati membri di dotarsi di sistemi di contabilità pubblica idonei a coprire in modo completo e uniforme tutti i sotto-settori dell'amministrazione pubblica, richiedendo la presenza delle informazioni necessarie per generare dati fondati sul principio di competenza. In questo quadro, le norme di coordinamento della finanza pubblica e dell'armonizzazione dei sistemi contabili⁴⁷ assumono rilevanza esterna sotto il profilo dell'applicazione del diritto dell'Unione europea in termini di regole e *standard* omogenei tra i diversi Paesi.

Peraltro, in considerazione della riferibilità degli obiettivi di finanza pubblica in senso unitario al settore istituzionale delle amministrazioni pubbliche, tanto il loro raggiungimento, mediante la definizione di politiche pubbliche coerenti per l'intero settore, che il loro monitoraggio implicano istanze unitarie. Di esse, anche in relazione alla responsabilità diretta nei confronti delle istituzioni europee, si fa interprete lo Stato chiamato ad operare un delicato bilanciamento con il principio di autonomia degli enti territoriali che gode di riconoscimento e tutela costituzionale.

Il coordinamento assume, pertanto, sia una valenza formale in termini di armonizzazione contabile, sia sostanziale in termini finanziari, al fine di assicurare il raggiungimento ed il mantenimento degli obiettivi di bilancio. La definizione di coerenti politiche fiscali a livello nazionale, dirette a coinvolgere tutti i soggetti del Settore istituzionale delle amministrazioni pubbliche, è inscindibilmente connessa con la «disciplina delle regole di natura contabile che nell'ambito della finanza pubblica allargata sono serventi alla funzione statale di monitoraggio e vigilanza sul rispetto dei complessivi obiettivi»⁴⁸.

6. *Coordinamento finanziario e contabile. Profili evolutivi*

La questione del conflitto tra l'autonomia riconosciuta dall'art. 5 Cost. agli enti territoriali ed il principio di unità della Repubblica sancito dalla medesima previsione costituzionale non è nuova ed ha significative implicazioni anche sul piano finanziario e contabile. La soluzione alla predetta tensione è stata tradizionalmente ricercata nel coordinamento, inteso come relazione organizzativa riferibile ad una pluralità di «attività e di soggetti (o di figure soggettive) di cui l'ordinamento riconosce una qualche autonoma individualità, pur disponendone la armonizzazione ed eventualmente la cospirazione a fini determinati» (Bachelet, 1962: 631 e 1957; Piga, 1988: 1 sgg.).

Il coordinamento, infatti, pur presupponendo la preesistenza ed il mantenimento di una posizione di autonomia dei soggetti che ne sono destinatari, si realizza attraverso la definizione di regole giuridiche nei rapporti intersoggettivi suscettibili di imporre vincoli per la salvaguardia di preminenti valori di unità dell'ordinamento (Scoca, 2005: 66).

La definizione statale di regole di coordinamento contabile e finanziario sono ovviamente preesistenti alla normativa europea e trovano fondamento nella necessità di assicurare la soddisfazione di esigenze unitarie di governo del sistema pubblico. In questo senso, l'originaria formulazione dell'art. 119 Cost. stabiliva che «le Regioni hanno autonomia finanziaria nelle forme e nei limiti stabiliti da leggi della Repubblica, che la coordinano con la finanza dello Stato, delle Province e dei Comuni».

Nella prospettiva delineata dalla Costituzione, plurimi sono stati gli interventi assunti dal legislatore statale allo scopo di realizzare nell'ambito del coordinamento finanziario anche un coordinamento contabile.

Un primo corpo organico di norme diretto a disciplinare la gestione contabile del neo istituito sistema regionale è stato dettato dalla l. n. 335 del 1976 recante *Principi fondamentali e norme di coordinamento in materia di bilancio e di contabilità delle Regioni* e dal titolo IV della l. n. 468 del 1978, contenente una disciplina diretta alla «normalizzazione dei sistemi contabili del settore pubblico». In entrambi i casi si trattava di norme che andavano oltre una mera disciplina dei bilanci, occupandosi più ampiamente di delineare l'architettura finanziaria del sistema regionale.

Nella stessa prospettiva, ancora in vigore del testo costituzionale precedente alla riforma del 2001, è entrato in vigore il d.lgs. n. 76 del 2000 che, abrogando la l. n. 335 del 1976, ha dettato *Principi fondamentali e norme di coordinamento in materia di bilancio e di contabilità delle Regioni, in attuazione dell'articolo 1, comma 4, della legge 25 giugno 1999, n. 208*, il cui contenuto maggiormente innovativo è stato quello di estendere all'ordinamento contabile regiona-

le i caratteri essenziali della nuova disciplina posta dalla l. n. 94 del 1997 per il bilancio dello Stato. Al riguardo, i principi e i criteri direttivi contenuti nel decreto, espressamente ponevano come finalità l'adeguamento del «sistema contabile delle Regioni a quello dello Stato, secondo i principi e i criteri direttivi di cui alla legge 3 aprile 1997, n. 94» ed in particolare alla nuova struttura del bilancio secondo una contabilità analitica per centri di costo.

A seguito della riforma costituzionale del 2001 e del nuovo sistema di riparto delle competenze ivi previsto, il coordinamento finanziario unitariamente inteso esercitato dallo Stato è stato distinto all'art. 117 Cost. in coordinamento della finanza pubblica –insieme al sistema tributario - ed armonizzazione dei bilanci, ascrivendo le suddette materie alla competenza statale concorrente. La disciplina dell'ordinamento contabile regionale, su cui incidono i principi statali dettati in forza dei predetti titoli, è rimasta invece materia residuale.

Ciò, ha contribuito al consolidarsi di sistemi contabili diversamente articolati in ciascuna Regione in deroga al modello tendenzialmente uniforme delineato con il d.lgs. n. 76 del 2000⁴⁹.

Nel nuovo quadro costituzionale è, altresì, intervenuto il d.lgs. 170 del 2006 allo scopo di operare la *Ricognizione dei principi fondamentali in materia di armonizzazione dei bilanci pubblici*, la cui portata sostanziale, pur riproponendo nei contenuti e nell'estensione la disciplina precedente, ha visto fortemente ridotto il grado d'incidenza sulla autonomia regionale. Di tali norme, infatti, a partire dalla sentenza n. 280 del 2004⁵⁰, la Corte costituzionale ha riconosciuto la portata meramente ricognitiva.

Occorre considerare che in questo contesto, il coordinamento statale del sistema finanziario e di bilancio ha assunto un nuovo impulso in ragione dei tentativi di attuazione del riformato art. 119 Cost. ed in particolare nel modello di cd. federalismo fiscale di cui alla l. n. 42 del 2009. Presupposta al modello federale delineato e soprattutto al connesso sistema perequativo è la disponibilità di dati contabili – previsionali, gestionali e consuntivi – raccordabili e armonizzati allo scopo di rendere confrontabili i bilanci e quindi comparabili i fabbisogni finanziari.

A questo fine nella stessa legge n. 42 cit. è stata prevista una delega – in base alla quale è stato emanato il vigente d.lgs. 118 del 2011 –, allo scopo «di armonizzare i sistemi contabili e gli schemi di bilancio dei medesimi enti e i relativi termini di presentazione e approvazione, in funzione delle esigenze di programmazione, gestione e rendicontazione della finanza pubblica». La strumentalità tra armonizzazione e finalità di coordinamento è ancora più esplicita all'art. 2, c. 1 del d.lgs. n. 91 del 2011 ove l'armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle amministrazioni pubbliche si afferma posta al fine di assicurare il coordinamento della finanza pubblica attraverso una disciplina

omogenea dei procedimenti di programmazione, gestione, rendicontazione e controllo. I suddetti articolati rappresentano l'attuale contenuto della normativa in tema di armonizzazione contabile del settore istituzionale delle amministrazioni pubbliche.

L'intervenuta riforma costituzionale del 2012 ha, infine, elevato l'armonizzazione dei bilanci pubblici a materia di competenza esclusiva statale.

Quanto sopra, impone la precisazione degli esatti confini della materia, a partire dall'esame della distinzione con quella contigua del coordinamento della finanza pubblica.

7. Gli incerti confini tra armonizzazione e coordinamento della finanza pubblica

Come evidenziato, le nozioni di armonizzazione dei bilanci pubblici e di coordinamento della finanza pubblica sono state positivizzate e distinte a seguito della riforma costituzionale del 2001 nell'ambito del nuovo riparto delle competenze contenuto all'art. 117 Cost. che ha assegnato allo Stato il compito di porre i principi con riguardo ad entrambe le materie, ascritte alla competenza concorrente e intese dalla giurisprudenza in senso funzionale⁵¹.

Nonostante la distinzione operata dal diritto positivo, la giurisprudenza costituzionale ha considerato, almeno sino alla riforma 2012, l'armonizzazione indistintamente rispetto al coordinamento della finanza pubblica, riconoscendone addirittura una relazione in termini di endiadi⁵².

La ragione di siffatta assimilazione trovava fondamento nel descritto tradizionale ruolo di coordinamento finanziario unitariamente inteso, esercitato dallo Stato. La normativa da questi posta, in assenza di specifici vincoli di competenza, interveniva indifferentemente sul piano finanziario e su quello della disciplina dei bilanci.

La riforma costituzionale del 2001, pur avendo distinto le materie, ne ha comunemente limitato l'incidenza alla sola definizione dei principi nei confronti delle norme regionali. Sulla scorta di questo equivalente 'potenziale' normativo della disciplina statale di armonizzazione e di coordinamento finanziario, la Corte costituzionale ha inaugurato la citata giurisprudenza secondo cui spetta allo Stato, in sede di legislazione concorrente, la determinazione dei principi fondamentali nella materia compresa nell'endiadi espressa dalla indicazione di «armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario»⁵³.

Questa ricostruzione tuttavia già non accettabile sul piano teorico, è diventata anacronistica e fuorviante dopo la riforma del 2012.

In primo luogo, le due nozioni, tenute distinte dal legislatore costituzionale del 2001, presentano un ambito concettuale ben distinto.

Le misure di armonizzazione devono essere considerate, infatti, dirette a realizzare un coordinamento formale tra i sistemi di bilancio, ponendo le condizioni per l'aggregazione dei dati dei diversi enti, anche ai fini del controllo degli andamenti della finanza pubblica.

A conferma dell'interpretazione proposta si pone il dato positivo. Il d.lgs. n. 170 del 2006 offriva all'art. 1, c. 1 una precisa definizione di armonizzazione in termini di azione volta a raggiungere «l'omogeneità dei bilanci e dei sistemi di rilevazione contabile delle Regioni e degli enti locali, rispetto al bilancio dello Stato e le consequenziali procedure di consolidamento dei conti pubblici anche ai fini di garanzia degli equilibri di finanza pubblica e del rispetto del patto di stabilità e crescita»⁵⁴ (Perez, 2013: 5).

In questo senso, la Corte dei Conti ha riconosciuto che l'«armonizzazione dei bilanci pubblici» non si configura quale endiadi rispetto alla materia «coordinamento della finanza pubblica», indicata consecutivamente alla prima nell'ambito della previsione costituzionale di cui all'art. 117, comma 3, Cost., sebbene tra le due 'materie' sussistano stretti punti di contatto e di interrelazione. In effetti, la peculiare caratteristica dell'«armonizzazione dei bilanci pubblici» è data dalle modalità di rappresentazione nei documenti contabili delle scelte di politica finanziaria e si differenzia dunque da queste ultime che concorrono a definire la nozione di «coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario»⁵⁵.

Diversamente, al coordinamento della finanza pubblica devono essere ascritte tutte quelle norme dirette a vincolare le politiche di bilancio ed a incidere sugli atti di gestione finanziaria, limitando con ciò l'autonomia nella dinamica dell'entrata e della spesa.

In quest'ultimo senso, la giurisprudenza della Corte costituzionale⁵⁶, pur riconoscendo un'ampia latitudine alla nozione di coordinamento della finanza pubblica (Cavallini Cadeddu, 2011: 2; Salerno, 2007: 119), ne ha meglio definito in termini funzionali (Brancasi, 2004: 765) la portata, sia in relazione alle misure che investono la disciplina delle entrate degli enti territoriali diversi dallo Stato, in continuità con la materia del coordinamento del sistema tributario, sia alla disciplina che pone limiti alla capacità di spesa degli enti (Brancasi, 2014b: 66).

Alla distinzione tra ambiti normativi riconducibili alla materia trasversale del coordinamento fondata sulla tipologia degli interventi finanziari, si aggiunge l'ulteriore distinzione, tracciata più nettamente dalla dottrina che dalla giurisprudenza, tra coordinamento in senso statico e dinamico. La distinzione è volta a distinguere, almeno sul piano teorico e nell'ambito di una realtà ben più complessa, tra norme dirette a definire i principi del sistema tributario e finanziario, della spesa e degli equilibri di bilancio e norme dirette a fissare le misure applicabili agli enti territoriali collegate al raggiungimento di obiettivi di finanza pubblica. Le norme del primo tipo sono dirette a realizzare un coordina-

mento in senso statico allo scopo di definire a regimi i reciproci confini di autonomia in materia finanziaria tra lo Stato e gli altri enti territoriali. Le norme del secondo tipo, definite di coordinamento in senso dinamico, sono dirette a determinare la misura del contributo degli enti territoriali al mantenimento degli obiettivi di finanza pubblica di cui è responsabile lo Stato tenendo conto della contingenza del ciclo economico (Rivosecchi, 2012: 45), allo scopo di assicurare un controllo dei saldi del loro bilancio (della Cananea, 2004: 77).

Alla luce di quanto evidenziato, le materie dell'armonizzazione dei bilanci e del coordinamento della finanza pubblica non sono suscettibili di essere tra loro identificate, benché se ne possa sicuramente riconoscere il collegamento ed anzi il *prius* logico delle misure di armonizzazione⁵⁷ (Mercati, 2014: 9).

Riconosciuta l'inaccettabilità sul piano teorico della considerazione in termini di endiadi, la riforma costituzionale dell'art. 117 Cost. operata nel 2012 ha reso distorsiva anche sul piano pratico l'assimilazione.

L'ascrizione dell'armonizzazione alla competenza esclusiva determina la potenziale maggiore incisività della normativa statale ad essa riconducibile rispetto a quella diretta coordinamento della finanza pubblica alla luce del vigente assetto costituzionale in cui quest'ultima è materia concorrente. Sul piano degli effetti la modifica costituzionale consente alla disciplina statale di armonizzazione dei bilanci di poter avere un contenuto dettagliato nei riguardi delle Regioni – e degli altri enti territoriali –, lasciando sopravvivere a livello regionale la sola competenza normativa regolamentare, come espressamente previsto all'art. 36, co. 5, d.lgs. n. 118 del 2011⁵⁸. Un tale grado di incisività non potrebbe invece avere la normativa diretta al coordinamento della finanza pubblica.

Non appare sostenibile, pertanto, che l'armonizzazione sul piano interpretativo diventi la via per incidere nel dettaglio sugli ordinamenti contabili, al di fuori dell'ambito proprio della disciplina di bilancio, ascrivendo all'armonizzazione norme che in realtà pongono misure per il coordinamento della finanza pubblica. Non è sostenibile, in particolare, che a seguito dell'elevazione dell'armonizzazione a materia di competenza esclusiva statale, anche il coordinamento della finanza pubblica abbia in senso sostanziale assunto questa posizione, ricorrendo ancora all'argomento del rapporto di endiadi tra le materie.

In definitiva, evocare una nozione di 'armonizzazione sostanziale', intendendo ad essa ricondurre non soltanto la normativa rivolta agli strumenti contabili, bensì anche al governo complessivo della finanza pubblica (Collecchio, 2012: 61), oltre a non essere un'operazione sorretta da una adeguata base normativa di rango costituzionale, è oltremodo fuorviante.

La nozione di armonizzazione in senso strettamente contabile dovrebbe costituire un limite non valicabile, riconoscendo come un uso distorto della competenza normativa quello che pone l'armonizzazione a fondamento di norma-

tive sull'ordinamento finanziario, con l'effetto di comprimere l'autonomia senza un adeguato titolo. A conferma di ciò, la Corte costituzionale nella sentenza n. 88 del 2014, mutando prospettiva, ha evidenziato che la materia dell'armonizzazione non può essere interpretata così estensivamente da coprire l'intero ambito materiale regolato dalla legge n. 243 del 2012 – ovvero della legge rafforzata imposta dalla l. Cost. n. 1 del 2012 – facendo in particolare riferimento alla disciplina dell'indebitamento delle autonomie territoriali più correttamente ascrivibile al coordinamento della finanza pubblica ed alla salvaguardia degli equilibri di bilancio⁵⁹.

Chiaramente, anche all'interno di questa prospettiva ristretta e tecnica della nozione, non è priva di difficoltà l'esatta delimitazione dell'armonizzazione dei bilanci pubblici, in quanto è comunque possibile tracciare un ambito più o meno esteso.

In base all'interpretazione più accreditata, la disciplina contabile coinvolta non riguarderebbe il solo modo di rilevare i fatti gestionali, ma investirebbe anche le regole relative allo svolgimento dell'attività finanziaria nei limiti in cui siffatto intervento sia diretto sulle regole che qualificano i fenomeni considerati dal bilancio (Brancasi, 2010: 176), ad esempio comprendendo anche le norme sulla programmazione e sullo svolgimento del ciclo di bilancio. Detta posizione, che esclude una rigorosa determinazione tipologica delle regole di armonizzazione dei bilanci, è accettabile nei limiti in cui imponga un rigoroso scrutinio teleologico diretto a dimostrare che una disciplina in concreto posta sia effettivamente diretta a conseguire l'omogeneità dei bilanci e dei sistemi di rilevazione contabile, nonché le consequenziali procedure di consolidamento dei conti pubblici.

Ove il suddetto fine non caratterizzi la disciplina statale in maniera evidente, essa dovrebbe trovare altro titolo di legittimazione sul piano della competenza – con le relative conseguenze in relazione alla propria incisività –, ma non certo quello dell'armonizzazione, pena un evidente sviamento.

Occorre da ultimo considerare che, sebbene il nuovo inquadramento costituzionale delle norme statali di armonizzazione abbia l'effetto di consentire una maggiore compressione dell'autonomia contabile regionale, siffatta compressione non può essere né eccessiva, né tantomeno totale. Si ritiene, infatti, che la normativa a questo titolo dettata trovi comunque un limite rilevante sul piano costituzionale nel rispetto del principio autonomistico.

La disciplina di armonizzazione dei bilanci pubblici incide, come osservato, su ambiti specifici dell'autonomia finanziaria e, in particolare, sull'autonomia contabile intesa come capacità degli enti di definire propri schemi e procedure di bilancio, differenziandoli rispetto a quello degli altri enti della stessa tipologia o appartenenti a comparti diversi. L'autonomia contabile non può essere ol-

tremodo compressa o del tutto cancellata, in quanto ontologicamente connessa alle peculiarità organizzative e funzionali dei diversi enti.

Le misure di armonizzazione, pur mirando a consentire una visione unitaria e controllabile dei fenomeni contabili mediante l'introduzione di modelli omogenei e comparabili, devono nel contempo garantire la persistenza di una fisiologica eterogeneità e flessibilità. Sotto quest'ultimo profilo è stato osservato criticamente che la scelta del livello di omogeneizzazione e del grado di rilevanza delle informazioni non può consentire che l'ottica macro offuschi l'ottica micro che è rilevante per il singolo Ente locale, ove si allocano le scelte concrete sui servizi al cittadino, ma rivitalizzarla e renderla più funzionale alla gestione dei servizi⁶⁰.

Il risultato dell'armonizzazione non si può risolvere, pertanto, in una *reductio ad unitatem* ottenuta mediante l'eliminazione dei tratti caratteristici degli elementi costitutivi di un insieme assunto ad oggetto di intervento, ma alla stregua dei principi di ragionevolezza e proporzionalità. In questa prospettiva possono giustificarsi regole che tendono alla convergenza nei limiti di quanto necessario per raggiungere lo scopo della funzionalità del sistema, conservando, per quanto possibile, i tratti caratteristici e le peculiarità funzionali dei diversi ordinamenti contabili.

In definitiva, l'eccessivo grado di dettaglio della normativa statale in materia di bilancio può entrare in conflitto con la stessa autonomia in senso finanziario costituzionalmente garantita.

Le questioni analizzate in termini teorici trovano concreto riscontro in relazione al d.lgs. 118 del 2011 recante *Disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro organismi*, come modificato, nel riformato contesto costituzionale, dal d.lgs. n. 126 del 2014. L'impatto dell'armonizzazione contabile di cui al d.lgs. n. 118 del 2011 sul comparto regionale risulta rilevante, non solo alla stregua delle norme del Titolo I ed in particolare dei nuovi principi della contabilità finanziaria, ma soprattutto in forza della disciplina posta dal Titolo III introdotto dal d.lgs. n. 126 del 2014. Le disposizioni ivi contenute sono destinate ad incidere in maniera estremamente puntuale e diretta sulla disciplina regionale⁶¹, andando ben al di là dell'assicurare l'omogeneità dei bilanci e dei sistemi di rilevazione contabile, nonché le consequenziali procedure di consolidamento dei conti pubblici. Ciò è reso esplicito e addirittura imposto dall'art.1 del d.lgs. 118 del 2011, come modificato dal d.lgs. n. 126 del 2014, ove espressamente si richiama a fondamento della disciplina la materia dell'armonizzazione di cui al secondo comma, lett. e) dell'art. 117 Cost., disponendo la cessazione dell'efficacia delle disposizioni legislative regionali incompatibili le norme del decreto a decorrere dal 1 gennaio 2015.

Sul punto, è stato già osservato in dottrina che quella in discorso è una legislazione pervasiva, riguardante la generalità dei livelli istituzionali, attestativa di un nuovo corso riformatore della contabilità e dei bilanci pubblici, diretta a «comprimere ovvero di ridimensionare – a Costituzione invariata – lo spazio autonomistico degli enti territoriali, che, come noto, aveva trovato importante ampliamento con la citata revisione costituzionale del 2001, e rinforzare la vocazione centralista del sistema pubblico, esponendo a cedimenti i profili di autonomia che nella Carta fondamentale avevano trovato» (Sambucci, 2014: 2).

8. Le prospettive di riforma dell'art. 117 Cost.

Nella dilatazione concettuale che subisce l'armonizzazione dei bilanci pubblici, manifesta nella prospettiva dell'endiadi sostenuta per quasi un decennio dalla giurisprudenza costituzionale, sembra profilarsi un recupero di quella impostazione tradizionale che aveva supportato la normativa di normalizzazione e di coordinamento finanziario inaugurata parallelamente all'istituzione del sistema regionale. Nonostante ciò, per quanto sinora evidenziato, si ritiene che la materia dell'armonizzazione non possa offrire fondamento idoneo a norme di dettaglio che incidano sull'ordinamento contabile in senso ampio, che più correttamente dovrebbero essere ascritte al coordinamento della finanza pubblica per cui lo Stato, in base al dato costituzionale vigente, dovrebbe dettare la sola disciplina di principio.

Sotto quest'ultimo profilo, la Corte costituzionale ha posto significativi limiti all'invasività della normativa statale rispetto all'autonomia finanziaria regionale, affermando che non è consentita l'imposizione di vincoli dettagliati alle politiche di bilancio di Regioni ed enti locali, dovendo la legge statale limitarsi a porre obiettivi senza individuare gli strumenti per perseguirli. Così, il vincolo alle politiche di bilancio, anche sotto il profilo dell'autonomia di spesa, può essere posto dallo Stato nei confronti degli altri enti territoriali mediante una disciplina di principio che imponga limiti complessivi, lasciando tuttavia disponibili le scelte allocative⁶².

È pur vero che la portata del principio enunciato è stata ridotta dalla stessa giurisprudenza costituzionale che, fin dalle prime pronunce, ha riconosciuto legittime le norme dirette al coordinamento finanziario dotate di un elevato grado di dettaglio nei limiti di quanto necessario per conseguire il risultato⁶³. In questo senso, è stato osservato in dottrina che l'unica vera condizione che la Corte ha posto al legislatore statale nel limitare le spese di Regioni ed enti locali è quella di «non precludere agli enti qualsiasi decisione in ordine alle modalità con cui realizzare tale riduzione: in altri termini, nella sequenza obiettivi-mezzi, in cui ciascun obiettivo è specificato da misure che si pongono come mezzi,

ma che a loro volta sono obiettivi destinati ad essere specificati da altre misure, il dettaglio della disposizione di coordinamento non può spingersi oltre il più puntuale degli obiettivi, quello cioè oltre il quale non sono immaginabili più di un modo per realizzarlo» (Brancasi, 2011: 473).

Pertanto, al coordinamento della finanza pubblica appartengono anche le misure 'strumentali' alle finalità essenziali della funzione, nonché le norme di carattere sanzionatorio per il mancato rispetto degli obblighi, nonché i sistemi di flussi informativi⁶⁴.

Le composite posizioni giurisprudenziali enunciate confermano la delicatezza e la precarietà degli equilibri sottesi al coordinamento contabile e finanziario, la cui definizione incide sul sistema delle autonomie, modellandone i rapporti intersoggettivi.

In questo senso, il quadro è tutt'altro che stabile e foriero di certezza. *De jure condendo*, in base al progetto di riforma di cui al disegno di legge costituzionale in corso di approvazione (Atto Camera n. 2613-D), la stessa materia relativa al coordinamento della finanza pubblica sarebbe ascritta alla competenza esclusiva statale⁶⁵, venendo peraltro meno le cd. competenze concorrenti. La modifica, riallineando il coordinamento della finanza pubblica con l'armonizzazione sul piano dell'incidenza della normativa statale, porterebbe a compimento il disegno di riaccentramento della materia finanziaria, che, soprattutto a seguito dell'emergenza finanziaria 2010-2013, il legislatore ordinario ha già provveduto in larga parte ad attuare.

È tuttavia da valutare criticamente, anche per il coordinamento della finanza pubblica una volta elevato a materia esclusiva, come già osservato per l'armonizzazione dei bilanci, che la normativa statale possa assumere un livello di dettaglio tale da incidere profondamente sull'autonomia contabile e finanziaria di Regioni ed enti locali fino ad annullarla.

Al suddetto esito si oppongono limiti logici e giuridici di cui si è già fatto cenno.

Sul piano logico, il coordinamento presuppone la differenziazione, laddove per sua stessa natura deve contemporaneamente garantire l'autonomia dei singoli organismi coordinati e la possibilità di un loro indirizzo unitario a determinati fini comuni (Bachelet, 1962: 633). Si ritiene esattamente che «il coordinamento finanziario non genera l'autonomia finanziaria, e non ne delimita l'ambito materiale, ma la presuppone e ne orienta l'esercizio» (Brancasi, 2011: 451).

Sul piano giuridico, gli artt. 5 e 119 Cost. impongono l'incomprimibilità, oltre ragionevolezza, dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali diversi dallo Stato.

In definitiva, anche in un ambito di competenza esclusiva la normativa statale di coordinamento della finanza pubblica non sarebbe riconducibile ad una vera

e propria materia⁶⁶, quanto ad una funzione e non potrebbe comunque comprimere le sfere di autonomia costituzionalmente garantite, trovando nella proporzionalità e nella ragionevolezza limiti non superabili.

Note

- * W. Giulietti §§ 1, 5, 6, 7, 8; M. Trimarchi §§ 2, 3, 4.
- ¹ L'art. 81 cost., sesto comma, novellato, afferma per il «complesso delle pubbliche amministrazioni» i principi dell'equilibrio di bilancio tra entrate e spese e della sostenibilità del debito.
- ² L'equilibrio dei bilanci si considera conseguito quando il saldo strutturale, calcolato nel primo semestre dell'esercizio successivo a quello al quale si riferisce, soddisfa almeno una delle seguenti condizioni: a) risulta almeno pari all'obiettivo di medio termine ovvero evidenzia uno scostamento dal medesimo obiettivo inferiore a quello indicato dall'articolo 8, comma 1; b) assicura il rispetto del percorso di avvicinamento all'obiettivo di medio termine nei casi previsti dagli articoli 6 e 8 ovvero evidenzia uno scostamento dal medesimo percorso inferiore a quello indicato dall'articolo 8, comma 1.
- ³ Il superamento del suddetto valore implica la riduzione dell'eccedenza «in coerenza con il criterio e la disciplina in materia di fattori rilevanti» come previsti dall'ordinamento europeo.
- ⁴ In questo senso, l'art. 81 c. 2 cost. dispone che il ricorso all'indebitamento da parte dello Stato è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali.
- ⁵ Al secondo periodo del sesto comma, secondo cui le autonomie «Possono ricorrere all'indebitamento solo per finanziare spese di investimento», è stato poi aggiunto l'inciso: «con la contestuale definizione di piani di ammortamento e a condizione che per il complesso degli enti di ciascuna Regione sia rispettato l'equilibrio di bilancio».
- ⁶ In particolare, all'art. 9 della l. 243 del 2012 l'equilibrio di bilancio riferito agli enti territoriali è conseguito quando, sia nella fase di previsione sia in quella di rendiconto, si registri: un saldo non negativo, in termini di competenza e di cassa, tra le entrate finali e le spese finali; un saldo non negativo, in termini di competenza e di cassa, tra le entrate correnti e le spese correnti, incluse le quote di capitale delle rate di ammortamento dei prestiti.
- ⁷ In questo senso puntualmente, Corte cost., 10.4.2014, n. 88, affermando che la legge cost. n. 1 del 2012 non si è limitata «a fissare principi generali, lasciando così all'interprete la ricerca dei presupposti giustificativi della disciplina statale attuativa [...], ma ha puntualmente disciplinato sia la fonte – la legge rinforzata – sia i suoi contenuti».
- ⁸ Definita dalla normativa europea ed in particolare dalle norme del Sistema europeo dei conti. Da ultimo il Regolamento UE n. 549/2013, pubblicato il 26 giugno 2013, ha adottato il nuovo sistema europeo dei conti nazionali e regionali – Sec2010 – in sostituzione del Sec95. Il Sec2010, che definisce i principi e i metodi di Contabilità nazionale, pone anche la disciplina con riguardo al settore S13 (amministrazioni pubbliche) per il consolidamento dei conti in funzione del monitoraggio degli andamenti di finanza pubblica e della verifica della loro congruenza rispetto agli obiettivi di ciascun Paese.
- ⁹ Art. 1, comma 5, l. 30.12.2004, n. 311, il quale prevedeva che la spesa complessiva delle amministrazioni indicate nell'elenco non potesse «superare il limite del 2 per cento rispetto alle corrispondenti previsioni aggiornate del precedente anno, come risultanti dalla Relazione previsionale e programmatica». Ciò al fine di «assicurare il conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica stabiliti in sede di Unione europea, indicati nel Documento di programmazione economico-finanziaria e nelle relative note di aggiornamento».
- ¹⁰ Art. 1, comma 1, l. 31.12.2009, n. 196.
- ¹¹ Art. 2, comma 1, l. 24.12. 2012, n. 243.
- ¹² Regolamento UE n. 549/2013, par. 2.12.
- ¹³ Regolamento CE n. 2223/96; Regolamento UE n. 549/2013, par. 2.12.
- ¹⁴ Regolamento UE n. 549/2013 par. 2.12.; Regolamento CE n. 2223/96, dove si fa riferimento ad esempio alla capacità di possedere e scambiare, assumere impegni. V. anche il *Manuale*

del SEC95 sul disavanzo e sul debito pubblico, par. I.3.2, e il *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA10*, par. I.2.2.

¹⁵ Regolamento UE n. 549/2013, par. 2.12.

¹⁶ La disciplina europea prevede che «le entità che fanno parte di un gruppo di unità che esercitano attività di produzione e dispongono di una contabilità completa sono considerate unità istituzionali anche se hanno ceduto parte della propria autonomia decisionale all'organismo centrale (holding operativa) preposto alla direzione generale del gruppo; la holding operativa stessa è considerata un'unità istituzionale distinta dalle unità che controlla» (Regolamento UE n. 549/2013, par. 2.13, e, in termini pressoché identici, Regolamento CE n. 2223/96, par. 2.13, e).

¹⁷ Regolamento UE n. 549/2013, par. 2.113.

¹⁸ Regolamento CE n. 2223/96, par. 2.69; Regolamento UE n. 549/2013, par. 2.111-2.113. «Le principali funzioni economiche delle amministrazioni pubbliche sono le seguenti: a) fornire beni e servizi alla comunità sia per consumi collettivi quali amministrazione pubblica, difesa, ordine pubblico e sicurezza, sia per consumi individuali quali istruzione, sanità, servizi ricreativi e culturali, e finanziarne l'erogazione con il gettito fiscale o altre fonti di reddito; b) redistribuire il reddito e la ricchezza mediante trasferimenti quali imposte e prestazioni sociali; c) svolgere altre attività di produzione di beni e servizi non destinabili alla vendita» (Regolamento UE n. 549/2013, par. 20.02). A titolo esemplificativo, sono «amministrazioni pubbliche»: «a) le unità pubbliche che in forza di una legge esercitano un potere giuridico su altre unità nel territorio economico e gestiscono e finanziano un insieme di attività, principalmente consistenti nel fornire alla collettività beni e servizi non destinabili alla vendita; b) una società o una quasi-società a condizione che la loro produzione consista prevalentemente in beni e servizi non destinabili alla vendita ed esse siano controllate da un'amministrazione pubblica; c) le istituzioni senza scopo di lucro riconosciute come entità giuridiche indipendenti che agiscono da produttori di beni e servizi non destinabili alla vendita e che sono controllate da amministrazioni pubbliche; d) i fondi pensione autonomi se la contribuzione è obbligatoria e le amministrazioni pubbliche gestiscono i fondi per quanto concerne la fissazione e l'approvazione dei contributi e delle prestazioni»: Regolamento UE n. 549/2013, par. 2.112.

¹⁹ Regolamento UE n. 549/2013, par. 20.05.

²⁰ Regolamento UE n. 549/2013, par. 20.6.

²¹ Regolamento UE n. 549/2013, par. 20.14.

²² Regolamento UE n. 549/2013, par. 20.15.

²³ Regolamento UE n. 549/2013, par. 20.18.

²⁴ Regolamento UE n. 549/2013.

²⁵ È importante osservare che il criterio del 50% va applicato in un'ottica pluriennale, deve cioè essere valido per diversi anni oppure senza dare rilievo alle «fluttuazioni secondarie» del volume delle vendite da un anno all'altro che non richiedono una riclassificazione delle unità istituzionali (Regolamento UE n. 549/2013, par. 20.19 e 20.29; *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA10*, par. I.2.4.3; v. anche il *Manuale del SEC95 sul disavanzo e sul debito pubblico*, par. 5.2). Le voci di ricavo e di costo da considerare per compiere il test sono indicate in modo puntuale: «Le vendite di beni e servizi corrispondono agli introiti ottenuti dalle vendite, cioè al valore della produzione di beni e servizi destinabili alla vendita aumentata da eventuali pagamenti per la produzione di beni e servizi non destinabili alla vendita. In questo contesto, il valore della produzione per uso proprio non è considerato vendita. Sono esclusi dalle vendite anche tutti i pagamenti ricevuti dalle amministrazioni pubbliche, a meno che non siano concessi anche ad altri produttori che svolgono la stessa attività. I costi di produzione corrispondono alla somma di consumi intermedi, redditi da lavoro dipendente, ammortamenti e altre imposte sulla produzione. Ai fini del test per distinguere tra produzione di beni e servizi destinabili alla vendita o non destinabili alla vendita, i costi di produzione sono aumentati degli interessi netti e diminuiti del valore dell'eventuale

produzione figurativa, in particolare della produzione per uso proprio. Non vengono dedotti i contributi alla produzione» (Regolamento UE n. 549/2013, parr. 20.30, 20.31).

- ²⁶ Regolamento UE n. 549/2013, par. 20.19; *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA10*, I.2.4.1; v. anche il *Manuale del SEC95 sul disavanzo e sul debito pubblico*, par. 5.1.
- ²⁷ *Manuale del SEC95 sul disavanzo e sul debito pubblico*, par. 5.4.
- ²⁸ *Manuale del SEC95 sul disavanzo e sul debito pubblico*, par. 5.1.
- ²⁹ Ad esempio, famiglie e imprese; v. Regolamento UE n. 549/2013, 20.23; *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA10*, I.2.4.1.
- ³⁰ Ad esempio, TAR Lazio, Roma, 15.6.2015, n. 8374, che richiama l'art. 4, l. 20.3.1975, n. 70, secondo il quale «nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge», rilevando che l'ordinamento italiano accoglie espressamente una logica di tipo formale nella individuazione degli enti pubblici, funzionale a garantire la certezza del diritto applicabile.
- ³¹ Da ultimo, Cons. Stato, 26.5.2015, n. 2660.
- ³² L'art. 51 T.F.U.E. testualmente esclude l'applicazione della disciplina sulla libertà di stabilimento ma, per effetto del richiamo contenuto nell'art. 62, anche le previsioni in materia di libera prestazione dei servizi non trovano applicazione alle attività che partecipano all'esercizio del potere pubblico.
- ³³ Ossia, come chiarisce la Corte di Giustizia, agli «impieghi relativi ad attività che partecipano all'esercizio del potere pubblico (ovvero che si sostanziano in mansioni aventi ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato e delle altre collettività pubbliche)»: C. Giust., 3.7.1986, C-66/85, Lawrie c. Blum.
- ³⁴ Secondo la giurisprudenza amministrativa, la novella del 2012 ha comportato una sostanziale legificazione del contenuto degli elenchi del 2010 e 2011 predisposti dall'ISTAT con la conseguenza che tali Elenchi hanno perso «la loro connotazione provvedimentale [...] assurgendo a norma di rango primario». Per quanto riguarda, invece, l'elenco del 2012, il TAR ha affermato che possono «sussistere dubbi sulla [sua] natura (normativa o amministrativa)» solo con riferimento alla parte innovativa e di aggiornamento dei precedenti elenchi, essendo stato adottato in seguito alla modifica dell'art. 1 l. 196/2009 ai sensi del d.l. 16/2012. Nelle parti rimanenti l'elenco del 2012, siccome riproduttivo dei precedenti, è invece da considerarsi legificato: TAR Lazio, Roma, 12.6.2013, n. 5945.
- ³⁵ Art. 1, comma 169, l. 24.12. 2012, n. 228, che prevede che «avverso gli atti di ricognizione delle amministrazioni pubbliche operata annualmente dall'ISTAT ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, è ammesso ricorso alle Sezioni riunite della Corte dei conti, in speciale composizione, ai sensi dell'articolo 103, secondo comma, della Costituzione».
- ³⁶ Corte conti, sez. riun., 27.11.2013, n. 7.
- ³⁷ Corte conti, sez. riun., 27.11.2013, n. 7; 19.3.2014, n. 4; 24.3.2014, n. 5; 2.4. 2014, n. 7; 9.4.2014, n.n. 8 e 9; 18.4.2014, nn. 12 e 13; 28.4.2014, n. 16; 6.5.2014, n. 16; 7.5.2014, n. 17; 29.5.2014, n. 21; 4.8. 2014, n. 31.
- ³⁸ Corte conti, sez. riun., 18.4.2014, n. 12.
- ³⁹ Osserva la Corte dei Conti che, «ove il legislatore avesse inteso conferire a quegli elenchi rango di norma primaria non avrebbe avuto bisogno di individuare quali destinatari «delle disposizioni in materia di finanza pubblica» – oltre agli «enti» e ai «soggetti indicati a fini statistici» negli stessi elenchi – anche «le Autorità indipendenti e, comunque, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del d.lgs. 30.3.2001, n. 165, e successive modificazioni». È agevole, invero, rilevare che gli elenchi di cui trattasi – predisposti all'esito dell'attività di ricognizione delle amministrazioni pubbliche – includono anche le Autorità indipendenti e le amministrazioni indicate dall'art. 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, trattandosi – sia nell'uno che nell'altro caso – di soggetti pubblici in senso stretto» (Corte

conti, sez. riun., 27.11.2013, n. 7). Secondo la Corte, inoltre, «la tesi della “legificazione” [...]» contrasta con la disposizione recata dal comma 3 dell’art. 1 della legge n. 196 del 2009, secondo cui «la ricognizione delle amministrazioni pubbliche di cui al comma 2 è operata annualmente dall’ISTAT con proprio provvedimento e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale entro il 30 settembre» e, «soprattutto, contrasta con la normativa comunitaria, che affida agli Istituti nazionali di statistica il compito di predisporre annualmente l’elenco delle unità istituzionali che rientrano nel settore delle amministrazioni pubbliche, la cui contabilità concorre alla formazione del conto economico consolidato [...] In sostanza, la pretesa “legificazione” degli elenchi ISTAT del 2010 e del 2011 e, soprattutto, la pretesa “cristallizzazione” di tali elenchi anche oltre il periodo annuale di rispettiva vigenza (2011 e 2012) risulterebbero lesive delle prerogative che i regolamenti dell’Unione europea (in particolare il n. 2223/96 e il n. 223/09) affidano agli Istituti nazionali di statistica e, quindi, all’ISTAT che, ai sensi del decreto legislativo 6 settembre 1989 n. 322, rappresenta l’autorità statistica italiana. In particolare, appare in palese contrasto con la regolamentazione europea l’assunto secondo cui la ricognizione delle amministrazioni pubbliche – che, ai sensi dell’art. 1, comma 3, della legge n. 196 del 2009, deve essere effettuata annualmente dall’ISTAT con proprio provvedimento – sia ridotta per gli anni successivi al 2012, in conseguenza della pretesa legificazione degli elenchi del 2010 e del 2011, a una mera ripetizione di quegli elenchi “legificati” o “cristallizzati”; e ciò quando, al contrario, l’inclusione nell’elenco annuale delle amministrazioni pubbliche presuppone un accertamento della sussistenza (o della permanenza) delle condizioni stabilite dagli “specifici regolamenti dell’Unione europea”, affinché un’unità istituzionale possa essere qualificata come amministrazione pubblica» (Corte conti, sez. riun., 27.11.2013, n. 7).

⁴⁰ Considerazioni critiche sono state espresse anche dalla giurisprudenza contabile, secondo cui l’utilizzo dell’elenco ISTAT «in modo indifferenziato per l’applicazione di numerose norme sostanziali di controllo della spesa costituisce una scelta che meriterebbe una attenta riconsiderazione; e ciò soprattutto con riguardo alla estensione di misure di intervento, concepite essenzialmente per il controllo dei flussi di bilancio di soggetti istituzionali di dimensioni maggiori, a unità istituzionali che operano nel settore della cultura per progetti definiti e per una limitata porzione dell’anno» (Corte dei conti, sez. riun., 27.11.2013, n. 7).

⁴¹ Nell’elenco ISTAT pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale – Serie Generale n. 229 del 30 settembre 2013, figurano le seguenti società: Azienda mobilità aquilana S.p.A. – AMA S.p.A.; Azienda Trasporti Provinciali S.p.A. – ATP S.p.A. Genova; Area Stazione – Società di trasformazione urbana S.p.A.; Authority – Società di trasformazione urbana S.p.A.; Azienda Strade Lazio S.p.a – ASTRAL; Interventi geo-ambientali S.p.A. – IGEA S.p.A.; Metro Parma S.r.l.; Patrimonio del Trentino S.p.A.; Piceno Sviluppo S.c.r.l.25; Quadrilatero Marche – Umbria S.p.A.; Radiotelevisione azienda speciale provincia di Bolzano – RAS; Risanamento e sviluppo attività industriali siciliane – Resais S.p.A; Società Autobus Servizi d’Area/Staedtischer Autobus Service AG – SASA S.p.A. AG;S.C.R. Piemonte S.p.A. – Società di committenza della Regione Piemonte; Sicilia Patrimonio Immobiliare S.p.A ; Società Autolinee Alto Monferrato Ovadese S.p.A. – S.A.A.M.O S.p.A.; Società Infrastrutture Lombarde S.p.A.; Società Opere Pubbliche di Interesse Regionale S.p.A.; Sviluppo e patrimonio S.r.l.; Tirreno Eco Sviluppo 2000 S.c.a.r.l.; Trentino Riscossione S.p.A.; Veneto Agricoltura; Veneto Strade S.p.A.

⁴² Cass. Sez. Unite, 25.11.2013, n. 26283.

⁴³ Tale vincolo avrebbe dovuto applicarsi anche alle società che gestiscono servizi pubblici esclusi dall’applicazione dell’art. 4 del d.l. n. 138/2011, in quanto il citato art. 18 costituisce norma avente portata generale: così Corte dei conti, sezione di controllo della Lombardia, nell’articolata deliberazione n. 7 del 19 gennaio 2012.

⁴⁴ Disposizione dichiarata costituzionalmente legittima da C. Cost. 13.3.2013, n. 46. Secondo la Corte, quindi, l’esenzione delle società *in house* dal patto di bilancio «si potrebbe porre in

contrasto con la stessa disciplina comunitaria, in quanto verrebbe a scindere le due entità [la società e l'ente pubblico] e a determinare un ingiustificato *favor* nei confronti di questo tipo di gestione dei servizi pubblici dato che il bilancio delle società *in house* non sarebbe soggetto alle regole del patto di stabilità interno. Le suddette regole, invece, debbono intendersi estese a tutto l'insieme di spese ed entrate dell'ente locale sia perché non sarebbe funzionale alle finalità di controllo della finanza pubblica e di contenimento delle spese permettere possibili forme di elusione dei criteri su cui detto "Patto" si fonda, sia perché la maggiore ampiezza degli strumenti a disposizione dell'ente locale per svolgere le sue funzioni gli consente di espletarle nel modo migliore, assicurando, nell'ambito complessivo delle proprie spese, il rispetto dei vincoli fissati dallo stesso Patto di stabilità».

⁴⁵ Considerato però che tale disposizione rinvia a un Dm la definizione delle modalità e della relativa modulistica, «non può farsi derivare dalle predette norme l'obbligo attuale, in capo agli enti controllanti, di valutare il rispetto del patto di stabilità attraverso un bilancio consolidato funzionale ad un'analisi della situazione finanziaria della società unitamente a quella dell'ente locale»: Corte dei Conti, sezione di controllo della Lombardia, deliberazione 19.1.2012, n.7.

⁴⁶ Sotto il primo profilo, in particolare, il patto 'Euro Plus', approvato dai Capi di Stato e di Governo della zona euro l'11 marzo 2011 e condiviso dal Consiglio europeo il 24-25 marzo 2011, gli Stati membri dell'Unione europea si sono impegnati ad adottare misure volte a perseguire gli obiettivi della sostenibilità delle finanze pubbliche, della competitività, dell'occupazione e della stabilità finanziaria, nonché a recepire nella legislazione nazionale le regole di bilancio dell'Unione europea fissate nel patto di stabilità e crescita, ferma restando «la facoltà di scegliere lo specifico strumento giuridico nazionale cui ricorrere», purché avente «una natura vincolante e sostenibile sufficientemente forte» e tale da «garantire la disciplina di bilancio a livello sia nazionale che subnazionale». Ulteriormente il *Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance nell'Unione economica e monetaria* (meglio noto come Fiscal Compact), sottoscritto a Bruxelles il 2 marzo 2012 e in vigore dal 1° gennaio 2013, ratificato in Italia con la legge 23 luglio 2012, n. 114 impegna gli Stati contraenti a recepire le regole del patto di bilancio «tramite disposizioni vincolanti e di natura permanente – preferibilmente costituzionale – o il cui rispetto fedele è in altro modo rigorosamente garantito lungo tutto il processo nazionale di bilancio».

⁴⁷ Corte conti, Sez. Riunite in sede di controllo, *Armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni e degli enti locali e dei loro enti e organismi – Audizione sullo schema di d.lgs. n. 339 recante disposizioni per l'attuazione dell'articolo 2, comma 2, lettera b) della legge 5 maggio 2009, n. 42 e successive modificazioni* (Commissione Parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale), maggio 2011, in <<https://www.corteconti.it>>.

⁴⁸ Corte cost., 6.3.2014, n. 39 e la giurisprudenza ivi citata. In particolare, Corte cost., 20.12.2012, n. 309, 6 luglio 2012, n. 176 e 10.2.2010, n. 52.

⁴⁹ Corte conti, sez. aut., delib. 17.2.2015, n. 4, Linee di indirizzo per il passaggio alla nuova contabilità delle Regioni e degli Enti locali (d.lgs. n. 118/2011, integrato e corretto dal d.lgs. n. 126/2014).

⁵⁰ Corte cost., 28.7.2004, n. 280.

⁵¹ La ricostruzione funzionalistica dell'azione di coordinamento della finanza pubblica considera le relative norme strumentali al conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica e di controllo della spesa ed in tal senso idonee ad incidere sull'autonomia. V., in particolare, Corte cost., 13.3.2014, n. 44.

⁵² Corte cost., 16.1.2004, n. 17.

⁵³ Corte cost., 16.1.2004, n. 17.

⁵⁴ Corte conti, sez. aut., delib. 17.2.2015, n. 4, Linee di indirizzo per il passaggio alla nuova contabilità delle Regioni e degli Enti locali (d.lgs. n. 118/2011, integrato e corretto dal d.lgs. n. 126/2014).

- ⁵⁵ Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, Relazione al rendiconto generale dello Stato per il 2007, Libro I, cap. V.
- ⁵⁶ Corte cost., 23.12.2004, n. 414.
- ⁵⁷ La stessa Corte costituzionale ha affermato, a più riprese, che la codificazione di parametri standardizzati nella redazione dei documenti contabili – in cui consiste il processo di armonizzazione – è strumentale a consentire la corretta raffrontabilità dei conti ed è funzionale a consolidare, sotto il profilo contabile, «le risultanze di tutti i conti regionali in modo uniforme e trasparente così da assicurare non solo dati finanziari complessivi e comparativi attendibili, bensì anche strumenti conoscitivi per un efficace coordinamento della finanza pubblica». Così, Corte cost., 5.6.2013, n. 138;
- ⁵⁸ Corte conti, sez. aut., delib. 17.2.2015, n. 4, Linee di indirizzo per il passaggio alla nuova contabilità delle Regioni e degli Enti locali (d.lgs. n. 118/2011, integrato e corretto dal d.lgs. n. 126/2014).
- ⁵⁹ Corte cost., 10.4.2014, n. 88.
- ⁶⁰ Corte conti, Sez. Riunite in sede di controllo, *Armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni e degli enti locali e dei loro enti e organismi*, cit.
- ⁶¹ A fronte di una nozione tecnica ancorché in senso funzionale della materia dell'armonizzazione dei bilanci precedentemente tracciata, nel Titolo III sembra configurarsi viceversa una omnicomprensiva nozione sostanziale, che per quanto precedentemente evidenziato deve considerarsi sviata. Evidentemente eccentriche rispetto all'armonizzazione risultano le norme dettate nella Titolo III relativamente, ad esempio, al Servizio di tesoreria della Regione (art. 69), alla Cooperazione Stato-Regioni (art. 70), alla Responsabilità verso l'ente degli amministratori e dei dipendenti, competenza della Corte dei conti e obblighi di denuncia (art. 70), al Collegio dei revisori dei conti Articolo (art. 72) ed al Riconoscimento di legittimità di debiti fuori bilancio delle Regioni (art. 72).
- ⁶² Corte cost., 6.3.2014, n. 39.
- ⁶³ Sono stati ritenuti legittimamente collocati a livello statale «i poteri puntuali certo eventualmente necessari perché la finalità di coordinamento possa essere concretamente realizzata». Corte cost., 12.1.2005, n. 35.
- ⁶⁴ Corte cost., 7.5.2014, n. 17. Sotto diverso profilo sono, altresì, ammesse dalla Corte costituzionale le misure di tipo sanzionatorio, previste per l'ipotesi di inosservanza delle limitazioni prescritte dal coordinamento finanziario, e quelle relative alla acquisizione dei dati finanziari degli enti, che sono strumentali alla definizione degli indirizzi ed al riscontro della loro osservanza.
- ⁶⁵ L'art. 117 Cost. c. 2 dovrebbe contenere alla lett. e) – oltre alla moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari e assicurativi; tutela della concorrenza; sistema valutario; sistema tributario e contabile dello Stato; armonizzazione dei bilanci pubblici e perequazione delle risorse finanziarie – il coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario.
- ⁶⁶ Corte cost., 17.5.2007, n. 169 e 10.6.2011, n. 182.

Riferimenti bibliografici

- Bachelet V., 1957, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione dell'economia*, Giuffrè, Milano.
- 1962, *Coordinamento*, in *Enc. dir.*, vol. X, Giuffrè, Milano: 631 sgg.
- Bottino G. 2014, *Il nuovo articolo 97 della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 699;
- Brancasi A., 2004, *Il coordinamento della finanza pubblica come potestà legislativa e come funzione amministrativa*, in *Le Regioni*: 763 sgg.
- 2008, *Continua l'inarrestabile cammino verso una concezione statalista del coordinamento finanziario*, in *Le Regioni*: 1235 sgg.
- 2010, *La travagliata armonizzazione dei bilanci pubblici*, in *Riv. Corte Conti*: 175 sgg.
- 2011, *Il coordinamento della finanza pubblica nel federalismo fiscale*, in *Dir. pubbl.*: 473 sgg.
- 2014a, *Bilancio (equilibrio di)*, in *Enc. dir., Annali VII*, Giuffrè, Milano: 178 sgg.
- 2014b, *L'autonomia finanziaria degli enti territoriali di fronte ai vincoli europei ed alla riforma costituzionale sul «pareggio di bilancio»*, in *Le Regioni*: 49 sgg.
- Cassese S. 2003, *Le basi costituzionali*, in *Id., Trattato di diritto amministrativo*, t. I, Giuffrè, Milano: 207.
- Cavallini Cadeddu L. 2011, *Indicazioni giurisprudenziali per il coordinamento dinamico della finanza pubblica*, in *Federalismi.it*: 1 sgg.
- Cintoli F. 2014, *Società in mano pubblica, interesse sociale e nuove qualificazioni della giurisprudenza*, in <<https://www.giustamm.it>>.
- Cocco A. 2013, *Società partecipate – Legge di stabilità 2014: le novità dagli enti locali*, in <<https://Bilancioecontabilità.it>>.
- Collecchio M. 2012, *Federalismo fiscale e armonizzazione dei sistemi contabili e dei bilanci degli enti locali*, in *La finanza locale*: 46 sgg.
- De Ioanna P. 2014, *Fiscal compact e dintorni: un medium normativo complesso. (Qualche appunto per discutere alcuni nodi del recepimento nell'ordinamento costituzionale italiano)*, in <<https://www.siepweb.it>>: 1 sgg.
- Del Gatto S. 2013, *Sistema "Sec 95" ed elenco Istat. Sull'incerto confine della sfera pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*: 960 sgg.
- della Cananea G. 2004, *Il coordinamento della finanza pubblica alla luce dell'Unione economica e monetaria*, in *Giur. cost.*: 77 sgg.
- Di Lullo M. 2013, *Soggetti privati «pubbliche amministrazioni» ai sensi delle norme di contabilità e finanza pubblica*, in *Foro Amm.-CdS*: 3579 sgg.
- Giulietti W. 2014, *Fallibilità, situazione debitoria e responsabilità amministrativa nelle società pubbliche*, in <<https://www.giustamm.it>>.
- Lottini M. 2010, *Il mercato europeo. Profili pubblicistici*, Jovene, Napoli.
- Luciani M. 2013, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in <<https://www.cortecostituzionale.it>>: 25 sgg.

- Mercati L. 2014, *Armonizzazione dei bilanci pubblici e principi contabili*, in *Federalismi.it*: 1 sgg.
- Merusi F. 2015, *Divagazioni su di una pretesa nuova dogmatica del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 23.
- Perez R. 2013, *Conti uniformi e vincoli finanziari nel governo della finanza locale – Relazione tenuta al Convegno Ifel su “Armonizzazione dei bilanci e della contabilità locale”*, Roma 22 febbraio 2013, in <<https://www.astrid-online.it>>: 1 sgg.
- Piga F. 1988, *Coordinamento (Principio del)*, in *Enc. giur.*, IX, Treccani, Roma.
- Rivosecchi G. 2012, *Il coordinamento dinamico della finanza pubblica, tra patto di stabilità, patto di convergenza e determinazione dei fabbisogni standard degli enti territoriali*, in L. Cavallini Cadeddu (a cura di), *Il coordinamento dinamico della finanza pubblica*, Atti del Convegno di Cagliari 15-16 ottobre 2010, Jovene, Napoli: 45 sgg.
- 2013a, *Legge di bilancio e leggi di spesa tra vecchio e nuovo articolo 81 della Costituzione*, in *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità*, Atti Convegno Villa Monastero, 20-22 settembre 2012, Giuffrè, Milano: 381 sgg.
- 2013b, *Il coordinamento della finanza pubblica: dall’attuazione del Titolo V alla deroga al riparto costituzionale delle competenze?*, in <<https://www.issirfa.cnr.it>>: 1 sgg.
- Salerno G.M. 2007, *Alcune riflessioni sulla nuova costituzione finanziaria della Repubblica*, in *Federalismo fiscale*: 119 sgg.
- Sambucci L. 2014, *Autonomia contabile delle Regioni e armonizzazione dei bilanci pubblici: le tentazioni invasive dello Stato*, in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*: 1 sgg.
- Scoca F.G. 2005, *Le relazioni organizzative*, in *Diritto amministrativo*, Monduzzi, Bologna: 66 sgg.
- Torano V. 2013, *Contributo sulla definizione di «pubblica amministrazione» rilevante per l’applicazione delle disposizioni in tema di finanza pubblica*, in *Foro amm-CDS*: 1051 sgg.
- Tosato G.L. 2013, *La riforma costituzionale del 2012 alla luce della normativa dell’Unione: l’interazione fra i livelli europeo e interno*, in <<https://www.cortecostituzionale.it>>: 1 sgg.

PARTE SECONDA
I MODELLI ORGANIZZATIVI 'PUBBLICI':
UNIFICAZIONE E DISSOLUZIONE

L'ORGANIZZAZIONE CENTRALE DELLO STATO ED IL MODELLO MINISTERIALE

Anna Maria Chiariello

SOMMARIO – 1. Premessa. 2. L'organizzazione centrale dello Stato: il modello ministeriale e la legge Cavour. 3. Il post-Cavour fino all'epoca fascista. 4. L'epoca fascista. 5. L'avvento della Costituzione e la prima Repubblica. 6. Il trentennio successivo alla nascita della Costituzione e l'introduzione della dirigenza. 7. Gli anni Ottanta. 8. L'ondata riformatrice degli anni Novanta e la seconda Repubblica. 9. Tre Ministeri e la loro evoluzione negli ultimi centocinquanta anni. 9.1 Introduzione. 9.2 Ministero dell'Interno. 9.3. Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale. 9.4. Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali. – 10. Conclusioni e questioni aperte.

1. Premessa

Nel corso del tempo il modello ministeriale ha subito profonde trasformazioni che hanno interessato tutta la sua struttura, dal vertice alla base, talvolta anche in modo diverso da Ministero a Ministero. Infatti, quantunque i dicasteri siano parte dell'amministrazione centrale dello Stato e tutti facciano capo ad un ministro, e nonostante la tendenza sia ricondurli ad un unico corpo uniforme rispondente a un solo modello, tuttavia, presentano caratteristiche eterogenee.

Il tratto – o il 'problema dei problemi' – che più contraddistingue un Ministero dagli altri Ministeri, nonché dagli altri modelli di organizzazione amministrativa nati man mano nell'ordinamento italiano, è quello delle funzioni che esso svolge (Giannini 1955: 11 sgg.). Infatti, sulla matrice della diversa funzione affidata a ogni dicastero gli uffici vengono organizzati, il personale viene assegnato e distribuito, le dotazioni finanziarie vengono fissate e i procedimenti vengono ordinati.

2. L'organizzazione centrale dello Stato: il modello ministeriale e la legge Cavour

All'inizio degli anni Cinquanta dell'Ottocento, l'amministrazione del Regno Sabauda era organizzata in base a due modelli amministrativi: i Ministeri, cui era affidata la funzione di direzione, e le aziende, con funzione di esecuzione.

L'allora ministro delle finanze, Camillo Benso Conte di Cavour, colpito dal sistema parlamentare inglese, avviò una riforma amministrativa con l'intento di migliorare la gestione burocratica del Regno e di renderla più agile, totalmente controllata dal governo e capace di ricomporre la rigida separazione tra funzione di direzione e quella di esecuzione, coordinandole tra loro.

Così, sulla base dei principi cardine dell'uniformità amministrativa e della responsabilità ministeriale, la legge Cavour¹, ispirata allo schema francese napoleonico, ridisegnava l'amministrazione centrale statale, unificava le sue strutture secondo un assetto gerarchico-piramidale e prevedendo il Ministero quale un unico modello amministrativo del nostro ordinamento.

In tal modo venivano cancellate le aziende – che, in quanto pienamente autonome, avevano reso più difficile l'esplicarsi dell'azione amministrativa, rallentandola inopportuna – e, di conseguenza, importanti settori dell'amministrazione ad esse precedentemente affidati venivano ricondotti nell'ambito di controllo del ministro, nonché sotto la sua responsabilità politica.

Il modello prescelto dalla legge cavouriana, come detto, fu quello ministeriale, gerarchico e fortemente accentrato. Al vertice di ogni dicastero, il ministro, spina dorsale di tutta l'amministrazione e unica figura di rilevanza esterna, era insieme sia amministratore che politico in quanto tutte le funzioni amministrative erano concentrate nella responsabilità degli organi a titolarità politica.

Secondo il modello 'piemontese' l'attività di ogni Ministero poteva investire più rami definiti 'amministrazioni', i quali svolgevano le loro funzioni mediante uffici. Gli uffici relativi ad un medesimo ramo e dipendenti da un unico Ministero potevano essere riuniti in direzioni generali, variamente denominate a seconda delle amministrazioni che rappresentavano. Ogni direzione generale raccoglieva gli uffici dipendenti – sempre in base alle funzioni affidate a ogni ufficio – in ulteriori organismi, le divisioni, articolate, a loro volta, in una o più sezioni.

In realtà le direzioni generali costituivano una sorta di eccezione. Non tutti i Ministeri ne erano dotati e, dove assenti, era il segretario generale ad assumere la direzione di tutti gli uffici e di tutti gli affari, tranne quelli la cui trattazione era, dal ministro, riservata al suo gabinetto particolare.

Il segretario generale ed il segretario particolare del ministro erano figure fondamentali dell'amministrazione centrale. Il primo, considerato da Cavour indispensabile nel regime costituzionale, era un alto funzionario normalmente di origine politico-parlamentare istituito presso tutti i Ministeri e coordinava le direzioni generali e garantiva la continuità dell'azione amministrativa. Suo compito era «assicurare che le direttive politiche del ministro discendessero senza soluzione di continuità nei livelli sottostanti sino a raggiungere i gradini più bassi» (Melis, 1996: 27) e, perciò, veniva definito «vera cerniera tra politica ed amministrazione» (Spaventa, 1926: 42). Secondo il disegno cavouriano, le sue mansioni dovevano rientrare nel solo ambito amministrativo delle attività Ministeriali, anche se ad altissimo livello, in modo da lasciare quelle politiche al segretario particolare del ministro o al suo gabinetto.

Il secondo, invece, era incaricato della direzione dell'ufficio di gabinetto, posto alle dirette dipendenze del ministro che ne disponeva per la trattazione di af-

fari riservati. Il ministro poteva individuarlo tra i dipendenti del dicastero di un grado inferiore a quello di direttore capo divisione, con un'unica eccezione per i Ministeri 'politici', quello dell'interno e quello degli esteri, dove poteva essere scelto anche un esterno all'amministrazione.

Al di sotto del ministro e del segretario generale, la struttura burocratica era gerarchicamente organizzata per 'titoli' e 'gradi'. In particolare, il personale di ogni amministrazione si divideva in tre categorie: il personale direttivo, composto da direttori generali, direttori capi divisione e capi sezione; il personale esecutivo, formato da segretari e applicati; e infine il personale subalterno, di cui facevano parte uscieri capi, uscieri e inservienti.

Preoccupazione della riforma era anche garantire l'uniformità dell'organizzazione amministrativa centrale dello Stato e del suo modello ministeriale. A tale scopo si stabiliva che i Ministeri, e gli uffici al loro interno, dovevano essere ordinati «in modo uniforme quanto ai titoli, gradi e stipendi del personale»², e lo stesso anche le direzioni generali. Il Consiglio dei Ministri doveva provvedere a tale ordinamento mediante l'emanazione di un successivo regolamento approvato con decreto reale facente parte degli atti del governo. Eventuali variazioni dovevano effettuarsi nello stesso modo: era una sorta di norma di chiusura ad ulteriore tutela dell'omogeneità del modello.

Erano anni contrassegnati da repentini cambiamenti politico-legislativi e scanditi da importanti interventi legislativi, quale la legge per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia³ e quella sull'ordinamento giudiziario⁴. Terminava così un periodo storico rilevante per l'Italia, un periodo che consacrava l'esistenza di un sistema amministrativo accentrato di stampo franco-piemontese. Poco prima iniziava la storia dello Stato italiano, che non si affermò come 'nuovo', ma, seguendo la linea cavouriana, rimase nel solco della continuità istituzionale tra Regno di Sardegna e Regno d'Italia (Sandulli, Vesperini, 2011: 47 sgg.).

3. Il post-Cavour fino all'epoca fascista

Nonostante tentativi, peraltro falliti, di riformarlo, il modello cavouriano rimase indenne per circa un trentennio. Con l'avvento della Sinistra storica al governo e venendo meno quel legame osmotico tra ceto politico e ceto burocratico che caratterizzò i primi decenni del periodo unitario, si verificarono rilevanti mutamenti nel rapporto tra amministrazione e politica.

Tuttavia, solo col primo governo di Francesco Crispi, iniziato nel 1887, si ebbe una vera e propria riforma dell'assetto istituzionale dello Stato⁵. Venne sancito che il numero e le attribuzioni dei Ministeri dovevano essere stabiliti da decreti reali (compito ora della legge) e fu istituito presso ogni dicastero il sottosegretario di Stato, figura ispirata ai segretari parlamentari inglesi, abolendo in-

vece i segretari generali, fino ad allora punto di congiunzione tra apparati amministrativi e guida politica.

Il sottosegretario di Stato svolgeva sia funzioni politiche che amministrative⁶. Queste ultime trovavano il loro fondamento in una delega espressa del ministro ed in ciò si distinguevano da quelle esercitate dai segretari generali: non estendendosi pienamente all'intero coordinamento amministrativo del dicastero, la competenza del nuovo ufficio non era generale. Le funzioni politico-parlamentari, privilegiate rispetto a quelle amministrative, consistevano invece nella rappresentanza – mediante la discussione degli atti e le proposte del suo Ministero nel ramo del Parlamento cui apparteneva o, quale commissario regio, in quello di cui non faceva parte – del ministro in Parlamento o nel dicastero in caso di sua assenza o impedimento, col limite, espressamente previsto dalla legge, degli affari di comune o ordinaria amministrazione. Il sottosegretario, quindi, assumendo connotati più tipicamente politici, diventava un organo a misura del ministro, alla stregua sostanzialmente di un viceministro: ad esso infatti, mediante regolamento da approvarsi con decreto reale, udito il Consiglio dei Ministri, potevano essere conferite, nell'amministrazione del rispettivo Ministero, ulteriori attribuzioni indicate dal proprio ministro.

Appare chiaro che la linea crispina era favorire l'autonomia dell'esecutivo rispetto al Parlamento e un maggior controllo della classe politica sugli apparati amministrativi statali. Sostituendo ai segretari generali – più sensibili agli interessi dell'amministrazione – i sottosegretari di Stato – di stampo più marcatamente politico –, il governo, infatti, veniva dotato di una maggiore facoltà di intervento politico diretto sull'apparato burocratico. Nel frattempo l'amministrazione, dall'inizio degli anni ottanta, cominciava a concretizzarsi in maniera più complessa in ragione del consolidarsi delle direzioni generali: i direttori generali crescevano di importanza e di numero e il loro rapporto col ministro si faceva via via più stretto.

Seguì l'età giolittiana (dal 1892 al 1921). Da consumato esperto della macchina amministrativa, Giolitti scelse una strada diversa dal predecessore. Mentre Crispi puntò su radicali riforme legislative, il nuovo Presidente del Consiglio privilegiò l'ammmodernamento e la valorizzazione dell'amministrazione statale per renderla «meno lenta e più curante dei legittimi interessi dei cittadini» (Giolitti, 1954). A tal scopo, il suo governo, connotato dal moltiplicarsi delle funzioni in capo allo Stato, fu interessato da rilevanti novità e cambiamenti destinati a ripercuotersi nelle epoche successive.

Innanzitutto, aumentarono esponenzialmente dimensioni e funzioni dell'amministrazione, prevedendo, accanto alle funzioni essenziali, anche quelle sociali, con una corrispondente dilatazione della spesa pubblica. Poi, nei ruoli della dirigenza burocratica, agli impiegati e ai funzionari settentrionali si sostituì

la piccola e media borghesia meridionale, secondo quel processo di 'meridionalizzazione' della burocrazia statale che contribuì alla progressiva spaccatura tra nord e sud in Italia. Ancora, furono reintrodotte le aziende per la gestione delle ferrovie e delle poste e telefoni. Circa la struttura interna dei dicasteri, aumentarono i gabinetti Ministeriali, in quanto venne riconosciuta a ministri e sottosegretari di Stato la facoltà di costituirsi uno⁷.

Durante l'epoca giolittiana l'alta dirigenza amministrativa crebbe considerevolmente per potere e numero. Ad esempio, tra il 1886 e il 1914, i direttori generali furono quasi triplicati (da quindici passarono a trentanove). La ragione della crescita dell'influenza dei direttori generali e dei vertici burocratici si fondava, oltre che nell'aumento delle competenze statali, in una straordinaria professionalità che permise loro di entrare in forte sintonia con Giolitti – talvolta per questo criticato (Sepe, 1995: 184 sgg.) –, stringendovi un rapporto di fiducia reciproca, espressione del nuovo connubio tra vertice politico e vertice amministrativo.

Sostanzialmente, tuttavia, l'impalcatura burocratica tradizionale rimase invariata. Il numero dei Ministeri crebbe di poco: nacquero il Ministero delle colonie e quello delle poste e telegrafi, il Ministero del tesoro si separò dalle finanze, venne potenziato il grande Ministero economico dello Stato liberale, mentre il Ministero di agricoltura, industria e commercio fu diviso in due parti, l'una relativa all'agricoltura, e l'altra concernente l'industria, il commercio e il lavoro⁸.

4. *L'epoca fascista*

L'ideologia fascista era impregnata dallo scopo di rafforzare il potere del governo, considerato organo supremo, a scapito di quello del Parlamento e del Re. A tal fine, venne affermata la supremazia del primo ministro ('Capo del Governo Primo ministro Segretario di Stato'), costituendo un legame diretto tra questo e il Re sia mediante la nomina e revoca del primo da parte del secondo, sia stabilendo che il primo fosse responsabile solo di fronte al secondo. Veniva in tal modo implicitamente eliminato il voto di sfiducia al governo o, almeno, dell'obbligo dell'esecutivo di dimettersi per voto negativo del Parlamento⁹, con tutte le sue conseguenze.

Per lo stesso obiettivo, si incideva sul rapporto tra il capo del governo ed i suoi ministri, conferendo al primo un ruolo di superiorità assoluta mediante l'attribuzione di una serie di funzioni e poteri, quali ad esempio la possibilità di assumere la direzione di uno o più Ministeri, di delegare al sottosegretario di Stato parte delle attribuzioni del ministro, di proporre la costituzione e le attribuzioni dei Ministeri e di decidere gli oggetti ammessi all'ordine del giorno del Parlamento¹⁰. In definitiva, tutto il potere era concentrato nelle mani del capo

del governo, che lo gestiva e lo distribuiva a suo piacimento ai suoi ministri, relegandoli a meri subalterni e collaboratori: il primo ministro, l'unico investito della funzione di governo, non era più un *primus inter pares*.

Nell'ottica di potenziamento del governo, furono disciplinati gli strumenti a sua disposizione: gli venne attribuita la facoltà di emanare norme giuridiche mediante regolamenti di organizzazione, decreti legislativi e decreti legge. In particolare, il governo poteva emanare regolamenti in tre casi: per disciplinare l'esecuzione delle leggi, l'uso delle facoltà spettanti al potere esecutivo, e l'organizzazione e il funzionamento delle amministrazioni pubbliche, distinguendoli rispettivamente in regolamenti d'esecuzione, indipendenti e d'organizzazione¹¹. Attribuendo una base legislativa al potere regolamentare del governo (precedentemente riconosciuto dallo Statuto Albertino, fonte non legislativa) e disponendo positivamente quanto già faceva parte della prassi dell'epoca (Codacci Pisanelli, 1900: 33 sgg.; Zanolini, 1922: 17 sgg.), si stabiliva che con la stessa forma necessaria per l'emanazione dei regolamenti di esecuzione e delle norme necessarie per disciplinare l'uso delle facoltà spettanti al potere esecutivo – vale a dire con reale decreto, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri e udito il parere del Consiglio di Stato – potevano essere adottati i regolamenti per disciplinare, tra l'altro, l'organizzazione ed il funzionamento delle amministrazioni dello Stato, e ciò «quand'anche si tratti di materie sino ad oggi regolate per legge»¹². In tal modo si mettevano in concorrenza tra loro le diverse fonti in materia di organizzazione, dando luogo a potenziali fenomeni delegificanti e lasciando intendere la portata di questa norma (Ranelletti, 1926: 170 sgg.). Inoltre, i decreti legge si presentavano alla stregua di leggi provvisorie, dal momento che la loro vigenza durava fino a due anni dall'emanazione, reiterabili con successivi decreti. Veniva così sottratta l'esclusività del potere legislativo alle Camere, costrette a dividerlo con l'esecutivo, anche al di là della decretazione d'urgenza, e svilita la loro prerogativa in assenza di idonee garanzie di un loro intervento. Di fatto, invero, la normazione in tema di organizzazione veniva riservata all'esecutivo, capace di adottare regolamenti indipendenti, riservati o esclusivi, in posizione di parità rispetto alla legge (Nigro, 1966: 55 sgg.).

In seguito al primo conflitto mondiale, il regime fascista mise mano al modello ministeriale, accentuandone i tratti più tradizionali. Il ministro delle finanze dell'epoca, Alberto De Stefani, sulla base della legge delega 3 dicembre 1922, n. 1601, adottò una serie di decreti legislativi col duplice scopo di ridurre la spesa pubblica e ritornare a quella disciplina gerarchica perduta nel dopoguerra. Tra le misure introdotte, vennero accorpati alcuni dicasteri mediante fusione ed eliminati quelli minori sorti durante la Prima guerra mondiale (le c.d. 'bardature di guerra'). I Ministeri economici vennero ricondotti al Ministero dell'economia nazionale, i due dicasteri finanziari furono 'fusi' nell'unico Ministero delle

finanze, mentre il nuovo Ministero delle comunicazioni ricomprese quello delle poste e telegrafi, il commissariato straordinario per le ferrovie ed il commissariato per la marina mercantile. Fu introdotta la «burocrazia della cifra»: le ragionerie centrali dei Ministeri furono subordinate al rigido controllo della ragioneria generale dello Stato, frenando l'andamento dell'attività amministrativa, e un modello sotto molti profili assimilabile a quello militare fu applicato all'amministrazione. Negli anni Trenta nacquero nuovi dicasteri: quello dell'educazione nazionale, quello della cultura nazionale, quello dell'Africa italiana e quello delle corporazioni.

5. L'avvento della Costituzione e la prima Repubblica

La caduta del fascismo impose il riordino dell'organizzazione costituzionale ed amministrativa dello Stato su basi democratiche. All'uopo, negli anni Quaranta, furono costituite una I commissione Forti per la riforma dell'amministrazione (Allegretti, 2009: 18 sgg.) e una II commissione Forti per la riorganizzazione dello Stato, più spiccatamente politica e al cui centro della discussione vi fu il ruolo del Presidente del Consiglio (D'Alessio, 1949: 15 sgg.).

Il dibattito in assemblea costituente fu disorganico e, nella foga di scardinare l'apparato amministrativo fascista, si cadde nel vizio storico di una restaurazione pura e semplice del sistema previgente. Infatti, nella preoccupazione di ristabilire gli schemi garantisti travolti o trascurati dal precedente regime, nessuna delle due commissioni tenne conto di alcune priorità. Tra queste, ad esempio, vi era quella di ponderare più approfonditamente i nuovi e più ampi compiti dello Stato in ricostruzione e quella di considerare l'importanza dell'adozione di tecniche organizzative più elastiche ed aggiornate che l'assolvimento di tali compiti richiedeva.

I temi privilegiati dal Costituente furono invece quelli, pur rilevanti, della separazione dell'amministrazione dalla politica, tralasciando, in modo forse non lungimirante, la garanzia di un'efficace funzionalità dell'esecutivo. Mentre venne sancita la supremazia del Parlamento sul governo¹³, esigue furono le norme che la Costituzione del 1948 dedica all'esecutivo e inesistenti quelle sul rapporto tra i suoi membri e la funzione del primo ministro. Veniva stabilito che il governo è formato dal Presidente del Consiglio e dai ministri, che insieme costituiscono il Consiglio dei Ministri. Il Presidente del Consiglio viene nominato dal Presidente della Repubblica, che, su proposta del primo, nomina anche i ministri¹⁴. Veniva così consacrata la terza 'anima' dei ministri: organi politici e vertici dell'amministrazione, ma anche organi costituzionali.

Quanto ai modelli amministrativi, dal quadro normativo costituzionale ne emergono diversi, ma nessuno qualificabile come quello principale. L'articolo

95 descrive l'amministrazione come servente e strumentale rispetto al governo, disponendo che il Presidente del Consiglio dirige la politica generale del governo, ne è responsabile e mantiene l'unità di indirizzo politico ed amministrativo, promuovendo e coordinando l'attività dei ministri, ed altresì sancendo che ogni ministro è a capo di un dicastero ed è responsabile degli atti di questo. Dall'individuazione di una precisa responsabilità ministeriale sembra discendere l'introduzione della politica nell'amministrazione su cui il ministro, proprio in quanto responsabile, deve poter incidere. Il Governo, poi, insieme al Parlamento, esprime un indirizzo politico e amministrativo. Infine, viene posta una riserva di legge in materia di organizzazione, attribuzioni e numero dei Ministeri.

Il successivo articolo 97 propone un diverso schema. Anche tale disposizione contiene una riserva di legge, questa volta in materia di pubblici uffici, i quali devono essere organizzati secondo i principi del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione, in modo da sottrarre quest'ultima al controllo politico del governo, ma la legge deve limitarsi a dettarne regole sulla sua organizzazione. Tuttavia non risultava «affatto chiara la distinzione tra amministrazione e politica» (Casetta, 2014: 33 sgg.). Il disegno è quello di un'amministrazione indipendente dal governo, legittimata dalla sua efficienza e imparzialità, esplicando la riserva un compito fondamentale nell'economia dei rapporti tra Parlamento e potere esecutivo circa la titolarità dell'attività di indirizzo, ponendo il primo in posizione di supremazia rispetto al secondo. Nondimeno, l'articolo 97 e la portata della sua riserva non possono essere considerati isolatamente, ma è necessario inserire tale particolare disciplina nel sistema complessivo dei rapporti esistenti nel nostro ordinamento fra parlamento e potere esecutivo sul campo della titolarità della funzione di direzione politico-amministrativa (Nigro, 1966: 61 sgg. e 167 sgg.).

Nonostante l'esiguità delle disposizioni che la Carta riserva all'organizzazione amministrativa, esse sono sufficienti per ritenere superato il modello statocentrico e monocentrico e consentire la costruzione di un nuovo modello pluralistico.

Il quadro delineato dalla Carta comportava in sostanza la fine dell'apparato amministrativo come irresponsabile, non implicato nelle decisioni, interamente assorbito dal ministro. L'avvento del policentrismo consentiva la realizzazione di una struttura articolata degli stessi apparati centrali, configurabile mediante il trasferimento delle competenze ad organi burocratici, retti da dirigenti direttamente responsabili ed in posizione di sufficiente dipendenza.

Dal 1865 il panorama amministrativo italiano aveva subito lente trasformazioni, ma il suo modello organizzativo conservava molti caratteri primitivi. Mentre da una parte i Ministeri erano sempre più statici, dall'altra la fuga dall'amministrazione cominciata con Giolitti sfociava verso un nuovo modello, quello per enti, che iniziarono a moltiplicarsi, determinando un ordinamen-

to a «composizione multipla» (Zagrebelsky, 1992: 213 sgg.; Rossi, 1991)¹⁵. Le funzioni amministrative aumentavano quantitativamente e qualitativamente e si ricorreva sempre più all'affidamento della gestione dei servizi pubblici ad apparati amministrativi. Gli apparati degli enti territoriali, pur non più ritenuti dello Stato, ne subivano comunque una forte ingerenza in quanto a indirizzo, controlli e fonti di finanziamento, configurandosi un modello amministrativo statocentrico, burocratico, gerarchico, con apparati uniformi per morfologia e struttura (Mazzaroli *et al.*, 2005: 294 sgg.).

6. Il trentennio successivo alla nascita della Costituzione e l'introduzione della dirigenza

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione, continuò la discussione in merito alla riforma amministrativa. Il tema venne affrontato, tra l'altro, da un apposito ufficio costituito in seno alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, l'ufficio per la riforma dell'organizzazione – il futuro dipartimento della funzione pubblica –, la cui responsabilità venne affidata al sottosegretario Roberto Lucifredi. L'obiettivo era razionalizzare gli uffici amministrativi, rendendo la loro attività più snella e veloce, ma restando all'interno di un sistema rigido ed accentratore. Tuttavia, a lungo non si ebbero interventi significativi in tal senso, ma solo tentativi sterili, in quanto i Ministeri erano considerati come un unico modello uniforme, non comprendendo la reale diversità esistente tra di essi e non afferrando la centralità del problema delle funzioni (Giannini, 1979: 289 sgg.).

Finalmente, nel 1972, ci fu il primo riconoscimento legislativo dell'esigenza di inserire nell'impiego pubblico una categoria di prestatori di lavoro avente le caratteristiche dei dirigenti di cui all'art. 2095 c.c. mediante l'introduzione, nelle carriere direttive, di tre qualifiche dirigenziali: quelle di dirigente generale, dirigente superiore e primo dirigente (Bachelet, 1975: 596 sgg.)¹⁶.

Per la prima volta dalla riforma cavouriana, si aprì una breccia nelle granitiche mura dell'unità ministeriale, in direzione del riconoscimento di un autonomo rilievo alla dirigenza. Infatti, mediante la costituzione di tale nuovo corpo di collaboratori del vertice politico con competenze proprie ed autonome e maggiore responsabilità si voleva sia sottrarre l'alta burocrazia alla piena dipendenza gerarchica dal ministro nell'ottica di una maggiore separazione della politica dall'amministrazione, sia snellire il lavoro statale. Ai dirigenti furono affidate infatti – oltre ad attribuzioni ad essi delegate dal ministro o, con la sua approvazione, dal rispettivo superiore gerarchico – proprie funzioni, cd. «attribuzioni particolari»¹⁷, esercitabili a titolo personale mediante provvedimenti definitivi e non a seguito di una delega del ministro, pur limitandole a un elenco tassativo di materie.

Nonostante gli sforzi, la riforma non ebbe gli effetti sperati. Si trattava invero di una novità più formale che sostanziale e la nuova figura del dirigente era ambigua, non sufficientemente differenziata dalle altre qualifiche della carriera direttiva e non abbastanza autonoma dagli organi politici. La riforma perdeva molto di significato col circoscrivere il decentramento funzionale ai soli provvedimenti vincolati, di volta in volta individuati dai dicasteri corrispondenti, lasciando saldamente nelle mani dei vertici politici gli atti discrezionali, cioè quelli in cui si sostanzia il potere di imperio dello Stato nei confronti dei cittadini e l'effettiva capacità di cura degli interessi pubblici (D'Alberti, 1990: 1 sgg.; Colapietro, 1990: 126 sgg.; Turchia, 2000: 125 sgg.). Il fatto che da una parte gli organi politici opponevano forti resistenze a ogni diminuzione del loro potere, mentre dall'altra i dirigenti mancavano della forza e della preparazione per far valere adeguatamente le loro ragioni, determinò che solo un'esigua parte delle funzioni indicate, e soltanto quelle di minor carica incisiva, vennero effettivamente trasferite alla dirigenza. I ministri restavano dunque i dominatori assoluti della macchina amministrativa, senza temere rivali. Malgrado ciò, la riforma del '72 fu certamente il segno che un cambiamento nell'amministrazione stava finalmente muovendo i primi passi.

7. Gli anni Ottanta

Il dibattito sulla riorganizzazione dell'amministrazione statale si vivacizzò negli anni Ottanta¹⁸, quando si sentì la forte esigenza di frenare il dilagante moto espansivo della macchina pubblica.

Innanzitutto, il legislatore intervenne in materia di attività di governo e di ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri, fino ad allora priva di una propria disciplina legislativa e finalmente dotata di una struttura organizzativa con dipartimenti e uffici¹⁹. Si stabiliva la possibilità di istituire ministri senza portafoglio, membri del governo con compiti politici ma senza la responsabilità di un Ministero: nominati con decreto del Capo dello Stato, su proposta del Consiglio dei Ministri, essi possono esercitare con delega le funzioni del Presidente del Consiglio, sentito il Consiglio stesso, ed essere posti a capo dei dipartimenti della Presidenza del Consiglio²⁰.

Uno o più sottosegretari – la legge non ne fissava il numero –, con funzione di coadiuvare il ministro ed esercitare i compiti loro delegati con decreto ministeriale, potevano essere nominati con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto col ministro che il sottosegretario coadiuverà, sentito il Consiglio dei Ministri, configurando un legame di natura strettamente fiduciaria tra il sottosegretario e il ministro che ne chiede la nomina. Oltre al sottosegretario di Stato nominato segre-

tario del Consiglio dei Ministri, possono essere nominati presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri altri sottosegretari per lo svolgimento di determinati compiti e servizi. La legge sull'organizzazione dei Ministeri determina il numero e le attribuzioni dei sottosegretari ed entro tali limiti i sottosegretari sono assegnati alla Presidenza del Consiglio dei Ministri ed ai Ministeri.

I ministri, detentori della responsabilità politica e dei poteri di indirizzo politico, possono attribuire a non più di dieci sottosegretari il titolo di vice ministro, se ad essi sono conferite deleghe relative ad aree o progetti di competenza di una o più strutture dipartimentali oppure di più direzioni generali. I vice ministri possono partecipare alle sedute del Consiglio dei Ministri quando invitati per riferire su argomenti e questioni circa la materia loro delegata, ma non hanno diritto di voto. Ancora, furono indicate le funzioni del Consiglio dei Ministri, quali quella di indirizzo politico e quella normativa, nonché i poteri di indirizzo e coordinamento e quelli di annullamento di ufficio di atti amministrativi²¹.

Infine, la legge menzionata disciplinava in modo organico la potestà regolamentare e rimandava a un regolamento²² da emanare con decreto del Presidente della Repubblica l'organizzazione ed il funzionamento delle amministrazioni pubbliche secondo le disposizioni dettate dalla legge. L'intento del legislatore del 1988 era quello di rendere riconoscibili gli atti normativi del governo e dei singoli Ministeri, differenziandoli per chiari connotati formali dagli atti amministrativi a contenuto generale. La materia regolamentare venne articolata in quattro tipi di regolamenti – esecutivi, attuativi ed integrativi, indipendenti e di delegificazione – cui vanno aggiunti quelli di organizzazione e quelli in tema di rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti.

L'entrata in vigore di tale disciplina permise di superare ogni questione circa la sopravvivenza della legge n. 100/1926, sostituendola, nonché fu una valida risposta all'esigenza di razionalizzare il settore, in cui le incertezze avevano dato ampio spazio a prassi largamente favorevoli all'esecutivo.

8. L'ondata riformatrice degli anni Novanta e la seconda Repubblica

L'esplosione del debito pubblico e il dissesto economico che imperversò in Italia all'inizio degli anni Novanta, nonché la crisi di fiducia nelle istituzioni dovuta allo scandalo di tangentopoli imposero immediati e ravvicinati interventi riformatori. Il panorama amministrativo centrale dell'epoca invero era caratterizzato da un'irrazionale distribuzione dei compiti e delle funzioni tra i Ministeri, con conseguenti sovrapposizioni e duplicazioni, nonché vuoti di competenza e dispersione di risorse e col risultato di un sistema inefficiente, conflittuale e mal coordinato.

Inoltre i Ministeri si presentavano disomogenei tra loro per dimensione e struttura organizzativa interna. Riguardo a tale secondo profilo, le differenze si potevano cogliere sia a livello di *staff*, che di *line*. Relativamente al livello di *staff*, l'ufficio legislativo era normalmente parte del gabinetto del ministro. Tuttavia, poteva accadere che fosse autonomo, come nel Ministero di grazia e giustizia e in quello dell'industria, del commercio e dell'artigianato, o che non esistesse affatto, come per il Ministero della difesa. A livello di *line*, erano previste diverse strutture organizzative – dai dipartimenti alle direzioni generali, dagli ispettorati ai servizi, alle divisioni e agli uffici – variamente collegate col Ministero di appartenenza.

Circa le dimensioni dei Ministeri, il quadro era molto eterogeneo: alla fine del 1992, dei diciannove Ministeri esistenti, nove contavano meno di 5.000 dipendenti, di cui quattro meno di 600, sei superavano quota 20.000, e i rimanenti quattro si posizionavano nel mezzo²³.

All'ondata riformatrice presero parte il primo programma generale di razionalizzazione del settore pubblico, con cui, tra l'altro, si conferiva al governo una delega, da esercitare entro nove mesi, per «riordinare, sopprimere e fondere i Ministeri» e per unificare talune funzioni ad essi affidate²⁴, e l'importante revisione della materia del pubblico impiego²⁵. Veniva privatizzato il rapporto di lavoro della generalità dei dipendenti pubblici e dei dirigenti non generali, incaricati della gestione amministrativa, al fine di accrescere l'efficienza delle amministrazioni e razionalizzare il costo del lavoro pubblico. Si parlò per la prima volta di speditezza, economicità e trasparenza, operandosi la fondamentale cesura tra potere politico e potere gestionale. Venivano fissati gli aspetti caratterizzanti della nuova dirigenza pubblica: i dirigenti assumevano un'autonoma legittimazione e una diretta responsabilità per la gestione amministrativa cui erano chiamati. I ministri dovevano di impartire le direttive, peraltro a lungo non adottate, e i dirigenti osservarle, fermo il potere di sanzionare il dirigente inadempiente con congrua motivazione.

Tale riforma mirava inoltre ad accentuare il ruolo della contrattazione collettiva e individuale, avvicinandosi al modello del lavoro privato. Il rapporto di lavoro veniva sorretto dai principi di responsabilità e collaborazione, flessibilità dell'orario di lavoro, limite trimestrale per l'affidamento di mansioni superiori, mobilità e pari opportunità. Vennero introdotti nelle amministrazioni i servizi di controllo interno, detti 'nuclei di valutazione', per la valutazione dei risultati e per verificare l'imparzialità e il buon andamento dell'azione amministrativa, lasciando ai dirigenti l'adozione di misure idonee a consentire la rilevazione e l'analisi dei costi e dei rendimenti dell'attività amministrativa, della gestione e delle decisioni organizzative. Furono ampliate le responsabilità dei dirigenti e fu introdotto il principio fondamentale della separazione tra funzioni

di indirizzo e quelle di gestione. Lo Stato contava sulla dirigenza, quale categoria da cui attingere per condurre un'amministrazione riformata e più efficiente e a tal fine venne sancita la responsabilità di risultato.

Tuttavia, prima ancora che fosse completata la fase transitoria della 'prima' privatizzazione del rapporto di lavoro dei dirigenti pubblici, il legislatore, per non rischiare di vedere compromessi gli effetti del processo riformatore intrapreso, intervenne nuovamente per portarlo a compimento.

La prima legge che prende il nome dall'allora ministro per la funzione pubblica, Franco Bassanini – cui poi ne seguirono altre due²⁶ –, viene definita come 'seconda' privatizzazione del pubblico impiego e avviava un complessivo riordino dell'amministrazione pubblica, teso alla revisione degli apparati Ministeriali, alla semplificazione e al decentramento delle funzioni amministrative. Con le tre leggi Bassanini iniziò inoltre l'epoca del cd. 'federalismo amministrativo' che ha attribuito funzioni amministrative a Regioni e enti locali e ha delegato il governo ad adottare provvedimenti per la soppressione e la fusione di Ministeri, mutando il ruolo dello Stato che da amministrazione diretta veniva ridimensionato a una funzione di indirizzo e coordinamento, a favore di una distribuzione di compiti e funzioni tra i vari livelli di governo²⁷.

Principio cardine di tali riforme era la distinzione, a tutti i livelli di governo, fra attività di indirizzo politico e attività di gestione, tenendo conto soprattutto dei tre principi costituzionali della democrazia, dell'imparzialità e del buon andamento dell'amministrazione.

Tali novità si ripercossero anche sulla disciplina della dirigenza pubblica, che, in particolare con l'intervento del legislatore del 1998²⁸, veniva sostanzialmente precarizzata. Infatti veniva esteso il regime di diritto privato del rapporto di lavoro anche ai dirigenti generali delle pubbliche amministrazioni, esclusi dalla 'prima' privatizzazione, e si introduceva per le figure apicali una sorta di *spoils system* in coincidenza con la formazione del nuovo governo.

Col fine di far valere la diretta responsabilità dei dirigenti per ciò che si impegnavano col contratto a realizzare e di garantire una maggiore imparzialità, i loro contratti dovevano specificare gli obiettivi e i risultati dell'attività amministrativa ed ai ministri fu vietato di occuparsi della gestione quotidiana dell'amministrazione. Questa veniva affidata ai soli dirigenti, i quali avevano incarichi temporanei, da un minimo di due a un massimo di sette anni. In tal modo si voleva verificare i risultati ottenuti, per decidere se confermare o revocare i dirigenti (D'Auria, 2002: 853 sgg.). Tuttavia, la mancanza di una precisa attuazione della nuova disciplina fece perdere il significato della congrua motivazione prevista. I vertici politici si vedevano quindi restituito il potere di nominare, rinnovare o revocare, in sostanza a loro discrezione, i dirigenti di vertice, con conseguente perdita di autonomia e imparzialità da parte dell'alta burocrazia stata-

le, che correva il rischio di essere emarginata se non allineata ai desideri del vertice politico di riferimento.

In tale panorama, si fece presto sentire l'esigenza di un testo unico in grado di raccogliere la normativa relativa ai rapporti di lavoro del personale contrattualizzato dipendente dalle amministrazioni pubbliche. Fu quindi emanato un decreto legislativo, il quale, tra l'altro, stabiliva che i rapporti di lavoro della generalità dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche – salvo alcune significative eccezioni – sono regolati dalla disciplina civilistica del lavoro pubblico²⁹.

Analizzando la disciplina della dirigenza così formatasi, sua prima preoccupazione era garantire adeguatamente la separazione tra politica e amministrazione. In tal senso, da una parte si disponeva che gli organi di governo esercitano le funzioni di indirizzo politico amministrativo, definendo obiettivi, priorità, programmi e direttive generali per l'azione amministrativa e per la gestione, insieme all'individuazione delle risorse umane, materiali ed economico finanziarie da destinare alle varie finalità. Dall'altra, si stabiliva che i dirigenti sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei risultati corrispondenti, e sono demandati della cura in concreto degli interessi pubblici, secondo gli indirizzi e gli obiettivi fissati dagli organi politici. Ancora, questi ultimi non possono revocare, riformare, riservare o avocare i provvedimenti o gli atti di competenza dei dirigenti, accentuando la limitazione funzionale degli organi di direzione politica rispetto alla gestione amministrativa³⁰. In quanto alle risorse per l'attività di gestione, la dirigenza generale deve utilizzare quelle previste nelle unità previsionali di base, ripartite in modo che a ogni unità corrisponda un unico centro di responsabilità amministrativa, secondo il principio per cui il gestore è responsabile delle risorse assegnategli congiuntamente agli obiettivi da realizzare.

Non può dirsi che l'obiettivo della riforma di garantire la separazione tra politica e amministrazione fosse stato raggiunto compiutamente. Invero, attribuendo all'organo politico il potere di scelta nel conferire e revocare gli incarichi dirigenziali di vertice e di verifica della rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti, lo stesso manteneva una forte influenza sulla dirigenza. Inoltre, lo *spoils system* contribuì a rafforzare il vincolo tra tali due figure.

L'anno successivo fu modificata nuovamente la materia della dirigenza pubblica: fu prevista la possibilità di mobilità tra il settore pubblico e quello privato e all'interno dello stesso settore pubblico, introducendo la figura del vice-dirigente³¹ e orchestrando un gioco di bilanciamenti che propendeva pericolosamente verso un ulteriore consolidamento del rapporto tra ministro e dirigenza. Nonostante l'obiettivo iniziale di tale nuova riforma sembrava quello di apportare alcune, seppur rilevanti, modifiche alla disciplina sulla dirigenza, il risultato

finale fu di introdurre una normativa pressoché totalmente nuova e autonoma da quella dell'anno precedente e che ne accentuò gli errori. Invero, la riforma era più ambiziosa di quel che appariva, intervenendo «in misura determinante su alcuni nodi essenziali [...], finendo per incidere, in modo più o meno esplicito, sulla stessa ratio delle innovazioni intervenute negli anni precedenti, [...] messe in discussione in molti dei loro aspetti più qualificanti» (Talamo, 2005: 409 sgg.). Se lo scopo del legislatore era quello di ridefinire il difficile punto di equilibrio tra politica e amministrazione, riflesso nel particolare tra l'organo di governo ed i dirigenti, l'esito fu, tuttavia, quello di una notevole preponderanza del primo, apprezzabilmente rafforzato a scapito di un corrispondente indebolimento dell'autonomia dei secondi, la cui posizione venne 'precarizzata', in particolare a causa di una sorta di 'generalizzazione' retroattiva dello *spoils system*. Invero, tra le novità della nuova disciplina si annoverano l'eliminazione del contratto e il ritorno al provvedimento amministrativo per individuare l'oggetto, gli obiettivi e la durata di ogni incarico dirigenziale, l'elisione del termine minimo di due anni di durata degli incarichi – aumentando la connotazione fiduciaria delle nomine e quindi diminuendo l'autonomia e l'imparzialità dei dirigenti, non tutelati di fronte a un potere politico non più obbligato a motivare la revoca del rapporto di ufficio dei dirigenti in base alla loro performance: la realizzazione di un integrale *spoils system* nei confronti dei dirigenti di vertice, autorizzando di fatto i ministri a liberarsi di quelli nominati dal governo precedente. Tale istituto prevedeva – e prevede ancora oggi – infatti la cessazione automatica, entro novanta giorni dal voto di fiducia al governo, degli incarichi di segretario generale di Ministeri, di direzione di strutture articolate in uffici dirigenziali generali, e la facoltà di confermare, revocare, modificare o rinnovare, entro sei mesi dalla fiducia al governo, gli organi di vertice degli enti pubblici, delle società controllate o partecipate dallo Stato, delle agenzie o di altri organismi, nominati dal governo o dai ministri nei sei mesi precedenti la scadenza naturale della legislatura o nel mese antecedente lo scioglimento anticipato delle due Camere³².

Appare evidente che in tal modo i dirigenti furono relegati in posizione di debolezza istituzionale rispetto alla politica, legati a questa da un rapporto fidelitario. Il dirigente era consapevole di dover rispondere a un vertice politico di durata quinquennale – mentre la durata massima della sua carica era di tre anni (la durata media di un dirigente risultò di due anni, ma talvolta accadeva che rimanessero in carica anche per soli cinque o sei mesi) – e che quindi doveva essere confermato dallo stesso ministro che lo aveva nominato la prima volta. Era inevitabile la soggezione del primo nei confronti del secondo, da ritenere ancor più grave in quanto mentre sui dirigenti ricade la responsabilità contabile, penale e amministrativa, il ministro veniva deresponsabilizzato rispetto a decisioni indi-

rettamente prese, senza considerare i riflessi di tale meccanismo su nomine e selezioni operate dai dirigenti, i quali utilizzano lo stesso metodo 'fidelitario'. Non sorprende quindi che a seguito della riforma, circa un quarto dei dirigenti generali (115 su 445) non sono stati confermati e sono stati destituiti dal loro incarico.

Quanto all'organizzazione dei Ministeri, se ne operò una complessiva revisione³³ secondo il principio di flessibilità della stessa, mediante un'ampia delegificazione in materia, salvo per quanto riguardava il numero, la denominazione, le funzioni dei Ministeri e il numero delle loro unità di comando. L'idea che permea tutta la riforma è conferire ai Ministeri le funzioni di settore e accorparne le competenze, riducendoli di numero – da diciotto a dodici³⁴ – con fusioni, razionalizzazioni e soppressioni, e rimodellandoli su singole unità di comando limitate e ben identificate, e cioè dipartimenti, direzioni generali e segretariati generali. Venne infatti introdotta – per la prima volta in modo sistematico – l'organizzazione per dipartimenti piuttosto che per direzioni generali. Queste dovevano agire in settori specifici di competenza di un Ministero, svolgendo funzioni finali o strumentali, attribuite alla responsabilità dei direttori generali. In tale primo modello permaneva obbligatoriamente la figura del segretario generale, operante alle dirette dipendenze del ministro e legato a questo da un rapporto fiduciario con compiti strumentali alle sue funzioni di indirizzo politico, quali assicurare il coordinamento dell'azione amministrativa, provvedere all'istruttoria per l'elaborazione degli indirizzi e dei programmi di competenza del ministro, coordinare gli uffici e le attività del Ministero, vigilare sulla loro efficienza e sul loro rendimento e riferirne periodicamente al ministro³⁵.

Nel modello per dipartimenti, invece, questi dovevano garantire l'esercizio organico ed integrato delle funzioni del Ministero. Nel dettato normativo, i dipartimenti operano in grandi aree di materie omogenee, dispongono di tutte le risorse strumentali necessarie al conseguimento dei propri fini, sono titolari dei compiti appunto strumentali e sono affidati alla responsabilità di un capo dipartimento. Quest'ultimo è incaricato del coordinamento, della direzione e del controllo degli uffici di livello dirigenziale generale compresi nel dipartimento stesso, al fine di assicurare la continuità delle funzioni dell'amministrazione e una maggiore integrazione interna sui servizi e sulle politiche di riferimento, ed è responsabile dei risultati complessivamente raggiunti dagli uffici da esso dipendenti, in attuazione degli indirizzi del ministro. La struttura interna dei dipartimenti, poi, veniva articolata in direzioni generali – oltre che in uffici, direzioni centrali, divisioni, reparti, e servizi – e non poteva comprendere un segretario generale che, se già esistente, doveva essere soppresso e i suoi compiti dovevano essere distribuiti tra i capi dipartimento³⁶.

Il ministro continuava ad avere la direzione e la responsabilità politica del dicastero cui era preposto e svolgeva anche funzioni politico-amministrative avva-

lendosi di uffici di diretta collaborazione. Composti da personale reclutato con ampia discrezionalità anche al di fuori dell'amministrazione, tali uffici dovevano coadiuvare il ministro nell'esercizio delle sue funzioni, connotandosi quali uffici di raccordo tra direzione politica e amministrazione e traducendo in obiettivi e programmi gli indirizzi politici³⁷. Si abbandonava così la risalente tradizione dell'uniformità e ripetitività degli schemi strutturali degli apparati organizzativi, in favore di un disegno del Ministero reso variabile con la previsione o meno di segretario generale, dipartimenti e uffici di diretta collaborazione.

Quale risultato, nove dicasteri vennero organizzati secondo il modello dipartimentale (interno, giustizia, economia e finanze, attività produttive, politiche agricole e forestali, ambiente e tutela del territorio, infrastrutture e trasporti, lavoro salute e politiche sociali, istruzione università e ricerca), mentre i restanti tre per direzioni generali con un segretario generale (affari esteri, beni e attività culturali e difesa). Tuttavia, il disegno previsto da tale normativa non venne mai attuato nella sua versione originaria. Infatti, interventi legislativi successivi eliminarono la distinzione tra Ministeri ordinati per dipartimenti e Ministeri ordinati per direzioni generali e stabilirono che le strutture di primo livello sono alternativamente i dipartimenti o le direzioni generali. In tale secondo caso è possibile, e non più obbligatoria, l'istituzione dell'ufficio del segretario generale³⁸.

Con successivo intervento normativo³⁹ si razionalizzò l'ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri, di cui il presidente si avvale per l'esercizio delle autonome funzioni di impulso, indirizzo e coordinamento attribuitegli dalla Costituzione e dalle leggi. L'organizzazione della presidenza tiene conto dell'esigenza di assicurare, anche tramite il collegamento funzionale con le altre amministrazioni interessate, l'unità di indirizzo politico ed amministrativo del governo. Venne inoltre previsto un dipartimento della Presidenza del Consiglio, di cui il presidente si avvale per il coordinamento, nella predisposizione della normativa comunitaria, delle amministrazioni statali competenti per settore, delle Regioni, degli operatori privati e delle parti sociali interessate, di intesa col Ministero degli affari esteri, in sede di Unione europea⁴⁰.

In seno alla Presidenza del Consiglio fu previsto anche il dipartimento per gli affari giuridici e legislativi, struttura deputata al coordinamento dell'attività normativa del governo per garantire la valutazione d'impatto della regolazione, la semplificazione dei procedimenti, la qualità del linguaggio normativo, l'applicabilità dell'innovazione normativa e la valutazione degli effetti finanziari. Tale dipartimento, in collaborazione col dipartimento della Presidenza del Consiglio, è incaricato altresì di assicurare, quanto al processo di formazione ed attuazione in sede nazionale della normativa comunitaria, l'esame preliminare della situazione normativa ed economica interna e la valutazione delle conseguenze dell'introduzione di norme comunitarie sull'assetto interno⁴¹.

In sostanza, con gli interventi legislativi di fine anni novanta il modello ministeriale venne reso omogeneo con la Presidenza del Consiglio, concepita quale struttura deputata all'esercizio di funzioni proprie da parte del Presidente del Consiglio nell'intento di farne una 'cabina di regia' della politica governativa sul modello di altre esperienze europee.

9. Tre Ministeri e la loro evoluzione negli ultimi centocinquanta anni

9.1 Introduzione

Alla luce di quanto esposto, per dar conto delle numerose modifiche che caratterizzarono e caratterizzano la storia dei singoli Ministeri, si ritiene esplicitiva una ricognizione dell'evoluzione di cui tre di essi sono stati protagonisti negli ultimi centocinquanta anni

9.2 Ministero dell'Interno

Il Ministero dell'Interno è un caso esemplare di come il sistema ministeriale si sia evoluto nell'arco dell'ultimo secolo e mezzo, passando da un modello fortemente accentrato a una progressiva accentuazione dei poteri delle amministrazioni locali.

La sua speciale centralità nel nostro ordinamento è dovuta, da una parte, all'ampio ventaglio delle sue attribuzioni, e, dall'altra, alla consuetudine – conservatasi fino al secondo dopoguerra, salvo poche eccezioni – del Presidente del Consiglio di turno di riservare a sé il portafoglio dell'Interno.

Al momento dell'unificazione, le classi dirigenti, poste di fronte al problema di garantire la sopravvivenza del giovane Stato, decisero di estendere a tutta la penisola il modello amministrativo vigente nel Regno Sardo Piemontese, modello di cui l'Interno fu il garante e il custode più vigile. Le funzioni del Ministero e le attribuzioni dei suoi funzionari di vertice in periferia – i prefetti, organi incaricati di assicurare la presenza dello Stato anche negli angoli più lontani del paese – furono quindi espressione di un profilo istituzionale fortemente centralizzato (Porrini, 1900: 646 sgg.; Tosatti, 1992: 37 sgg.).

Durante il primo cinquantennio unitario l'assetto organizzativo dell'Interno – che prima dell'unificazione italiana, riprendeva nelle sue linee essenziali l'organizzazione ministeriale disegnata da Cavour, vale a dire una struttura col ministro al vertice, il segretario generale e le divisioni (le direzioni generali non esistevano)⁴² – subì numerosi cambiamenti. Basato sulla disciplina dettata dalla legge del 1853 e dal regolamento attuativo del 23 ottobre dello stesso anno, il dicastero in parola ebbe il suo primo ordinamento successivo all'Unità con i

‘decreti di ottobre’⁴³, di stampo marcatamente accentratore, adottati dall’allora vertice politico Bettino Ricasoli per rimediare all’inefficiente andamento della macchina statale. Il segretariato generale fu abolito e le sue competenze vennero ripartite in quattro nuove direzioni generali – centrale, pubblica sicurezza, amministrazione comunale e provinciale, opere pie e sanità, e infine carceri, la quale sostituì l’ispettorato generale delle carceri – suddivise in divisioni, a loro volta formate da sezioni, mentre fu assicurata la conservazione del gabinetto particolare del ministro.

Negli anni successivi furono cancellate prima la direzione generale centrale e quella per l’amministrazione comunale e poi anche quella di pubblica sicurezza, lasciando in vita soltanto quella delle carceri, mentre fu ricostituita la figura del segretario generale⁴⁴.

Da tali ultimi rapidi cambiamenti emerge l’avvicinarsi delle figure del segretario generale e delle direzioni generali (Randeraad, 1989: 218 sgg.), dando evidenti segni di incompatibilità reciproca: il primo fu abolito per poi essere ricostituito, le seconde vennero progressivamente ridimensionate.

Inizialmente, invero, le direzioni generali furono privilegiate, in quanto ritenute idonee a garantire stabilità nell’indirizzo degli uffici amministrativi. Il segretario generale invece era considerato quale eccessivo contrappeso al ministro. In tale ottica, le direzioni generali, formate da funzionari di carriera, si diffuse, accentuando il carattere tecnico e l’autonomia dell’amministrazione. In un secondo tempo, però, tale autonomia destò la preoccupazione che le direzioni generali potessero rappresentare un pericolo per la responsabilità del ministro. Per evitare ciò, fu ritenuto opportuno spostare il centro dell’organizzazione ministeriale e molte competenze sulla figura del segretario generale, quale intermediario tra vertice politico ed amministrazione. Da una vocazione prettamente amministrativa voluta dalla riforma cavouriana, il segretario generale assumeva poco a poco caratteristiche spiccatamente politiche, tanto che il suo ruolo venne spesso svolto da parlamentari più che da funzionari della carriera. La conseguenza fu che il segretariato generale cambiò continuamente i titolari, in corrispondenza della sorte e della volubilità dei ministri.

Modifiche puntuali e frammentate dell’organizzazione degli uffici centrali continuarono, finché, nel dicembre del 1866, l’apparato centrale fu riorganizzato con una riforma più vasta e duratura⁴⁵. La denominazione di ‘direzioni generali’ venne sostituita da quella di ‘direzioni superiori’, le quali, nel numero di tre (amministrazione civile, pubblica sicurezza e carceri), affiancavano il segretariato generale. Tuttavia, ebbero vita breve – l’ultima scomparve nel 1870 – in quanto presto furono ritenute prive di effettiva utilità (Tosatti, 1992: 39 sgg.).

Negli anni settanta, la complessità della situazione politica aumentò l’urgenza di garantire la gestione degli affari interni. In tal senso il legislatore operò fre-

neticamente e il ministro Lanza apportò numerosi cambiamenti nell'organizzazione degli uffici. Tra gli interventi più significativi si ricorda l'istituzione di un servizio ispettivo amministrativo e della direzione di sanità pubblica.

Nel 1877 venne soppresso il Ministero dell'agricoltura, dell'industria e del commercio. Le relative competenze vennero attribuite ad altri dicasteri e, in via residuale e generale, a quello dell'Interno, presso cui venne appositamente istituita una nuova divisione, la quinta, cancellata l'anno successivo a seguito della ricostituzione del soppresso Ministero.

I continui cambi dell'organizzazione dell'Interno – basti qui menzionare che tra il 1860 ed il 1877 si avvicendarono venti decreti e per ventidue volte furono modificate le piante organiche – misero in luce due aspetti: la sua profonda instabilità e il fatto che le sole strutture dotate di una certa solidità erano le divisioni e le sezioni, a differenza delle direzioni generali, più volte messe in discussione.

Dopo diversi tentativi falliti, Crispi, preso atto della caotica situazione in cui versava l'Interno, nel dicembre 1877⁴⁶ intervenne in modo da rafforzare sia l'organizzazione centrale, sia quella periferica del dicastero, sia la figura del Presidente del Consiglio, secondo un intento centralizzatore.

Le riforme crispine si fondarono su due pilastri: l'abolizione definitiva, in tutte le amministrazioni centrali, del segretario generale – la cui parabola si concluse con la legge del 1888 – e il consolidamento delle direzioni generali. La soppressione della figura di raccordo tra vertice politico e alta burocrazia, se da una parte fu consequenziale alla scelta di chiedere l'istituzione – sul modello inglese – dei sottosegretari di Stato per farne dei viceministri, dall'altra fu incoraggiata dagli stessi alti funzionari che vedevano nel segretario generale un fastidioso diaframma tra loro e il ministro. In quegli anni, infatti, le direzioni generali non solo erano decisamente aumentate, ma andavano guadagnando sempre più peso all'interno degli apparati Ministeriali.

L'ordinamento dell'Interno fu riorganizzato ancora una decina di anni dopo⁴⁷. Il gabinetto fu suddiviso in cinque riparti, ognuno competente per alcuni affari e alle dipendenze dirette del ministro (riparti primo e secondo) o mediate dal capo di gabinetto (gli altri tre). La ratio della riforma di tale ufficio era di aumentarne l'importanza per garantire al vertice politico il controllo della vita di tutto il Ministero. L'amministrazione centrale dell'Interno risultava quindi ripartita in quattro direzioni generali (amministrazione civile, sanità pubblica, pubblica sicurezza e carceri) – a loro volta suddivise in sezioni e divisioni – un gabinetto del ministro e un segretariato generale, il quale curava la parte d'ordine e l'avvio degli affari per il regolare procedere dell'amministrazione e il rapido disbrigo delle pratiche. Nello stesso anno, il segretario generale fu abolito in tutti i Ministeri e i compiti di coadiuvare il ministro, esercitare le funzioni da questo delegate e rappresentarlo in caso di assenza o impedimento furono

affidati al sottosegretario di Stato, organo politico con competenze prevalentemente parlamentari⁴⁸.

In sintesi l'architettura del Ministero presentava al vertice il ministro, seguito dal sottosegretario, coi rispettivi gabinetti. Al di sotto vi erano direttori generali, capi delle divisioni, e capi delle sezioni. Inoltre, nonostante il 'grande motore' del sistema amministrativo dello Stato unitario aumentasse le sue funzioni e i suoi compiti (Minghetti, 1969: 40 sgg.; Spaventa, 1926: 42), non accadeva lo stesso al numero del suo organico, che rimase sostanzialmente invariato.

Nell'ultimo decennio dell'Ottocento, Rudini, due volte Presidente del Consiglio del Regno d'Italia, decentrò talune funzioni, affidandole alle prefetture. A lui seguì il dodicennio giolittiano, in cui l'Interno rappresentò l'amministrazione-guida e lo strumento chiave dell'azione politica del suo primo ministro, nonostante ebbe forse un ruolo meno centrale rispetto a quello di stampo crispino. La sua importanza derivava soprattutto dalle numerose e complesse competenze di cui era dotato, dalla tutela sull'amministrazione di comuni, province, opere pie e consorzi, e dalla rilevanza che diede alla politica sociale, in particolare a materie come la previdenza, le pensioni, la tutela dell'igiene pubblica e i rapporti di lavoro.

L'aumento progressivo delle funzioni del dicastero non poté che riflettersi anche sulla sua struttura. Mentre infatti, a inizio Novecento, oltre al gabinetto del ministro, alla segreteria particolare, al gabinetto del sottosegretario di Stato e al servizio d'ispezione, esso risultava organizzato in tre direzioni generali (amministrazione civile, pubblica sicurezza, e carceri), un ispettorato generale della sanità e una ragioneria centrale, articolati in otto divisioni, ventuno sezioni e dieci uffici, nel 1914, la sua struttura era assai più ampia. Invero, constava di un servizio di ispezione molto più complesso sia per numero di ispettori generali che per funzioni a essi affidate, di quattro direzioni generali erano (in quanto si aggiunse quella della sanità pubblica, prima ispettorato), di undici divisioni, trentasette sezioni e venti uffici. Presso le direzioni generali dell'amministrazione civile e della sanità pubblica vennero infatti istituiti uffici speciali, più flessibili rispetto alle divisioni e la cui nascita era dovuta a esigenze particolari, quali ad esempio la municipalizzazione dei pubblici servizi o l'emergenza di fronteggiare i problemi causati dal terremoto di Messina del 1908. Quando tali esigenze divenivano stabili, l'ufficio speciale si trasformava in divisione.

Tra le altre novità dell'età giolittiana si ricordano il controllo vigile e severo sulla tutela dell'ordine pubblico, la razionalizzazione e la tecnicizzazione delle leggi sanitarie (nel 1913 fu emanato il testo unico in materia sanitaria), l'impulso all'azione di vigilanza nei confronti delle opere pie, l'intervento degli apparati periferici nella mediazione tra istituzioni e società civile e la maggiore importanza degli uffici contabili.

Dopo lo scoppio del primo conflitto mondiale, l'Interno, pur non modificando sostanzialmente la struttura ed anzi riducendo il suo personale per via della chiamata alle armi e della sospensione dei concorsi, vide aumentare il ritmo e la mole dei suoi compiti, diede prova di saper fronteggiare l'emergenza bellica e al suo termine tornò a un assetto simile a quello precedente.

Se l'avvento del fascismo non determinò all'apparenza modifiche decisive nell'Interno e Mussolini – che giunse a cumulare ben sette incarichi Ministeriali – seguì a riservarlo a sé, in realtà, tale dicastero stava svestendo le sembianze di guida e motore dello Stato, per assumere quelle di «mezzo amministrativo specializzato» del regime (Gueze, 1962: 209). Il suo primato si erodeva a fronte sia di un notevole rafforzamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri – fino ad allora ufficio esclusivamente politico, essa assumeva sempre più un ruolo di direzione a tutto campo dovuto alla centralizzazione voluta dal regime tale per cui vennero trasferite ad essa alcune attività dell'Interno –, sia dell'acquisizione di maggior prestigio da parte del Ministero delle finanze, alimentato da una politica fascista diretta a un controllo più stretto sulla compatibilità finanziaria delle azioni pubbliche per ridurre urgentemente la spesa pubblica e rimediare a un deficit economico che nel 1922 era di 5 miliardi e 150 milioni di lire.

Invero, il ministro delle finanze assorbì il Tesoro⁴⁹, rendendolo il propulsore delle riforme amministrative del regime e il guardiano di tutte le amministrazioni, e con una serie di decreti – noti come 'riforma De Stefani' – si rafforzò il ruolo accentratore degli Esteri, talvolta, appunto, a scapito dell'Interno, e in generale a danno dell'autonomia di gestione di ogni amministrazione.

A dispetto dell'iniziale perdita di importanza dell'Interno – elemento caratterizzante tutto il fascismo –, paradossalmente durante il regime i ruoli, le competenze e il numero delle sue direzioni generali, divisioni e sezioni aumentarono. Se nel 1923 le direzioni generali erano tre – la direzione generale delle carceri era passata al Ministero di grazia e giustizia – nel 1932 erano cinque. Infatti, all'Interno fu affidata la direzione generale del fondo per il culto e del fondo di beneficenza e religione della città di Roma, e quella degli affari del culto, in precedenza del Ministero di grazia e giustizia⁵⁰. Relativamente alle funzioni del Ministero, alcune di esse risultarono rafforzate: aumentarono considerevolmente sia le funzioni di ordine, sia i servizi di sanità pubblica, settore caro al regime fascista, che mirava a una popolazione sana, forte e salubre.

Durante la seconda guerra mondiale, all'Interno – che peraltro durante il regime tentò di conservare un minimo di autonomia cercando di adempiere alle sue funzioni in modo imparziale connotandosi quale organo tecnico – spettarono anche compiti di direzione e coordinamento dello sforzo del paese, coinvolgendo lo stato generale della popolazione. Il Ministero si dovette quindi mobilitare con una serie di trasformazioni di competenze e attività, dando prova di

essere una struttura elastica in grado di rispondere alle necessità della difficile congiuntura storica. Vennero così istituiti nuovi uffici dipendenti dal gabinetto e diversi apparati di vertice ampliarono la struttura dell'Interno – nel 1938 l'ufficio centrale demografico fu trasformato in direzione generale della demografia e della razza, nel 1939 l'ispettorato dei servi antincendio prese le vesti di direzione generale, nel 1940 avvenne altrettanto con l'ufficio del personale, nel 1941 fu istituita la direzione generale per la protezione antiaerea ed infine, l'anno successivo, l'ispettorato dei servizi di guerra fu trasformato in una direzione generale –, facendo crescere a dieci le direzioni generali (affari generali e personale, amministrazione civile, pubblica sicurezza, sanità pubblica, culti, fondo per il culto e fondo di beneficenza e religione nella città di Roma, demografia e razza, servizi antincendi, servizi per la protezione antiaerea, servizi di guerra). A ciò corrispose il rilevante aumento delle divisioni, delle sezioni e, conseguentemente, del personale dipendente. Nel complesso la gestione della pubblica amministrazione risultava notevolmente problematica e connotata da un alto livello di disorganizzazione, complicata dal conflitto. Tuttavia, essa riuscì ad assolvere l'arduo compito di assicurare il funzionamento dei servizi indispensabili durante anni particolarmente pesanti.

Con la caduta del regime fascista, ufficialmente avvenuta il 25 luglio 1943, il governo intervenne con molteplici provvedimenti sull'Interno, dettati dalla forte esigenza di sostituire, modificare o eliminare gli elementi e le strutture espressione e prodotto della politica e dell'ideologia della dittatura, con altri in grado di far da guida a un paese che si avviava verso l'uscita dalla guerra.

A partire dalla fine del 1943, iniziò quindi la 'defascistizzazione' delle amministrazioni dello Stato⁵¹, con l'istituzione, tra l'altro, dell'alto commissariato per l'epurazione nazionale del fascismo⁵². Tuttavia, tale azione epurativa si affievolì man mano fino ad esaurirsi, senza sconvolgere i ruoli del personale. Ad esempio, nonostante l'Interno fu tra le amministrazioni che ricevette i giudizi più severi per la natura delle funzioni svolte, gli esiti mostrarono la generale assenza di volontà politica di attuare una reale defascistizzazione statale.

Il periodo del dopoguerra, relativamente al Ministero in esame, può suddividersi in due fasi, il cui confine è costituito dall'emanazione, negli anni settanta, della legislazione istitutiva delle Regioni. Durante la prima fase – il cui inizio per comodità espositiva si fissa tra la caduta del fascismo e l'emanazione della Costituzione – l'Interno, a causa della progressiva segmentazione del sistema amministrativo statale caratterizzante il periodo repubblicano, in alcuni settori perse rilevanti compiti, mentre in altri rafforzò il suo ruolo, diventando più stabile e decentrando i suoi servizi⁵³.

Tale decentramento avvenne nella prima metà degli anni cinquanta del secolo scorso ed era ispirato alla logica di rendere effettivamente più snello ed or-

ganico l'assetto delle competenze centrali e periferiche dell'interno. Agli organi centrali venivano principalmente affidanti compiti di direzione, coordinamento e vigilanza, mentre alle strutture periferiche spettava l'attività amministrativa diretta che non necessitava di valutazione da parte degli organi centrali. Il decentramento proseguì anche negli anni settanta,⁵⁴ tuttavia l'effetto fu sostanzialmente limitato. Ciò si dovette innanzitutto alla volontà di non paralizzare, con un massiccio trasferimento di funzioni, enti di nuova istituzione, privi ancora delle necessarie strutture, nonché alla chiara tendenza degli apparati amministrativi centrali alla propria conservazione attraverso il ritaglio di competenze. Ad ogni modo, tale prima fase di decentramento ebbe il merito di snellire le procedure amministrative centrali e trasferire alle Regioni buona parte delle prestazioni bisognose di una valutazione più ravvicinata e che, per la loro disparità, frammentavano l'azione ministeriale, raggiungendo il risultato di una funzione amministrativa centrale connotata da maggiore efficacia e minore dispersività.

Il segmento più importante sottratto alle competenze dell'Interno fu quello della sanità, assunto dal neoistituito Ministero apposito⁵⁵. Lo stesso accadde per la materia archivistica, passata al nuovo Ministero dei beni culturali e ambientali, nato nel 1974. Furono invece consolidate le sue competenze nell'ambito della protezione sociale e civile⁵⁶, facendo, col Ministero del lavoro, da perno alle politiche di welfare e rivestendo un ruolo centrale nel sostegno alle categorie socialmente deboli e nella garanzia di interventi d'emergenza in caso di calamità.

Un'altra novità che incise sulle funzioni dell'Interno fu l'organizzazione su base nazionale dei servizi antincendi, mediante l'istituzione di una direzione generale ad hoc⁵⁷: veniva così riportata nel Ministero l'intera materia sia dei servizi tecnici finalizzati alla tutela della incolumità personale, sia dell'organizzazione centrale e periferica dei servizi di prevenzione ed estinzione degli incendi.

In seguito alla nuova disciplina sulla dirigenza statale del 1972, per armonizzare le proprie strutture con le competenze così attribuite ai dirigenti, l'Interno procedette a una ricognizione delle prime⁵⁸, modificando alcuni uffici. In particolare, il termine 'divisione' venne riservato solo a quell'articolazione della direzione generale di cui si avvaleva un primo dirigente. Furono eliminati i 'servizi', uffici intermedi tra divisioni e direzioni generali, nonché articolazioni esterne istituite nel passato con semplice atto amministrativo. I due uffici centrali – l'ufficio affari legislativi e relazioni internazionali e l'ufficio affari relativi alle zone di confine – furono nuovamente organizzati e le loro attribuzioni meglio definite. Infine, vennero istituiti uffici a mera rilevanza interna, quali gli 'uffici studi' e gli 'ispettorati di amministrazione', essenziali ai fini dell'attività interna di studio, di ricerca e ispettiva, conferita ai dirigenti dalla normativa sulla dirigenza.

Nonostante la settorializzazione delle competenze dell'Interno, la sua struttura non cambiò in modo significativo fino al 1977, quando prese avvio la seconda

fase. Per effetto della 'seconda regionalizzazione' avvenuta con due decreti appunto del 1977⁵⁹, ci furono importanti modifiche: le competenze vennero diminuite e le direzioni generali da sette passarono a cinque. Vennero infatti soppresse sia la direzione generale dell'assistenza pubblica, sia l'amministrazione per le attività assistenziali italiane ed internazionali. In loro sostituzione, fu istituita la direzione generale dei servizi civili, mentre, la direzione generale degli affari di culto venne fusa con quella del fondo per il culto nella nuova direzione generale degli affari dei culti. Inoltre venne demandato a un decreto del ministro dell'Interno, di concerto con quello del Tesoro, di predisporre il riordinamento dei servizi relativi alle funzioni non trasferite alle Regioni. L'Interno subì quindi un progressivo depauperamento delle sue funzioni. Se in origine erano ad esso affidate tutte le funzioni in materia di amministrazione interna statale, mano a mano che andavano specializzandosi anche da un punto di vista tecnico, esse furono trasferite a strutture ritenute più adeguate a svolgerle, quali nuove Regioni o Ministeri creati ad hoc, residuando un dicastero sostanzialmente di polizia.

In proposito, poco dopo, la direzione generale della pubblica sicurezza fu trasformata in dipartimento⁶⁰: veniva riformata la polizia di Stato e codificato il suo riordinamento strutturale, determinando una sorta di asimmetria in quanto ai modelli di organizzazione presenti nel Ministero. Infatti, l'istituzione – nell'ambito dell'amministrazione della pubblica sicurezza – del dipartimento, che provvedeva secondo le direttive e gli ordini del ministro dell'interno, non solo mutava l'organizzazione del dicastero, ma costituiva un vero e proprio nuovo modello organizzativo, più complesso in quanto a struttura rispetto alla direzione generale cui si sostituiva. A differenza di quest'ultima che era suddivisa in un ufficio e quattordici divisioni, esso si articolava in uffici e direzioni centrali. In quanto alle competenze, poi, il dicastero doveva costituire la base strumentale affinché il vertice politico potesse esercitare le sue attribuzioni di alta direzione e coordinamento, dotato del materiale informativo e valutativo necessario per l'adozione delle direttive in tema di ordine e sicurezza pubblica fornito dallo stesso.

Nel 1993 il Ministero si articolava in quattro direzioni generali (amministrazione generale e affari del personale, amministrazione civile, affari dei culti, dei servizi civili e della protezione civile e servizi antincendi). Al centro operavano l'ufficio centrale per gli affari legislativi e le relazioni internazionali, quello per i problemi delle zone di confine e delle minoranze etniche, e l'ispettorato generale di amministrazione. Parte fondamentale era il dipartimento della pubblica sicurezza, articolato in uffici e direzioni centrali.

La riforma Bassanini investì anche l'Interno, configurandolo quale organo centrale deputato alla amministrazione 'generale', punto di raccordo tra centro e periferia cui è demandata soprattutto la tutela delle funzioni fondamentali e di sicurezza dei cittadini, e strutturandolo in dipartimenti (massimo quat-

tro, e poco dopo cinque)⁶¹. Per quanto riguarda le prefetture, furono riorganizzate e rinominate 'prefetture-uffici territoriali di Governo' e assunse diversi ed importanti compiti.

Successivamente ci furono ulteriori cambiamenti. A livello centrale, le vecchie direzioni generali vennero accorpate in cinque dipartimenti, organi operativi funzionalmente dipendenti dal ministro e divisi in direzioni generali, e ne vennero disciplinati nuovamente i compiti⁶². Uffici di diretta collaborazione col ministro costituiscono centri di responsabilità amministrativa e agiscono secondo criteri che consentono l'efficace e funzionale svolgimento dei compiti di definizione degli obiettivi, l'elaborazione delle politiche pubbliche, la valutazione della loro attuazione e le connesse attività di comunicazione, nel rispetto del principio di distinzione tra funzioni di indirizzo e compiti di gestione⁶³. Il ministro resta l'organo politico di vertice, alle cui dipendenze vi sono la polizia di Stato, il corpo nazionale dei vigili del fuoco e i prefetti.

In conclusione, a livello centrale, la struttura dell'Interno oggi si presenta in tal modo articolata: ministro, viceministro, due sottosegretari, due organi collegiali (comitato nazionale per l'ordine e la sicurezza pubblica e Consiglio di amministrazione), uffici di diretta collaborazione con il ministro, consiglieri del ministro, cinque dipartimenti suddivisi in direzioni generali.

9.3 Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale

La storia del Ministero degli affari esteri inizia solo a metà dell'Ottocento, quando venne istituito con la proclamazione dello Statuto albertino, nel 1848. Precedentemente, la politica estera del governo era demandata alla segreteria di Stato degli affari esteri del Regno di Sardegna. Le funzioni di tale dicastero – da sempre ritenute fondamentali in quanto concernenti le relazioni con gli altri paesi – e la loro delicatezza hanno fatto sì che fossero riconosciute alcune peculiarità sia alla sua organizzazione, sia alla condizione dei suoi dipendenti. Fu riordinato più volte⁶⁴ in corrispondenza delle varie tappe della storia italiana e anch'esso fu interessato dalla legge cavouriana del 1853, la quale, come menzionato, prevedeva un modello gerarchico-piramidale.

A inizio del secolo scorso, il suo vertice di allora, Nicolò Prinetti Castelletti, riorganizzò gli uffici del Ministero⁶⁵, innanzitutto sostituendo la divisione affari politici con l'ufficio diplomatico, e riservandosi di provvedere, con successivo decreto ministeriale, alla definizione dei compiti specifici dei diversi uffici. Tuttavia, poco dopo l'ufficio venne soppresso e i suoi compiti vennero assunti dalla nuova direzione generale degli affari politici⁶⁶.

L'esigenza di intervenire più a fondo sugli Esteri fu sentita soprattutto a seguito del primo conflitto mondiale, quando l'Italia, acquisita una nuova posizione

nel panorama internazionale, vide aumentare i compiti del dicastero stesso. Nel 1920⁶⁷ il ministro dell'epoca, Carlo Sforza, avviò il primo intervento di riorganizzazione di vasta portata sull'amministrazione centrale degli Esteri dal 1908. Il Ministero venne organizzato su base geografica, anziché per materia, per garantire uno strumento in grado di sorvegliare e studiare adeguatamente le relazioni politiche internazionali. La novità più rilevante fu l'unificazione dei servizi degli affari politici, commerciali e privati in due direzioni generali: la direzione generale d'Europa e Levante e quella d'Africa, America, Asia e Australia. Furono invece soppresse la direzione generale degli affari politici, degli affari commerciali e delle regie scuole all'estero, e quella degli affari privati. Inoltre, venne valorizzato il ruolo del vertice amministrativo del Ministero – ovvero il segretario generale – sia mediante la costituzione di nuovi uffici posti alle sue dirette dipendenze – tra cui l'Ufficio contenzioso e legislazione – sia mediante la presidenza di una serie di commissioni operanti in settori particolarmente rilevanti. Il ministro, infine, veniva dotato della facoltà, sempre esercitabile, di attribuire a qualsiasi ufficio incombenze speciali, diverse da quelle attribuite dalla legge.

Durante il fascismo la trattazione degli affari esteri assunse particolare rilievo anche in considerazione degli avvenimenti bellici dell'epoca e non è difficile comprendere come i tre vertici politici d'allora – Mussolini, Grandi e Ciano –, fautori del movimento accentratore di quegli anni, mal tollerassero l'influenza altrui nelle vicende più importanti o riservate. Si intervenne quindi sul dicastero con le c.d. 'microriforme'. Innanzitutto, la figura del segretario generale venne soppressa (ma fu nuovamente istituita nel 1943). Poi, venne sostituita la ripartizione geografica introdotta da Sforza, tornando a una suddivisione per materie. Ancora, Ciano accentuò la direzione politica delle relazioni esterne italiane e accentrò nel suo gabinetto le attività più rilevanti⁶⁸.

Con la fine del secondo conflitto mondiale e l'armistizio firmato l'8 settembre del 1943, tutto l'apparato amministrativo cadde in profonda crisi. La struttura degli Esteri si articolava in quattro direzioni generali (affari politici, affari economici, affari culturali e affari migratori) – suddivise in uffici a competenza territoriale e trasversale, di nuovo secondo una distribuzione di tipo geografica – cui si aggiungevano quella del personale e affari amministrativi, e i servizi del cerimoniale e della stampa, affiancati da quelli del contenzioso diplomatico e degli studi e documentazione.

Successivamente vennero adottate altre modifiche, quali, ad esempio, la nuova costituzione della carica di segretario generale o, come conseguenza della politica estera italiana e del rilievo degli istituti di collaborazione economica, l'istituzione della direzione generale per la cooperazione internazionale. Ancora, nel 1967 vi fu un nuovo ordinamento regolatore della struttura, del funzionamento e del personale della Farnesina, secondo una logica per materia, anziché per

aree geografiche. Nello stesso anno furono riformate anche le regole sulle funzioni e sui poteri consolari e l'anno dopo si disciplinò l'organizzazione degli uffici centrali del Ministero⁶⁹.

In generale, l'attività del Ministero si articolava e si articola secondo due filoni fondamentali: quello diplomatico vero e proprio, avente la funzione di mantenere le relazioni con gli altri paesi e con le organizzazioni di Stati, e quello consolare, predisposto alla cura degli interessi dei cittadini italiani residenti all'estero. In questo settore, le competenze sono andate via via espandendosi relativamente sia all'attività scolastica e culturale in genere, sia agli interessi di tipo economico e commerciale.

Tale doppio ruolo rendeva talvolta complicato qualificare l'attività degli Esteri in relazione a quella di altre strutture Ministeriali, che appaiono sovrapporsi. Allo stesso tempo, se mano a mano si affievoliva l'interesse per i problemi dell'emigrazione, aumentavano le competenze e i finanziamenti riguardanti la cooperazione allo sviluppo. Non a caso, negli anni Ottanta, fu costituita una direzione generale a ciò deputata, in sostituzione al precedente dipartimento⁷⁰.

In quanto alla struttura, a inizio anni novanta, il Ministero si componeva di sei direzioni generali, ognuna composta di più uffici, e manteneva la figura del segretario generale, giustificata dal tratto eminentemente politico della sua attività. Il segretario generale, tuttavia, non era al vertice della struttura, ma era solo funzionalmente sovraordinato agli altri organi e ciò al fine prioritario di garantire la continuità dell'esercizio delle funzioni anche durante il succedersi dei governi e dei ministri. Doveva quindi collaborare col ministro, coordinare l'attività dei vari organi e insieme garantire il mantenimento duraturo dell'indirizzo.

Il Ministero in esame si componeva anche di altre strutture particolari – quali l'istituto diplomatico, il servizio stampa e informazioni, il servizio del contenzioso diplomatico, dei trattati e degli affari legislativi, il servizio storico e documentazione, l'archivio storico diplomatico, l'ispettorato generale del Ministero e degli uffici all'estero e il cerimoniale – e di organi consultivi specifici, tra cui il Consiglio del contenzioso diplomatico e il Consiglio generale degli italiani all'estero.

La successiva riorganizzazione strutturale degli Esteri attraversò due fasi: la prima, a fine anni Novanta, comprensiva di una ristrutturazione complessiva dell'amministrazione, e la seconda, a inizio di questo secolo, caratterizzata invece da una serie di interventi puntuali sui suoi organi.

La prima ristrutturazione prevede l'individuazione di uffici di livello dirigenziale e delle relative funzioni⁷¹. Il segretario generale rimase il perno essenziale della struttura, mentre alle due unità alle sue dirette dipendenze – l'unità per il coordinamento e l'unità di crisi – se ne aggiunse una terza, l'unità per l'analisi e la programmazione. Vennero costituite cinque direzioni generali, tornando nuovamente al criterio geografico per garantire la trattazione unitaria di ma-

terie relative a un determinato Stato e dar vita a un interlocutore complessivo per ogni rappresentanza diplomatica. Le direzioni generali tematiche, divenute otto, invece, subirono alcune modifiche nella ripartizione delle aree trattate e nella denominazione. Ai tradizionali servizi del cerimoniale, della stampa, del contenzioso diplomatico e trattati, venne affiancato il servizio per la cifra, l'informatica e le comunicazioni. Ancora, vennero estese le competenze dell'istituto diplomatico, fino ad allora circoscritte alla sola formazione di volontari o appartenenti al grado iniziale della carriera diplomatica. Infine, venne sostituito il Consiglio del contenzioso diplomatico col Consiglio per gli affari internazionali, presieduto dal ministro, alla cui volontà politica di avvalersi della sua collaborazione per tutta una serie di questioni generali era strettamente legato. Il nuovo Consiglio era composto dai sottosegretari agli affari esteri, dal segretario generale e da soli tre direttori generali, quello per gli affari politici multilaterali e i diritti umani, quello per la promozione culturale e quello per la cooperazione economica e finanziaria multilaterale. Gli altri direttori generali potevano comunque essere chiamati a partecipare o a riferire alle riunioni.

La seconda fase prendeva le mosse dalla messa in crisi di alcuni aspetti della descritta struttura, cui si cercò di rimediare singolarmente e puntualmente in modo da fornire risposte adeguate alle moderne esigenze della politica estera italiana. Inizialmente venne disegnata una nuova articolazione interna degli uffici con nuove direzioni competenti per area geografica accanto alle già esistenti direzioni generali competenti per materia e con una nuova direzione con compiti amministrativi e di gestione del bilancio⁷². Poco dopo, la struttura dell'amministrazione venne nuovamente rivisitata⁷³. Innanzitutto, il gabinetto del ministro, che prima comprendeva l'ufficio legislativo e l'ufficio dei rapporti col Parlamento, veniva a essere uno dei cinque uffici di diretta collaborazione. A questi vennero aggiunti la segreteria del ministro e il servizio di controllo interno. Vennero introdotti i vice segretari generali, mentre furono attribuite al segretario generale altre tre unità. Le direzioni generali restavano tredici e i servizi a carattere generale divenivano quattro. Infine, venne abolito il Consiglio per gli affari internazionali, in quanto aveva dato prova di scarsa efficacia.

Ulteriori modifiche interessarono l'amministrazione centrale degli Esteri, fino al suo aspetto attuale⁷⁴. Al vertice permangono il ministro, coadiuvato da uffici di diretta collaborazione, e il segretario generale, deputato a sovrintendere l'azione dell'amministrazione e a garantirne la continuità delle funzioni, coordinandone uffici ed attività. Le esigenze di razionalizzazione della macchina amministrativa portarono le direzioni generali da tredici ad otto, suddivise per macroaree tematiche corrispondenti alle grandi priorità della politica estera (affari politici e sicurezza, mondializzazione e questioni globali, promozione del sistema paese e Unione europea). Tale tipo di ripartizione delle funzioni sostituì

quella precedente, basata su una distribuzione geografica e per materie, ritenuta peccare di eccessiva frammentazione decisionale. A ciò si aggiungono il cerimoniale diplomatico, l'ispettorato generale e due servizi (stampa e affari giuridici). Gli uffici all'estero, invece, sono 313 di cui 123 sono le ambasciate. Nel 2014, infine, fu emanata la disciplina generale sulla cooperazione internazionale per lo sviluppo e il Ministero assunse la nuova denominazione di 'Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale'⁷⁵.

9.4 Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali

Nella sua storia, l'amministrazione centrale dell'agricoltura è stata protagonista di alterne vicende, influenzate dal diverso rilievo del settore nella vita della nazione rispetto ad altri settori economici, e in particolare allo sviluppo della produzione manifatturiera (Calandra, 1978: 218 sgg.).

Il Ministero di agricoltura e del commercio fu istituito a metà dell'Ottocento quale organo dell'amministrazione centrale dello Stato sardo. Successivamente fu abbinato al Ministero della marina, mentre nel 1852 fu soppresso e le sue attribuzioni furono affidate all'Interno⁷⁶.

Il Ministero di agricoltura, industria e commercio, preposto specificamente all'ambito agricolo, nacque nel 1860 ad opera di Cavour⁷⁷ – appassionato intenditore della materia –, e a esso vennero affidate competenze in tema di agricoltura, commercio, industria, censimento della popolazione e statistica generale. L'anno successivo il Presidente del Consiglio lo trasferì nel primo governo del Regno d'Italia, affidandolo, sia pure per pochi mesi, a Giuseppe Natoli.

Il Ministero era composto da un ufficio di gabinetto e da divisioni, tra cui venivano ripartite le sue competenze. Originariamente in numero di tre, le divisioni divennero presto quattro⁷⁸. Venne poi costituito un ufficio centrale con funzioni di compilazione dei bilanci del Ministero, contabilità attiva e passiva, tenuta dei registri del personale, economato, protocollo e archivio generale, poco dopo trasferite alla nuova divisione centrale, cui facevano capo anche il servizio forestale e le operazioni di riparto dei demani comunali, ex feudali ed ecclesiastici delle province meridionali.

Negli anni seguenti le divisioni aumentarono e diminuirono secondo un moto elastico: tornarono ad essere tre – per l'agricoltura, per l'industria e per il commercio – affiancate dalla direzione della statistica⁷⁹ (mai istituita e le cui attribuzioni vennero svolte dalla terza divisione), poi di nuovo quattro ed inoltre sorse la direzione generale della statistica del Regno e dell'economato generale, da cui nacquero un'autonoma divisione della statistica e la direzione generale dell'economato.

Dopo una serie di ulteriori modifiche nel riparto delle attribuzioni tra le sue divisioni, il Ministero ebbe una breve interruzione, durante la quale le sue competenze passarono ad altri Ministeri (in particolare a quelli della pubblica istruzione, dei lavori pubblici e del tesoro). Infatti, nel 1877 esso fu soppresso per poi essere nuovamente costituito sei mesi dopo⁸⁰, secondo una struttura che comprendeva le direzioni generali dell'economato e della statistica del Regno affiancate da due nuove direzioni generali, una dell'agricoltura e l'altra dell'industria e commercio, poco dopo articolate in divisioni. Sempre in un secondo momento tale architettura fu arricchita dal segretario generale⁸¹, figura che venne in seguito sostituita dal sottosegretario di Stato⁸².

A inizio Novecento, diverse novità interessarono il Ministero in esame: furono istituiti gli uffici di gabinetto del ministro e del sottosegretario di Stato, nonché l'ispettorato generale dell'industria e del commercio e quello del credito e della previdenza⁸³, in aggiunta a due divisioni – del personale e degli affari generali e ragioneria –, a quattro direzioni generali – dell'agricoltura, delle foreste, del credito e della previdenza, della statistica e del lavoro –, e all'ufficio dell'economato generale⁸⁴.

Nel 1916 nacque per scorporo dal precedente dicastero un apposito Ministero per l'agricoltura, addetto ai servizi relativi all'agricoltura, all'insegnamento agrario, alle industrie agrarie e alla patologia vegetale, ai servizi zootecnici, alle foreste, ai demani comunali ed usi civici, alla statistica agraria, alle miniere, e ai servizi idraulici e meteorologici. Tale dicastero fu concepito per far fronte alle esigenze belliche del primo conflitto mondiale, cui tuttavia sopravvisse, e in aggiunta ai ruoli organici del tempo furono istituiti un ministro, un sottosegretario di Stato e un capo ragioniere⁸⁵.

Durante il fascismo i dicasteri dell'agricoltura, dell'industria e del commercio e quello del lavoro e della previdenza sociale furono accorpati in un'unica e più ampia struttura dotata di vaste attribuzioni in industria, commercio e lavoro, denominata Ministero dell'economia nazionale⁸⁶.

Durante l'intervallo tra i due conflitti mondiali, il legislatore aumentò notevolmente i compiti di tale nuova amministrazione. Ciò comportò una nuova scissione delle sue competenze e la costituzione, nel 1929, del Ministero dell'agricoltura e foreste, che riprese le sue vecchie funzioni. Al suo interno furono istituiti gli ispettorati regionali dell'agricoltura – con compiti di coordinamento degli istituti periferici e con ulteriori attribuzioni di gestione e controllo delle incentivazioni finanziarie – nonché il sottosegretariato di Stato per l'applicazione delle leggi sulla bonifica integrale.

Nonostante l'ideologia dominante comportò nuove strutture in materia di economia e di corporazioni, fu salvaguardata la tipicità del settore agricolo, cui si accompagnavano, durante la seconda guerra mondiale e la ricostruzione, le

peculiari attribuzioni in materia di alimentazione, poi trasferite a un autonomo – e di breve vita – Ministero dell'alimentazione⁸⁷.

In seguito all'emanazione della Costituzione e delle leggi degli anni Settanta, molte competenze del dicastero in esame passarono alle Regioni, ponendosi il problema della sua sopravvivenza (De Francesco, 1970; Calandra, 1972: 84 sgg.; D'Aniello, Desideri, Serrani, 1978)⁸⁸. A quell'epoca, il Ministero si articolava in quattro direzioni generali. Al Ministero facevano altresì capo un gabinetto di analisi entomologiche e il corpo forestale dello Stato. Vi erano poi vari istituti di ricerca e di sperimentazione agraria e gli enti dei parchi nazionali. L'ispettorato centrale per la prevenzione e la repressione delle frodi agro-alimentari⁸⁹, infine, si articolava su quattro divisioni e aveva uffici a livello interregionale, regionale e interprovinciale con laboratori di analisi.

Col referendum abrogativo del 18 aprile 1993, il Ministero, oramai sostanzialmente svuotato delle sue competenze più rilevanti, fu soppresso e sostituito dal Ministero per il coordinamento delle politiche agricole, e poco dopo fu costituito il Ministero delle risorse agricole, alimentari e forestali⁹⁰. Nel 1999, il Ministero dell'agricoltura e delle foreste prese la denominazione di Ministero per le politiche agricole, per poi assumere, con la riforma Bassanini, quella di Ministero delle politiche agricole e forestali⁹¹, incaricato dell'elaborazione e del coordinamento delle linee politiche agricole, forestali, agroalimentari nonché per la pesca a livello nazionale, europeo e internazionale, e della rappresentanza dell'Italia in seno all'Unione europea nell'ambito della commissione europea e del Parlamento europeo per la contrattazione della politica agricola comunitaria. Dopo un'ulteriore riforma⁹², nel 2006 assunse l'attuale denominazione di Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali. Successivamente vennero costituiti uffici a diretta collaborazione del ministro e tre dipartimenti⁹³.

Nel 2012 vennero emanati due regolamenti. Uno concernente l'organizzazione degli uffici di diretta collaborazione del ministro, l'organismo indipendente di valutazione delle performance, la riassegnazione delle competenze tra i dipartimenti e il ridimensionamento (circa il 20 per cento) degli uffici dirigenziali di livello non generale e delle stesse dotazioni organiche dei dirigenti di seconda fascia e del personale non dirigente⁹⁴. L'altro riguardante la riorganizzazione del dicastero e poi sostituito con un ulteriore regolamento, relativo all'elaborazione e al coordinamento delle linee della politica agricola, forestale, agroalimentare e per la pesca a livello nazionale, europeo ed internazionale⁹⁵.

Oggi il Ministero consta di strutture di staff – di cui fanno parte la segreteria particolare del ministro, il servizio di controllo interno e l'ufficio di gabinetto – e di tre dipartimenti, ognuno suddiviso in direzioni generali: quello delle politiche europee e internazionali e dello sviluppo rurale, quello delle politiche competi-

tive, della qualità agroalimentare, ippiche e della pesca e quello dell'ispettorato centrale della tutela della qualità e repressione frodi dei prodotti agroalimentari.

Alle dirette dipendenze del ministro vi è il corpo forestale dello Stato, forza di polizia dello Stato a ordinamento civile specializzata nella difesa del patrimonio agroforestale, dell'ambiente, del paesaggio e dell'ecosistema italiani. Presso il Ministero opera anche il comando carabinieri politiche agricole e alimentari, reparto specializzato dell'arma dei carabinieri-Ministero della difesa, dipendente funzionalmente dal Ministero delle politiche agricole, ma gerarchicamente dal comando carabinieri territorialmente competente, che esegue controlli su erogazione e percepimento degli aiuti comunitari nel settore agroalimentare, della pesca e della acquacoltura e su operazioni di ritiro e vendita di prodotti agroalimentari, inclusi gli aiuti a paesi in via di sviluppo ed indigenti. Infine, il dicastero si avvale del reparto pesca marittima del corpo delle capitanerie di porto⁹⁶, organo specializzato del corpo delle capitanerie di porto con funzioni di supporto alle attività di vigilanza e controllo della pesca marittima, dell'acquacoltura, delle relative filiere e di importanti enti collegati.

10. Conclusioni e questioni aperte

Da quanto esposto emerge che, nonostante l'incessante succedersi di variazioni dell'organizzazione ministeriale negli ultimi centocinquanta anni, nonché del numero dei Ministeri stessi⁹⁷, la ricerca di un punto di equilibrio nel difficile rapporto tra politica ed amministrazione non ha ancora trovato una soluzione soddisfacente. In particolare, i punti tuttora più controversi riguardano due aspetti, ultimamente interessati da diversi interventi legislativi e pronunce della Cassazione e della Consulta, senza tuttavia risulturne sciolto il nodo. Tali questioni sono la natura degli atti di conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali e lo *spoils system*.

Riguardo alla prima questione, la riforma Brunetta⁹⁸, per incrementare l'efficienza, la trasparenza e la produttività della macchina pubblica e garantire una dirigenza competente e moderna, all'altezza degli standard di efficienza delle altre potenze economiche (Battini, 2012: 39 sgg.), rafforzò l'autonomia, i poteri e la responsabilità del dirigente pubblico, ancorché questo, quanto alle «determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro» agiva ormai da oltre quindici anni con la «capacità» e i «poteri» del privato datore di lavoro⁹⁹. Si tentava di limitare l'ingerenza della politica nel conferimento degli incarichi dirigenziali mediante l'apposizione di confini più precisi e meritocratici¹⁰⁰: veniva procedimentalizzata la revoca degli incarichi vincolandola alla sola ipotesi di acclarato non raggiungimento dei risultati da parte del dirigente e si sanciva l'obbligo di congrua motivazione per il caso

di mancata conferma del medesimo, superando in tal modo il mancato rinnovo *ad nutum*, basato legittimamente su valutazioni inesprese e personali dell'organo politico (Cerulli Irelli, 2012: 185 sgg.)¹⁰¹. Tuttavia, tale disposizione ebbe breve vita, in quanto fu ripristinato il precedente sistema. Di conseguenza, le amministrazioni che, anche in pendenza dei processi di riorganizzazione, alla scadenza di un incarico dirigenziale, anche senza una valutazione negativa, non intendono confermare l'incarico conferito al dirigente, conferiscono allo stesso un altro incarico, anche di valore economico inferiore, senza specifiche garanzie motivazionali e procedurali sotto l'aspetto del preavviso e del contraddittorio e con l'evidente preoccupazione del legislatore di conservare il controllo fiduciario della politica sulla dirigenza¹⁰². Si intervenne nuovamente in materia, estendendo il ripristinato regime della libera recedibilità per le vicende successive alla scadenza dell'incarico anche a quelle ad essa antecedenti: per motivate esigenze organizzative l'amministrazione poteva in ogni momento, anche prima della scadenza dell'incarico ricoperto, disporre il passaggio ad altro incarico del dirigente, salvo il diritto alla conservazione del trattamento economico in godimento fino alla scadenza del termine¹⁰³. Inoltre, nonostante la riforma del 2009 avesse tra le sue finalità, come detto, quella di potenziare l'autonomia dei dirigenti, rilevanti disposizioni implicarono che questi ultimi svolgessero le proprie funzioni datoriali e ne circoscrissero il raggio di azione¹⁰⁴.

Per quanto concerne il rapporto tra politica e amministrazione, questo si presenta particolarmente problematico in quanto alla natura e al regime giuridico degli atti di conferimento e di revoca degli incarichi dirigenziali. Viene infatti sancito¹⁰⁵ che col provvedimento di conferimento dell'incarico – ovvero con separato provvedimento del Presidente del Consiglio dei Ministri o del ministro competente per gli incarichi di segretario generale di Ministeri, gli incarichi di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali e quelli di livello equivalente – sono individuati l'oggetto, gli obiettivi (con riferimento alle priorità, ai piani e ai programmi definiti dall'organo di vertice nei propri atti di indirizzo e alle eventuali modifiche degli stessi che intervengono nel corso del rapporto), nonché la durata dell'incarico, rinnovabile, che deve essere correlata agli obiettivi prefissati e che, comunque, non può essere inferiore a tre anni né eccedere il termine di cinque anni. Al provvedimento di conferimento dell'incarico accede infine un contratto individuale con cui è definito il corrispondente trattamento economico.

Gli incarichi di segretario generale, di direzione di strutture articolate in uffici dirigenziali generali e quelli di livello equivalente sono conferiti con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del ministro competente. Gli incarichi dirigenziali di livello generale, invece, sono conferiti con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministero competente,

mentre quelli di livello non generale con provvedimento dei titolari degli uffici dirigenziali generali¹⁰⁶.

Dalla forma degli atti di conferimento degli incarichi descritti, almeno quelli generali ed apicali (d.p.r. e d.p.c.m.) – atti tra l'altro sottoposti al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti –, consegue una parziale ripubblicizzazione del rapporto di ufficio dei dirigenti. Tuttavia, la giurisprudenza della Cassazione ha ostinatamente riconosciuto natura sostanzialmente privatistica a tali atti di incarico, con conseguenti giurisdizione del giudice ordinario e non applicazione delle norme sul procedimento amministrativo. Al contrario, la Corte costituzionale, sebbene non specificamente espressasi sulla questione, pare implicitamente affermare l'inevitabile natura pubblicistica dei menzionati provvedimenti¹⁰⁷, in quanto il relativo regime è in grado di assicurare maggiormente la tutela del principio del buon andamento (Police, Grüner, 2007: 97 sgg.). Infatti, sembrerebbe in tal modo realizzarsi la massima salvaguardia sia delle situazioni giuridiche soggettive dei destinatari dei provvedimenti di conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali, sia, indirettamente, degli interessi della collettività. Al contrario, la natura privatistica di tali atti svuoterebbe totalmente il sistema di tutele apprestato a garanzia dell'imparzialità dei dirigenti, che risulterebbe quindi notevolmente compromessa.

In tema di *spoils system*, la Corte costituzionale si è più volte pronunciata sulla sua legittimità costituzionale (Grüner, 2007: 1844 sgg.). Innanzitutto¹⁰⁸, ha confermato la validità di tale istituto affermando come la necessità del buon andamento della pubblica amministrazione sia prioritario rispetto al principio di imparzialità il quale in teoria escluderebbe vertici amministrativi 'parziali' verso l'esecutivo. Ha affermato anche come tale sistema, da una parte, non può infrangere lo spazio riservato all'indipendenza della pubblica amministrazione (cioè quello più strettamente legato all'attività della stessa, con la politica incaricata solo di fornire gli obiettivi e le linee guida per raggiungerli), limitandolo solo alle posizioni apicali ed escludendo tutti gli altri livelli dirigenziali, e, dall'altra, non può concretizzarsi in una precarietà inaccettabile della dirigenza, escludendo di conseguenza il possibile azzeramento dei vertici delle amministrazioni, cosa che creerebbe anche una pericolosa dipendenza dell'amministrazione verso la politica. Inoltre, poco dopo il legislatore ha distinto tra *spoils system* ordinario e quello transitorio¹⁰⁹. Il primo prevedeva la cessazione automatica degli incarichi dirigenziali allo scadere dei novanta giorni dal cambio di Governo, non solo per gli incarichi apicali, ma anche per quelli dirigenziali sia generali che inferiori affidati a dirigenti di altre pubbliche amministrazioni, nonché a personale esterno all'amministrazione e nominato per le sue particolari qualità professionali. Il secondo, invece, prevedeva che in sede di prima applicazione del rinnovato art. 19 (che amplia appunto le ipotesi di *spoils system*) gli incarichi conferi-

ti prima del 17 maggio 2006 cessano, se non confermati, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto.

Successivamente, la Consulta, in continuità logica con quanto precedentemente affermato, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma che conteneva una forma di *spoils system* c.d. 'una tantum'¹¹⁰, per cui gli incarichi di funzione dirigenziale generale cessavano dopo sessanta giorni dall'entrata in vigore della legge. Tale ipotesi di cessazione automatica consentiva di fatto al solo governo in carica di provvedere alla nomina di personale di propria fiducia da collocare al vertice di tutti gli uffici¹¹¹. Ancora, la medesima Corte ha dichiarato illegittimo lo *spoils system* transitorio applicato ai dirigenti di altre p.a., in quanto anche il rapporto di lavoro instaurato con l'amministrazione che attribuisce l'incarico deve essere connotato da specifiche garanzie che garantiscano la continuità e l'imparzialità del pubblico funzionario che è al servizio esclusivo della nazione¹¹², nonché ha affermato l'incostituzionalità dell'ultima norma di previsione dello *spoils system* per gli incarichi dirigenziali esterni che ancora sopravviveva. Anche questa volta la Corte ha affermato l'illegittimità della decadenza automatica *ex lege* dagli incarichi dirigenziali perché lesiva del principio dell'imparzialità e del buon andamento e del ruolo dei pubblici impiegati posti dalla Carta al «servizio esclusivo della Nazione»¹¹³.

Prendendo atto delle sentenze della Corte, il d.lgs. n. 150/2009 ha eliminato la possibilità di cessazione automatica degli incarichi di livello dirigenziale generale e non, a seguito del cambiamento del governo, limitando la cessazione automatica ai soli incarichi apicali, in ragione dell'elevato contenuto fiduciario di tali funzioni¹¹⁴. Si è tornati così alla fase antecedente all'introduzione dello *spoils system* ordinario e generalizzato introdotto dal d.l. 262/2006: ai sensi del modificato comma 8 dell'art. 19, infatti, «gli incarichi di funzione dirigenziale di cui al comma 3 cessano decorsi novanta giorni dal voto di fiducia al Governo».

In conclusione, sia la natura degli atti di conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali che il meccanismo dello *spoils system* sono tuttora nodi non risolti del complicato rapporto tra politica e amministrazione, rapporto che vede la prima costantemente tentata dal condizionare la dirigenza pubblica con nomine fiduciarie.

Note

- ¹ L. 23.3.1853, n. 1483.
- ² Art. 1, l. n. 1483/1853.
- ³ L. 20.3.1865, n. 2248.
- ⁴ L. 6.12.1865, n. 2626.
- ⁵ L. 12.2.1888, n. 5195.
- ⁶ R.d. 1.3.1888, n. 5247.
- ⁷ L. 8.4.1906, n. 109.
- ⁸ R.d. 22.6.1916, n. 755.
- ⁹ Art. 2, l. 24.12.1925, n. 2263.
- ¹⁰ Artt. 3, 4 e 6, l. n. 2263/1925.
- ¹¹ L. 31.1.1926, n. 100.
- ¹² Art. 1, l. n. 2263/1925.
- ¹³ Artt. 95 e 97, Cost.
- ¹⁴ Art. 92 Cost.
- ¹⁵ Art. 114, Cost., poi sostituito dalla riforma del Titolo V del 2001.
- ¹⁶ Art. 1, d.p.r. 30.6.1972, n. 748.
- ¹⁷ Artt. 8-13, d.p.r. n. 748/1972.
- ¹⁸ *Relazione della Commissione per la ristrutturazione dei poteri centrali*, Commissione Piga, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 864 sgg.
- ¹⁹ L. 23.8.1988, n. 400.
- ²⁰ Artt. 5 e 9, l. n. 400/1988.
- ²¹ Art. 10, c. 3 e 4, e art. 2, l. n. 400/1988.
- ²² Art. 17, l. n. 400/1988.
- ²³ Ragioneria generale dello Stato, Ispettorato generale per gli ordinamenti del personale, *Il conto annuale. Il personale delle amministrazioni del settore statale*, 1994: 47 sgg.
- ²⁴ Art. 1, l. 24.12.1993, n. 537.
- ²⁵ D.lgs. 3.2.1993, n. 29.
- ²⁶ L. 15.3.1997, n. 59, l. 15.5.1997, n. 127, l. 16.6.1998, n. 191.
- ²⁷ D.lgs. 30.7.1999, n. 286.
- ²⁸ D.lgs. 31.3.1988, n. 80.
- ²⁹ Artt. 2 e 3, d.lgs. 30.3.2001, n. 165.
- ³⁰ Artt. 4 e 14, d.lgs. 30.3.2001, n. 165.
- ³¹ Art. 7, l. 15.7.2002, n. 145.
- ³² Art. 19, d.lgs. n. 165/2001.
- ³³ D.lgs. 30.7.1999, n. 300.
- ³⁴ Art. 2, comma 1, del d.lgs. 300/1999, comma sostituito dall'art. 1, d.l. 217/2001, poi dall'art. 1, d.l. n. 181/2006, dal comma 1 dell'art. 1, d.l. n. 85/2008, e poi così modificato dalla lett. a) del comma 2 dell'art. 1, l. n. 172/2009.
- ³⁵ Art. 6, d.lgs. n. 300/1999.
- ³⁶ Art. 3, d.lgs. n. 300/1999, sostituito dall'art. 2, d.l. n. 217/2001, e poi dall'art. 1, d.lgs. n. 281/2002.
- ³⁷ Art. 7, d.lgs. n. 300/1999.
- ³⁸ Art. 2, d.lgs. 6.12.2002, n. 287.
- ³⁹ D.lgs. 30.7.1999, n. 303.
- ⁴⁰ Artt. 2-3, d.lgs. n. 303/1999.
- ⁴¹ Art. 6, d.lgs. n. 303/1999.
- ⁴² R.d. 10.6.1860, n. 4128.
- ⁴³ R.d. 9.10.1861, n. 255, e r.d. 20.10.1861, n. 291.
- ⁴⁴ Rispettivamente, con r.d. 10.3.1862, n. 482, e r.d. 4.1.1863, n. 1194.

- ⁴⁵ Rr.dd. 11.7.1866, n. 3071, e 14.12.1866, n. 3475.
- ⁴⁶ Archivio Centrale dello Stato, *Carte Crispi – Deputazione di storia patria di Palermo*, b. 19 fasc. Ministero ed uffizi dipendenti.
- ⁴⁷ D.m. 31.7.1887.
- ⁴⁸ R.d. 1.3.1888, n. 5247.
- ⁴⁹ R.d. 31.12.1922, n. 1700.
- ⁵⁰ R.d. 20.7.1932, n. 884.
- ⁵¹ R.d.l. 28.12.1943, n. 29/B, integrato dal r.d.l. 12.4.1944, n. 101.
- ⁵² R.d.l. 13.4.1944, n. 119.
- ⁵³ D.p.r. 10.8.1954, n. 968, e d.p.r. 20.1.1955, n. 289.
- ⁵⁴ D.p.r. 15.1.1972, n. 9.
- ⁵⁵ L. 13.3.1958, n. 296.
- ⁵⁶ L. 18.12.1970, n. 966.
- ⁵⁷ Art. 3, l. 13.5.1971, n. 469.
- ⁵⁸ D.m. 2.8.1973.
- ⁵⁹ D.p.r. 24.7.1977, n. 616, e d.p.r. 24.7.1977, n. 617.
- ⁶⁰ L. 1.4.1981, n. 121.
- ⁶¹ Art. 15, d.lgs. n. 300/1999, poi modificato dall' art. 2, d.lgs. 30.10.2003, n. 317.
- ⁶² D.p.r. 7.9.2001, n. 398, modificato dal d.p.r. 24.11.2009, n. 210.
- ⁶³ D.p.r. 21.3.2002, n. 98.
- ⁶⁴ R.d. 21.12.1850, n. 1122; r.d. 20.11.1881, n. 581 ter; r.d. l.3.1888, n. 5247; r.d. 29.3.1888, n. 5347; r.d. 8.12.1889, n. 6566; r.d. 9.2.1891, n. 50; r.d. 28.12.1893, n. 700.
- ⁶⁵ R.d. 2.1.1902, n. 2.
- ⁶⁶ R.d. 9.4.1908, n. 241.
- ⁶⁷ R.d. 19.9.1920, n. 1468.
- ⁶⁸ R.d. 25.8.1932, n. 1086.
- ⁶⁹ D.p.r. 5.1.1967, n. 18, d.p.r. 5.1.1967, n. 200, e d.m. 25 marzo 1968.
- ⁷⁰ L. 8.5.1985, n. 205.
- ⁷¹ D.p.r. 11.5.1999, n. 267; art. 12 d.lgs. 300/199.
- ⁷² D.p.r. 24.6.2002, n. 157; l. 23.4.2003, n. 109.
- ⁷³ D.p.r. 19.12.2007, n. 258; d.m. 15.2.2008; d.p.r. 14.11.2007, n. 218; d.p.r. 4.12.2009, n. 207.
- ⁷⁴ Art. 1, d.p.r. 19.5.2010, n. 95.
- ⁷⁵ L. 11.08.2014, n. 125.
- ⁷⁶ R.d. 22.8.1848, n. 795; r.d. 11.10.1850, n. 1081; r.d. 26.2.1852, n. 1348.
- ⁷⁷ R.d. 5.7.1860, n. 4192.
- ⁷⁸ R.d. 9.10.1861, n. 294.
- ⁷⁹ R.d. 28.1.1867, n. 3505.
- ⁸⁰ R.d. 26.12.1877, n. 4220; e l. 30.6.1878, n. 4449.
- ⁸¹ R.d. 25.3.1883, n. 1262, e d.m. 31.5.1883.
- ⁸² L. 12.2.1888, n. 5195, e r.d. 18.3.1888, n. 5267.
- ⁸³ R.d. 29.6.1902, n. 246, r.d. 13.11.1902, n. 478, e d.m. 28.1.1904.
- ⁸⁴ R.d. 11.1.1912, n. 7, e d.m. 14.10.1912.
- ⁸⁵ Artt. 1, 2 e 4, r.d. n. 755/1916.
- ⁸⁶ R.d. 5.7.1923, n. 1439.
- ⁸⁷ R.d.l. 18.12.1939, n. 2222; l. 25.11.1940, n. 1096; d.lg.lt. 13.12.1944, n. 410 d.lg.lt. 21.6.1945, n. 379; d.lg.lt. 2.8.1945, n. 477; d.lg.lt. 22.12.1945, n. 838.
- ⁸⁸ D.p.r. n. 616/1977; d.p.r. 15.1.1972, n. 11 d.p.r. 24.7.1977, n. 617; d.p.r. 6.1.1978.
- ⁸⁹ D.l. 18.6.1986, n. 282.
- ⁹⁰ D.p.r. 5.6.1993, n. 176, e d.l. 4.8.1993, n. 272; l. 4.12.1993, n. 491.
- ⁹¹ D.lgs. 4.6.1997, n. 143, e d.lgs. n. 300/1999.

- ⁹² D.p.r. 14.5.2001, n. 303.
- ⁹³ D.p.r. 22.7.2009, n. 129, poi abrogato dal d.p.r. 14.2.2012, n. 41.
- ⁹⁴ D.p.r. 14.2.2012, n. 42. Relazione sul rendiconto generale dello Stato, 2012.
- ⁹⁵ D.p.r. 14.2.2012, n. 41; d.p.c.m. n. 105/2013.
- ⁹⁶ Art. 4, d.lgs. 27.5.2005, n. 100.
- ⁹⁷ D.l. 12.6.2001, n. 217; d.l. 18.5.2006, n. 181; l. 28.12.2007, n. 300; l. 13.11.2009, n. 172.
- ⁹⁸ D.lgs. 27.10.2009, n. 150.
- ⁹⁹ Art. 1, comma 2, d.lgs. n. 150/2009.
- ¹⁰⁰ Art. 40 d.lgs. n. 150/2009.
- ¹⁰¹ Art. 19, c. 1 *ter*, d.lgs. 30.3.2001, n. 165, come modificato dall'art. 40, c. 1, lett. b), d.lgs. n. 150/2003.
- ¹⁰² Art. 9, c. 32, d.l. 31.5.2010, n. 78.
- ¹⁰³ Art. 1, c. 18, d.l. 13.8.2011, n. 138, convertito in l.14.9.2011, n. 148.
- ¹⁰⁴ Es., art. 7, d.lgs. 150/2009.
- ¹⁰⁵ Art. 19, c. 2, d.lgs. n. 165/2001.
- ¹⁰⁶ Art. 19, c. 3, 4 e 5, d.lgs. n. 165/2001.
- ¹⁰⁷ Cass., S.U., 22.12.2004, n. 23760; Cass., S.U., 12.6.2006, n. 13538; Cass., S.U., 6.3.2009, n. 5457; Cass., S.U., 7.11.2008, n. 26799. C. cost., 16.6.2006, n. 233; C. cost., 23.3.2007, nn. 103 e 104.
- ¹⁰⁸ C. cost., n. 233/2006.
- ¹⁰⁹ Art. 2, comma 159 e 161, d.l. 3.10.2006, n. 262, convertito con modificazioni nella l. 24.11.2006, n. 286.
- ¹¹⁰ Art. 3, c. 7, l. n. 145/2002.
- ¹¹¹ C. cost., 23.3.2007, nn. 103 e 104.
- ¹¹² C. cost., 20.5.2008, n. 161.
- ¹¹³ C. cost., 5.3.2010, n. 81.
- ¹¹⁴ Art. 19, c. 8, d.lgs. n. 165/2001, come modificato dall'art. 40, lett. g), d.lgs. n. 150/2009.

Riferimenti bibliografici

- Allegretti U. 2009, *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Giuffrè, Milano.
- Bachelet V. 1975, *Responsabilità del ministro*, in *Studi per Guicciardi*, Padova.
- Battini S. 2012, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1: 39 sgg.
- Calandra P. 1972, *L'amministrazione dell'agricoltura*, in *Agricoltura e Regioni*, Ineasap, Bologna: 84 sgg.
- 1978, *Storia dell'amministrazione pubblica in Italia*, il Mulino, Bologna.
- Casetta E. 2014, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- Cerulli Irelli V. 2012, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino.
- Codacci Pisanelli A. 1900, *Legge e regolamento*, Città di Castello.
- Colapietro C. 1990, *Dirigenti pubblici*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, V, Torino: 126 sgg.
- D'Alberti M. 1990, *La dirigenza pubblica*, il Mulino, Bologna.
- D'Alessio G. (a cura di) 1949, *Alle origini della Costituzione italiana: i lavori preparatori della Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, 1945-1946*, Bologna.
- D'Aniello E., Desideri C., Serrani D. 1978, *Governo dell'agricoltura e ruolo delle Regioni*, Giuffrè, Milano.
- D'Auria G. 2002, *La politica alla (ri)conquista dell'amministrazione*, in *Lavoro nelle p.a.*, 6: 853 sgg.
- De Francesco A. 1970, *I servizi del Ministero dell'agricoltura e foreste. Strutture, compiti e funzionamento dell'amministrazione attiva e consultiva, centrale e periferica*, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma.
- Giannini M.S. 1955, *In principio sono le funzioni*, in *Amm. Civ.*, II: 11 sgg., ora in *Scritti (1955-1962)*, 4, Milano 2004: 719 sgg.
- 1979, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, in *Foro italiano*, V, Zanichelli, Bologna: 289 sgg.
- Giolitti G. 1954, *Discorsi parlamentari*, II, Tipografia della Camere dei deputati, Roma: 1189 sgg.
- Grüner G. 2007, *Considerazioni intorno agli istituti di spoils system previsti dall'art. 19, comma 8, del d.lgs. n. 165 del 2001 e dall'art. 6, co. 1, della l. n. 145 del 2002 alla luce della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro Amm. – TAR*, Milano: 1844 sgg.
- Gueze R. 1962, *Lineamenti storici del Ministero dell'Interno*, in *Amministrazione civile*, V: 209 sgg.
- Mazzaroli L. et. al. (a cura di) 2005, *Diritto amministrativo*, Monduzzi, Bologna.
- Melis G. 1996, *Fascismo (ordinamento costituzionale)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VI, Torino: 27 sgg.
- Minghetti M. 1969, *I partiti politici e la pubblica amministrazione*, Cappelli, Bologna.

- Nigro M. 1966, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano.
- Police A., Grüner G. 2007, *Gli incarichi dirigenziali. Il rapporto di ufficio tra funzione pubblica e diritto privato*, in M.P. Chiti, R. Ursi (a cura di), *La dirigenza pubblica: analisi e prospettive*, Giappichelli, Torino: 97 sgg.
- Porrini R. 1900, *I Ministeri*, in V.E. Orlando, *Primo Trattato di Diritto Amministrativo italiano*, Libreria, Milano: 646 sgg.
- Randeraad N. 1989, *Gli alti funzionari del Ministero dell'Interno durante il periodo 1870-1899*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1: 218 sgg.
- Ranelletti O. 1926, *La potestà legislativa del Governo*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, I: 170 sgg.
- Rossi G. 1991, *Gli enti pubblici*, il Mulino, Bologna.
- Spaventa S. 1926, *Lettere politiche (1861-1893)*, G. Castellano, Laterza, Bari.
- Sandulli A., Vesperini G. 2011, *L'organizzazione dello Stato unitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1: 47 sgg.
- Sepe S. 1995, *Amministrazione e storia, Problemi della evoluzione degli apparati statali dall'Unità ai nostri giorni*, Maggioli, Rimini.
- Talamo V. 2005, *Ancora sul rapporto tra politica ed amministrazione nella riforma della dirigenza statale: qualche osservazione di contesto*, in *Dir. relaz. Ind.*, 2: 409 sgg.
- Torchia L. 2000, *Il nuovo ordinamento dei ministeri: le disposizioni generali*, in A. Pajno, L. Torchia (a cura di), *La riforma del governo*, il Mulino, Bologna: 125 sgg.
- Tosatti G. 1992, *Introduzione*, in G. Melis (a cura di), *L'amministrazione centrale dall'Unità alla Repubblica. Le strutture e i dirigenti*, II, il Mulino, Bologna: 37 sgg.
- Zagrebel'sky G. 1992, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino.
- Zanobini G. 1922, *Il fondamento giuridico della potestà regolamentare*, in *Arch. Giur.*: 17 sgg.

ORGANIZZAZIONE DELL'ORDINE PUBBLICO

Fabrizio Tigano

SOMMARIO – 1. Premessa. 2. La legislazione postunitaria fino alla Costituzione repubblicana. 3. I principi della Costituzione repubblicana e la loro attuazione. 4. La prima riforma fondamentale: la legge 1 aprile 1981 n. 121. 5. Gli anni '90 e le riforme Bassanini: il d.lgs. 30 luglio 1999 n. 300 in attuazione dell'art. 11 della legge 19 marzo 1997 n. 59. 6. L'attuale configurazione organizzativa ministeriale centrale e periferica. 7. La riforma Madia: alcune novità salienti. 8. Conclusioni.

1. Premessa

Il perseguimento dell'ordine pubblico è esplicazione di una funzione amministrativa che si compendia nell'esercizio di poteri rivolti a consentire, da un lato, la pacifica convivenza tra i soggetti dell'ordinamento, dall'altro, la realizzazione di uno specifico interesse pubblico inteso come capacità dell'ordinamento di mantenere coesione ed unità di intenti, essendo evidente che, in caso contrario, ne risulterebbe compromessa la sovranità dello Stato (Persico, 1882: 228 sgg.; Corso, 1980:1059).

Non è dunque necessario un particolare sforzo per comprendere quanto delicate e complesse siano le implicazioni e le possibili declinazioni di una simile funzione, laddove assai facilmente vengono in discussione i diritti fondamentali dei singoli e delle formazioni sociali, potenzialmente fagocitati dalla preponderanza del «bene comune» (Bobbio, 1980: 279; Persico, 1882: 208; Kelsen, 1995: 49; Hegel, 1991: 190).

Il mantenimento dell'ordine pubblico, da un lato, presuppone un complesso di norme poste *ad hoc*, in grado di contemperare gli interessi e le attività dei singoli con le necessarie limitazioni in funzione del bene comune, dall'altro, necessita di un momento «operativo-attuativo» la cui dimensione, oltretutto giurisdizionale, è prettamente amministrativa (c.d. attività di «polizia»; Caia, 2000: 164).

Il rapporto tra ordine pubblico e sovranità è anch'esso complesso ed *in fieri*, sia per la progressiva erosione del concetto di sovranità (dall'«alto» come dal «basso»; Berti, 1986: 30), sia per il venir meno, nell'attuale frangente storico-politico, della utilità di tale concetto perché in qualche misura in conflitto con la globalizzazione incipiente e la necessità che l'azione politica e giuridica degli Stati si giochi su scacchiere di livello più ampio senza fagocitare le tutele individuali ed i diritti sociali (Marino, 2012: 62; Bauman, 2008: 28; Cassese, 2008: *passim*; Corso, 1980: 1057)¹.

L'avvento della Costituzione repubblicana inaugura una nuova fase rispetto all'epoca postunitaria e fascista perché impone un profondo riesame del concetto di ordine pubblico in funzione del riconoscimento di una serie di libertà fondamentali ai singoli e alle formazioni sociali. Il rapporto autorità/individuo, filtrato attraverso i nuovi valori democratici fondanti lo Stato repubblicano fa sì che ogni limitazione alle libertà di ciascuno non possa essere genericamente addotta ad esigenze di ordine pubblico, ma richieda di essere precisata, motivata e legittimata da una normazione adeguata e correlativa (Zanobini, 1957: 76).

È stato, del resto, autorevolmente sottolineato in sede di commento al testo costituzionale il valore organizzativo del potere direttivo dello Stato posto dal secondo comma dell'art. 1 «che, se fa capo al popolo sovrano, richiede anche una specificazione del modo d'essere della sovranità ad esso spettante» (Mortati, 1975: 2). L'esplicito riferimento alla 'democraticità', dunque, non caratterizza la sola forma di governo, ma ancor prima la forma di Stato nel senso che è in grado di compendiare i valori fondanti dell'ordinamento e che refluiscano *de plano* sulla sfera personale di ciascuno in grado di esplicarsi nel riconoscimento di una serie di libertà anche a livello associativo (Mortati, 1975: 7).

La linea di confine tra il potere centrale e quello locale è ancora oggi costituita dalle Prefetture, istituto discusso, ma anch'esso riorganizzato nelle strutture come nelle competenze al fine di non porsi in contrasto con i valori costituzionali testè ricordati, in particolare con l'art. 5 (Berti, 1975: 277).

2. La legislazione postunitaria fino alla Costituzione repubblicana

La legge 20 marzo 1865 n. 2248 si occupa dell'ordine pubblico nell'allegato A, relativo agli enti locali, come nell'allegato B, relativo alla sicurezza pubblica.

Nel primo dei due allegati, invero, campeggia – quale conseguenza della scelta operata con i c.d. 'decreti d'ottobre' del 1861 di adottare un sistema accentrato al fine di tenere unito il nuovo ordinamento – la figura del Prefetto, il quale, rispetto al Comune ed alla Provincia, recita un ruolo indubbiamente da protagonista quale rappresentante del potere statale in ambito locale.

L'allegato B tratta della «sicurezza pubblica», che, sul piano organizzativo «è diretta dal ministro dell'interno, e per esso dai prefetti e sotto-prefetti»².

Le vicende successive alla legge sull'unificazione presentano motivi di rilevante interesse essenzialmente sul piano storico-politico, soprattutto in funzione dell'alternanza al potere tra la Sinistra e la Destra (fino al 1900) ed al periodo giolittiano (dal 1900 al 1922), laddove la 'spirale' accentratrice si somma al particolare ruolo riconosciuto al Ministero dell'Interno ed al suo rapporto con la stessa Presidenza del Consiglio³.

Il periodo fascista, evidentemente, non può che ribadire e forse anche ulteriormente accrescere questa tendenza alla centralizzazione ed il senso gerarchico e verticistico dell'organizzazione dell'ordine pubblico, che si riflette soprattutto nel rapporto con le periferie. L'intervento normativo più significativo in materia è il r.d. 18 giugno 1931 n. 773 (con il relativo regolamento d'esecuzione r.d. 6 maggio 1940 n. 635), *Testo unico in materia di Pubblica Sicurezza*, che fa seguito al precedente r.d. 6 novembre 1926 n. 1848 ed al r.d.l. 14 aprile 1927 n. 593.

L'art. 1 conferma il tradizionale compito assegnato all'Autorità di pubblica sicurezza, ovvero di vegliare «al mantenimento dell'ordine pubblico, alla sicurezza dei cittadini, alla loro incolumità e alla tutela della proprietà». All'anzidetta Autorità, invero, viene assegnato non solo il ruolo di «controllore» della legalità in senso lato, ma viene anche chiesto di «prestare soccorso nel caso di pubblici e privati infortuni» e di provvedere «alla bonaria composizione dei dissidi privati».

Dal punto di vista organizzativo, si ribadisce che l'Autorità di pubblica sicurezza è provinciale e locale e le sue attribuzioni sono esercitate, rispettivamente, dal Prefetto e dal Questore a livello provinciale, mentre, a livello locale, dall'ufficio di pubblica sicurezza del luogo o, in mancanza dal Podestà.

Al Prefetto, come già in passato, viene attribuito il potere di ordinanza in caso di «urgenza o per grave necessità pubblica», cioè di «adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica», rispetto ai quali è ammesso il ricorso (gerarchico) al Ministero dell'Interno.

3. I principi della Costituzione repubblicana e la loro attuazione

L'avvento della Costituzione repubblicana, come si diceva, rimette in discussione il sistema 'ereditato' dalle epoche precedenti. Tuttavia, pur ponendo limiti espressi a talune libertà in ragione della sicurezza pubblica (emblematico il caso dell'art. 16), la Carta costituzionale si guarda bene dallo stabilire cosa si intenda per 'ordine pubblico'. Parrebbe – almeno da quanto si evince dai lavori dell'Assemblea costituente – che ciò sia frutto di una scelta ponderata al fine di evitare di introdurre una clausola generale ed indeterminata che avrebbe potuto legittimare l'uso della forza nei confronti soprattutto (ma non solo, ovviamente) delle libertà positive⁴.

L'istituzione delle Regioni a statuto ordinario modifica il quadro anche conseguentemente al trasferimento di competenze operato prima timidamente con i decreti delegati del 1972 e poi, in modo massiccio, con il d.p.r. 24 luglio 1977 n. 616, nell'ambito del quale si distingue tra «polizia locale urbana e rurale»⁵ e «polizia amministrativa».

Le funzioni amministrative della prima sono quelle che si svolgono a livello locale e che non sono previamente riservate all'autorità statale.

Per quanto riguarda la seconda, vengono attribuite ai Comuni una serie di funzioni, puntualmente elencate, già previste nell'ambito del T.U. n. 773 del 1931, per alcune delle quali è necessario il parere conforme del Prefetto ai fini del diniego ed è comunque prevista la comunicazione a quest'ultimo il quale può imporre la sospensione, l'annullamento o la revoca con richiesta motivata⁶.

In ogni caso, in relazione alle funzioni attribuite ai comuni, il Ministero dell'Interno, per esigenze di pubblica sicurezza, può impartire, per il tramite del commissario del Governo, direttive ai sindaci che, a loro volta, sono tenuti ad osservarle. Ciò crea una condizione del tutto particolare, in ragione della quale la competenza si radica a livello comunale, ma l'esercizio dell'autotutela può essere concretamente imposto dalla richiesta prefettizia, al punto che la giurisprudenza ha di recente riconosciuto che l'atto di revoca di una licenza emesso dall'Autorità comunale ai sensi dell'art. 19 d.p.r. n. 616/77 è esente dal vizio di incompetenza⁷.

4. La prima riforma fondamentale: la legge 1 aprile 1981 n. 121

In epoca più recente, la riforma più importante in materia di amministrazione della pubblica sicurezza è quella discendente dalla legge n. 121 dell'1 aprile 1981, laddove si intravede l'intento di creare assetti organizzativi nuovi e stabili improntati in modo più evidente ad un equilibrato rapporto con le autonomie, progetto che troverà successivi approdi nella seconda metà degli anni '90 e poi nella riforma costituzionale del 2001 (Caia, 2000: 294).

La legge del 1981 anzitutto ribadisce il ruolo del ministro dell'Interno, «responsabile della tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica» ed «autorità nazionale di pubblica sicurezza», al quale sono attribuiti «l'alta direzione dei servizi di ordine e sicurezza pubblica» ed il coordinamento dei compiti e delle attività delle Forze di polizia. Spetta ancora al ministro, pur nel rispetto delle competenze del Consiglio dei Ministri, l'adozione dei provvedimenti «per la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica»⁸, funzione espletata avvalendosi dell'amministrazione della pubblica sicurezza⁹.

Nell'ambito della struttura ministeriale viene istituito il Dipartimento della pubblica sicurezza, il quale, sotto la direzione e secondo gli ordini ministeriali, provvede: «a) all'attuazione della politica dell'ordine e della sicurezza pubblica; b) al coordinamento tecnico-operativo delle forze di polizia; c) alla direzione e amministrazione della Polizia di Stato; d) alla direzione e gestione dei supporti tecnici, anche per le esigenze generali del Ministero dell'interno»¹⁰.

Ai sensi della legge in esame, il Dipartimento della pubblica sicurezza si articola in 2 uffici e 9 direzioni centrali e vi è preposto il capo della polizia-direttore generale della pubblica sicurezza, nominato su proposta del ministro dell'Interno, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri e con decreto del Presidente della Repubblica. Le medesime modalità di nomina sono osservate per il comandante generale dell'Arma dei carabinieri e della Guardia di finanza, per il direttore generale degli istituti di prevenzione e di pena e per il direttore generale per l'economia montana e per le foreste.

Agli uffici ed alle direzioni centrali è invece preposto un dirigente generale, salvo che non si tratti di direzione centrale per i servizi di ragioneria, laddove *ratione materiae* può essere preposto un dirigente generale di ragioneria dell'amministrazione civile dell'interno.

La norma ritaglia, inoltre, un ruolo specifico, sul piano della corretta gestione dell'attività amministrativa connessa alla funzione, all'ufficio centrale ispettivo, il quale, su richiesta del ministro o del direttore generale, «ha il compito di verificare l'esecuzione degli ordini e delle direttive del ministro e del direttore generale; riferire sulla attività svolta dagli uffici ed organi periferici dell'amministrazione della pubblica sicurezza, verificare l'efficienza dei servizi e la corretta gestione patrimoniale e contabile».

Una novità saliente (ed auspicata), sul piano organizzativo, della riforma del 1981 è costituita dal tentativo di creare un coordinamento ed una gestione unitaria delle forze di polizia. In questo senso, particolarmente delicata è la funzione attribuita al Dipartimento della pubblica sicurezza, il quale espleta una serie di compiti fondamentali in attuazione delle direttive ministeriali e soprattutto «nell'esercizio delle attribuzioni di coordinamento e di direzione unitaria in materia di ordine e sicurezza pubblica»¹¹.

Tra queste funzioni compare significativamente «il mantenimento e sviluppo delle relazioni comunitarie e internazionali», a testimonianza della dimensione sovranazionale assunta dalla tutela dell'ordine pubblico, la cui 'scala' non è più nazionale o locale, ma anche (e forse oggi soprattutto) comunitaria ed internazionale.

Altra funzione fondamentale del Dipartimento di pubblica sicurezza è connessa alla acquisizione ed alla gestione dei dati raccolti in sede di «classificazione, analisi e valutazione delle informazioni e dei dati che devono essere forniti anche dalle forze di polizia in materia di tutela dell'ordine, della sicurezza pubblica e di prevenzione e repressione della criminalità e loro diramazione agli organi operativi delle suddette forze di polizia»¹². Onde evitare che tale funzione leda le sfere giuridiche di libertà dei consociati – come avveniva ed è avvenuto in passato con la polizia politica – l'art. 7 precisa che i dati acquisiti devono risultare da documentazione in possesso della pubblica amministrazione o di enti

pubblici, comunque collegata a provvedimenti giudiziari o a indagini di polizia. Quel che è vietato sicuramente è svolgere attività d'indagine finalizzata a raccogliere informazioni e dati sui cittadini in ragione della loro razza, fede religiosa, opinione politica, adesione a sindacati e movimenti in genere di carattere assistenziale, culturale e così via.

È però consentito, nell'ambito delle indagini, avere accesso episodicamente ad informazioni bancarie su espresso mandato dell'Autorità giudiziaria, nonché rivolgersi presso polizie di altri Stati appartenenti all'Unione o con i quali siano state previamente stipulate apposite convenzioni.

Il rapporto con le polizie estere è caratterizzato da reciprocità nel rilascio delle informazioni, sempreché non sussista un vincolo derivante dal segreto istruttorio.

Alla gestione dei dati provvede l'apposito Centro di elaborazione, il quale, peraltro, segue le indicazioni discendenti da una apposita commissione tecnica istituita con decreto ministeriale.

L'accesso alle informazioni contenute nella banca dati è consentito agli ufficiali di polizia giudiziaria e di pubblica sicurezza ed in particolare ai funzionari dei servizi di sicurezza debitamente autorizzati.

Analoga condizione è riconosciuta all'Autorità giudiziaria nell'ambito delle indagini relativamente ai procedimenti in corso comunque nei limiti stabiliti dal codice di procedura penale.

Chi abbia accesso a questi dati non può utilizzarli per ragioni diverse da quelle per le quali è stato istituito il Centro. Sono previsti appositi controlli e sanzioni per l'uso scorretto dei dati acquisiti, anche attraverso l'intervento del Garante per la protezione dei dati personali.

Nell'ottica di un coordinamento complessivo sul piano organizzativo, la legge n. 121/1981 considera forze di polizia non solo la Polizia di Stato, ma anche l'Arma dei carabinieri «quale forza armata in servizio permanente di pubblica sicurezza» (in seguito riformata con la legge 31 marzo 2000 n. 78) e la Guardia di finanza «per il concorso al mantenimento dell'ordine e della sicurezza pubblica». A queste, pur nell'ambito dei singoli ordinamenti, possono aggiungersi, all'occorrenza, il Corpo degli agenti di custodia e il Corpo forestale dello Stato. La stessa funzione di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica esercitata dalle forze di polizia può estendersi al servizio di pubblico soccorso, nell'ambito del quale esse possono essere utilizzate.

Spetta, poi, al ministro dell'Interno, nell'ambito delle sue funzioni di coordinamento, impartire direttive e provvedimenti utili al fine di stabilire collegamenti tra le sale operative, fino a istituire, in casi di particolare necessità, con proprio decreto di concerto con i ministri interessati, sale operative comuni.

Le forze di polizia giudiziaria sono poste alle dipendenze e sotto la direzione dell'Autorità giudiziaria (che ne fa uso nell'ambito delle norme del codice di

procedura penale), sicché il ministro è chiamato ad approvare previamente lo stanziamento di specifici contingenti, di concerto con il ministro della giustizia, istituendo ed organizzando i servizi di polizia giudiziaria.

Il Ministero dell'Interno è coadiuvato da un organo ausiliario di consulenza, ossia il Comitato nazionale dell'ordine e della sicurezza pubblica, presieduto dal ministro, da un sottosegretario, dal capo della polizia-direttore generale della pubblica sicurezza, dai comandanti generali dell'Arma dei carabinieri e del corpo della Guardia di finanza. Fanno altresì parte del comitato il direttore generale del Dipartimento della amministrazione penitenziaria ed il dirigente generale capo del Corpo forestale dello Stato. Il ministro può, laddove opportuno, chiamare per la partecipazione alle riunioni dirigenti del Ministero, l'ispettore generale del corpo delle Capitanerie di porto ed altri rappresentanti dello Stato e delle forze armate, nonché rappresentanti dell'ordine giudiziario d'intesa con il procuratore competente.

Le funzioni del comitato vertono essenzialmente sull'esame di «ogni questione di carattere generale relativa alla tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e all'ordinamento ed organizzazione delle forze di polizia ad esso sottoposta dal ministro dell'Interno»¹³.

La legge n. 121/1981 ripropone la già nota bipartizione organizzativa tra centro e periferia. A livello locale, dunque, resta fermo il 'duo' prefetto-questore, entrambi autorità provinciali di pubblica sicurezza. Tuttavia, il prefetto «ha la responsabilità generale dell'ordine e della sicurezza pubblica nella provincia e sovrintende all'attuazione delle direttive emanate in materia», svolgendo altresì fondamentali compiti di coordinamento circa l'attività delle forze di pubblica sicurezza. In funzione di siffatti compiti deve essere tenuto informato in modo tempestivo da parte del questore, dei comandanti provinciali dell'Arma dei carabinieri e della Guardia di finanza «su quanto comunque abbia attinenza con l'ordine e la sicurezza pubblica nella provincia»¹⁴. Dispone della forza pubblica e ne coordina le attività, tenendosi frattanto in diretto contatto con il ministro dell'Interno, ma anche con il commissario del Governo.

Il questore ha competenze 'qualitativamente' differenti: esse attengono precipuamente ad attività «di carattere tecnico-operativo» relativamente ai servizi di ordine e di sicurezza pubblica di cui ha la direzione, la responsabilità ed il coordinamento. Anch'egli – come, per altri versi, il prefetto – deve essere tenuto informato dai comandanti dell'Arma dei carabinieri e della Guardia di finanza (a livello locale) di tutto ciò che sia attinente l'ordine e la sicurezza pubblica.

Il questore (nel capoluogo di provincia) ed i funzionari preposti ai commissariati di polizia (negli altri comuni) sono autorità locali di pubblica sicurezza. In mancanza di commissariati di polizia, le attribuzioni dell'autorità locale di

pubblica sicurezza sono affidate al sindaco in qualità di ufficiale di Governo, anche qui secondo una 'tradizione' che affonda le radici nell'allegato A della legge n. 2248/1865.

Il rapporto tra le autorità provinciali della pubblica sicurezza e le amministrazioni locali è impostato sulla leale e sussidiaria collaborazione attraverso lo scambio di informazioni in grado di portare a strategie ed interventi complementari.

Perché vi sia completa 'specularità' tra livello locale e livello centrale, è prevista la istituzione, presso la Prefettura, con funzioni di consulenza, di un organo ausiliario, il Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, la cui funzione è di coadiuvare il Prefetto nell'esercizio delle sue attribuzioni di autorità provinciale di pubblica sicurezza. Il Comitato è presieduto dal prefetto; ne fanno parte il questore, il sindaco del comune capoluogo, il presidente della Provincia, i comandanti provinciali dell'Arma dei carabinieri e della Guardia di finanza (a questi soggetti è stato poi aggiunto il rappresentante del Corpo forestale dello Stato). Laddove debbano trattarsi questioni di altri comuni, i relativi sindaci sono invitati alla riunione che li riguarda.

Analogamente a quanto previsto a livello nazionale, il prefetto può, a livello provinciale, invitare a partecipare alle sedute, sempre in funzione della tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, le autorità locali di pubblica sicurezza, i responsabili delle amministrazioni dello Stato interessate alle singole questioni poste all'ordine del giorno, ivi compresi i responsabili dell'Amministrazione penitenziaria, del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, del Corpo delle capitanerie di porto, nonché i responsabili delle amministrazioni locali interessate, *in primis* la polizia municipale (questi ultimi, però, previa intesa col Sindaco o col presidente della Provincia).

Specularmente, ancora una volta, al livello nazionale, possono essere chiamati a partecipare alle sedute soggetti appartenenti all'ordine giudiziario, previa intesa con il procuratore della Repubblica competente.

Se l'ordine del giorno è di competenza del prefetto, la convocazione (e la conseguente integrazione dell'ordine del giorno) può essere frutto di una specifica iniziativa in tal senso del Sindaco del capoluogo, ovviamente per la trattazione di questioni di sicurezza e ordine pubblico attinenti la sua sfera di competenza territoriale.

5. Gli anni '90 e le riforme Bassanini: il d.lgs. 30 luglio 1999 n. 300 in attuazione dell'art. 11 della legge 19 marzo 1997 n. 59

Gli anni '90 segnano un'epoca di fondamentali mutamenti nell'ambito dei principi organizzativi, perché emerge la necessità di implementare il coordinamento tra le amministrazioni pubbliche e la semplificazione delle relative atti-

vità, rendendole più efficienti e trasparenti anche in ossequio ai principi discendenti dall'ambito comunitario.

Tale esigenza è colta dall'art. 11 della legge 15 marzo 1997 n. 59 (c.d. 'legge Bassanini')¹⁵, la cui amplissima delega relativa alla «razionalizzazione, riordino, soppressione e fusione di ministeri» come anche al «riordino dell'amministrazione periferica dello Stato», è stata esercitata *in subiecta materia* mediante il decreto legislativo 30 luglio 1999 n. 300.

Ai ministri è riservata la responsabilità politica dell'operato dei dicasteri, in un'ottica dichiaratamente votata alla netta separazione tra livello politico ed amministrativo. Nel contempo, si affermano in misura crescente gli obblighi derivanti dalla appartenenza all'Unione europea, anche in ragione della 'trasnazionalità' di molte problematiche criminali in grado di incidere sull'ordine pubblico a più livelli, da quello locale a quelli nazionale, europeo ed internazionale.

Ne discende l'apertura delle indagini e dell'azione preventiva attraverso il coordinamento interno tra le diverse forze di polizia (che dal 2000 annoverano anche l'Arma dei carabinieri), e l'apertura verso collaborazioni internazionali principalmente per la lotta al crimine organizzato.

I ministeri, quali strutture di primo livello, sono distinti in dipartimenti e direzioni generali, con la precisazione che laddove sia privilegiata la struttura dipartimentale non si debba procedere alla nomina di un segretario generale, i cui compiti sono distribuiti tra i capi dipartimento.

Per quanto riguarda la struttura organizzativa, la dotazione organica, l'individuazione ed il numero degli uffici di livello dirigenziale, viene fatto rinvio ad un apposito regolamento o ad un decreto ministeriale.

È prevista l'istituzione di un ruolo unico del personale (non dirigenziale) articolato in aree dipartimentali e per direzioni generali. L'individuazione degli uffici di livello dirigenziale non generale e la distribuzione nell'ambito degli uffici dirigenziali di livello generale sono stabiliti con decreto ministeriale non avente natura regolamentare.

I dipartimenti costituiscono una saliente novità sul piano organizzativo «per assicurare l'esercizio organico ed integrato delle funzioni del Ministero», essendo chiamati a svolgere «compiti finali concernenti grandi aree di materie omogenee e i relativi compiti strumentali, ivi compresi quelli di indirizzo e coordinamento delle unità di gestione in cui si articolano i dipartimenti stessi, quelli di organizzazione e gestione delle risorse strumentali, finanziarie ed umane ad essi attribuite»¹⁶.

Organo di vertice è il capo del dipartimento, al quale vengono assegnati fondamentali compiti di direzione e controllo degli uffici di livello dirigenziale generale all'interno del dipartimento con la specifica finalità di assicurare la continuità delle funzioni. Vi è connessa, ovviamente, la responsabilità per i risultati raggiunti.

Il capo del dipartimento ha la responsabilità degli uffici dirigenziali generali determina programmi, alloca le risorse umane, promuove coordina e controlla l'attività del dipartimento, si relaziona con gli organi dell'Unione europea laddove opportuno in relazione alla specifica competenza, adotta gli atti per la migliore utilizzazione del personale e viene sentito dal ministro in sede di conferimento degli incarichi o anche per la revoca degli stessi.

Il segretario generale è invece un organo che può essere istituito solo in assenza di dipartimenti. Posto alle dirette dipendenze del ministro, il suo compito è essenzialmente quello di coordinare l'azione amministrativa, istruire i programmi per l'elaborazione degli indirizzi e dei programmi di competenza del ministro, coordinare gli uffici e le attività ministeriali vigilando sulla loro efficienza e riferendo infine al ministro.

Sono previsti dal d.lgs. n. 300/1999 anche gli uffici di diretta collaborazione con il ministro, cui sono assegnati una serie di compiti operativi sul piano giuridico, organizzativo e finanziario, come anche la determinazione degli obiettivi ed in generale l'elaborazione delle politiche pubbliche.

Il Ministero dell'Interno, ai sensi dell'art. 14 del d.lgs. n. 300/1999, esercita una serie di funzioni, tra cui quelle inerenti la «tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica» anche mediante il «coordinamento delle forze di polizia», rimanendo ferme, per quant'altro, le disposizioni della legge n. 121/1981.

L'ordinamento del Ministero dell'Interno si articola in dipartimenti, che non possono essere superiori a cinque.

L'organizzazione periferica ministeriale è costituita dagli uffici territoriali del Governo (prefettura-ufficio territoriale del Governo), dalle questure e dalle strutture periferiche del corpo nazionale dei Vigili del fuoco. La modifica della denominazione, da 'prefettura' ad 'ufficio territoriale del Governo' denuncia una precisa volontà di scardinare e superare buona parte delle obiezioni alla perdurante presenza prefettizia a livello locale. Dalla mera elencazione dei compiti, infatti, risulta evidente come alle prefetture-uffici territoriali del Governo sia assegnato un ruolo differente da quello posto in origine dall'allegato B della legge n. 2248/1865 o dal Testo Unico del 1933, oggi incentrato fondamentalmente sulla instaurazione di un rapporto di sinergia in nome del mantenimento dell'ordine pubblico in un contesto democratico e con l'obiettivo precipuo di consentire una pacifica convivenza civile sul territorio. Infatti, pur senza alcuna modifica delle funzioni, viene assegnato al detto organo periferico dell'amministrazione statale il compito di assicurare l'esercizio coordinato dell'attività amministrativa degli uffici periferici dello Stato.

Per la prima volta, inoltre, si parla apertamente di leale collaborazione, che viene invocata per quanto concerne il rapporto tra gli uffici statali periferici e gli enti locali, dunque con salvezza delle autonomie differenziate.

A capo della prefettura-ufficio territoriale del Governo è posto il prefetto, il quale è coadiuvato nella sua attività da una conferenza provinciale permanente che egli stesso presiede, di cui fanno parte i responsabili delle strutture amministrative periferiche statali a livello provinciale e locale.

Il prefetto del capoluogo di Regione è invece coadiuvato da una conferenza permanente di cui fanno parte i rappresentanti delle strutture amministrative periferiche regionali dello Stato, alle cui sedute possono anche essere invitati i rappresentanti della Regione.

Il prefetto può stimolare interventi diretti da parte dello Stato nell'esercizio delle sue funzioni e nell'ambito delle conferenze provinciali e regionali attraverso l'adozione di provvedimenti volti ad evitare un grave pregiudizio alla qualità dei servizi resi alla cittadinanza anche ai fini del rispetto della leale collaborazione con le autonomie territoriali. Può eventualmente agire direttamente previa autorizzazione del ministro dell'Interno, informandone successivamente il Presidente del Consiglio dei Ministri.

Per quanto concerne le questure, si è già detto che si tratta di uffici della Polizia di Stato con competenza provinciale, al cui vertice sta il questore, il quale stabilisce le modalità tecnico-operative relativamente ai servizi di ordine e sicurezza pubblica che coordina e dirige. Il questore si occupa, tra l'altro, della repressione dei reati, della garanzia dell'ordine democratico, della tutela dei diritti dei minori ed ha specifiche competenze amministrative in tema di polizia di sicurezza e amministrativa che si estrinsecano in ordinanze, diffide, permessi, licenze, autorizzazioni e quant'altro secondo espressa disposizione di legge.

I comandi dei Vigili del fuoco sono presenti a livello provinciale, ma garantiscono un pronto intervento ed una distribuzione capillare attraverso una struttura organizzativa estremamente 'dettagliata', ossia: direzioni regionali, comandi provinciali, distretti, distaccamenti permanenti e volontari, posti di vigilanza, reparti e nuclei speciali. Fanno parte anche del sistema di Protezione civile.

Va altresì ricordato come, frattanto, si sia man mano proceduto alla revisione della disciplina sanzionatoria del r.d. n. 773/1931 e del correlativo regolamento di cui al r.d. n. 653/1940 ora con interventi normativi mirati ora a seguito di pronunce della Corte costituzionale¹⁷.

Periodicamente sono stati varati dal Governo i c.d. 'pacchetti sicurezza', all'interno dei quali sono state modificate e talora introdotte talune fattispecie di reato (si pensi, per tutte, alla problematica fattispecie del reato di immigrazione clandestina)¹⁸. Nell'ambito di questi interventi, sono previsti nuovi poteri d'intervento a favore dei sindaci relativamente al controllo dei territori in un quadro sinergico con le forze di polizia e le prefetture, che, però, si sono scontrati con le pronunce della Corte costituzionale, impegnata ad evitare che i poteri di

ordinanza ad essi riconosciuti si risolvessero nella compressione di diritti fondamentali degli individui¹⁹.

6. L'attuale configurazione organizzativa ministeriale centrale e periferica

L'attuale configurazione organizzativa del Ministero dell'Interno è strutturata come segue.

Al vertice sta il ministro, con il vice ministro ed i sottosegretari.

Organi collegiali presso il Ministero sono il Comitato nazionale dell'ordine e della sicurezza pubblica ed il Consiglio di Amministrazione.

Gli uffici di diretta collaborazione sono 8, ossia: il Gabinetto del ministro, l'Ufficio affari legislativi e relazioni parlamentari, l'Organismo indipendente di valutazione della performance, il Portavoce del ministro, l'Ufficio stampa e comunicazione, la Segreteria del ministro, la Segreteria del vice ministro e quella dei sottosegretari.

Il d.p.r. 21 marzo 2002 n. 98 consente altresì che il ministro dell'Interno si avvalga di sei consiglieri, facenti parte anch'essi dello staff organizzativo.

Ai sensi del d.lgs. n. 300/1999 il Ministero si articola in 5 dipartimenti (Dipartimento per gli affari interni e territoriali, Dipartimento della pubblica sicurezza, Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione, Dipartimento dei vigili del fuoco, del soccorso pubblico e della difesa civile, Dipartimento per le politiche del personale dell'amministrazione civile e per le risorse strumentali e finanziarie), al cui interno stanno gli uffici di diretta collaborazione e le direzioni centrali.

Sono altresì previste tre istituzioni commissariali, ossia il Commissario anti-racket e antiusura, il Commissario per le persone scomparse ed il Commissario per le vittime dei reati di tipo mafioso, nonché due comitati, il Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle grandi opere ed il Comitato unico di garanzia ai sensi della legge 4 novembre 2010 n. 183.

A fini di contrasto di specifici fenomeni criminali sono istituiti tre osservatori, ovvero: l'Osservatorio nazionale sulle manifestazioni sportive, l'Osservatorio per la sicurezza contro gli atti discriminatori (OSCAD) e l'Osservatorio nazionale sui furti di rame.

L'organizzazione ministeriale si chiude con gli istituti di formazione per l'addestramento e la qualificazione del personale.

7. La riforma Madia: alcune novità salienti

Sensibili novità in materia di organizzazione dell'ordine pubblico prevedibilmente discenderanno dall'attuazione delle deleghe contenute nella legge 7 agosto 2015 n. 124.

In primo luogo, il processo di riorganizzazione investe le forze di polizia, chiamate ulteriormente ad una razionalizzazione e ad un potenziamento dell'efficacia delle funzioni, soprattutto al fine di evitare sovrapposizioni di competenze, favorendo la gestione associata dei servizi strumentali. A tal fine è prevista l'istituzione del numero unico europeo '112' su tutto il territorio nazionale, affidando il coordinamento ad apposite centrali operative in ambito regionale istituite a mezzo di protocolli d'intesa.

Importante novità è costituita dal riordino delle funzioni di polizia in materia di tutela dell'ambiente, del territorio e del mare, in campo agroalimentare. La riorganizzazione riguarda, in particolare, il Corpo forestale dello Stato chiamato a compiti di polizia oltre che a quelli tradizionali di lotta agli incendi boschivi.

Si dispone altresì la revisione della legge n. 121 del 1981, segnatamente dell'art. 16, al fine di renderla maggiormente aderente al nuovo assetto funzionale ed organizzativo, obiettivo fondamentale dell'intervento legislativo del 2015.

Altro aspetto collegato a questa riorganizzazione complessiva è la sostanziale equiordinazione tra le forze di polizia e dei relativi trattamenti economici, da attuare tenendo conto delle peculiarità del personale di ciascuna di esse.

La razionalizzazione dei costi può dar luogo all'assorbimento del Corpo forestale dello Stato in una forza di polizia (come è, in effetti, previsto dal decreto attuativo *in itinere*), con salvaguardia dei livelli retributivi, assicurati in generale dal trasferimento delle relative risorse finanziarie, nello specifico (ossia per quanto concerne le eventuali discrepanze tra la posizione giuridica ed economica di partenza e quella di assegnazione) da un assegno *ad personam* riassorbibile²⁰.

Destino diverso riguarda i corpi di polizia provinciale, dei quali è previsto il riordino, ma ne è esclusa espressamente la confluenza in altre forze di polizia. Lo stesso per quanto riguarda il Corpo dei vigili del fuoco, le cui funzioni dovranno essere rese più efficaci attraverso modifiche al d.lgs. 8 marzo 2006 n. 139, ma anche al d.lgs. 13 ottobre 2005 n. 217, distinguendo tra personale permanente e volontario. Anche in questo caso le modifiche organizzative investono la possibile soppressione e modifica di ruoli e qualifiche esistenti, con correlativa istituzione di nuovi ruoli e qualifiche, nonché la rideterminazione delle dotazioni organiche collegate al risparmio di risorse in sede di attuazione della delega.

Altro criterio direttivo della legge delega in materia riguarda le forze operanti in mare, laddove, ferme restando le strutture esistenti, si stima di eliminare le duplicazioni organizzative, sia logistiche che funzionali, ottimizzando l'utilizzo di mezzi ed infrastrutture. A tal fine possono essere previste forme obbligatorie di gestione associata, anche attraverso il possibile coordinamento con le Capitaneria di porto e la Marina militare.

Le prefetture sono profondamente interessate da questo progettato processo di revisione dell'organizzazione statale. Per esse, infatti, è prevista una razionalizzazione della rete organizzativa in uno alla revisione delle competenze e delle funzioni anche attraverso la riduzione del loro numero tenendo conto di una serie di fattori, ossia: estensione territoriale, popolazione esistente, eventuale presenza di una città metropolitana, caratteristiche del territorio, criminalità, insediamenti produttivi, dinamiche socio-economiche, fenomeni migratori. La riorganizzazione è mirata essenzialmente a rivedere le strutture e le funzioni in modo da renderle meno costose e più snelle, evitando sprechi di risorse.

La legge n. 124/2015 prevede, con disposizione densa di significato, che le prefetture si trasformino (da ufficio territoriale del Governo) in ufficio territoriale dello Stato. Al Prefetto, in questa nuova veste, viene riconosciuto un ruolo centrale: egli è, infatti, direttamente responsabile per quanto concerne la erogazione dei servizi ai cittadini, ha funzioni di direzione e coordinamento dei dirigenti degli uffici del neonato ufficio territoriale dello Stato, anche attraverso la attribuzione di poteri sostitutivi opportunamente calibrati.

Vi è da aggiungere che, con disposizione di chiusura, si operano due importanti precisazioni per quanto riguarda le Regioni a statuto speciale e le province autonome²¹.

In primo luogo la legge delega lascia immutate le attribuzioni dei Corpi forestali (regionali e provinciali), anche per quanto riguarda le eventuali funzioni di pubblica sicurezza e polizia giudiziaria, facendo salve le eventuali determinazioni organizzative da assumere con apposita normativa di attuazione dei rispettivi statuti che comunque siano in grado di garantire il coordinamento delle funzioni di polizia a livello nazionale per quanto riguarda la tutela dell'ambiente, del territorio e del mare, nonché la sicurezza in campo agroalimentare.

In secondo luogo, vengono mantenute integre le funzioni dei presidenti delle Regioni e delle province autonome in materia di funzioni prefettizie, che restano regolate dagli statuti e dalle norme di attuazione.

8. Conclusioni

Dalla analisi condotta risulta confermato come nel concetto di ordine pubblico rientri a pieno titolo la necessità di salvaguardare la pacifica convivenza civile in uno alla unità e sovranità statale. Pertanto, l'ordine pubblico, reinterpretato alla luce del prisma costituito dal dato costituzionale, dalla normativa interna e comunitaria oggi non consente 'esercizi di potere' pubblico che non siano proporzionali e rispettosi della dignità e della libertà delle persone e dei gruppi sociali, senza indulgere nella c.d. 'ingerenza' del potere (Orlando, 1897: XII).

Sul piano interno, figure come quella prefettizia, tradizionalmente considerate la *longa manus* dell'organizzazione statale in grado di fagocitare le istanze locali, oggi possono essere riguardate con minore timore rispetto al passato, essendo titolari di funzioni essenzialmente di mediazione e di raffreddamento dei conflitti sociali in un'ottica di sussidiaria e leale collaborazione con i rappresentanti degli enti locali e delle stesse forze sociali.

Più in generale, il rapporto centro-periferia risulta essere maggiormente equilibrato forse anche perché segnato da una organizzazione in cui gli ambiti di competenza paiono ben definiti. Da un lato, infatti, stanno le strutture centrali di coordinamento e cooperazione tra le diverse forze dell'ordine, mentre lo stesso Ministero dell'interno svolge un ruolo meno rilevante sul piano della attività di coordinamento, essendo a ciò deputati appositi dipartimenti e direzioni. A livello locale, non solo il prefetto è portato a prediligere un ruolo di mediatore, ma agisce in sinergia con il questore per quanto riguarda l'ordine pubblico. Ulteriore elemento di garanzia ed equilibrio è costituito da specifiche strutture organizzative e/o da stanze di compensazione, tra cui i comitati nazionale e provinciali dell'ordine pubblico.

Vi è in atto, dunque, una evidente tendenza ad impostare rapporti sinergici a tutti i livelli, in conseguenza di una organizzazione non più verticistica e gerarchizzata, ma complementare ai nuovi valori costituzionali e comunitari.

Il panorama normativo e giurisprudenziale ancora oggi, invero, oscilla alla ricerca di una definizione della funzione di ordine pubblico che vada al di là della più o meno ovvia necessità che venga assicurata la pacifica convivenza sociale.

Un minimo comune denominatore a livello interno come a livello comunitario – si pensi alla disciplina in materia di MAE (Mandato d'Arresto Europeo) o di SIS (Sistema Schengen) – è costituito dalla salvaguardia dei diritti fondamentali della persona in nome della CEDU²² e delle altre fonti di rango comunitario, tra cui i Trattati di Nizza e di Lisbona²³, che possono essere intaccati solo in un'ottica strettamente legata al principio di proporzionalità (Torchia, 2012: 396; Feraci, 2012: 323; Melis, 1998: 92).

Va però ricordato che, in base all'art. 4 del Trattato sull'Unione europea, la questione della sicurezza interna resta di competenza dei singoli Stati. Cionondimeno, l'esigenza di una politica intesa alla sicurezza si traduce, ai sensi dell'art. 71 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nella istituzione, in seno al Consiglio, di un Comitato permanente al fine di assicurare all'interno dell'Unione la promozione ed il rafforzamento della cooperazione operativa.

Note

- ¹ Corte cost. 25 luglio 2001 n. 29 in materia di ordine pubblico e libertà di iniziativa economica, ad esempio, parla di «confine mobile».
- ² Art. 1 l. n. 2248/1865 all. B.
- ³ V., però, il r.d. 30 giugno 1889 n. 6144, nuova legge di p.s. e di approvazione del codice penale e il r.d. 19 novembre 1889 n. 6535.
- ⁴ Corte costituzionale 14 giugno 1956 n. 2, scrutinando l'art. 157 r.d. n. 733/1931 (relativo al rimpatrio obbligatorio delle persone sospette) alla luce dell'art. 16 della Costituzione, così, significativamente, si esprime: «Il procedimento del rimpatrio obbligatorio, perché sia legittimo, deve inoltre essere giustificato da fatti concreti, che rientrino nelle limitazioni indicate dall'art. 16 della Costituzione. Il sospetto, anche se fondato, non basta, perché, muovendo da elementi di giudizio vaghi e incerti, lascerebbe aperto l'adito ad arbitrii, e con ciò si trascenderebbe quella sfera di discrezionalità che pur si deve riconoscere come necessaria all'attività amministrativa, perché le leggi e, tanto meno, la Costituzione non possono prevedere e disciplinare tutte le mutevoli situazioni di fatto né graduare in astratto e in anticipo le limitazioni poste all'esercizio dei diritti [...] Esclusa l'interpretazione, inammissibilmente angusta, che la "sicurezza" riguardi solo l'incolumità fisica, sembra razionale e conforme allo spirito della Costituzione dare alla parola "sicurezza" il significato di situazione nella quale sia assicurato ai cittadini, per quanto è possibile, il pacifico esercizio di quei diritti di libertà che la Costituzione garantisce con tanta forza. Sicurezza si ha quando il cittadino può svolgere la propria lecita attività senza essere minacciato da offese alla propria personalità fisica e morale; è l'"ordinato vivere civile", che è indubbiamente la meta di uno Stato di diritto, libero e democratico».
- ⁵ Art. 18 d.p.r. n. 616/1977.
- ⁶ Art. 19 d.p.r. n. 616/1977.
- ⁷ Cons. Stato, III, dec. n. 6324 del 22 dicembre 2014.
- ⁸ Art. 1 l. n. 121/1981.
- ⁹ Art. 2 l. n. 121/1981.
- ¹⁰ Art. 4 l. n. 121/1981.
- ¹¹ Per i compiti del Dipartimento della p.s. si rinvia all'art. 6 l. n. 121/1981.
- ¹² Art. 6 lett. a), l.n. 121/1981.
- ¹³ V. art. 19 l. n. 121/1981.
- ¹⁴ V. art. 13 l. n. 121/1981.
- ¹⁵ L'art. 11 è stato poi modificato dall'art. 7 della legge 15 maggio 1997 n. 127, dall'articolo 1 della legge 16 giugno 1998 n. 191 e dall'articolo 9 della legge 15 marzo 1999 n. 59.
- ¹⁶ Cfr. art. 5 d.lgs. n. 300/1999.
- ¹⁷ V. decreto legislativo 13 luglio 1994 n. 480 (*Riforma della disciplina sanzionatoria contenuta nel testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, approvato con regio decreto 18 giugno 1931 n. 773*).
- ¹⁸ Decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286, come modificato dalla legge 30 luglio 2002 n. 189; decreto legge 23 maggio 2008 n. 92, conv. in legge 24 luglio 2008 n. 125; legge 15 luglio 2009 n. 94; decreto legge 12 novembre 2010 n. 187, conv. in legge 17 dicembre 2010 n. 217. Sul punto, Corte costituzionale, ord. 10 dicembre 1987 n. 503, dichiara manifestamente infondata la questione di legittimità nei confronti dell'art. 152 c. 2 r.d. n. 773/1931 in riferimento agli artt. 2 e 97 della Costituzione «considerato che, in relazione alla presunta violazione dell'art. 2, questa Corte con le pronunce n. 75 del 1966 e 168 del 1971, ha già avuto modo di affermare che il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo non esclude che a carico dei cittadini siano poste quelle restrizioni della sfera giuridica rese necessarie dalla tutela dell'ordine sociale o dell'ordine pubblico».
- ¹⁹ Cfr. Corte costituzionale 4 aprile 2011 n. 115 che giudica in contrasto con gli artt. 3 e 23 della Costituzione la disposizione contenuta nel 'pacchetto sicurezza 2008' (d.l. n. 92/2008

conv. in l. n. 125/2008) nella parte in cui consente che il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotti provvedimenti a contenuto normativo ed efficacia a tempo indeterminato, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minaccino la sicurezza urbana, anche fuori dai casi di contingibilità e urgenza. Secondo la Corte, infatti, «le ordinanze sindacali oggetto del presente giudizio incidono, per la natura delle loro finalità (incolumità pubblica e sicurezza urbana) e per i loro destinatari (le persone presenti in un dato territorio), sulla sfera generale di libertà dei singoli e delle comunità amministrative, ponendo prescrizioni di comportamento, divieti, obblighi di fare e di non fare, che, pur indirizzati alla tutela di beni pubblici importanti, impongono comunque, in maggiore o minore misura, restrizioni ai soggetti considerati. La Costituzione italiana, ispirata ai principi fondamentali della legalità e della democraticità, richiede che nessuna prestazione, personale o patrimoniale, possa essere imposta, se non in base alla legge (art. 23)».

²⁰ V., su <<http://www.promopa.it>> (12/2016), lo schema di decreto attuativo, presentato, assieme ad altri 10, al Consiglio dei Ministri del 20 gennaio 2016.

²¹ Art. 8 c. 7 l. n. 124/2015.

²² Ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955 n. 858.

²³ Cfr. art. 19 Carta dei diritti fondamentali dell'UE approvata a Nizza il 22 dicembre 2000.

Riferimenti bibliografici

- Bauman Z. 2008, *La solitudine del cittadino globale*, Feltrinelli, Milano.
- Berti G., 1975, *Principii fondamentali (art. 5)*, in Branca G., a cura di, *Commentario della Costituzione (artt. 1-12)*, Bologna, 277 ss.
- 1986, *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Cedam, Padova.
- Bobbio N. 1980, *La teoria politica di Hobbes*, in *Storia delle idee politiche economiche e sociali*, IV, *L'età moderna*, I, Utet, Torino: 279 sgg.
- Caia G. 2000, *L'ordine e la sicurezza pubblica*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, I, Giuffrè, Milano: 157 sgg.
- Cassese S. 2008, *Il mondo nuovo del diritto*, il Mulino, Bologna.
- Corso G. 1979, *L'ordine pubblico*, il Mulino, Bologna.
- 1980, *Ordine pubblico (diritto pubblico)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXX, Milano: 1057 sgg.
- 1997, *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, in *D. disc. pubbl.* (IV ed.), X, Torino: 437 sgg.
- Feraci O. 2012, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano.
- Giannini M.S. 1986, *Il pubblico potere*, il Mulino, Bologna.
- Hegel G.W.F. 1991, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Laterza, Roma-Bari.
- Kelsen H. 1995, *La democrazia*, il Mulino, Bologna.
- Macioce F. 2010, *Ordine pubblico e autodeterminazione*, Giappichelli, Torino.
- Marino I.M. 2012, *Profili giuridici della democrazia nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *I diritti dopo il Trattato di Lisbona*, Rubbettino, Soveria Mannelli: 55 sgg.
- Melis G. 1998, *Società senza stato? Per uno studio delle amministrazioni periferiche tra età liberale e periodo fascista*, in *Meridiana*, 4: 91 sgg.
- Mortati C. 1975, *Principii fondamentali (art. 1)*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione (artt. 1-12)*, Zanichelli, Bologna: 1 sgg.
- Orlando V.E. 1897, *Prefazione al Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, Milano.
- Persico F. 1882, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli.
- Torchia L. 2012, *L'ordine pubblico: verso una funzione amministrativa europea*, in *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, il Mulino, Bologna: 393 sgg.
- Tropea G. 2010, *Sicurezza e sussidiarietà. Premesse per uno studio sui rapporti tra sicurezza pubblica e democrazia amministrativa*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli.
- Zanobini G. 1957, *Corso di diritto amministrativo*, V, *Le principali manifestazioni dell'azione amministrativa* (II ed.), Giuffrè, Milano.

IL PRINCIPIO DI EFFICIENZA ED I MODELLI ORGANIZZATIVI: LE AGENZIE AMMINISTRATIVE

Laura Lamberti, Giuseppe Andrea Primerano

SOMMARIO – 1. La nascita ed il ruolo delle agenzie nel sistema amministrativo in evoluzione. Inquadramento del tema. 2. Il modello agenzia in Italia e in Europa. 3. La riforma dei ministeri e le ‘nuove’ agenzie amministrative. 4. Il sostanziale insuccesso del processo di *agentification*. 5. Ascrizione del modello agenzia alla categoria ‘amministrazione-autonoma’. 6. Convenzione nazionale e *framework agreement* britannico. Il reale presidio alla separazione fra politica e amministrazione. 7. Quale futuro per le agenzie?

1. La nascita ed il ruolo delle agenzie nel sistema amministrativo in evoluzione. Inquadramento del tema

La nascita delle agenzie amministrative viene ricondotta all’esperienza giuridica svedese del XVIII secolo. È costatazione ricorrente che al *nomen* agenzia corrispondano, in realtà, modelli organizzativi non riconducibili ad un’unica tipologia così come a tale idealtipo possano essere riportati anche soggetti che abbiano una diversa denominazione. Dal punto di vista epifenomenico, le agenzie amministrative hanno avuto una particolare diffusione in Svezia e nei paesi anglosassoni e poi anche nell’architettura istituzionale dell’Unione europea. Nell’ambito di tali sistemi amministrativi esse svolgono, con modalità diverse, un ruolo centrale e distintivo dell’organizzazione e della dinamica istituzionale. Pur nella suddetta difficoltà di categorizzazione, possono identificarsi alcuni elementi comuni e caratterizzanti del modello quali l’alternatività rispetto all’organizzazione per ministeri che realizza, sul piano organizzativo e non solo funzionale, la separazione tra responsabilità politica e responsabilità amministrativa e l’autonomia più o meno marcata che viene loro riconosciuta per garantire che ciò possa realizzarsi (Arena, 1998: 8).

Per quanto concerne l’esperienza italiana, l’istituzione delle agenzie amministrative si inquadra, in termini generali, nell’ampio e progressivo processo di espansione e differenziazione dell’organizzazione amministrativa statale, realizzatosi a partire dalla fine del XIX secolo, per far fronte alle sempre maggiori e complesse esigenze affidate alla sua cura (Scoca, 2005: 295). Così, oltre alla creazione di numerosi enti pubblici in funzione strumentale ed ausiliaria, si è provveduto alla concezione di nuovi modelli organizzativi: aziende autonome, agenzie, autorità amministrative indipendenti, organismi di diritto pubblico. Esempio paradigmatico è quello delle aziende autonome, al cui tipo organizzativo (l’ammi-

nistrazione autonoma) le agenzie si ascrivono. Le loro strutture, ispirate a modelli almeno tendenzialmente aziendalistici piuttosto che burocratici, dovevano essere più idonee ad assolvere compiti operativi e di diretta erogazione di servizi ai cittadini (Scoca, 2015: 54).

Ripercorrendo l'evoluzione degli interventi legislativi che hanno inciso sulla morfologia dell'organizzazione amministrativa, risulta chiaro come ciascuno di questi modelli abbia avuto un momento di particolare fortuna nella costante ricerca di strutture in grado di realizzare interventi sempre più flessibili, efficienti e tecnicamente qualificati. L'intenso dibattito che si sviluppò in relazione a tali modelli è stato fortemente influenzato dalle esperienze giuridiche straniere. Oltre a riguardare la stessa compatibilità costituzionale di alcune di tali strutture, gli approfondimenti dottrinari si concentrarono sulle potenzialità che esse potevano esprimere nella transizione alle forme di Stato più moderne. Sotto questo aspetto, come si vedrà, il fenomeno dell'*agentification* ha rappresentato un'occasione non pienamente sfruttata. Ciò è accaduto anche perché il legislatore, pur ricorrendo con una certa ciclicità all'istituzione di agenzie amministrative, non ha mai provveduto a risolvere la frammentazione che caratterizza la normativa sul tema e la nozione stessa di agenzia.

Così le prime agenzie istituite in Italia a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso sono organismi con funzioni tecnico operative le cui discipline, contenute nelle specifiche leggi istitutive, pur avendo alcuni tratti comuni quali lo svolgimento di funzioni essenzialmente tecniche, la personalità di diritto pubblico, l'autonomia, non rispondono ad un disegno unitario (Vesperini, 2000: 146). Lo stesso è a dirsi per quelle istituite dal legislatore regionale. Nell'ambito, poi, del più ampio disegno di riforma dell'organizzazione amministrativa avviato con la legge delega n. 59/1997, con l'emanazione del d.lgs. 300/1999, si è provveduto a dettare una disciplina generale delle agenzie. Essa, tuttavia, non interessa quelle precedentemente istituite e prevede, accanto al modello generale, anche un modello speciale, quello delle agenzie fiscali, caratterizzate da una maggiore autonomia.

In tale occasione, dichiaratamente ispirata al modello del programma *Next step* inglese, la previsione delle agenzie è diretta a realizzare sul piano istituzionale la distinzione tra politica e amministrazione (Casini 2006: 163). La sottrazione dei compiti tecnico specialistici agli apparati ministeriali ed il loro affidamento a strutture più efficienti, agili ed organizzativamente distinte, influenza positivamente la qualità dei loro interventi, senza tuttavia sganciarli dall'indirizzo e dal controllo ministeriali, secondo la dinamica della relazione di strumentalità (Merloni, 2013: 498), contribuendo significativamente al processo di modernizzazione dei ministeri. In quella circostanza densa di opportunità, tuttavia, non si provvede a realizzare un intervento che operi quell'uniformità ed esaustività di disciplina che certamente avrebbe giovato alla diffusione ed affermazione del modello.

In anni più recenti, poi, si è assistito alla creazione, ma anche alla successiva repentina soppressione, di 'agenzie ibride' (si pensi all'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua), sostanzialmente intermedie rispetto alle autorità amministrative indipendenti ed alle agenzie di cui al d.lgs. 300/99. La ragione è da ricercare nell'oscillazione del legislatore tra la necessità di assicurare sinergie tra strutture tecniche e autorità politiche e l'opposta esigenza di realizzare interventi di regolazione indipendente in linea con i dettami europei. D'altronde una simile questione si è posta anche in ambito europeo a causa della sempre crescente istituzione di agenzie caratterizzate da accentuati profili di indipendenza rispetto alla Commissione. Mentre in alcuni settori la necessità di una lontananza marcata dalle ingerenze della politica deve considerarsi un dato ormai non discutibile, ci sono ambiti nei quali un corretto rapporto di scambio tra tecnica e politica può considerarsi preferibile, specie ove occorra un raccordo tra diversi livelli di governo.

Nel corso delle riflessioni che seguono, dopo aver ricostruito la suddetta evoluzione normativa, in costante comparazione con le più rilevanti esperienze straniere, ci si soffermerà ad indagare la natura giuridica che deve essere riconosciuta alle agenzie e gli elementi, primo fra tutti la convenzione tra agenzia e ministro, dalla cui valorizzazione possa discendere un potenziamento del modello in termini di efficienza. Ciò al fine di stabilire se, nella continua ricerca di soluzioni che consentano di riformare il sistema amministrativo in modo coerente con le esigenze di modernizzazione, trasparenza ed efficienza degli apparati, le agenzie costituiscano una risorsa da valorizzare ed in che modo ciò possa essere realizzato.

2. Il modello agenzia in Italia e in Europa

La prima agenzia nazionale vide la luce negli anni Ottanta. Si trattava dell'Agenzia per la promozione dello sviluppo del Mezzogiorno, istituita con l. 1.3.1986, n. 64, in sostituzione della Cassa per il Mezzogiorno, al fine di erogare finanziamenti a progetti localizzati nel sud Italia, stipulare convenzioni con gli enti locali e gestire i completamenti delle opere della Cassa.

Ad essa ne seguirono diverse altre, fra le quali si ricordano: le Agenzie per l'impiego, istituite in tutte le Regioni con appositi decreti del ministro del lavoro¹; l'Agenzia spaziale italiana², assoggettata alla vigilanza del Ministero dell'istruzione e della ricerca scientifica; l'Agenzia per i servizi sanitari regionali³, che svolge funzioni di supporto al Ministero della salute e alle Regioni per le strategie di sviluppo e innovazione del Servizio sanitario nazionale; l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni in sede di contrattazione collettiva⁴; l'Agenzia nazionale per la protezione dell'ambiente⁵, alla quale erano assegnati compiti consultivi e di controllo in materia ambientale, anche attraverso

il coordinamento tecnico dell'azione delle agenzie ambientali regionali; l'Agenzia autonoma per la gestione dell'albo dei segretari comunali e provinciali⁶; l'Agenzia nazionale per la sicurezza del volo⁷, con funzioni in materia di inchieste su incidenti nel settore dell'aviazione civile; l'Agenzia per le erogazioni in agricoltura⁸, sostitutiva della precedente Azienda di Stato per gli interventi agricoli⁹.

Queste agenzie non configurano un tipo organizzativo unitario, anche se presentano alcuni tratti comuni (Vesperini, 2000: 146), e, complessivamente considerate, sono state ricondotte dalla dottrina pressoché unanime nella composta categoria degli enti pubblici strumentali non economici.

Il primo tratto riguarda l'organizzazione interna, articolata, di norma, su tre livelli: presidenza, consiglio di amministrazione (o comitato direttivo) e collegio dei revisori dei conti. Talvolta è previsto anche un direttore, come nell'ASSR, un segretario generale, come nell'ANSV, ovvero un consiglio di rappresentanza, come nell'AGEA. Gli organi di vertice sono sempre di nomina governativa e, per la loro individuazione, assumono un rilievo preminente i requisiti di professionalità e di esperienza.

Il secondo tratto è rappresentato dall'intimo legame intercorrente fra agenzie e Governo, essendo le prime sottoposte ai poteri di indirizzo e vigilanza del ministro di volta in volta competente, fermo restando il riconoscimento di un certo grado di autonomia organizzativa, funzionale, contabile e regolamentare (l'AGEA ha anche autonomia statutaria).

Il terzo tratto in comune è costituito dall'esercizio delle funzioni svolte. Le agenzie, tutte munite di personalità giuridica di diritto pubblico, svolgono specifiche attività di ricerca, consulenza e programmazione, in tal modo garantendo agli apparati di riferimento un apporto ad alto tasso tecnico e scientifico.

Specie sotto tale ultimo aspetto, le agenzie istituite prima dell'emanazione del d.lgs. n. 300 del 1999 appaiono molto simili al modello che si è affermato in sede comunitaria, risalente all'istituzione del Centro europeo per lo sviluppo della formazione professionale¹⁰ e della Fondazione per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro¹¹, consolidatosi nell'arco degli anni Novanta.

Sotto il profilo funzionale, infatti, le agenzie europee (la cui azione si concentra, in prevalenza, nei settori del lavoro, della salute e dell'ambiente, della proprietà industriale, dei trasporti e delle reti infrastrutturali) si caratterizzano per l'esercizio di compiti di natura tecnico-scientifica, connessi generalmente ad attività informative e consultive svolte a favore della Commissione e degli Stati membri. Ciò anche al fine di migliorare la cooperazione tra il livello nazionale e quello comunitario (Franchini, 1997: 20).

Proprio questa ulteriore funzione di 'integrazione amministrativa', nonché il più tenue legame con la Commissione, costituiscono i principali elementi differenziali tra agenzie europee e agenzie esecutive¹², le quali, governate da un co-

mitato direttivo e da un direttore, entrambi nominati da tale Istituzione, si presentano come organismi dotati di personalità giuridica con funzioni relative alla gestione di specifici programmi o progetti implicanti spese a favore di categorie determinate di destinatari. Le agenzie esecutive, dunque, appaiono strettamente collegate alla Commissione (che decide circa la loro costituzione e, finanche, soppressione, alla luce dei principi di buona gestione finanziaria), in conformità al ruolo di preminenza funzionale che il T.F.U.E. attribuisce a quest'ultima nell'esecuzione del bilancio.

Il suddetto elemento collaborativo è fra quelli più facilmente percepibili con riguardo alle agenzie europee, essendo presente anche qualora l'organismo funga da centro di gestione, elaborazione e condivisione di informazioni a contenuto scientifico particolarmente elevato: si pensi all'Agenzia europea per l'ambiente¹³ o all'Agenzia europea per i medicinali¹⁴. Anche in questi casi, infatti, non mancano profili organizzativi e procedurali riconducibili alla vocazione cooperativa dell'agenzia (Bassi, 2008: 57), che concretamente si manifestano nella composizione di comitati tecnici, dove siedono rappresentanti di amministrazioni nazionali, ovvero nelle modalità di formulazione delle valutazioni di loro competenza, in relazione alle quali non di rado sono necessari passaggi istruttori decentrati presso organismi degli Stati membri.

Al di là di tale dato – e di pochi altri, fra cui merita specifica menzione quello finanziario, in virtù del quale il bilancio della singola agenzia generalmente dipende da quello europeo – non è, però, agevole scorgere caratteristiche che valgano puntualmente a contraddistinguere il modello in esame. Ad esempio, il livello di indipendenza dell'organismo può variare sensibilmente in considerazione del relativo settore di intervento.

Ad ogni modo, dal punto di vista istituzionale, il ruolo delle agenzie europee incontra due limiti fondamentali e ineludibili. La loro creazione non può alterare né l'equilibrio dei poteri fra Istituzioni europee¹⁵, né il riparto delle competenze fra Unione e Stati membri fissati nei Trattati.

3. La riforma dei ministeri e le 'nuove' agenzie amministrative

È con il d.lgs. n. 300/1999 che il processo di *agentification* italiano subisce una accelerazione, ma solo sulla carta. Infatti, delle undici agenzie ivi contemplate, cui si aggiungeva l'Agenzia per il servizio civile, mai divenuta operativa, di cui all'art. 10, c. 7-9, del coevo d.lgs. n. 303, entrano a regime solo l'Agenzia per la protezione dell'ambiente e per i servizi tecnici nazionali (art. 38) e l'Agenzia industrie difesa (art. 22), dotata di personalità giuridica di diritto pubblico al pari delle originarie quattro Agenzie fiscali (artt. 10, 57 sgg.), tutte operative dal 1° gennaio 2003.

Negli anni a venire, una serie di organismi, più o meno consapevolmente, definiti 'agenzie' calcheranno la scena dell'amministrazione pubblica italiana. Tutte strutture «sottoposte al controllo della Corte dei conti, ai sensi dell'articolo 3, comma 4, della legge 14 gennaio 1994, n. 20», nonché «ai poteri di indirizzo e di vigilanza di un ministro», chiamate a svolgere «attività a carattere tecnico-operativo di interesse nazionale in atto esercitate da ministeri ed enti pubblici», le quali «operano al servizio delle amministrazioni pubbliche, comprese anche quelle regionali e locali», ai sensi dell'art. 8 del d.lgs. n. 300/1999. Ma che dalla disciplina delineata da tale norma nella sostanza divergono quasi sempre, sì da avallare l'impressione di una loro 'fuga dal modello' (Merloni, 2005: 22).

Per non appesantire l'analisi, è sufficiente osservare che il termine 'agenzia' assume connotati quanto mai eterogenei. Ciò trova riscontro non solo nel fatto che restano fuori dalla disciplina quadro dettata dagli artt. 8 e 9 del d.lgs. n. 300/1999 sia le agenzie fiscali che quelle ad esso preesistenti, ma, soprattutto, nella circostanza per cui la ricerca condotta dimostra, per un verso, l'essenziale disinvoltura con cui il legislatore ha fatto ricorso a tale variante organizzativa, per altro verso, il costante discostamento delle 'nuove' agenzie dal modello generale.

Sul primo versante, è emblematico l'*iter* evolutivo che ha interessato l'Agenzia per la protezione civile¹⁶, ritrasformata dopo appena due anni in ufficio operativo presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, e l'Agenzia italiana del farmaco¹⁷, che fra l'altro svolge una serie di compiti precedentemente assegnati alla Direzione generale dei farmaci e dei dispositivi medici (incardinata presso il Ministero della salute).

Sul secondo versante, vengono anzitutto in rilievo ipotesi di agenzie le cui fonti istitutive e secondarie omettono qualsiasi riferimento alla disciplina quadro. Fra queste è possibile ricordare l'Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario e della ricerca¹⁸ e l'Agenzia per le organizzazioni non lucrative di utilità sociale¹⁹.

Alle volte, a dispetto dell'esplicito richiamo alla summenzionata disciplina, si assiste alla configurazione di organismi connotati da profili di specialità accentuati al punto tale da non consentire una loro riconduzione al modello generale. In tal senso appaiono significative le peculiarità riguardanti l'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua²⁰, il cui organo di vertice si presenta funzionalmente sottratto all'indirizzo politico, sebbene resti dipendente dal Governo ai fini dell'approvazione dello statuto e del regolamento di organizzazione interno.

Il panorama delle agenzie attive a livello nazionale si manifesta, in definitiva, particolarmente complesso. La complessità di cui si discute non discende però dall'affermazione di un autonomo modello-agenzia, bensì da una disgregazione che lo rende difficilmente delineabile in termini unitari. Ciò, nonostante il legislatore continui a servirsi di esso.

Si consideri l'istituzione dell'Agenzia unica per le ispezioni del lavoro ad opera del d.lgs. 14.9.2015, n. 149, che avrà il compito di razionalizzare e semplificare l'attività di vigilanza in materia di lavoro e legislazione sociale attraverso «l'integrazione in un'unica struttura²¹ dei servizi ispettivi del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, dell'INPS e dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL), prevedendo strumenti e forme di coordinamento con i servizi ispettivi delle aziende sanitarie locali e delle agenzie regionali per la protezione ambientale». Ancora, sempre per rimanere nell'ambito delle novità introdotte per effetto della l. 10.12.2014, n. 183 (c.d. *Jobs Act*), si ponga mente all'istituzione dell'Agenzia Nazionale per le Politiche Attive del Lavoro, deputata al coordinamento della Rete Nazionale dei servizi per le politiche del lavoro, formata dalle strutture regionali per le Politiche Attive del Lavoro, dall'INPS, dall'INAIL, dalle Agenzie per il lavoro e dagli altri soggetti autorizzati all'attività di intermediazione, comprese le università e gli istituti di scuola secondaria di secondo grado (art. 1, c. 2, d.lgs. 14.9.2015, n. 150), e, fra l'altro, alla promozione e al coordinamento, in raccordo con l'Agenzia per la coesione territoriale²², dei programmi cofinanziati dal Fondo Sociale Europeo²³. Si pensi, ancora, all'Agenzia per la cooperazione allo sviluppo²⁴, all'Agenzia per l'Italia digitale²⁵ e così via.

4. *Il sostanziale insuccesso del processo di agentification*

Quanto si è appena osservato non toglie che, in Italia, le agenzie amministrative rappresentino una realtà di dimensioni tutto sommato limitate.

Talune agenzie nazionali hanno cessato negli anni di essere operative o, addirittura, non sono mai state realmente istituite²⁶. Non vale a dimostrare il contrario neppure il complessivo numero delle agenzie attive a livello regionale, per lo più operative nei settori dell'agricoltura, dell'utilizzo del territorio, dell'ambiente, del turismo, dei servizi sanitari e del lavoro.

Pur non potendo approfondire la realtà di tali agenzie, un esame della relativa legislazione regionale conferma la sostanziale carenza di indipendenza dei diversi organismi dalle varie giunte e l'impossibilità di configurare una categoria autonoma rispetto ad opzioni organizzative già note al nostro ordinamento. È significativo che, a livello territoriale, vengano spesso impiegate, in alternativa alla denominazione «agenzia», espressioni quali «ente»²⁷ o «azienda»²⁸.

Le *next step agencies* britanniche, paradigma cui si è ispirato (anche) il legislatore italiano, invece, superano di gran lunga le cento unità e, nel Regno Unito, più della metà dei dipendenti pubblici sono impiegati in *agencies*. Si tratta di un modello fortemente improntato alla visione liberistica che ha ispirato il *New Public Management*.

In tale prospettiva l'esercizio di rilevanti funzioni amministrative viene delegato alle *agencies*, le cui origini vanno ricercate nell'*Ibbs Report* della *Efficiency*

Unit: strutture più snelle, dai costi più facilmente rilevabili, nell'ambito delle quali la responsabilità dirigenziale per il mancato conseguimento degli obiettivi, individuati sulla scorta del *framework agreement*, è più facilmente attivabile, sebbene l'esecutivo abbia ritenuto inopportuno modificare il quadro costituzionale della responsabilità ministeriale nei confronti del Parlamento per l'intera gestione amministrativa²⁹.

La *Efficiency Unit*, istituita nel 1979 presso il *Prime Minister Office* con il compito di formulare proposte per controllare l'attività dei ministeri e per ridurne le spese, porta a conclusione il percorso iniziato dalla Commissione Fulton, la quale, sul finire degli anni Sessanta, aveva presentato una relazione (c.d. *Fulton Report*) contenente tutta una serie di suggerimenti volti a migliorare l'efficienza della pubblica amministrazione che, essenzialmente, si focalizzavano sui seguenti aspetti: distinzione tra attività di gestione ed attività di indirizzo; decentramento; definizione delle competenze tra uffici (Perez, 1991: 1346). Il filo conduttore è rappresentato dall'avvertita esigenza di introdurre anche nel settore pubblico le regole del mercato e i principi organizzativi dell'impresa privata, al fine di realizzare un sistema di amministrazione più manageriale. Ciò in base all'assunto che i fenomeni sociali si presentano troppo complessi per essere gestiti in modo uniforme da un'unica amministrazione centrale.

I dati nazionali sopra richiamati, al contrario, testimoniano il sostanziale insuccesso di un modello dichiaratamente finalizzato ad un miglioramento dell'azione amministrativa in termini di economicità, efficacia ed efficienza, corollari ineludibili del principio di buon andamento (o di buona amministrazione, per riprendere la terminologia utilizzata dall'art. 41 della Carta di Nizza) cristallizzato nell'art. 97, c. 2, Cost., e, in definitiva, di quanto rappresenta l'ultima declinazione del principio di legalità: la c.d. legalità di risultato. Il che logicamente offre lo spunto per rilanciare una riflessione adeguata sulle agenzie, la quale non può prescindere da due punti fondamentali. Il primo consiste nella precisazione dei caratteri del rapporto che lega tali figure al Governo. Il secondo riguarda un particolare strumento, la convenzione stipulata tra ministro competente e direttore dell'agenzia, che riveste un'importanza cruciale per l'effettivo riconoscimento della «piena autonomia» configurata dal legislatore in capo alla struttura, funzionale a favorirne le reali capacità di azione.

5. *Ascrizione del modello agenzia alla categoria 'amministrazione autonoma'*

Il corretto inquadramento del rapporto tra Governo e agenzie richiede uno sforzo di analisi finalizzato a chiarire la natura giuridica di queste ultime.

A tal fine, il dato iniziale da vagliare è rappresentato dalla impossibilità di enucleare in termini unitari una categoria organizzativa qualificabile con un si-

mile *nomen*. Il che, come si è visto, vale indifferentemente per gli organismi-agenzia istituiti sia prima che dopo i decreti legislativi nn. 300 e 303 del 1999, sia a livello nazionale che regionale.

Ciò posto, occorre considerare che, secondo un'accreditata opinione, le agenzie del modello generale sarebbero null'altro che strutture di primo livello, solitamente prive di personalità giuridica, incardinate nell'apparato ministeriale al pari dei dipartimenti e delle direzioni generali (Casini, 2006: 162). In effetti la 'piena autonomia' riconosciuta dal legislatore alle agenzie nazionali – poi meglio precisata con riferimento ad organizzazione, bilancio, contabilità e personale – tende assai spesso a scemare per la capacità di controllo e condizionamento, anche indiretto, dell'esecutivo.

In tale prospettiva merita osservare che, ai sensi dell'art. 8, c. 3, del d.lgs. n. 300/1999, si applicano per il conferimento dell'incarico di direttore generale le stesse norme che regolano la scelta del capo di dipartimento, figura dirigenziale soggetta a *spoils system*. Né il discorso cambia in riferimento al procedimento di nomina e alla durata dell'incarico direttivo delle agenzie fiscali (cfr. art. 67 s.m.i. d.lgs. n. 300/1999).

La prospettazione dei così detti uffici-agenzie consente di rendere evidente come alla classificazione delle categorie organizzative della pubblica amministrazione si dovrebbe razionalmente procedere *ex post*, secondo il concreto espletamento delle funzioni, e non in base alla mera conformità a parametri legislativi astratti.

Orbene, l'eterogeneità della figura *de qua* e quella sorta di 'frode delle etichette' cui si accennava *supra* (§ 3), in una con i dati statistici pure rapidamente richiamati, ossia gli elementi sui quali si fonda la sostanziale equiparazione delle agenzie ai dipartimenti e alle direzioni generali, valgono ampiamente a dimostrare che, nell'ambito della nostra esperienza giuridica, il processo di *agen-tification* non è riuscito ad attecchire.

Si dovrebbe, tuttavia, considerare che esso si innesta in quel complessivo disegno di riforme diretto a realizzare, sotto il profilo organizzativo, la distinzione tra politica e amministrazione. D'altronde, la stessa legge di delega n. 57/1997 aveva previsto che, nel riordinare l'amministrazione per ministeri, si sarebbe dovuto intervenire sulle strutture di primo livello «anche mediante istituzione [...] di amministrazioni ad ordinamento autonomo» (art. 12, c. 1, lett. g).

È a tale categoria che occorre riferirsi per inquadrare correttamente le agenzie amministrative. Un modello organizzativo, quello dell'amministrazione autonoma, che si ricava per sintesi dall'esperienza ormai superata delle aziende autonome, il cui specifico *nomen* è connesso a un particolare tipo di attività (commerciale, produttiva, industriale) idoneo a qualificarle (Scoca, 2005: 371). Un modello in riferimento al quale il profilo dell'autonomia attiene alla natura derogatoria della disciplina che lo caratterizza (Cassese, 1988b: 1).

Le agenzie, le quali svolgono compiti di natura tecnico-operativa, sono strutturalmente separate dall'organizzazione ministeriale, ancorché a questa afferiscano e siano strettamente collegate per il tramite del ministro di riferimento. L'autonomia (organizzativa, di bilancio ecc.) caratteristica del loro ordinamento non implica alcuna separatezza dall'organo di vertice politico, che, anzi, preserva nei loro confronti «poteri di indirizzo e di vigilanza» tanto più incisivi quanto meno dettagliata si presenti la ricordata convenzione e quanto più tenda a sfumare la tecnica di azione.

La profonda differenza di funzioni, estranee all'esercizio di attività a carattere economico (Casetta: 255), delle agenzie rispetto alle aziende autonome si attenua con specifico riguardo all'Agenzia del demanio, trasformata in ente pubblico economico dall'art. 1, c. 1, lett. f, del d.lgs. 3.7.2003, n. 173.

6. Convenzione nazionale e framework agreement britannico. Il reale presidio alla separazione fra politica e amministrazione

Come già anticipato, una riflessione adeguata sulle agenzie non potrebbe prescindere da un ulteriore punto essenziale: il riconoscimento della fondamentale importanza della convenzione stipulata fra il ministro e il direttore della struttura amministrativa, volta alla definizione «degli obiettivi specificamente attribuiti a questa ultima, nell'ambito della missione ad essa affidata dalla legge; dei risultati attesi in un arco temporale determinato; dell'entità e delle modalità dei finanziamenti da accordare all'agenzia stessa; delle strategie per il miglioramento dei servizi; delle modalità di verifica dei risultati di gestione; delle modalità necessarie ad assicurare al Ministero competente la conoscenza dei fattori gestionali interni all'agenzia, quali l'organizzazione, i processi e l'uso delle risorse» (art. 8, c. 4, lett. e, d.lgs. n. 300/1999).

Uno strumento per molti versi simile al *framework agreement* che, nel Regno Unito, rappresenta il documento (pluriennale, ma periodicamente aggiornato) sulla cui base si realizza il riparto di responsabilità in relazione alle attività poste in essere dall'agenzia fra l'organo politico di riferimento, in capo al quale vengono mantenute le funzioni di carattere strategico, e il *chief executive*, figura apicale preposta alla direzione della struttura, in genere scelta mediante una competizione aperta alla quale partecipano sia funzionari pubblici sia manager esterni alla pubblica amministrazione.

Nel Regno Unito i *chief executives* assumono diretta responsabilità per l'attività di gestione delle *agencies* e, seppure nel rispetto del *framework agreement*, dispongono di margini di manovra alquanto estesi. Si è già ricordato, del resto, che la scelta del Governo è stata in linea generale quella di mantenere intatto il quadro costituzionale della responsabilità ministeriale. Come dichiarato dal

Primo ministro Margaret Thatcher in un importante intervento alla Camera dei Comuni, «Ministers will continue to account to Parliament for all the work of their Departments, including Agencies»³⁰.

Con l'affermazione dell'*agentification* si è reso, quindi, necessario precisare la tradizionale distinzione, all'interno del concetto di responsabilità ministeriale, tra *accountability* e *responsibility*. Sebbene il ministro possa essere *accountable* nei confronti delle assemblee legislative, ovvero sia tenuto a riferire ad esse tutte le notizie necessarie circa un determinato episodio rientrante nella rispettiva *policy area*, ciò non implica che egli sia comunque *responsible* per quell'episodio e, eventualmente, in considerazione della sua gravità, tenuto finanche alle dimissioni.

Il progressivo e inesorabile allontanamento dei ministri dalle decisioni assunte dai *chief executives* ha, dunque, imposto una riflessione molto accorta sul legame intercorrente fra azioni o omissioni dei *civil servants* e dimissioni ministeriali. La preoccupazione principale (emblematico l'episodio dell'evasione dal carcere di Parkhurst del 1995 che coinvolse l'allora ministro dell'interno, il quale accettò la propria responsabilità nei confronti del Parlamento in termini di mera *accountability*, e il *chief executive* della *Prison Service Agency*) è sempre stata quella di trovarsi al cospetto di un ministro oggettivamente in grado di condizionare l'attività dell'*agency*, senza tuttavia esserne responsabile da un punto di vista politico (Leyland, 2014: 420). Pertanto, un elevato grado di dettaglio del *framework agreement* è fondamentale per tracciare, in concreto, la linea di demarcazione tra politica e amministrazione.

Il medesimo spessore dovrebbe sempre riguardare l'analogo strumento della convenzione tra ministro e direttore dell'agenzia. Infatti, una convenzione blanda mortifica la «piena autonomia» pur riconosciuta alle agenzie e, in ultima analisi, ne pregiudica irrimediabilmente le capacità di azione, finendo per favorire eccessive ingerenze da parte dell'organo politico nello svolgimento delle rispettive funzioni: così si riduce la distanza tra agenzia e ufficio ministeriale ma, al contempo, si disattendono le potenzialità di una figura che dovrebbe coniugare la professionalità tecnico-scientifica con esigenze di efficienza delle attività amministrative. Il che, di certo, non agevola il rilancio di un modello, dalla storia travagliata, da inquadrare nel complessivo disegno di riforme finalizzate a realizzare la distinzione tra politica e amministrazione e ad eliminare possibili duplicazioni organizzative e funzionali.

7. *Quale futuro per le agenzie?*

Nel corso dell'approfondimento che si è condotto, si è evidenziato come l'istituzione di agenzie amministrative risponda all'esigenza di porre rimedio ai profili di inefficienza cui il modello ministeriale fisiologicamente si espone al-

lorquando lo Stato intraprende la via della modernizzazione. Tutti i Paesi occidentali che hanno sperimentato una progressiva industrializzazione hanno dovuto constatare l'inadeguatezza delle rispettive strutture organizzative ideate sul finire del diciannovesimo secolo a garantire le esigenze della nuova società civile.

Così è avvenuto anche in Italia, dove, a partire dagli anni Ottanta, il legislatore ha abbandonato la risalente tradizione di uniformità e ripetitività degli schemi morfologici degli apparati organizzativi, in primo luogo ridisegnando la stessa struttura ministeriale; introducendo figure inedite; riconoscendo agli enti territoriali e locali potestà regolamentare e statutaria (Scoca, 2005: 299).

Al tempo stesso, l'*agentification* dovrebbe rispondere ad un'ulteriore finalità: 'proteggere' talune attività amministrative da eccessive ingerenze della politica. In proposito si è condivisibilmente rilevato (Merloni, 2005: 44 sgg.) che le ragioni del sostanziale insuccesso di tale fenomeno, in Italia, andrebbero principalmente ricercate nell'effettivo indebolimento del tecnicismo che contrassegnava l'attività delle agenzie sorte prima dell'emanazione del d.lgs. n. 300/1999 e nel relativo alto grado di subordinazione nei confronti dei vertici politici.

Prima di allora, la creazione di un'agenzia era determinata dall'individuazione di nuove funzioni da attribuire ad enti ritenuti i più idonei a svolgerle in considerazione della specifica competenza dei rispettivi organi, in ossequio alla declinazione del principio di efficienza sul versante organizzativo. I neo-istituiti organismi, invece, appaiono il risultato di una mera riallocazione di risorse umane e finanziarie precedentemente incardinate presso ministeri ed enti pubblici. In tal senso, significativa è l'esperienza delle agenzie fiscali, costituite per «la gestione delle funzioni esercitate dai dipartimenti delle entrate, delle dogane, del territorio e di quelle connesse svolte da altri uffici del Ministero» (art. 57, c. 1, d.lgs. n. 300/1999).

Per rilanciare il modello-agenzia occorrerebbe, quindi, ripristinare la natura segnatamente scientifica delle varie strutture individuate con tale denominazione. Occorrerebbe, inoltre, valorizzare pienamente il profilo dell'autonomia che, pur essendo chiaramente affermata dal legislatore, non risulta esserlo nella prassi (D'Alberti, 2017: 85).

Se questa chiave di lettura può considerarsi corretta, sarebbe necessario un intervento del legislatore orientato in tal senso. Occasione che si è posta con la recente riforma di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche operata dalla l. n. 124/2015 nella quale, con riferimento all'amministrazione centrale, si prevede la delega al governo per la definizione delle «competenze in materia di vigilanza sulle agenzie governative nazionali, al fine di assicurare l'effettivo esercizio delle attribuzioni della Presidenza del Consiglio dei Ministri, nel rispetto del principio di separazione tra indirizzo politico e gestione» (art. 8, c. 1, lett. c, n.5). Delega, tuttavia, che al momento in cui si scrive non ha ricevuto esecuzione, per cui, in questo stato di cose, il destino delle agenzie continua ad apparire denso di incognite.

Note

- * Si deve alla prof.ssa Laura Lamberti il § 1, al dott. Giuseppe Andrea Primerano i §§ 2, 3, 4, 5, 6, mentre il § 7 è frutto della comune riflessione dei due Autori.
- ¹ Art. 24 della l. 28.2.1987, n. 56.
- ² Art. 1 della l. 30.5.1988, n. 186.
- ³ Art. 5 del d.lgs. 30.6.1993, n. 266.
- ⁴ Art. 50 del d.lgs. 3.2.1993, n. 29. Si segnala che l'art. 17, comma 1, lett. h), della l. 7.8.2015, n. 124 (c.d. riforma Madia) ha previsto un potenziamento delle competenze dell'ARAN, mediante l'attribuzione di una serie di ulteriori funzioni di controllo e di supporto tecnico, in particolare «alle amministrazioni rappresentate nelle funzioni di misurazione e valutazione della *performance* e nelle materie inerenti alla gestione del personale, previa stipula di apposite convenzioni», e il rafforzamento delle funzioni dell'Agenzia di assistenza ai fini della contrattazione integrativa.
- ⁵ Istituita dal d.l. 4.12.1993, n. 496 (conv. in l. 21.1.1994, n. 61), è stata successivamente soppressa dall'art. 38 del d.lgs. 30.7.1999, n. 300, che ha trasferito le relative funzioni all'Agenzia per la protezione dell'ambiente e per i servizi tecnici. Quest'ultima è stata, a sua volta, sostituita, per effetto dell'art. 28 del d.l. 25.6.2008, n. 112 (conv. in l. 6.8.2008, n. 133), dall'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale, che ha incorporato le funzioni in precedenza svolte dall'Istituto nazionale per la fauna selvatica e dall'Istituto centrale per la ricerca scientifica e tecnologica applicata al mare.
- ⁶ Istituita dall'art. 76 della l. 13.5.1997, n. 127, è stata successivamente soppressa dall'art. 7, c. 31 *ter*, del d.l. 31.5.2010, n. 78 (conv. in l. 31.7.2010, n. 122). I relativi compiti sono attualmente svolti dal Dipartimento per gli affari interni e territoriali presso il Ministero dell'interno: a tal fine, è predisposto un Albo nazionale, articolato in sezioni regionali, da conservarsi presso ogni prefettura.
- ⁷ Art. 1 del d.lgs. 25.2.1999, n. 66.
- ⁸ Art. 2 del d.lgs. 27.5.1999, n. 165.
- ⁹ Art. 2 della l. 13.5.1966, n. 303.
- ¹⁰ Reg. CEE del Consiglio 10.2.1975, n. 337/75.
- ¹¹ Reg. CEE del Consiglio 26.5.1975, n. 1365/75.
- ¹² Cfr. Reg. CE del Consiglio 19.12.2002, n. 58/2003, che definisce lo *Statuto delle agenzie esecutive incaricate dello svolgimento di alcuni compiti relativi alla gestione dei programmi comunitari*.
- ¹³ Reg. CEE del Consiglio 7.5.1990, n. 1210/90.
- ¹⁴ Reg. CE del Parlamento e del Consiglio 31.3.2004, n. 726/2004, che ha sostituito il Reg. CEE del Consiglio 22.7.1993, n. 2309/93, il quale stabiliva l'originaria denominazione di Agenzia europea per la valutazione dei prodotti medicinali.
- ¹⁵ In tal senso, si veda già C. giust., 13.6.1958, cause riunite 9/56 e 10/56, *Meroni c. Alta Autorità Ceca*.
- ¹⁶ Artt. 79-81 del d.lgs. n. 300/1999.
- ¹⁷ Art. 48 della l. 24.11.2003, n. 326.
- ¹⁸ Art. 2, c. 138 sgg., del d.l. 3.10.2006, n. 262 (conv. in l. 24.11.2006, n. 286).
- ¹⁹ Disciplinata dai d.p.c.m. 26.9.2000 e 21.3.2001, n. 329, emanati in base alla delega contenuta nei c. 190 ss. dell'art. 3 della l. 23.12.1996, n. 662, l'Agenzia per le Onlus (accostata alle autorità indipendenti dal Cons. Stato, sez. cons. atti norm., parere n. 205/2000 reso nell'adunanza del 26.2.2001), divenuta a seguito del d.p.c.m. 11.5.2011, n. 51, Agenzia per il terzo settore, è stata soppressa dall'art. 8, c. 23, del d.l. 2.3.2012, n. 16 (conv. in l. 26.4.2012, n. 44). Le relative funzioni sono state trasferite al Ministero del lavoro e delle politiche sociali.
- ²⁰ Art. 10, c. 11 sgg., della l. 12.7.2011, n. 106.

- ²¹ La struttura, denominata Ispettorato Generale del Lavoro dall'art. 1 del d.lgs. n. 149/2015, ha personalità giuridica di diritto pubblico, è dotata di autonomia organizzativa e contabile ed è sottoposta alla vigilanza del ministro del lavoro e delle politiche sociali, che ne monitora periodicamente gli obiettivi e la corretta gestione finanziaria. I successivi artt. 2 e 3 individuano le funzioni e le attribuzioni dell'Ispettorato e, in particolare, dei suoi organi (direttore, consiglio di amministrazione e collegio dei revisori). È appena il caso di ricordare che, solo nelle date del 16.3.2016 e del 22.3.2016, il Senato e la Camera dei Deputati hanno, rispettivamente, reso il prescritto parere sullo schema di regolamento recante lo statuto dell'Ispettorato.
- ²² Istituita ai sensi dell'art. 10 del d.l. 31.8.2013, n. 101 (conv. in l. 30.10.2013, n. 125), con lo scopo di promuovere lo sviluppo economico e la coesione economica, sociale e territoriale, nonché di rimuovere gli squilibri economici, sociali, istituzionali e amministrativi del Paese, al fine di favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona.
- ²³ Cfr. gli artt. 4 sgg. del d.lgs. n. 150/2015, per quanto, in particolare, concerne le attribuzioni degli organi (direttore, consiglio di amministrazione, consiglio di vigilanza e collegio dei revisori) e le funzioni proprie dell'ANPAL, anch'essa munita di personalità giuridica di diritto pubblico.
- ²⁴ Si veda l'art. 17 della l. 11.8.2014, n. 125, recante la *Disciplina generale sulla cooperazione internazionale per lo sviluppo*.
- ²⁵ Istituita per effetto dell'art. 19 del d.l. 22.6.2012, n. 83 (conv. in l. 7.8.2012, n. 134).
- ²⁶ È questo il caso dell'Agenzia dei trasporti terrestri e delle infrastrutture e dell'Agenzia per la formazione e l'istruzione professionale, di cui agli artt. 44 e 88 del d.lgs. n. 300/1999.
- ²⁷ Si pensi all'Ente Toscana Lavoro, soppresso dalla l. reg. 4.7.2001, n. 29, che ha demandato ai competenti uffici comunali l'esercizio delle relative funzioni.
- ²⁸ È il caso dell'Azienda Calabria Lavoro, disciplinata dagli artt. 20 sgg. della l. reg. 19.2.2001, n. 5.
- ²⁹ Ciò nonostante l'*Ibbs Report* abbia considerato «unrealistic to suppose that they (ministers) can actually have knowledge in depth about every operational question», con la conseguenza che «it is possible for the Parliament, through ministers, to regard managers as directly responsible for operational matters» (par. 23).
- ³⁰ Cfr. HC Deb. 18.2.1988, col. 1151.

Riferimenti bibliografici

- Arena G. 1974, *L'esperienza delle agenzie nel sistema amministrativo svedese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 69 sgg.
- 1998, *Agenzia amministrativa*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma.
- Bachelet V. 1965, *Profili giuridici della organizzazione amministrativa: strutture tradizionali e tendenze nuove*, Giuffrè, Milano.
- Bassi N. 2008, *Agenzie nazionali ed europee*, in *Enc. dir., Annali*, II, Milano: 41 sgg.
- Benvenuti F. 1959, *Appunti di diritto amministrativo*, Cedam, Padova.
- Berti G. 1968, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Cedam, Padova.
- Caravale G. 2009, *Struttura del Governo e articolazione della burocrazia nel Regno Unito*, in F. Lanchester (a cura di), *La barra e il timone. Governo e apparati amministrativi in alcuni ordinamenti costituzionali*, Giuffrè, Milano: 235 sgg.
- Casetta E. 2016, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. Fracchia (XVIII ed.), Giuffrè, Milano.
- Casini L. 2003, *Le agenzie amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 393 sgg.
- 2006, *Agenzie amministrative*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, I, Giuffrè, Milano: 156 sgg.
- Cassese S. 1988a, *Amministrazione statale (organizzazione dell')*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma.
- 1988b, *Amministrazioni statali autonome*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma.
- Cavaliere P., Delle Vedove G., Duret P. (a cura di) 2003, *Autorità indipendenti ed Agenzie. Una ricerca giuridica interdisciplinare*, Cedam, Padova.
- Cerulli Irelli V. 2012, *Dalle agenzie europee alle autorità europee di vigilanza*, in M.P. Chiti, A. Natalini (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, il Mulino, Bologna: 10 sgg.
- Chiti E. 2002, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Cedam, Padova.
- 2006, *Agenzie europee*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, I, Giuffrè, Milano: 164 sgg.
- Cipolla G.M. 2006, *Agenzie fiscali*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, I, Giuffrè, Milano, 2006: 170 sgg.
- Corsi C. 2005, *Agenzia e Agenzie: una nuova categoria amministrativa?*, Giappichelli, Torino.
- D'Alberti M. 1992, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, il Mulino, Bologna.
- 2017, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino.
- D'Auria G. 2000, *La riforma dei ministeri. La nuova geografia dei ministeri*, in *Giorn. dir. amm.*: 17 sgg.
- Dehousse R. 1997, *Regolazione attraverso reti nella Comunità europea: il ruolo delle agenzie europee*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*: 629 sgg.

- Fiorentino L., Stancanelli A. 2000, *Le agenzie fiscali*, in A. Pajno, L. Torchia (a cura di), *La riforma del governo: commento ai decreti legislativi n. 300 e n. 303 del 1999 sulla riorganizzazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, il Mulino, Bologna, 2000: 395 sgg.
- Franchini C. 1997, *Le relazioni tra le agenzie europee e le autorità amministrative nazionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*: 15 sgg.
- Freddi G. 1971, *Le agenzie negli U.S.A.: realtà e miti di un modello organizzativo*, in *Studi parl.*: 87 sgg.
- Fuller J. 1999, *Next Steps: lessons learned and future policy*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 523 sgg.
- Giannini M.S. 1993, *Diritto amministrativo* (III ed.), Giuffrè, Milano.
- Greco G. 1997, *Le agenzie comunitarie: aspetti procedurali e giurisdizionali della tutela degli interessati*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*: 27 sgg.
- Greer P. 1992, *The next steps initiative: an examination of the agency framework documents*, in *Pubbl. adm.*, LXX: 89 sgg.
- Guarino G. 1977, *L'organizzazione pubblica*, Giuffrè, Milano.
- Harlow C. 1999, *Next Steps Agencies and problems of accountability*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 1085 sgg.
- Hughes O.E. 2012, *Public Management and Administration. An introduction*, Palgrave Macmillan.
- Immordino M., Police A. (a cura di) 2004, *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Giappichelli, Torino.
- Kreher A., Martinez F. 1996, *Le «agenzie» della Comunità Europea: un approccio nuovo per l'integrazione amministrativa?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*: 97 sgg.
- La Rosa S. 1995, *Considerazioni sulla proposta di una «agenzia» per l'accertamento e sull'efficienza dell'amministrazione finanziaria*, in *Rass. trib.*: 2019 sgg.
- Leyland P. 2014, *Constitutional Conventions and the Preservation of the Spirit of the British Constitution*, in *Dir. pubbl.*: 411 sgg.
- Lupi R. 1999, *L'agenzia delle entrate tra legalità e flessibilità*, in *Rass. trib.*: 1435 sgg.
- Manocchio F. 2001, *Considerazioni sulle agenzie amministrative tra modello statale e prospettive regionali*, in *Ist. Federalismo*: 693 sgg.
- Massera A. 1988, «Autonomia e indipendenza» nell'amministrazione dello Stato, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Giuffrè, Milano, 1988: 449 sgg.
- Merloni F. 1999, *Il nuovo modello di agenzia nella riforma dei ministeri*, in *Dir. pubbl.*: 717 sgg.
- 2005, *Le agenzie a cinque anni dal d.lgs. n. 300: l'abbandono del modello generale?*, in G. Vesperini (a cura di), *La riforma dell'amministrazione centrale*, Giuffrè, Milano: 21 sgg.
- 2013, *Le attività conoscitive e tecniche delle amministrazioni pubbliche. Profili organizzativi*, in *Dir. pubbl.*: 481 sgg.
- Merusi F., Passaro M. 2011, *Le autorità indipendenti* (II ed.), il Mulino, Bologna.
- Monteduro M. 2004, *Introduzione allo studio delle agenzie amministrative. Origini e trasformazioni dell'idea di agenzia*, Argo, Lecce.

- Mortara V. 1973, *L'analisi delle strutture organizzative*, il Mulino, Bologna.
- Napolitano G. 2007, *Autorità indipendenti e agenzie amministrative*, in M. Clarich, G. Fonderico (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2007: 86 sgg.
- 2011, *Il "decreto sviluppo". L'Agenzia per l'acqua*, in *Giorn. dir. amm.*: 1049 sgg.
- Nigro M. 1966, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano.
- 1988, *Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica della)*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma.
- Ongaro E. (a cura di) 2006, *Le agenzie pubbliche. Modelli istituzionali e organizzativi*, Rubbettino, Soveria Mannelli.
- Perez R. 1991, *Le Next Steps Agencies e il riordino del sistema amministrativo inglese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 1344 sgg.
- Petroni G. 1988, *Nuovi profili organizzativi nell'evoluzione del sistema amministrativo pubblico: le agenzie*, Cedam, Padova.
- Piazza S. 1999, *Il problema delle «Agenzie» tra crisi del sistema ministeriale e nuove forme di organizzazione dell'amministrazione*, Luiss, Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche Vittorio Bachelet, Roma.
- Police A. 2015, *Le risorse umane*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo* (IV ed.), Giappichelli, Torino: 469 sgg.
- Rosa F. 2012, *Il controllo parlamentare sul Governo nel Regno Unito*, Giuffrè, Milano.
- Rossi G. 1991, *Gli enti pubblici*, il Mulino, Bologna.
- Sandulli A.M. 1989, *Manuale di diritto amministrativo* (XV ed.), Jovene, Napoli.
- Sciullo G. 2000, *Alla ricerca del centro: le trasformazioni in atto nell'amministrazione statale italiana*, il Mulino, Bologna.
- 2013, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, Giappichelli, Torino.
- Scoca F.G. 2005, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, in L. Mazzaroli et al. (a cura di), *Diritto amministrativo*, I (IV ed.), Monduzzi, Bologna: 283 sgg.
- 2015, *La pubblica amministrazione e la sua evoluzione*, in Id. (a cura di), *Diritto amministrativo* (IV ed.), Giappichelli, Torino: 49 sgg.
- Shapiro M. 1996, *Agenzie indipendenti: Stati Uniti e Unione Europea*, in *Dir. pubbl.*: 3 sgg.
- Soricelli G. 2002, *Le agenzie amministrative nel quadro dell'organizzazione dei pubblici poteri*, Jovene, Napoli.
- Spagna Musso E. 2008, *Profili costituzionali e organizzativi di una riforma della pubblica amministrazione per «Agencies»*, in *Scritti di diritto costituzionale*, I, Giuffrè, Milano: 1119 sgg.
- Spasiano M.R. 2003, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Giappichelli, Torino.
- Tabet G. 2002, *Spunti critici sulla natura delle agenzie fiscali e sulla loro equiparazione alle amministrazioni dello Stato*, in *Rass. trib.*: 817 sgg.
- Torchia L. 1999, *Il riordino dell'amministrazione centrale: criteri, condizioni e strumenti*, in *Dir. pubbl.*: 689 sgg.

- Toth F. 2007, *La diffusione delle agenzie amministrative in Italia*, in *Riv. it. pol. pubbl.*: 135 sgg.
- Treves G. 1959, *Azienda (diritto pubblico)*, in *Enc. dir.* (IV), Giuffrè, Milano: 741 sgg. — 1975, *L'organizzazione amministrativa* (IV ed.), Utet, Torino.
- Vesperini G. 2000, *Le agenzie*, in A. Pajno, L. Torchia (a cura di), *La riforma del governo: commento ai decreti legislativi n. 300 e n. 303 del 1999 sulla riorganizzazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, il Mulino, Bologna: 145 sgg.
- Virga P. 2001, *Diritto amministrativo. I principi*, I (VI ed.), Giuffrè, Milano.

IL PRINCIPIO D'IMPARZIALITÀ E I MODELLI ORGANIZZATIVI. LE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

Giorgio Portaluri

SOMMARIO – 1. L'affermazione del modello. 2. Autorità 'amministrative' e 'indipendenti'. 3. L'affermazione del principio d'imparzialità nell'Italia post-unitaria. 4. Fondamento costituzionale delle Autorità e loro legittimazione.

1. L'affermazione del modello

L'attuale livello di complessità del sistema delle Autorità amministrative indipendenti (*breviter*, Autorità) ne rende particolarmente difficile la ricostruzione in termini di modello unitario (Pericu, 1996, p. 1).

Infatti, ciascuno di quegli organismi è stato istituito con – o ha assunto nel corso del tempo – funzioni, composizione, caratteristiche strutturali, obiettivi e poteri specifici: da ciò discende l'impossibilità di una *reductio ad unitatem*.

Già solo con riferimento alle funzioni attribuite alle Autorità – e, quindi, ai conseguenti poteri – possono distinguersi quelle d'indirizzo, di vigilanza e sanzionatorie, le quali sono in vario modo articolate per ciascuna Autorità.

Come spesso è accaduto nel nostro ordinamento, la creazione delle Autorità amministrative indipendenti non è stata la conseguenza di un organico disegno legislativo: sono sorte in modo episodico per rispondere a esigenze puntuali, assai differenti tra di loro.

Questa linea di tendenza ha indotto la dottrina a rilevare che per le Autorità amministrative indipendenti sta accadendo «quanto in passato è successo agli enti pubblici, e cioè che nessuno sa più con precisione quante sono, né cosa fanno; si sta diffondendo la sensazione che non tutte servano a qualcosa o che qualcuna serva per fini diversi da quelli che le sembrerebbero propri» (Merusi, 2006: 45).

Le diversità esistenti tra le singole Autorità amministrative derivano non tanto dalla mancanza di una disciplina unitaria, quanto piuttosto dalle peculiarità dello specifico settore di riferimento: ogni mercato, infatti, richiede specifiche forme d'intervento.

Per questa ragione i tentativi – piuttosto rari, in realtà – compiuti dal legislatore di redigere una legge quadro¹ hanno suscitato perplessità (D'Alberti, 2007) legate principalmente al fatto che la cristallizzazione di una sola disciplina per

tutte le Autorità rischierebbe di pregiudicare il perseguimento di obiettivi specifici in determinati settori.

L'unico profilo che pare comune alle Autorità è quello dell'indipendenza dall'indirizzo politico: indipendenza però che – lo si precisa – conosce diverse declinazioni con riferimento alle singole Autorità.

Si vuol dire cioè che ciascun organismo ha un maggiore o minore livello di separazione rispetto al Governo e ai ministri, che può andare dalla totale indipendenza sino alla presenza di forme più o meno accentuate (magari anche solo eccezionali) di controllo da parte del potere di indirizzo politico.

L'indipendenza rispetto all'indirizzo politico è stata ritenuta (D'Alberti, 2007) indispensabile nella regolazione dei mercati (e di alcuni di essi in particolare): si pensi, ad esempio, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, all'Autorità per la garanzia nelle comunicazioni e alla CONSOB.

La dottrina (Massera, 1988: 453) ha ricostruito l'indipendenza di queste figure in termini di loro non soggezione rispetto ai poteri d'indirizzo politico del circuito Governo-Parlamento e di indirizzo amministrativo del Governo (o dei singoli ministri).

Le Autorità amministrative indipendenti sono quindi sottratte all'influenza diretta del Governo: ciò sia nel senso che i loro componenti – almeno in via tendenziale – non sono di nomina politica, sia nel senso che esse non conformano il loro agire all'indirizzo del Governo.

L'indipendenza delle Autorità, infine, riduce il rischio di «cattura del regolatore» (Stigler, 1994: 349), cioè consente di evitare che, nei settori in fase di liberalizzazione, gli *ex* monopolisti possano svolgere azioni di *lobbying* nei confronti del Governo.

È garanzia di indipendenza delle scelte compiute dalle Autorità – oltre che la riferita separazione rispetto all'indirizzo politico, anche – il contenuto tecnico delle decisioni (Pajno, 2007: 8): l'elevato tasso tecnico delle scelte tende a sottrarre quelle decisioni alla discrezionalità amministrativa, avvicinando il ruolo delle Autorità a quello del Giudice.

D'altra parte, la regolazione delle complesse dinamiche di un mercato richiede competenze tecniche notevoli. Da ciò discende che una prima garanzia d'indipendenza è – non tanto quella dei meccanismi di nomina, ma – quella della qualità tecnica delle nomine.

In particolare, tanto più elevata è la qualifica tecnica dei componenti delle Autorità, tanto maggiore sarà la garanzia di indipendenza dell'Autorità medesima.

La presenza di regolatori indipendenti capaci di individuare – o, meglio, specificare – quella parte di regole non fissate dalla legge e, nello stesso tempo, di applicarle in maniera tecnicamente competente e imparziale è garanzia di buon funzionamento dei mercati (D'Alberti, 2007).

Diviene dunque centrale – anche ai fini della legittimazione di quel modello – il tema della collocazione istituzionale delle Autorità rispetto al circuito politico-rappresentativo.

S'intende pertanto qui approfondire il rilievo che ha assunto il principio d'imparzialità – inteso principalmente come separazione rispetto all'indirizzo politico – nella progressiva affermazione in Italia del modello organizzativo in esame.

Più in particolare, a partire dagli anni '70 del secolo scorso, gli Stati occidentali – inclusa l'Italia – hanno mostrato una progressiva, generale preferenza per le politiche regolative, in luogo dei più tradizionali interventi sociali e redistributivi (La Spina, Majone, 2000).

Si è dunque affermata in quel periodo una crescente esigenza di separazione tra sfera politica e sfera economica, così da trasformare la presenza dello Stato nei processi economici da un ruolo di attore (o imprenditore) in un ruolo di regolatore (o arbitro imparziale) dei mercati.

Lo Stato si limita cioè a governare i processi sociali, senza avere quel pesante, diretto coinvolgimento che connotava il precedente modello dello Stato gestore: in altri termini, lo Stato individua le regole che impongono agli operatori sociali ed economici determinati comportamenti volti a garantire la creazione di beni e servizi di interesse generale.

La nuova veste regolatoria assunta dallo Stato è dipesa anche dall'aumento esponenziale delle funzioni svolte dai pubblici poteri e dall'intensificarsi delle relazioni tra privati e amministrazioni.

In conseguenza di ciò si è avuto un aumento degli apparati amministrativi, spesso strutturati secondo modelli alternativi rispetto a quelli tradizionali, incentrati sulla dipendenza dall'indirizzo politico: lo Stato è quindi divenuto «multi-organizzativo» in quanto sempre più «multifunzionale» (Massera, 1988: 453).

Ai fini che qui interessano, questa apertura dello Stato verso nuovi modelli *lato sensu* organizzativi ha determinato soprattutto nel ventennio finale del secolo scorso l'«erompere» (Predieri, 1997) nel nostro ordinamento delle Autorità amministrative indipendenti.

Sviluppo legato anche all'avvio dei processi di liberalizzazione dei servizi pubblici e di privatizzazione delle imprese pubbliche, i quali conducono al superamento di alcuni monopoli statali: trasporti, energia, telecomunicazioni ecc.

L'arretramento dell'intervento diretto statale in questi settori ha fatto emergere l'esigenza di vigilanza e regolazione dei mercati al fine di garantire il rispetto da parte delle imprese delle regole di trasparenza, obbiettività e non discriminazione.

In questa direzione ha giocato un ruolo determinante anche la crisi che ha investito il sistema politico italiano agli inizi degli anni '90, accelerando il processo di generale arretramento della politica dalla sfera economica.

Tra la fine degli anni '70 e i primi anni '80 del secolo scorso si registra l'istituzione della Commissione nazionale per le società e la borsa (la CONSOB²), dell'Istituto per la vigilanza delle assicurazioni private (l'ISVAP³, divenuto⁴ poi Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni – IVASS) e del Garante dell'attuazione della legge per l'editoria⁵ (divenuto poi il Garante per le garanzie nelle comunicazioni – AGCOM⁶).

Il modello delle Autorità indipendenti non era però del tutto estraneo alla tradizione amministrativa italiana: si pensi al Consiglio di Stato e alla Corte dei Conti, i quali per espressa previsione dell'art. 100 Cost. devono essere, al pari dei loro componenti, «indipendenti» rispetto al Governo. Consiglio di Stato e Corte dei Conti, però, soprattutto nell'impianto costituzionale, sono organi giurisdizionali: dovrebbe dunque essere recessivo, se non proprio assente, il perseguimento di interessi pubblici.

A questa fase iniziale di successo delle Autorità indipendenti ha fatto seguito nel nuovo millennio – in particolar modo dopo i noti *crack* finanziari Cirio e Parmalat – una progressiva sfiducia.

Infatti, la dottrina ha iniziato a interrogarsi non solo sulla tipologia delle funzioni assegnate alle Autorità e alla relativa distribuzione tra le Autorità medesime, ma anche sulla 'misura' dell'indipendenza e dell'autonomia di queste figure rispetto al Governo.

Le vicende Cirio e Parmalat – e, più in generale, la successiva crisi finanziaria – hanno ingenerato il dubbio che il modello delle Autorità indipendenti possa non consentire il raggiungimento dell'assetto ottimale del mercato.

Allo stesso modo, il recente aggravarsi della congiuntura economica sfavorevole ha sicuramente valorizzato, ove mai necessario, il ruolo e la responsabilità dei governi nell'affrontare l'emergenza, individuando i modi per rilanciare l'economia.

Nello stesso tempo, queste contingenze hanno altresì attribuito ancor più rilievo alla qualità dell'intervento fisiologico dei regolatori indipendenti.

Gli interventi normativi in materia hanno quindi oscillato tra due opposte linee di tendenza: la prima volta a rilanciare e proteggere l'indipendenza dei regolatori, la seconda invece volta a limitarne l'autonomia.

2. Autorità 'amministrative' e 'indipendenti'

La tradizione amministrativa italiana post-unitaria fonda su di un modello organizzativo opposto rispetto a quello che connota le Autorità.

Infatti, l'Amministrazione statale italiana nasce strutturata per Ministeri (seguendo il modello cavouriano di responsabilità diretta del ministro), i quali erano pensati come uffici complessi, dotati di risorse materiali e umane proprie,

con funzioni inerenti a settori d'intervento (tendenzialmente) omogenei e organizzazione interna di tipo piramidale, in cui unità elementari sono aggregate – per esigenze funzionali – in uffici di sempre maggiori dimensioni e competenze, legati tra loro da relazioni gerarchiche.

Le radici storiche dell'articolazione amministrativa ministeriale nell'ordinamento giuridico italiano possono individuarsi (Sandulli, Vesperini, 2011: 2) nella l. 23.3.1853, n. 1483, con la quale Cavour affidò al ministro la responsabilità della direzione e dell'esecuzione dell'attività amministrativa, in ossequio al noto principio liberale secondo il quale chi è posto a capo dell'apparato amministrativo deve rispondere dell'intera attività al Parlamento.

Il sistema amministrativo accentrato fu esteso alle nuove province annesse prima con i decreti Ricasoli dell'ottobre del 1861 e poi con la legge di unificazione amministrativa del Regno d'Italia⁷.

Questo modello rimane sostanzialmente stabile nel corso dei successivi decenni, sin oltre l'avvento della Repubblica.

Anche la Costituzione (all'art. 95) prevede la responsabilità del ministro per gli atti posti in essere dall'Amministrazione: pertanto, la creazione di organismi indipendenti rispetto all'indirizzo politico interrompe, per i settori loro affidati, il rapporto di responsabilità che lega il Governo al Parlamento (Cheli, 2006).

È quindi un evidente elemento di rottura rispetto a quell'impianto tradizionale la nascita di un modello organizzativo nello stesso tempo amministrativo e indipendente rispetto agli indirizzi governativi.

Infatti, come anticipato, mentre le Autorità – sia pur con diversità di accenti – non sono soggette all'indirizzo politico, il modello organizzativo tradizionale si basa invece sulla diretta responsabilità degli organi amministrativi nei confronti del Governo.

Pertanto, sotto questo profilo i due aggettivi *amministrative* e *indipendenti* (ossia non soggette al potere d'indirizzo politico) appaiono – almeno a una prima analisi – un ossimoro.

Questa contraddizione – ben avvertita (Massera, 1988) – discende in parte dalle origini di matrice anglosassone del modello, dove tuttavia opposto è il punto di partenza: se negli Stati Uniti il regolatore serviva per disciplinare mercati liberi, in Italia le Autorità hanno svolto il ruolo inverso, agevolando una diminuzione del livello d'intervento statale nelle politiche e nei processi economici.

3. L'affermazione del principio d'imparzialità nell'Italia post-unitaria

Sul finire del XIX secolo – quando, come detto, la concezione cavouriana dell'amministrazione (incentrata sulla diretta responsabilità del ministro) si estende all'intero territorio italiano – Spaventa e Minghetti pongono al centro

del dibattito politico la necessità di garantire, oltre all'imparzialità della giustizia, anche quella dell'esecutivo: è di Minghetti la nota affermazione secondo cui «se l'imparzialità è necessaria nella giustizia, non lo è meno nell'amministrazione» (Allegretti, 1993: 133).

La partiticità del Governo – e, quindi, di riflesso della p.a., in ragione del nesso di subordinazione rispetto al vertice politico – è ora letta come la causa principale della cattiva amministrazione. La funzionalizzazione dell'attività amministrativa si trova esposta ai condizionamenti della sfera politica, donde il rischio di compromettere il perseguimento dell'interesse pubblico.

L'imparzialità è dunque declinata come necessità di separare l'amministrazione dalla politica e come argine rispetto all'ingerenza dei partiti (Pubusa, 1994: 1439).

Una riflessione ulteriore (Ruini, 1952: 186; Cerri, 1973) avrebbe poi evidenziato che le cause della parzialità e delle disfunzioni all'interno dell'organizzazione amministrativa erano diverse e più ampie rispetto alla sola partiticità, nei cui confronti il canone dell'imparzialità sarebbe stato sufficiente per assicurare la buona amministrazione.

Ritornando all'affermazione del principio d'imparzialità, le posizioni espresse da Minghetti e Spaventa portarono all'istituzione⁸, con le note riforme crispiane, della IV sezione del Consiglio di Stato.

Chiaro il significato di quella scelta: «la giustizia e il buon andamento nell'amministrazione non sono risolti ricercando la giustizia e la bontà dell'Amministrazione, ma la giustizia amministrativa, ossia la giustizia e il sindacato sull'amministrazione» (Allegretti, 1993: 133).

L'accezione del principio d'imparzialità nell'Italia post-unitaria è essenzialmente espresso dalla ricerca di un'accentuata separazione rispetto alla sfera politica: può dirsi una connotazione esterna del canone.

Anticipando qui un tema centrale del lavoro, quel dibattito dottrinale induce una riflessione sulla funzione non di rado para-giurisdizionale delle Autorità.

L'ordinamento reagì alla crescente esigenza d'imparzialità nell'amministrazione mediante l'istituzione di un organo giurisdizionale (ossia la IV sezione del Consiglio di Stato): la buona amministrazione fu cercata mediante la creazione di una figura esterna alla p.a., provvista – pur fra iniziali incertezze qualificatorie – di natura giurisdizionale.

Verrebbe da dire che l'ordinamento rispose, almeno in prima battuta, alla necessità d'imparzialità dell'Amministrazione pubblica mediante la creazione di organismi *extranei* di natura (spesso) para-giurisdizionale: quasi che l'imparzialità potesse essere assicurata solo agendo dall'esterno rispetto ai meccanismi dell'amministrazione attiva.

Come ricordava V.E. Orlando, però, l'amministrazione è necessariamente parziale: perseguendo finalità proprie dello Stato e curando interessi generali, il

potere amministrativo deve necessariamente essere connotato come parte, a differenza del giudice che, invece, è *super partes* (Orlando, 1892: 16 sgg.).

Il modello delle Autorità consentirà allora, come vedremo, una nuova lettura del canone dell'imparzialità, di natura eminentemente tecnica, intesa come distanza sia dagli indirizzi politici sia dagli interessi privati delle imprese che operano sul mercato. Questa connotazione, però, non elide – come pure si dirà – la natura amministrativa delle decisioni assunte da quegli organismi.

Ritornando all'affermazione del principio d'imparzialità, negli anni successivi si assiste a una lenta scomparsa del tema dal dibattito scientifico e, più in generale, a una sorta di allontanamento del diritto amministrativo da concetti in certo qual modo etico-politici, qual è appunto l'imparzialità (Pubusa, 1994: 1440).

I lavori costituzionali danno però un nuovo risalto al principio d'imparzialità, che riceve espresso riconoscimento nell'art. 97 Cost.

La formulazione costituzionale di quel principio ha una portata molto più generale della sola indipendenza dai partiti, per come emersa nel dibattito post-unitario: iniziano a farsi strada sia una lettura inter-soggettiva di quel canone, secondo cui la p.a. deve assicurare la parità di trattamento tra i privati, sia un'accezione organizzativa dell'imparzialità, in forza della quale la p.a. deve strutturarsi mediante metodi trasparenti e neutrali.

Invero, nella formulazione costituzionale di quel canone l'accezione organizzativa appare prevalente o, quantomeno, l'organizzazione imparziale sembra essere lo strumento attraverso il quale la Carta intende conseguire l'imparzialità anche nell'amministrazione attiva.

Peraltro, l'art. 97 Cost. non è rivolto solo al legislatore, ma a ogni attività normativa di organizzazione, la quale è costituzionalmente chiamata a disegnare un assetto capace di assicurare l'imparzialità (Nigro, 1966: 78 sgg.).

Ciò conferma che l'imparzialità non è un elemento proprio della sola funzione amministrativa attiva, ma, prima ancora, riguarda l'organizzazione della p.a. cui quella funzione compete.

Sempre soffermandoci sull'analisi dei contenuti della previsione costituzionale, la formulazione dell'imparzialità è stata ritenuta tanto ovvia «da essere quasi banale» (Satta, 1989: 1), poiché in uno stato di diritto quel canone – emanazione del principio di legalità – ha una rilevanza tale da rendere perfino ovvia la sua mera enunciazione⁹. E altra dottrina (Gardini e Pubusa) ha manifestato insoddisfazione nei confronti della formulazione dell'art. 97 Cost., che non definisce in positivo i contenuti concreti dell'imparzialità.

Emerge dunque una nuova dimensione dell'imparzialità – intimamente connessa ai principi di eguaglianza giuridica, legalità¹⁰ e democraticità – intesa come obbligo per la p.a. di ponderare tutti gli interessi legislativamente tutelati che

possono essere incisi dalla sua azione, assumendo le conseguenti decisioni sulla base di criteri normativi e indirizzi generali predeterminati (Cerri, 1973: 120).

In particolare, il legame con il principio di eguaglianza giuridica di cui all'art. 3 Cost. diviene evidente: la p.a. – pur vincolata dal perseguimento di un interesse di parte, quello pubblico – deve assumere le proprie decisioni ponderando tutte le posizioni coinvolte dall'azione amministrativa (Vetrò, 2012: 106 sgg.).

Questa lettura dell'imparzialità integra l'interpretazione in negativo di quel canone (incentrata sul solo divieto di favoritismi nell'esercizio del potere discrezionale), per cui l'obbligo d'imparzialità della p.a. non contrasta con la posizione di parte dell'amministrazione nei suoi rapporti con i cittadini.

L'affermato legame tra i principi d'imparzialità e di eguaglianza non è però unanimemente riconosciuto, poiché si è anche sostenuto che nell'esercizio concreto dei poteri pubblici la pretesa di eguaglianza di trattamento sarebbe «una contraddizione in termini» (Esposito, 1954: 42; Nigro, 1966: 74).

In questa lettura, l'imparzialità andrebbe intesa non con riferimento alle singole posizioni coinvolte, ma piuttosto come obbiettività, indifferenza e 'aparzialità' dell'amministrazione.

Sono necessarie però alcune precisazioni.

Se la discrezionalità amministrativa consiste nella «ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario» predeterminato dalla sfera politica (Giannini, 1988: 487), l'imparzialità della p.a. non può divenire 'neutralità', ossia indifferenza dell'azione nei confronti degli interessi dei soggetti nei cui confronti opera: ciò poiché la p.a. rimane comunque parziale in quanto portatrice di un interesse di parte (quello pubblico), predeterminato dall'indirizzo politico.

Le nozioni d'imparzialità e neutralità devono quindi essere mantenute distinte, essendo la seconda più facilmente riferibile a un organo di natura tecnica, più indifferente rispetto al concreto atteggiarsi degli interessi.

In termini di neutralità può (e deve) esser infatti letta la funzione giurisdizionale più che non quella amministrativa: il giudice deve applicare – in modo tecnicamente rigoroso e imparziale – alla fattispecie concreta la disciplina normativa di riferimento (Gardini, 2003: 100). In questo campo, il disporsi degli interessi coinvolti non ha alcuna rilevanza.

Al contrario, nella nozione d'imparzialità amministrativa rimane comunque centrale il perseguimento dell'interesse pubblico mediante equo contemperamento degli interessi secondari.

Lo svolgimento della funzione amministrativa, invero, si sostanzia nell'adozione di scelte che discendono da un processo di specificazione – e non di mera applicazione, come avviene per la funzione giurisdizionale – del parametro norma-

tivo astratto. Questo processo di specificazione – proprio del potere discrezionale della p.a. – appare esso stesso manifestazione di politicità (Giardino, 2007: 5 sgg.).

Posta questa distinzione tra neutralità e imparzialità, occorre individuare l'esatta natura delle Autorità amministrative indipendenti: ossia se esse possano farsi rientrare all'interno del perimetro dell'amministrazione – sia pur costituendone un modello differente rispetto a quelli precedenti – oppure siano organismi di natura squisitamente tecnica, estranei quindi rispetto ai dispori degli interessi.

Ora, le decisioni delle Autorità sono caratterizzate da una forte componente tecnica, che – come detto – è stata determinante nello sviluppo di quel modello organizzativo. La spiccata tecnicità non deve però far pensare che le Autorità si caratterizzino per un'indifferenza totale rispetto agli interessi in gioco e per un'altrettanta distanza rispetto all'indirizzo politico (Police, 2007: 250).

Esse, infatti, sono «produttrici di scelte che sono (anche) politiche, perlomeno sul piano delle conseguenze che esse determinano in quello stesso scenario che riguarda la politica e l'amministrazione» (Cintioli, 2010: 661).

Le Autorità non assumono le proprie scelte prescindendo dalla concreta analisi degli interessi coinvolti dalla propria azione, in questo modo manifestando una palese natura 'amministrativa'.

Solo per fare un esempio, basti pensare che l'Autorità chiamata a regolare il mercato in senso pro-concorrenziale non può esimersi dal tenere nella dovuta considerazione anche altri interessi quali la tutela della salute, la protezione dell'ambiente, la continuità del servizio pubblico nonché le posizioni degli operatori economici (azionisti, risparmiatori ecc.).

Ciò rende evidente che il modello non può ascrivere alla sfera della neutralità pura, in quanto le decisioni di quegli enti sono espressione di scelte di natura non solo tecnica, neutrale al pari della funzione giudiziale; ma anche riconducibile nell'ambito dell'amministrazione (Morbidelli, 2001: 171 sgg.).

Ancora, l'essere le decisioni delle Autorità anche l'esito di una ponderazione d'interessi – non solo il risultato di un'analisi in chiave tecnica – sembra suggerirne una ricostruzione in termini di natura amministrativa.

La correttezza di queste conclusioni deve però essere valutata con riferimento a ciascuna di queste figure: come cennato, ogni organismo ha differenti strutture, compiti e livelli d'indipendenza dall'indirizzo politico, perciò le analisi volte a unificare il sistema rischiano di mortificarne le specificità interne.

Esistono, infatti, Autorità che non svolgono funzioni amministrative, intese come ponderazioni di interessi pubblici e privati, ma accertano e qualificano atti o condotte avendo come parametro la disciplina sostanziale del settore al quale quell'organismo è preposto.

In questo campo può, ad esempio, farsi rientrare l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Garofoli, 1998: 2), la quale – salvo limitate ipotesi (si fa

qui riferimento ai poteri *ex art.* 4, comma 1, l. 10.10.1990, n. 287¹¹ di autorizzare, per un periodo limitato di tempo, intese o categorie di intese vietate) – non avrebbe funzioni di amministrazione attiva, disimpegnando principalmente compiti di natura paragiurisdizionale, in posizione neutrale ed equidistante rispetto alle parti.

L'individuazione della natura (amministrativa o meno) delle Autorità è determinante ai nostri fini.

Infatti, se esse svolgono – anche solo in parte – funzioni di amministrazione attiva, la loro azione non è più neutrale, di pura applicazione di regole tecniche; ma si caratterizza per essere imparziale, ossia equidistante rispetto agli interessi coinvolti.

L'imparzialità ricorre poiché le Autorità – al pari di ogni altra p.a. – conservano la disponibilità degli interessi e, di conseguenza, assumono le proprie decisioni integrando il parametro tecnico con valutazioni di opportunità, *lato sensu* discrezionali.

Infatti, nell'attività di quegli enti può rilevarsi – in alcuni casi – l'esercizio di una discrezionalità amministrativa (Morbidelli, 2001: 240 sgg.), intesa come possibilità di assumere le proprie scelte all'esito di una ponderazione tra interessi gerarchicamente ordinati.

Se così è, il canone dell'imparzialità conosce allora una nuova declinazione sulla quale svolgono un ruolo determinante le peculiarità del modello: esse, infatti, pur caratterizzandosi per una – più o meno netta – distanza rispetto all'indirizzo politico, svolgono comunque funzioni amministrative.

Le Autorità amministrative indipendenti operano quindi con piena «autonomia di giudizio e di valutazione» (Bombardelli, p. 5) senza ingerenze da parte della sfera politica, ma evidenziano comunque un'ineliminabile natura amministrativa.

Da ciò discende che le Autorità indipendenti s'inscrivono all'interno di una linea di tendenza del nostro ordinamento amministrativo che si identifica con la pluralità dei modelli organizzativi, non più solo legati alla tradizionale dipendenza diretta nei riguardi del governo e nella responsabilità diretta di questo nei confronti del Parlamento.

Ovviamente, questa interruzione del nesso di responsabilità nei confronti del circuito politico-rappresentativo ha posto – come si dirà – alcuni problemi di *accountability* delle Autorità indipendenti (Clarich, 2005: 168).

4. *Fondamento costituzionale delle Autorità e loro legittimazione*

Discusso è l'inquadramento delle Autorità all'interno del sistema costituzionale dei poteri pubblici.

Un loro elemento comune è anzitutto lo stretto collegamento tra le funzioni di cui sono attributarie e la tutela di uno specifico interesse di rango costi-

tuzionale: si pensi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel rapporto con l'art. 41 Cost.

Il rilievo degli interessi perseguiti dalle Autorità potrebbe allora valere – applicando una logica di bilanciamento, ricorrente nel diritto costituzionale – a giustificare la descritta deroga rispetto al modello organizzativo tradizionale (che trova riconoscimento nell'art. 95 Cost.) incentrato sulla dipendenza dall'indirizzo politico e sulla responsabilità del Governo nei confronti del Parlamento.

Ma vi è una lettura secondo cui le Autorità – rispetto ai modelli tradizionali – sarebbero caratterizzate da alcune 'devianze' (Cheli, 2006: 1).

La prima deriverebbe appunto dal fatto che le Autorità si sottraggono al rapporto di subordinazione che astringe l'Amministrazione al Governo, di conseguenza interrompendo, per i settori loro affidati, il rapporto di responsabilità che lega il Governo stesso al Parlamento.

La seconda devianza dipenderebbe invece dalle funzioni svolte dalle Autorità. Esse, infatti, in alcuni casi assommano poteri normativi, di vigilanza e di risoluzione delle controversie, derogando così al principio di separazione dei poteri su cui fonda il nostro impianto costituzionale: AGCOM, per esempio, unisce poteri di regolazione¹², di vigilanza e di risoluzione¹³ delle controversie nel settore delle comunicazioni.

Con particolare riferimento ai poteri normativi, per svolgere l'attività di regolazione loro demandata le Autorità adottano atti che per il loro contenuto generale e astratto sono da considerare «atti normativi in senso tecnico» di rango secondario, cioè regolamenti (Cerulli Irelli, 2001: 1).

Il potere di adottare atti normativi secondari costituirebbe un'ulteriore devianza delle Autorità rispetto al quadro costituzionale: la Costituzione attribuisce questi poteri solo agli enti territoriali (artt. 117, comma 6; 121, comma 4 e 123, comma 1) nonché alle Università e alle altre istituzioni di alta cultura (art. 33, co. 1).

In realtà, però, questa potrebbe essere una anomalia solo apparente o, comunque, di minor momento rispetto alle prime due.

Infatti, come noto, nel nostro ordinamento vige il principio dell'atipicità degli atti normativi: la legge attribuisce a una pluralità di soggetti pubblici il potere di emanarli. Peraltro, gli enti pubblici hanno «la titolarità di un sia pur limitato potere regolamentare in ordine alla propria organizzazione e al proprio funzionamento (contabilità, personale ecc.) nonché in ordine ai procedimenti» di loro competenza (Cerulli Irelli, 2001: 10).

I poteri normativi delle Autorità sono previsti – quasi sempre – nella legge istitutiva dell'organismo, anche se in molti casi quella normazione si limita solo ad attribuire il potere senza disciplinarne dettagliatamente presupposti, modalità di esercizio, limiti e contenuti.

Ciò nonostante appare ormai ricevuta l'esistenza di un potere normativo in capo alle Autorità, atteso che la funzione di regolazione di determinati mercati richiede l'esercizio di poteri siffatti.

Ritornando ora alle prime due anomalie, esse hanno posto in dubbio sia la compatibilità delle Autorità con il nostro impianto costituzionale; sia la loro legittimazione democratica, dal momento che parrebbero sganciate dagli ordinari circuiti rappresentativi, per fondarsi invece su una legittimazione tecnocratica, legata ai requisiti di alta professionalità dei loro componenti (Torchia, 2013: 2 sgg.).

Taluni (Cheli, 2006: 2) hanno individuato la ragione della descritta anomalia costituzionale nell'origine delle Autorità nei paesi di *common law*, donde le difficoltà di adattamento alle tradizioni costituzionali dei paesi di *civil law*. D'altra parte, un ruolo determinante è stato qui svolto dal diritto comunitario, che ha agevolato la diffusione nei diritti interni e nei loro sistemi amministrativi di un istituto di origine anglosassone.

La diffusione rapida e disorganica delle Autorità in assenza di una cornice costituzionale di riferimento ha determinato, nel nostro Paese, alcune conseguenze negative.

Anzitutto, è incerta la loro natura, risultando spesso difficile tracciare una linea netta di confine tra le Autorità, le amministrazioni speciali e le agenzie governative.

Ancora, le leggi istitutive – determinate, spesso, da necessità contingenti – hanno determinato una situazione di eterogeneità, che si coglie con riferimento alla struttura (nomina, composizione degli organi, durata, *status* dei componenti, incompatibilità), alle funzioni (di regolazione, di vigilanza, di risoluzione delle controversie), ai procedimenti, ai controlli e al regime degli atti.

Ne discende anche la non univocità del livello d'indipendenza rispetto all'indirizzo politico: in alcuni casi, le Autorità sono state attratte sotto la sfera dell'influenza governativa; in altri casi, l'indipendenza è addirittura divenuta autoreferenzialità e separazione dal circuito dei controlli e delle responsabilità democratiche.

Se ne ha conferma guardando i procedimenti di nomina dei membri e, in particolare, i soggetti ai quali quel potere spetta nonché il regime delle incompatibilità.

Ancora, il grado d'indipendenza è misurato anche dalla loro autonomia finanziaria, fruendo le Autorità sia di stanziamenti statali sia di provvista interna. Questa formula per così dire mista è una duplice garanzia d'indipendenza, nei confronti dell'indirizzo politico come degli operatori del mercato di riferimento.

Il quadro poco lineare e organico sin qui descritto ha fatto emergere la necessità di un riordino della disciplina di settore, da perseguire sia mediante l'in-

troduzione di un'espressa previsione costituzionale del modello; sia attraverso la definizione di una legge-quadro che meglio precisi natura, collocazione istituzionale e misura dell'indipendenza di questi organismi.

Così, nel 1997 la Commissione bicamerale per le riforme costituzionali aveva elaborato una norma *ad hoc* (l'art. 109) che attribuiva alle Autorità il compito di esercitare «funzioni di garanzia e vigilanza in materia di diritti e libertà garantiti dalla Costituzione», prevedendo inoltre una riserva di legge in tema di durata del mandato, di requisiti di eleggibilità e di condizioni di indipendenza, nonché il dovere di riferire alla Camera sull'attività svolta.

Ancora, nel corso della XIII legislatura la Commissione Affari costituzionali della Camera ha affrontato il tema di una legge-quadro nell'ambito di un'indagine conoscitiva condotta tra il 1999 ed il 2000.

La XIV legislatura ha conosciuto diversi progetti di legge-quadro (tra tutti il d.d.l. c.d. Amato-Letta, presentato nel 2002), che però non hanno mai superato la prima soglia dell'esame parlamentare.

Ritornando al livello costituzionale, nel novembre del 2005 si è tentato di introdurre – nell'ambito della più ampia riforma della seconda parte della Costituzione – una disciplina specifica per le Autorità: il testo della riforma è stato approvato dal Parlamento in seconda lettura, ma non ottenne poi il necessario consenso in sede referendaria.

Il tema dell'innesto costituzionale delle Autorità non ha quindi avuto sinora risposte soddisfacenti e adeguate, a causa forse della loro natura ancipite: si è invero sostenuto che un corretto inquadramento costituzionale richiede la soluzione della contraddizione, scegliendo «quale dei due aggettivi uniti al sostantivo Autorità (l'aggettivo che qualifica le Autorità come amministrative e l'aggettivo che qualifica le Autorità come indipendenti) deve prevalere, così da attribuire a questi organismi la connotazione dominante» (Cheli, 2009).

In questa lettura – in qualche modo tributaria dell'insegnamento orlandiano – l'aggettivo 'amministrative' dovrebbe essere recessivo poiché la spiccata valenza tecnica delle loro funzioni e la neutralità delle loro decisioni sarebbero più vicine alla funzione giurisdizionale che non al potere amministrativo tradizionale.

Non si può però dimenticare che nella Costituzione convivono due differenti concezioni dell'amministrazione e, di conseguenza, due modelli: da un lato, quello cavouriano, costruito intorno alla figura del ministro e alla sua diretta responsabilità per gli atti compiuti dal dicastero (di cui all'art. 95 Cost.); dall'altro, quella di matrice weberiana (di cui all'art. 97 Cost.), che vede un'amministrazione imparziale al servizio della nazione (Pajno, 1996: 107 sgg.).

Si vuol dire cioè che la Carta conosce più schemi di relazioni tra politica e amministrazione: tra questi può delinarsi quello dell'indipendenza, caratterizzato dalla sottrazione dell'organismo all'indirizzo politico.

Questo modello di relazioni, che appunto si realizza nelle Autorità, può ricondursi ai principi di cui all'art. 97 Cost. e, in particolare, a quello d'imparzialità, in forza del quale potrebbe consentirsi la sottrazione di questi ambiti di amministrazione all'indirizzo del Governo: ne deriverebbe una nuova interpretazione del principio di imparzialità, nella quale si affievolirebbe il vincolo di responsabilità che lega il Governo al circuito rappresentativo.

Non può infine trascurarsi che il problema della compatibilità costituzionale del modello può ritenersi oggi piuttosto secondario: in molti settori il diritto europeo impone agli Stati membri un sistema di regolazione nazionale fondato su specifiche Autorità di settore, dotate di indipendenza e comunque differenziate rispetto alle ordinarie articolazioni dell'organizzazione statale.

Note

- ¹ Si fa qui riferimento, per esempio, al d.d.l. 5.3.2007, n. 1366 (*Disposizioni in materia di regolazione e vigilanza sui mercati e di funzionamento delle Autorità indipendenti preposte ai medesimi*).
- ² Istituita con d.l. 8.4.1974, n. 95, convertito dalla l. 7.6.1974, n. 216.
- ³ Istituito con l. 12.8.1982, n. 576.
- ⁴ Istituito con d.l. 6.7.2012, n. 95, convertito dalla l. 7.8.2012, n. 135.
- ⁵ Istituito con l. 5.8.1981, n. 416.
- ⁶ Istituito con l. 31.7.1997, n. 249.
- ⁷ La l. 20.3.1865, n. 2248
- ⁸ Come noto, è la l. 31.3.1889, n. 5992.
- ⁹ Anche la giurisprudenza ha affermato che «l'amministrazione o è imparziale o non è» (Cons. Stato, V, 1 aprile 2009, n. 2070 in <<http://www.giustizia-amministrativa.it>>).
- ¹⁰ Sul rapporto tra imparzialità e legalità cfr. Corte Cost., 11 ottobre 1985, n. 234 in <<http://www.cortecostituzionale.it>>.
- ¹¹ L. 10.10.1990, n. 287 (*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*) con cui è stata istituita l'Autorità garante della concorrenza e del mercato.
- ¹² Si fa qui riferimento ai poteri previsti dall'art. 1, comma 6, lett. c) l. n. 249/97, secondo il quale il Consiglio «garantisce l'applicazione delle norme legislative sull'accesso ai mezzi e alle infrastrutture di comunicazione, anche attraverso la predisposizione di specifici regolamenti».
- ¹³ I poteri di risoluzione delle controversie sono previsti dall'art. 1, comma 11, l. n. 249/97.

Riferimenti bibliografici

- Allegretti U. 1965, *L'imparzialità amministrativa*, Cedam, Padova.
- 1993, voce *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Digesto Disc. pubbl.*, vol. VIII, Utet, Torino: 131 sgg.
- Amato G. 1997a, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, p. 645.
- 1997b, *Le autorità indipendenti nella costituzione economica*, in *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti – Quaderni della Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, Giuffrè, Milano.
- Amorosino S. 2004, *Tipologie e funzioni delle vigilanze pubbliche sulle attività economiche*, in *Dir. Amm.*: 723 sgg.
- Astone F., Saitta F. 2011, *La giustizia innanzi all'autorità garante delle comunicazioni*, in G. Clemente di San Luca (a cura di), *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato. La tutela delle situazioni soggettive nell'amministrazione giustiziale*, vol. II, Editoriale scientifica, Napoli: 247 sgg.
- Azzariti G. 1998, *Modelli di amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in *Studi in onore di Giuseppe Guarino*, Giuffrè, Milano: 255 sgg.
- Barile P. 1958, *Il dovere d'imparzialità della pubblica Amministrazione*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, vol. IV, Cedam, Padova: 25 sgg.
- Bassi F., Merusi F. (a cura di) 1993, *Mercati e Amministrazioni indipendenti*, Giuffrè, Milano.
- Bilancia P. 2012, *Autorità indipendenti nazionali e organismi europei nella regolazione dei mercati di settore*, in P. Bilancia (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Giuffrè, Milano: 3 sgg.
- Bombardelli M. 2013, *Le autorità amministrative indipendenti. Report annuale – 2013 – italia*, in <http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/30_05_2013_13_15_Bombardelli_IT.pdf> (12/2016).
- Bruti Liberati E. 2009, *La regolazione dei mercati energetici tra l'autorità per l'energia elettrica e il gas e il Governo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 435 sgg.
- Caputi Jambrenghi V. 2003, *La funzione giustiziale delle amministrazioni indipendenti*, in *Annuario 2002 dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo (AIPDA)*, Giuffrè, Milano: 249 sgg.
- Cassese S. 1999, *Negoziato e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti (Quaderni del Consiglio di Stato)*, Giappichelli, Torino: 37 sgg.
- 2011a, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in <<http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/05/Diritto-alla-buona-amministrazione-barcellona-27-marzo.pdf>> (12/2016).
- 2011b, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel "sistema" delle autorità indipendenti*, in *Giorn. Dir. Amm.*: 102 sgg.

- Cerri A. 1973, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Cedam, Padova.
- Cerulli Irelli V. 2001, *Aspetti costituzionali e giuridici delle autorità*, in F.A. Grassini (a cura di), *L'indipendenza delle autorità*, il Mulino, Bologna: 49 sgg.
- Cheli E. 2003, *Le autorità amministrative indipendenti e le prospettive di una loro riforma*, in *Quaderno n. 13 (Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari)*, Giappichelli, Torino.
- 2006, *L'innesto costituzionale delle Autorità indipendenti: problemi e conseguenze*, relazione al *Convegno organizzato da Nexus Roma il 27 febbraio 2006*, in <<http://www.astrid-online.it>>.
- Cintioli F. 2010, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Giuffrè, Milano.
- Clarich M. 1993, *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. amm.*: 77 sgg.
- 2005, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, il Mulino, Bologna.
- D'Alberti M. 2007, *La nuova disciplina delle autorità indipendenti*, in <<http://www.astrid-online.it>>.
- 2008, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, il Mulino, Bologna.
- D'Alberti M., Pajno A. (a cura di) 2010, *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, il Mulino, Bologna.
- D'Atena A. 1997, *Autorità di garanzia e qualità della legalità costituzionale*, in *Regolazione e garanzia del pluralismo, Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Giuffrè, Milano.
- Della Cananea G. 2005, *Regolazione del mercato e tutela della concorrenza nella risoluzione delle controversie in tema di comunicazioni elettroniche*, in *Dir. pubbl.*: 601 sgg.
- Esposito C. 1954, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali*, in C. Esposito, *La costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova: 245 sgg.
- Franchini C. 1996, *Le Autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, il Mulino, Bologna: 69 sgg.
- Gardini G. 2001, *Imparzialità amministrativa e nuovo ruolo della dirigenza pubblica*, in *Dir. amm.*: 39 sgg.
- 2003, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Giuffrè, Milano.
- Garofoli R. 1998, *Procedimento, accesso ed autorità indipendenti*, in *Foro amm.*: 3335 sgg.
- Giannini M.S. 1988, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- Giardino E. 2007, *Imparzialità e poteri locali*, in <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/nuovi%20pdf/Paper/0043_giardino.pdf> (12/2016).
- Grasso G. 2006, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Giuffrè, Milano.

- Guarino G. 1999, *Le Autorità Garanti nel sistema giuridico*, in *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, in *Atti del convegno di Sorrento*, Cedam, Padova.
- La Spina A., Majone G. 2000, *Lo stato regolatore*, il Mulino, Bologna.
- Lazzara P. 2001, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Cedam, Padova.
- Longobardi N. 1991, *Le "amministrazioni indipendenti". Profili introduttivi*, in *Studi per Mario Nigro*, vol. II: 173 sgg.
- 1993, *"Amministrazioni indipendenti" e posizione istituzionale dell'amministrazione pubblica*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, vol. I: 525 sgg.
- 2001, *Le autorità amministrative indipendenti, laboratori di un nuovo diritto amministrativo*, in *Jus*: 699 sgg.
- 2005, *Le amministrazioni indipendenti verso il giusto procedimento. La separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie*, in <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/app/uploads/2005/12/15344_autorita-indipendenti-longobardi.pdf> (12/2016).
- Lucattini S. 2013, *Modelli di giustizia per i mercati*, Giappichelli, Torino.
- Massera A. 1988, *"Autonomia" e "indipendenza" nell'amministrazione dello stato*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, Giuffrè, Milano.
- Merusi F. 2006, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, il Mulino, Bologna.
- Merusi F., Passaro M. 2011, *Le autorità indipendenti*, il Mulino, Bologna.
- Montedoro G. 2012, *Le amministrazioni indipendenti*, in M. Pellegrini (a cura di), *Elementi di Diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova: 271 sgg.
- Morbidelli G. 2001, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, Torino.
- Nigro M. 1966, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano.
- Orlando V.E. 1892, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze.
- Pajno S. 1997, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole: le autorità indipendenti*, Il mulino, Bologna.
- Perez M. 1996, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. di Dir. pubbl.*: 115 sgg.
- Pericu G. 1996, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, vol. 1: 1 sgg.
- Police A. 2007, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Giappichelli, Torino.
- 2008a, *I "nuovi" poteri dell'autorità garante della concorrenza e le prospettive in termini di tutela giurisdizionale*, in F. Cintioli, F. Donati (a cura di), *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, Giappichelli, Torino.
- 2008b, *Principi e azione amministrativa*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino: 205 sgg.
- Predieri A. (a cura di) 1996, *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Passigli, Firenze.
- 1997, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli, Firenze.

- Pubusa A. 1994, *Considerazioni sull'imparzialità amministrativa nella legge 7 agosto 1990 n. 241*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, vol. II, Giuffrè, Milano: 1438 sgg.
- Ruini M. 1952, *La pubblica amministrazione nella costituzione*, in *Corr. amm.*: 174 sgg.
- Sala G. 1984, *Imparzialità dell'amministrazione e disciplina del procedimento nella recente giurisprudenza amministrativa e costituzionale*, in *Dir. Proc. Amm.*: 436 sgg.
- Sandulli A., Vesperini G. 2011, *L'organizzazione dello stato unitario*, in <<http://irpa-c02.kxcdn.com/wp-content/uploads/2011/06/Sandulli-Vesperini-RTDP-1-20111.pdf>> (12/2016).
- Satta F. 1989, voce *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XV, Treccani, Roma: 1 sgg.
- Scoca F.G. 2010, *I provvedimenti dell'Autorità e il controllo giurisdizionale*, in C. Rabitti Bedogni, P. Barucci (a cura di), *20 anni di Antitrust*, vol. I, Giappichelli, Torino: 259 sgg.
- Sorace D. 2008, *La buona amministrazione e la qualità della vita, nel 60° anniversario della costituzione*, Relazione al Convegno *La costituzione ha 60 anni: la qualità della vita 60 anni dopo*, Ascoli Piceno, 14 marzo 2008, in <<http://www.costituzionalismo.it/articoli/277/>> (12/2016).
- Spasiano M.R. 2011, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano: 85 sgg.
- Spuntarelli S. 2008, *Il principio di legalità e il criterio di imparzialità nell'amministrare*, in *Dir. amm.*: 223 sgg.
- Stigler G.J. 1994, *Mercato, informazione, regolamentazione*, il Mulino, Bologna.
- Torchia L. 1996, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità amministrative indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, il Mulino, Bologna: 55 sgg.
- 2013, *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, in <<http://www.astrid-online.it>>.
- Troise Mangoni W. 2012, *Il potere sanzionatorio della Consob. Profili procedurali e strumentali rispetto alla funzione regolatoria*, Giuffrè, Milano.
- Vetrò F. 2005, *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Giappichelli, Torino.
- 2012, *Il principio di imparzialità*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano: 91 sgg.
- Zito A. 2002, *Il «diritto ad una buona amministrazione» nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in *Rivista italiana di Diritto Comunitario*: 425 sgg.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E VALUTAZIONI TECNICHE: PROFILI ORGANIZZATIVI

Chiara Cudia

SOMMARIO – 1. L'organizzazione amministrativa della tecnica: tema dell'indagine. 2. Gli organismi tecnici. 2.1 Profili definatori. 2.2 Gli organismi tecnici interni agli apparati amministrativi. 2.3 Gli organismi tecnici esterni e strumentali agli apparati amministrativi. 2.4 Gli organismi tecnici autonomi dagli apparati amministrativi. 2.5 Profili problematici. 3. Valutazioni tecniche e discrezionalità organizzativa. 4. Principi e regole sull'organizzazione pubblica della tecnica. 5. Potere di valutazione tecnica e soggetti privati. 6. Le conseguenze dell'organizzazione pubblica della tecnica.

1. L'organizzazione amministrativa della tecnica: tema dell'indagine

L'impiego della tecnica (intesa come «un sapere anche soggettivamente specialistico rispetto alla totalità dei componenti del gruppo», Marzuoli, 1985: 204) connota, da sempre, l'attività delle pubbliche amministrazioni: cambiano, in relazione al progresso delle scienze, gli ambiti materiali nei quali essa viene in evidenza e i possibili contenuti delle regole utilizzate (Bachelet, 1967: 5), ma di necessità l'amministrazione deve fare applicazione di regole tecniche. Talora la tecnica corrisponde a un'attività strumentale rispetto allo svolgimento di funzioni amministrative finali (perché serve al procedimento e ne connota la fase istruttoria), talaltra corrisponde essa stessa a una funzione finale dell'amministrazione (perché conduce a un risultato conoscitivo destinato poi a successive ed eventuali utilizzazioni).

Nonostante questa centralità, se si considerano i tre grandi capitoli del diritto amministrativo (l'organizzazione, l'attività e la tutela) risalta in modo abbastanza evidente come la tecnica sia stata analizzata in modo diffuso e approfondito nella prospettiva dell'attività e, da qui, della tutela, conducendo alle tematiche delle valutazioni tecniche e della loro (in)sindacabilità. Diversamente, i profili organizzativi sono stati, salvo qualche eccezione (Melis, 2012: 649; Merloni, 2013: 481), studiati solo in via incidentale e, per lo più, a fini meramente descrittivi.

Eppure, anche quegli aspetti sono assolutamente decisivi.

Da un lato, perché è proprio a livello organizzativo che si pone primariamente il problema della legittimazione degli apparati a esercitare un potere tecnico valutativo.

Dall'altro, perché nell'ambito in esame vengono in rilievo scelte che non sono meramente organizzative ma, in qualche modo, politico-organizzative: la decisione di prevedere un momento tecnico presuppone infatti che sia stata effettuata un'opzione tra interessi nella misura in cui, appunto, il perseguimen-

to di determinati valori viene agganciato a un'attività tecnico valutativa. E tale aspetto è tanto più qualificante se si considera che le valutazioni tecniche, almeno per una parte consistente, sono precluse al pieno sindacato giurisdizionale e sottratte all'ingerenza degli apparati politici.

Di questo dato non sembra esserci piena consapevolezza nell'evoluzione degli organismi tecnici delle pubbliche amministrazioni: la loro storia si è sviluppata in modo non sempre ordinato ed è stata attraversata da spinte di significato diverso per effetto dell'evoluzione dell'amministrazione in senso pluralista e del diverso atteggiarsi del rapporto di strumentalità di tali uffici rispetto agli apparati politici (Merloni, 2013: 494). Da qui discende l'esigenza di verificare quali siano le coordinate (in primo luogo costituzionali) che consentono di governare l'organizzazione della tecnica.

In questa prospettiva, l'analisi si svilupperà in due parti: nella prima (§ 2) si effettuerà una ricognizione generale delle principali linee di sviluppo degli organismi tecnici, evidenziandone i possibili nodi critici (per esempio in termini di confusione tra apparati e di aumentato rischio di corruzione), con l'avvertenza che, per l'esigenza di contenere l'analisi, saranno principalmente considerati gli organismi tecnici che, a prescindere la forma giuridica assunta, possono ritenersi soggettivamente pubblici (non sarà quindi oggetto di analisi specifica, quantomeno da un punto di vista descrittivo, il tema degli organismi tecnici privati). Nella seconda parte (§ 3) l'attenzione sarà concentrata sui principi che presiedono all'organizzazione di tali strutture, con particolare attenzione al ruolo che in materia compete ai soggetti pubblici e al (conseguente) rapporto tra politica, amministrazione e tecnica.

2. Gli organismi tecnici

2.1 Profili definitivi

Preliminarmente, è necessario sciogliere un nodo definitorio e chiarire cosa si intende per ufficio tecnico.

In prima approssimazione, possono considerarsi tecnici quegli uffici che per la loro finalità, la loro attrezzatura, la qualificazione richiesta ai titolari dell'ufficio e ai loro collaboratori, e quindi per i loro metodi operativi, «sono abilitati a svolgere un'attività tecnica, un'attività cioè da realizzarsi con la perizia e secondo le regole proprie di arti e mestieri qualificati» (Bachelet, 1967: 77).

A tali uffici può essere affidata un'attività tecnica di 'mero' accertamento e/o un'attività tecnico valutativa, riferita a quei casi complessi nei quali la varietà e l'interconnessione dei problemi tecnici non consente una automatica univocità di soluzione, ma implica delle scelte, sia pure condotte secondo criteri tecnici e non in rapporto a una valutazione degli interessi in gioco (Bachelet, 1967: 38; Marzuoli, 1985: 207).

In questa sede si intende muovere dalla premessa che la specificità degli organismi tecnici (e la principale ragione dell'interesse che essi suscitano) risiede proprio nel carattere opinabile della opzione che viene loro demandata, scelta che, per sua natura, non è (o non è del tutto) ripetibile e sindacabile (Clarich, 2013: 120): è proprio questo aspetto (la soggettività della valutazione) che sarà considerato decisivo per qualificare un organismo come tecnico. In questo modo, la connessione che aggancia in termini generali organizzazione e attività amministrativa diviene particolarmente evidente proprio con riguardo agli organismi tecnici, confermando l'assunto di partenza: se un certo tipo di attività (tecnico valutativa) è ciò che connota un certo tipo di organo, la scelta organizzativa si carica di significati più pregnanti e in qualche modo vitali.

Non saranno pertanto oggetto di considerazione gli apparati ai quali sono demandate attività tecniche di accertamento. Tali compiti presuppongono senz'altro una verifica dalle capacità professionali dei funzionari cui sono affidati, ma, al di là di tale profilo, non sembra che la loro previsione comporti quell'intreccio tra politica, amministrazione e tecnica che sorregge l'analisi che si intende effettuare: in altri termini, la ripetibilità e la verificabilità degli accertamenti tecnici ridimensiona il ruolo dell'amministrazione rispetto al potere politico e al sindacato giurisdizionale in relazione ai quali l'impatto della scelta organizzativa resta dunque assai limitato.

La storia ha condotto a una pluralità di soluzioni organizzative, ragione per cui si utilizzerà una formula il più possibile neutra e ampia (e per questo idonea ad abbracciare le singole scelte accolte di volta in volta dal legislatore o dalle amministrazioni): quella di 'organismo tecnico', con l'avvertenza che l'espressione non presuppone l'adesione ad alcuna specifica caratteristica strutturale (come la personalità giuridica). Possiamo assumere, dunque, per organismo tecnico qualunque figura organizzativa di cui una pubblica amministrazione si avvalga stabilmente per lo svolgimento di attività tecnico-valutativa.

Per ordinare le diverse opzioni strutturali, può farsi riferimento al grado di strumentalità dell'organismo tecnico rispetto a un apparato amministrativo in qualche modo 'principale', che consente di enucleare tre diversi modelli organizzativi (Merloni, 2013: 494), a seconda che gli organismi tecnici siano interni agli apparati amministrativi, esterni a quegli apparati ma a loro strumentali oppure del tutto autonomi dagli apparati amministrativi.

2.2 Gli organismi tecnici interni agli apparati amministrativi

La strada imboccata all'indomani dell'unificazione è consistita nell'assorbire le esigenze tecniche all'interno degli apparati burocratici, creando apposite strutture.

Innanzitutto, vengono in rilievo i grandi organismi interni all'amministrazione statale: i servizi e i collegi tecnici.

Nel complesso dell'organizzazione amministrativa nazionale, i servizi tecnici hanno lungamente rappresentato un momento di eccellenza: basti ricordare il Servizio idrografico e mareografico¹, il Comitato geologico², il Servizio nazionale dighe³, il Servizio sismico nazionale⁴, i servizi istituiti presso l'amministrazione militare⁵.

Sul finire del secolo scorso, questi organismi, pur mantenendo le proprie funzioni conoscitive e informative⁶, sono stati collocati presso la Presidenza del Consiglio⁷. Il trasferimento di competenze dallo Stato alle Regioni ha tuttavia inciso sul primato di tali strutture, che hanno avuto destini assai diversi⁸ (Merloni, 2013: 501).

Accanto ai servizi tecnici, all'interno delle amministrazioni centrali vennero istituiti anche organismi consultivi – in alcuni casi dotati anche di poteri di indirizzo – formati da funzionari, da esperti delle varie materie e talora da rappresentanti degli interessi coinvolti: in queste sedi venivano a coordinarsi i soggetti toccati dalle nuove normative e, soprattutto, si dava spazio a quella *expertise* che si collocava all'esterno dell'amministrazione tradizionale e che era necessario acquisire agli apparati burocratici (Cammelli, 1980: 25).

Alterne le sorti di questi innumerevoli consigli (si vedano, *ex plurimis*, il Consiglio superiore della pubblica istruzione⁹, il Consiglio superiore delle antichità e belle arti¹⁰, il Consiglio superiore delle accademie e biblioteche¹¹, il Consiglio superiore dei lavori pubblici¹², il Consiglio superiore dell'agricoltura e foreste¹³, il Consiglio superiore dell'aviazione civile¹⁴, il Consiglio superiore tecnico delle poste e telecomunicazioni¹⁵, il Consiglio superiore delle miniere¹⁶, il Consiglio superiore di sanità¹⁷, il Consiglio centrale del turismo¹⁸, il Consiglio superiore delle forze armate¹⁹, il Consiglio tecnico scientifico per la programmazione economica²⁰), commissioni e comitati (per esempio, il Comitato tecnico interministeriale di coordinamento ai fini della programmazione economica²¹, la Commissione consultiva tecnica per le servitù militari²², la Commissione tecnica centrale per l'equo canone nell'affitto dei fondi rustici²³, il Comitato tecnico per gli idrocarburi²⁴) istituiti presso le diverse amministrazioni centrali con prevalenti compiti istruttori e di consulenza: alcuni, trasformandosi, sono sopravvissuti fino ai giorni nostri, altri sono scomparsi del tutto.

Verificando oggi l'esistenza di organismi tecnici statali a partire dagli organigrammi dei singoli Ministeri, il quadro continua a essere assai eterogeneo, sia sotto il profilo della struttura che delle funzioni attribuite.

Sotto il primo profilo, la figura più nuova rispetto alla tradizione è rappresentata dalle strutture tecniche di missione, per esempio la Struttura tecnica di missione contro il dissesto idrogeologico e per lo sviluppo delle infrastrutture

idriche²⁵ e l'organismo di cui il Ministero delle infrastrutture può avvalersi per lo svolgimento delle attività occorrenti ai fini della progettazione e approvazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi²⁶.

Le altre formule organizzative sono quelle note: i servizi (per esempio quelli previsti all'interno del Dipartimento della protezione civile²⁷), i comitati (il Comitato nazionale per la bioetica²⁸, il Comitato nazionale per la biosicurezza, le biotecnologie e le scienze per la vita²⁹, i comitati previsti presso il Ministero per i beni culturali e ambientali³⁰, il Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle grandi opere³¹), i consigli (di cui si è appena detto) e le commissioni (la Commissione paritetica per l'attuazione del federalismo fiscale³², la Commissione valutazione impatto ambientale³³, la Commissione istruttoria per l'autorizzazione ambientale integrata³⁴, la Commissione scientifica in materia di commercio di fauna e flora³⁵ e le innumerevoli commissioni operanti presso il Ministero della salute³⁶).

Per quanto attiene al secondo aspetto, tutti questi organismi svolgono funzioni di consulenza e informazione e, in alcuni casi, anche compiti più vicini all'amministrazione attiva (così, per esempio, la Struttura tecnica di missione contro il dissesto idrogeologico e i servizi tecnici del Dipartimento per la protezione civile) o funzioni normative (si veda il Servizio tecnico centrale del Consiglio superiore dei lavori pubblici, che cura la predisposizione delle norme tecniche fondamentali sulla sicurezza minima delle costruzioni³⁷).

Gli organismi tecnici ministeriali sono per lo più previsti da fonti di rango primario, ma in non poche ipotesi sono stati istituiti mediante d.p.c.m. (così il Comitato nazionale per la bioetica e la Struttura tecnica di missione contro il dissesto idrogeologico).

Infine, rispetto alla loro composizione, spesso risalta la presenza di personale designato dagli organi politici (cfr. il Comitato nazionale per la bioetica, il Consiglio Superiore per i beni culturali e paesaggistici, gli organismi facenti capo al Ministero della salute) o eletto all'interno della stessa amministrazione di riferimento (così, sia pure in parte, nei comitati istituiti presso il Ministero per i beni culturali e ambientali).

Al modello organizzativo in esame possono riportarsi anche gli uffici periferici statali a elevato contenuto tecnico che hanno rappresentato uno snodo fondamentale nella tradizione del paese: il riferimento è, primariamente, agli uffici del genio civile e agli uffici tecnici erariali. Tuttavia, anche questi corrispondono oggi a uno schema recessivo per effetto dell'avvenuta incorporazione nell'organizzazione regionale (Merloni, 2013: 502), della progressiva riduzione delle dotazioni organiche delle amministrazioni (spesso avvenuta «in assenza di una visione strategica di insieme» Fiorentino, 2012: 484) e della conflittualità tra tecnici e amministrativi che ha condotto alla progressiva «decapita-

zione delle dirigenze tecniche» e al dominio degli apparati burocratici su quelli tecnici (Melis, 2012: 477).

A quello stesso schema possono ricondursi anche gli uffici tecnici di volta in volta istituiti all'interno delle singole amministrazioni e composti da personale dotato della necessaria preparazione (Merloni, 2013: 503).

In questo ambito, la diversità di opzioni possibili è tale da non potere essere adeguatamente descritta in questa sede (probabilmente, potrebbe condurre a risultati particolarmente significativi un approfondimento dell'analisi in termini analitici che fosse condotto non trasversalmente, per figure organizzative, ma per ambiti materiali in relazione ai singoli poteri amministrativi e alle posizioni soggettive coinvolte).

Un elemento, tuttavia, appare particolarmente significativo: l'autonomia organizzativa è stata utilizzata (specie a livello locale) per immettere nella struttura dell'amministrazione competenze provenienti dall'esterno, utilizzando la formula delle consulenze esterne o della dirigenza esterna (Merloni, 2013: 503): in entrambi i casi impiegando, però, più il criterio della vicinanza politica e della fiduciarità dell'esperto che non la sua capacità tecnico-scientifica, con conseguente aumento del rischio di esposizione a modalità anti-economiche di esercizio dell'attività o a forme di corruzione (Melis, 2012: 478).

2.3 Gli organismi tecnici esterni e strumentali agli apparati amministrativi

Il secondo modello organizzativo è rappresentato da organismi tecnici esterni e strumentali agli apparati amministrativi principali.

Lo svolgimento dei compiti tecnici 'per conto' di differenti enti pubblici costituisce «la ragione istitutiva, la funzione propria e finale» di tali organismi che, in questo senso, sono legati all'ente territoriale di riferimento da un vero e proprio nesso di strumentalità (Merloni, 2013: 497).

Le formule all'uso utilizzate sono l'ente pubblico e le agenzie.

Gli enti pubblici tecnico strumentali sono svariati e hanno forme differenti: a titolo meramente esemplificativo, possono ricordarsi l'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale³⁸ e l'Istituto nazionale di statistica³⁹.

Le agenzie sono strutture preposte allo svolgimento di attività a carattere tecnico operativo di interesse nazionale: afferiscono all'organizzazione ministeriale, cosicché, pur godendo di autonomia operativa, restano soggette al potere di indirizzo e di vigilanza di un ministro (Clarich, 2013: 124).

Il modello generale di agenzia può essere scomposto in tre tipologie (Casini, 2003: 392).

Il primo comprende le agenzie indipendenti dalla riforma operata con il d.lgs. 30.7.1999, n. 300 e strutturate come enti pubblici: l'Agenzia spaziale italiana⁴⁰,

l'Agenzia nazionale per la sicurezza del volo⁴¹, l'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali⁴², l'Agenzia per le erogazioni in agricoltura⁴³, l'Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario⁴⁴, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni⁴⁵, l'Agenzia nazionale per le nuove tecnologie, l'energia e lo sviluppo economico sostenibile⁴⁶, l'Agenzia regionale per la protezione ambientale⁴⁷.

Il secondo abbraccia le agenzie organizzate come uffici-agenzie ai sensi degli artt. 8 e 9 del d.lgs 300/1999: l'Agenzia industrie difesa, l'Agenzia per le normative e i controlli tecnici, l'Agenzia per la proprietà industriale, l'Agenzia per le comunicazioni, l'Agenzia dei trasporti terrestri e delle infrastrutture, l'Agenzia per la formazione e l'istruzione professionale.

Il terzo include infine le agenzie fiscali (l'Agenzia delle entrate, delle dogane, del territorio, del demanio) che sono configurate come agenzie-enti pubblici.

In ogni caso, il tipo di relazione con gli apparati politici consente di collocare le agenzie nel contesto del rapporto che tipicamente esiste nel nostro ordinamento tra politica e amministrazione, laddove – appunto – il ministro esercita sull'agenzia i poteri di indirizzo e controllo predeterminati dalla convenzione. La distinzione (e il particolare collegamento che ne funge da contraltare) tra politica e amministrazione è un'opzione che non subisce modifiche nonostante il carattere tecnico delle funzioni esercitate dalle agenzie.

Questo schema organizzativo consente quindi di garantire un'elevata qualità dell'apparato tecnico mantenendo in capo all'amministrazione 'principale' la possibilità di esercitare sull'organismo tecnico i poteri tipici della relazione di strumentalità: in questo modo, evidentemente, rimane sullo sfondo il rischio che i profili tecnici possano essere in qualche modo condizionati (se non inquinati) da valutazioni politiche sugli interessi in gioco (Merloni, 2013: 504).

2.4 Gli organismi tecnici autonomi dagli apparati amministrativi

L'ultima opzione è costituita dagli organismi tecnici autonomi dagli apparati amministrativi, che ricorre laddove le attività tecniche sono attribuite come funzioni proprie a soggetti dotati di personalità giuridica e di autonomia: vengono in rilievo, in particolare, Università ed enti di ricerca.

Qui, le amministrazioni 'richiedenti' non hanno poteri di indirizzo e vigilanza sugli organismi tecnici, e, correlativamente, questi ultimi mantengono la propria autonomia organizzativa e sono liberi di fissare le proprie priorità di ricerca secondo un modello che «la Costituzione considera coerente con le esigenze di uno sviluppo della scienza non plasmato dalle esigenze conoscitive strumentali delle amministrazioni» (Merloni, 2013: 500).

Non si può escludere, tuttavia, che (ferma restando l'autonomia che formalmente spetta a questi enti) le amministrazioni che intendono avvalersi della loro attività tecnica possono comunque esercitare su di essi forme di condizionamento attraverso poteri di orientamento istituzionali (il finanziamento complessivo dell'ente o l'attribuzione di fondi a destinazione vincolata) o mediante strumenti convenzionali (enti in difficoltà finanziaria saranno più propensi ad accettare lo svolgimento di attività conoscitive sulla base di contratti conclusi con le amministrazioni) (Merloni, 2013: 504).

A questi organismi è probabilmente possibile affiancare anche alcune amministrazioni indipendenti (l'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico⁴⁸, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni⁴⁹, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato⁵⁰) nella misura in cui esse sono chiamate a svolgere attività tecniche. Non si vuole ovviamente assimilare figure organizzative che restano profondamente diverse quanto a struttura, funzioni e, soprattutto, significato (anche sul versante costituzionale): tuttavia, si ritiene che tali modelli organizzativi possano essere avvicinati nella limitata prospettiva dello svolgimento di attività tecnico valutativa esercitata in condizione di (almeno asserita) autonomia dagli indirizzi politici.

In questa ottica, può osservarsi come l'istituzione di tali soggetti abbia richiesto nuove competenze per il tecnicismo delle materie trattate e per carenza all'interno delle amministrazioni tradizionali delle corrispondenti professionalità: da qui, i corpi tecnici delle autorità indipendenti rappresentano un esempio di eccellenza per le modalità di reclutamento del personale, l'aggiornamento richiesto, le responsabilità, il regime di incompatibilità (Fiorentino, 2012: 480).

Proprio in relazione all'elevato tasso di professionalità e al correlato grado di indipendenza dal potere esecutivo, le amministrazioni indipendenti sono ritenute espressione di un «modello tecnocratico», poiché, almeno in alcuni casi, sono chiamate ad attuare non gli indirizzi indicati dagli apparati politici di governo, ma gli indirizzi generali che risultano direttamente dalle leggi o dalla Costituzione (Sorace, 2012: 156): esigenza che è particolarmente forte in alcuni ambiti più sensibili che richiedono garanzie rafforzate e regolazioni di settore isolate dalle influenze politiche più 'ondivaghe' (Clarich, 2013: 485).

2.5 Profili problematici

Il quadro appena descritto è, evidentemente, assai frammentato.

In parte, ciò è dovuto all'autonomia organizzativa che residua alle singole amministrazioni e che conduce di volta in volta a soluzioni diverse (innanzitutto in relazione alla scelta di avvalersi di uffici interni o esterni).

In parte, è determinato dalla (ovvia) considerazione che vengono in rilievo settori materiali assai eterogenei nei quali, fatalmente, le ragioni della presenza pubblica sono svariate e conducono, appunto, a differenti modelli organizzativi. Persino il grado di separatezza tra momento politico e tecnico è condizionato dall'ambito di attività: per cui, per esempio, la tecnica di cui si avvale un Ministero di tipo economico non può che essere diversa da quella dei ministeri che si occupano di salute o di beni culturali.

Questa varietà, a sua volta, ha acuito le criticità presentate delle diverse opzioni.

Possono evidenziarsi quantomeno tre grandi problemi.

In primo luogo, lo smantellamento di alcune grandi strutture nazionali ha progressivamente condotto a dequalificare il personale interno sotto il profilo della propria preparazione tecnica.

In secondo luogo, il ricorso sempre più frequente a soggetti estranei all'amministrazione ha aumentato i casi di corruzione. Peraltro, anche a non volere considerare le possibili degenerazioni rilevanti sul fronte penale, è innegabile che lo spostamento della tecnica all'esterno dell'amministrazione abbia intorbidito la relazione tra apparati politici e amministrativi. Le esternalizzazioni sono causa ed effetto dell'indebolimento degli apparati tecnici: esse si collegano alle carenze relative agli uffici tecnici interni ma, al tempo stesso, riportano in mano alle burocrazie un fortissimo potere discrezionale e ricreano importanti occasioni di contatto con gli apparati politici (Fiorentino, 2012: 485).

Sotto questa ottica, il tema diviene vastissimo e suscettibile di coinvolgere una pluralità di istituti: si pensi, per esempio al ruolo dei privati che si allarga dalla progettazione delle opere pubbliche al condizionamento sulla successiva realizzazione delle opere stesse. La crisi del genio civile, per esempio, ha avuto effetti assai negativi: le stazioni appaltanti tendono a moltiplicarsi ma sono sprovviste di propri uffici tecnici e, al tempo stesso, impossibilitate ad appoggiarsi a uffici esterni, con la conseguenza che aumenta il peso dei privati nella fase della progettazione. Anzi, laddove le gare d'appalto sono bandite senza un progetto completo, le imprese partecipano alla gara dando alle loro offerte solo una quotazione approssimativa per un prodotto da definire. In questo modo, l'appalto è aggiudicato all'offerta più vantaggiosa, ma durante l'esecuzione si renderanno necessarie numerose varianti e si verificherà una lievitazione dei costi che a sua volta garantirà all'impresa ampi margini di recupero dell'iniziale ribasso d'asta e l'affidamento di lavori ulteriori (Gustapane, 1994: 213).

Infine, la moltiplicazione delle forme organizzative ha reso assai incerto l'intero rapporto tra politica e tecnica, mettendo in pericolo la stessa dimensione tecnica che, per definizione, dovrebbe essere al riparo dalle opzioni po-

litiche (fermo restando l'eventuale e successivo uso politico o discrezionale dei dati tecnici, che però rifluisce su un piano che non è più quello della tecnica in senso stretto).

Questo aspetto, a sua volta, non riguarda soltanto il macro-livello della forma degli apparati tecnici e del gradiente della loro autonomia rispetto agli apparati politici: problema che si pone laddove un organismo tecnico versa in una condizione di strumentalità, formale o anche solo fattuale (si pensi alla condizione di molti enti di ricerca). Ma riguarda anche il micro-livello della selezione specifica dei singoli tecnici, ove questa avvenga con il meccanismo della designazione da parte degli apparati politici: l'eventuale previsione di requisiti soggettivi degli (aspiranti) tecnici può non essere del tutto sufficiente a metterli al riparo da possibili ingerenze politiche.

3. Valutazioni tecniche e discrezionalità organizzativa

In relazione a queste problematiche, che tendono a rifluire da una angolazione meramente descrittiva-strutturale a una dimensione più profonda e funzionale, è necessario approfondire i profili teorici che attengono all'organizzazione della tecnica.

L'obiettivo è ricercare alcune coordinate di riferimento unitarie che, pur essendo compatibili con il pluralismo amministrativo e quindi, in qualche modo, malleabili a seconda delle esigenze e dell'autonomia delle singole amministrazioni, siano allineate con le indicazioni che possono trarsi dalla Costituzione in punto di organizzazione e di rapporto tra politica, amministrazione e tecnica.

Preliminarmente, è opportuno riprendere il tema del rapporto tra valutazioni tecniche e discrezionalità organizzativa.

Come noto, quest'ultima abbraccia le scelte organizzative che devono essere compiute per potere effettivamente conseguire gli obiettivi demandati all'amministrazione: in questa prospettiva, tali decisioni non dovrebbero incidere sull'assetto degli interessi rimessi all'attività amministrativa finale (Sorace, 2012: 367), nel senso che l'organizzazione può senz'altro condizionare la qualità dei risultati che raggiungibili con l'azione amministrativa (Merloni, 2013: 483), ma non incide in prima battuta sulla pre-individuazione di quegli obiettivi.

Questa rappresentazione deve però essere completata a partire da due elementi: il primo (che sarà affrontato in questo paragrafo) riguarda specificatamente il tema della nostra analisi e attiene al significato che le scelte organizzative assumono allorché esse abbiano per oggetto l'esercizio di un potere tecnico; il secondo (su cui vedi § 4) rileva in termini più generali e riguarda la disciplina del potere organizzativo ricavabile dall'art. 97 Cost.

Primo profilo.

Laddove si dispone che nello svolgimento di una certa attività amministrativa siano previsti momenti tecnico-valutativi, si effettua una scelta che non è soltanto organizzativa ma politico-organizzativa.

Questo aspetto, che si collega senz'altro alla centralità dell'organizzazione e alla sua capacità di incidere sull'attività amministrativa (De Valles, 1931: 85; Nigro, 1966: 99), discende dal più comprensivo significato che deve attribuirsi all'affidamento di compiti tecnici all'amministrazione (De Pretis, 1995: 336).

Infatti, nel momento stesso in cui la determinazione dell'assetto finale di certi interessi è collegata (secondo modalità di condizionamento diversamente graduabili) all'esercizio di un potere tecnico-valutativo si effettua prima di tutto un'operazione di gerarchizzazione di interessi, appunto perché certi valori sono 'collocati' su una dimensione tecnica. La connotazione tecnica dell'attività ha, a sua volta, delle fortissime ripercussioni in termini di sindacato giurisdizionale e di controllo da parte degli stessi apparati politici: entrambi vengono, sia pure in diversa misura, limitati dall'esistenza di un potere valutativo.

La scelta organizzativa che ha per oggetto la tecnica, dunque, ha l'effetto di spostare il perseguimento di certi valori su un piano che, per essere specialistico e venato da margini di opinabilità, non solo è sindacabile secondo modi del tutto peculiari ma, ancora prima, diviene (o dovrebbe divenire) impermeabile rispetto alle opzioni politico discrezionali.

Da qui, evidentemente, la scelta organizzativa che contempla un momento tecnico valutativo è primariamente una scelta sugli interessi. In questo senso l'organizzazione della tecnica è più vicina alla discrezionalità amministrativa che non a quella tecnica: che sia implicata la tecnica è un dato, in qualche modo, estrinseco e successivo.

Per questa ragione, la disciplina dell'organizzazione della tecnica è delicatissima ed è necessariamente condizionata dal tipo di ruolo che la Costituzione assegna all'amministrazione in relazione ai diversi tipi di interessi, diritti e libertà.

4. Principi e regole sull'organizzazione pubblica della tecnica

Veniamo quindi al secondo profilo: cosa può desumersi dal testo costituzionale.

Le esigenze della tecnica in punto di organizzazione sono duplici.

Da un lato, l'organizzazione amministrativa della tecnica deve essere flessibile. Il potere tecnico valutativo conduce, per definizione, a soluzioni non univoche: le regole tecniche non sono stabili e, da qui, non possono esserlo neanche le soluzioni organizzative (Merloni, 2013: 485).

Dall'altro, vi è un bisogno di garanzia.

L'idea tradizionale che la dimensione organizzativa sfugga all'area di ciò che è giustiziabile a iniziativa dei privati (Casetta, 2012: 134) deve essere in parte ri-

vista: sia perché esistono strumenti processuali in grado di incidere sull'organizzazione⁵¹ sia perché in presenza di diritti sociali anche le scelte in punto di organizzazione possono essere delimitate da obblighi positivi (Sorace, 2012: 372).

I profili garantistici si appuntano però, primariamente, sull'elemento formale della disciplina del potere di organizzare: un tema che riguarda l'intera amministrazione ma che risalta particolarmente proprio con riferimento all'organizzazione della tecnica alla luce della descritta connessione di quest'ultima con la dimensione politica attinente alla selezione degli interessi.

In termini generali, il momento organizzativo contiene in se stesso, potenzialmente o effettivamente, tutta la vicenda amministrativa. In questo senso, l'organizzazione non rappresenta solo il profilo formale ed esteriore dell'attività: non è un «mero congegno materiale per fare volere e agire gli enti», ma regge essa stessa tale attività al punto da esserne «una componente essenziale e da rappresentarne la misura» (Berti, 1968: 80), tanto che la Costituzione fa dipendere dall'organizzazione non solo il buon andamento, ma anche l'imparzialità e dunque «la maniera sostanziale di condursi degli uffici stessi nella loro attività» (Berti, 1968: 73).

Questo aspetto, a sua volta, è particolarmente evidente considerando la nozione di competenza.

La competenza non ha solo una valenza quantitativa (volta a individuare gli atti imputabili a un'amministrazione) ma anche qualitativa, proprio con riferimento all'organizzazione degli interessi (Orsi Battaglini, 2002: 361).

Già in passato era stato evidenziato come la regola di competenza sia destinata a divenire regola giuridica quando è fissata dall'ordinamento a garanzia degli interessi dei terzi, di modo che nella distribuzione delle competenze accanto a una valutazione organizzativa c'è una valutazione politica che riguarda la possibilità di attuare «i molteplici interessi che contrastano nella società» (De Valles, 1931: 169).

Tale aspetto è stato approfondito (Pioggia, 2001: 198), dimostrando che l'organizzazione «appare come cristallizzazione delle dinamiche di relazione tra interessi, come frutto di scelte che attribuiscono ruoli e predeterminano pesi, designando in termini astratti la direzione dell'azione concreta». In questo modo, evidentemente, l'esigenza garantista non sorge più in relazione alla violazione di una regola normativa di organizzazione, ma «sono le esigenze legate alla tutela degli interessi che fondano il modello organizzativo e le conseguenti garanzie» (Orsi Battaglini, 2002: 362).

Questa concezione è destinata a ripercuotersi sul modo di intendere il sistema delle fonti regolatrici dell'organizzazione.

È noto come l'interpretazione della riserva di legge di cui all'art. 97 Cost. abbia subito una progressiva evoluzione (Orsi Battaglini, 2002: 362): superata rapidamente l'idea del suo carattere assoluto, l'opinione dominante si è assesta-

ta per lungo tempo sulla relazione legge-organismi esterni, successivamente si è arrivati alla distinzione tra livelli superiori di distribuzione dei poteri spettanti al Parlamento e scelte puntuali attribuibili al regolamento, fino alla lettura dell'art. 97 come norma di distribuzione della funzione organizzatrice tra legislativo ed esecutivo (Nigro, 1966: 194).

Muovendo però dalla connessione tra organizzazione e interessi, diviene spontaneo sostituire un modello di rilevanza/irrelevanza dell'organizzazione costruito sul binomio interno/esterno, con l'idea «di un'organizzazione che è giuridica nella misura in cui esprime un modo di composizione e cura di interessi, indipendentemente dal momento di rapporto con l'esterno» (Pioggia, 2001: 198).

In questo modo, il massimo della garanzia dovrà essere assicurato in relazione al conferimento della funzione all'apparato, che attiene all'individuazione degli interessi: la riserva di legge copre la sfera delle attribuzioni, le determinazioni immediatamente successive e concernenti una prima identificazione delle competenze e l'individuazione dei principi sulla distribuzione dei compiti (Pioggia, 2001: 233).

Questa impostazione vale anche in relazione all'organizzazione della tecnica: anzi, vale forse a maggior ragione in questo ambito nella misura in cui la scelta organizzativa incide sul modo di curare certi interessi.

Il principio di legalità e il correlato assorbimento della competenza nel principio di tipicità operano con riguardo agli organismi tecnici laddove il potere valutativo che viene loro affidato sia in grado di condizionare la decisione finale: in tutti questi casi, evidentemente, la decisione sulla competenza tecnica (anche in ipotesi riguardante uffici interni) è decisione sulla competenza *tout court*.

In questa stessa direzione milita anche il collegamento tra riserva di legge e funzione di indirizzo politico: l'organizzazione incide sull'assetto degli interessi e per questo richiede una riserva di legge, che non è solo riserva di potere normativo al Parlamento, ma anche riserva di indirizzo politico-organizzativo (Nigro, 1966: 175).

Del resto, non vi è alcuna ragione per ritenere che l'applicazione dei principi fondamentali (come quelli sulle fonti) debba mutare laddove sia in gioco la tecnica, quasi che si versasse in un ambito che, per il fatto stesso di essere non giuridico, sfugge per tutto ai tentativi di sistemazione e disciplina normativa.

Laddove la scelta di configurare un potere tecnico valutativo è una scelta sul modo in cui saranno curati certi interessi (o sui margini di rischio che vengono accettati nel momento in cui quegli interessi sono spostati sul piano opinabile della tecnica), la correlata opzione organizzativa non potrà che rientrare nella riserva di legge di cui all'art. 97.

Il collegamento tra competenza e interessi semplifica molto il discorso sull'organizzazione, quantomeno nei suoi profili fondanti: non è necessario, per esempio, distinguere le ipotesi in cui la valutazione tecnica precede l'esercizio di un

potere connotato da discrezionalità amministrativa da quella in cui la valutazione tecnica condiziona a tal punto quel potere da esaurirlo; né è probabilmente necessario differenziare i casi in cui la tecnica sia strumentale ad attività amministrative 'altre', da quelli in cui la tecnica corrisponde a una funzione conoscitiva in sé rilevante e finale.

In ogni caso, l'approccio legalistico opera anche con riguardo alle valutazioni tecniche strumentali rispetto all'esercizio di altre funzioni amministrative: l'idea dell'attività conoscitiva come potere implicito (nel senso che l'esercizio di qualsiasi funzione amministrativa legittimerebbe automaticamente tutte le attività istruttorie necessarie al suo svolgimento) non può che conformarsi al principio di tipicità, per cui quando gli atti di indagine possono incidere su situazioni giuridicamente garantite è imprescindibile che ogni specifico potere di valutazione tecnica sia normativamente fondato (Levi, 1967: 394).

Di ciò si ha una conferma nel diritto positivo considerando l'art. 17 della legge n. 241/1990: se una norma ha previsto l'acquisizione di una valutazione tecnica, non è possibile procedere senza quell'apporto, di modo che la riserva di valutazione tecnica può ritenersi insuperabile.

Il riconoscimento normativo di un ruolo necessario a un determinato organismo tecnico, in questa prospettiva, comporta dunque che al responsabile del procedimento sia sottratta non solo la selezione degli aspetti tecnici da considerare, ma anche degli specialisti da interpellare, dimostrando che la scelta organizzativa finisce per circoscrivere la discrezionalità dell'amministrazione (Videtta, 2008: 194).

L'art. 17, che peraltro rappresenta «l'unico principio ad applicazione generale in materia di rapporti tra tecnica e diritto» ha perciò un'intrinseca valenza organizzativa, evidenziando anzi come la sola possibilità di ricondurre a unità la materia sia proprio il profilo organizzatorio (Videtta, 2008: 228).

5. Potere di valutazione tecnica e soggetti privati

Quanto finora osservato non esaurisce i problemi che ruotano attorno all'organizzazione della tecnica.

Una volta individuate le fonti della disciplina del potere di organizzare, è essenziale enucleare alcune regole che attengono al modo in cui gli apparati tecnici possono (o devono) essere strutturati.

In questo ambito, la forma pubblicistica non è sempre la migliore delle ipotesi possibili e non è necessariamente la più coerente con i principi costituzionali (Marzuoli, 1995: 420): bisogna quindi verificare se (e in quali termini) vale, con riferimento specifico agli organismi tecnici, l'alternativa tra forme privatistiche e pubblicistiche.

La questione non attiene tanto all'utilizzazione di strutture formalmente private ma sostanzialmente sotto il dominio dell'amministrazione (Merloni, 2013: 518), quanto alla possibilità di esternalizzare le attività tecniche, cioè di affidarle a soggetti privati che non siano controllati da soggetti pubblici. Il problema è per questa parte strettamente organizzatorio: la natura pubblica o privata non rileva nella prospettiva delle regole che quel soggetto dovrà applicare nell'esercizio di una certa attività (nell'assunto che la disciplina applicabile discende dal diritto positivo ed è di per sé indifferente alla natura del soggetto, Marzuoli, 1995: 393), ma può essere significativa nell'ottica squisitamente soggettiva delle ragioni che giustificano la presenza pubblica in alcuni determinati ambiti materiali.

Si tratta, in altri termini, di definire quale deve essere l'atteggiamento dei poteri pubblici verso i problemi tecnico conoscitivi: dato per assunto che in certi settori l'intervento pubblico sia legittimo o addirittura doveroso, lo svolgimento della conseguente attività deve essere applicata da organismi pubblici (o strettamente collegati a soggetti pubblici) o c'è spazio anche per i soggetti privati?

La soluzione non può che rintracciarsi nel testo costituzionale che giustifica e sorregge la riserva del potere di valutazione tecnica e, allo stesso tempo, indirizza le scelte organizzative: in questa ottica, il legame tra organizzazione della tecnica e legittimazione dei corrispondenti apparati è fortissimo.

Nel nostro sistema istituzionale, i valori espressi dall'amministrazione – anche con riferimento al sapere tecnico opinabile – non sono riferibili alle istanze di un gruppo delimitato e della cultura che esso esprime, ma sono più rappresentativi dei valori complessivamente espressi dalla società perché sono «filtrati e influenzati dai valori dell'interesse pubblico» (Marzuoli, 1985: 219).

Questa ragione può spiegare, allo stesso tempo, sia perché certe valutazioni possono essere riservate alla competenza esclusiva dell'amministrazione, sia i limiti entro i quali tale riserva deve ritenersi legittima: quando la questione (rispetto alla quale la valutazione tecnica viene in rilievo) si manifesta come affare privato o, meglio, come affare attinente alla sfera individuale, la maggiore rappresentatività di certi valori rispetto ad altri è irrilevante; viceversa quando «l'assetto di interessi complessivamente posto dal legislatore sia tale da rivelare la presenza di un interesse pubblico allora si potrà assumere il carattere riservato della valutazione», con la precisazione che il riferimento all'interesse pubblico è necessario non già perché un tale interesse è perseguito attraverso la valutazione (che attiene appunto a un problema tecnico) ma perché quello specifico interesse pubblico «è il segno della rilevanza del carattere non meramente privatistico, o individualistico, della fattispecie» (Marzuoli, 1985: 219).

Considerando la gamma di interessi in gioco, emergono degli ambiti materiali e delle attività in relazione alle quali la presenza pubblica è necessaria. Per stabilire, quindi, se l'amministrazione ha il monopolio dell'esercizio della tecni-

ca non basta il riferimento alla funzione amministrativa (Merloni, 2013: 519), ma è necessario considerare il tipo di interesse (di valore, di utilità) rispetto al quale la tecnica è servente.

Se la valutazione tecnica è destinata a incidere su interessi rispetto ai quali il ruolo dell'amministrazione è necessario (per esempio la salute, l'ambiente, l'istruzione), la stessa ragione che fonda la riserva di valutazione tecnica ha delle implicazioni organizzative, nel senso che quelle valutazioni dovranno essere effettuate da organismi pubblici o, comunque, posti sotto il controllo degli apparati pubblici.

Al contrario, laddove la tecnica funge da supporto ad attività rispetto alle quali la presenza pubblica non è altrettanto necessaria, non ci sono ragioni che ostano alla esternalizzazione dei corrispondenti compiti tecnici (ferma restando in questi casi la necessità di regole che guidino la selezione dei soggetti privati affidatari dei compiti tecnici e che consentano di verificare che tali compiti siano svolti 'a regola d'arte').

L'approccio in qualche modo è analogo a quello correntemente utilizzato per definire il ruolo dei soggetti pubblici nella gestione dei servizi (Sorace, 2012: 365): la differente posizione che l'amministrazione riveste nei servizi economici e nei servizi sociali dipende dal tipo di interesse che viene in rilievo e che, di volta in volta, rende il ruolo dell'amministrazione non surrogabile oppure lo sposta sul livello della regolazione e del controllo. Né questo riferimento ai canoni interpretativi utilizzati per impostare il tema (generale) del ricorso alle forme privatistiche deve stupire, se si condivide l'assunto iniziale secondo cui rispetto alla discrezionalità organizzativa il riferimento alla tecnica è un dato in qualche modo estrinseco, proprio perché la scelta di prevedere un potere di valutazione tecnica è – a monte – una scelta sugli interessi.

6. Le conseguenze dell'organizzazione pubblica della tecnica

Dal sistema di principi delineato derivano anche delle indicazioni più precise che, in parte, potrebbero consentire di risolvere alcuni dei problemi manifestati nell'evoluzione che gli organismi tecnici hanno attraversato nel corso degli ultimi decenni e che sono stati tratteggiati in apertura (si pensi alle incertezze che connotano il rapporto tra politica e tecnica, alla progressiva perdita di qualificazione del personale interno alle amministrazioni, alle perplessità sui meccanismi di distribuzione dei compiti tecnici tra soggetti pubblici e privati).

Per quanto riguarda l'affidamento di compiti tecnici a soggetti sostanzialmente privati, le considerazioni sulla possibile esistenza di un potere di valutazione riservato all'amministrazione consentono di censurare una certa qual leggerezza nell'attribuzione di incarichi a soggetti esterni all'amministrazione. Qualora, in-

vece, non si riscontrino impedimenti a tali affidamenti, l'amministrazione dovrà comunque applicare le norme eventualmente esistenti in tema di selezione del personale esterno (soprattutto con riguardo alla qualificazione professionale) e vigilare sul corretto svolgimento dei compiti affidati (naturalmente con modalità compatibili con il carattere opinabile delle valutazioni)

Per quanto attiene, invece, agli organismi tecnici pubblici, preme sottolineare che l'eventuale monopolio pubblico della tecnica, pur giustificato dal particolare rango degli interessi coinvolti, non comporta l'asservimento della tecnica alle ragioni della politica: è politica la decisione di prevedere un momento tecnico, è costituzionale l'esigenza che in certe materie la competenza tecnica dell'amministrazione abbia carattere esclusivo, ma poi, una volta che il potere di valutazione tecnica sia stato configurato, quest'ultimo (per il suo stesso significato) deve essere avvolto da una serie di garanzie.

In particolare, l'indipendenza dagli interessi politici è un'esigenza naturale di qualsiasi attività che consista nella risoluzione di problemi tecnico conoscitivi (Sorace, 2012: 156): ne consegue che i modelli organizzativi devono assicurare che il potere tecnico valutativo sia posto al riparo da ingerenze politiche.

Questo aspetto, a sua volta, ha una serie di ripercussioni pratiche.

Innanzitutto, fermo restando che le amministrazioni non potranno probabilmente mai rinunciare ad avere al proprio interno dei «nuclei solidi di capacità tecnico scientifica» (Merloni, 2013: 506), in termini generali è comunque da preferire l'istituzione di organismi *ad hoc*, sotto svariati profili: il maggiore affidamento che possono dare funzionari selezionati, specializzati e che si occupano di problemi tecnici in modo continuato e diretto; l'alleggerimento delle mansioni che gravano sui normali uffici burocratici; la garanzia insita nella circostanza che il personale tecnico sia separato dall'amministrazione decidente (Levi, 1967: 52).

In secondo luogo, laddove siano in rilievo uffici interni, la natura tecnica dei compiti affidati dovrebbe portare a escludere la pienezza del rapporto gerarchico o, comunque, forme intense di condizionamento (Bachelet, 1967: 80).

Questo vale, a maggior ragione, laddove l'organismo abbia una qualche forma di autonomia: qualunque sia il modulo utilizzato, il distacco dagli apparati politici e da quelli burocratici è un valore primario suscettibile di conformare i modelli strutturali. Esigenza che, ovviamente, è ancora più forte ove l'attività tecnica sia al tempo stesso attività di ricerca scientifica, la cui libertà è costituzionalmente garantita.

Infine, particolare cura deve essere prestata alla selezione dei funzionari addetti agli organismi tecnici, con riguardo al reclutamento, ai requisiti soggettivi, alle ipotesi di incompatibilità, allo statuto giuridico.

Una possibile strada che può essere immaginata al fine di assicurare l'indipendenza degli organismi tecnici e la preparazione dei soggetti a essi preposti

potrebbe passare attraverso la fissazione di regole uniformi da parte dello Stato (Merloni, 2013: 515): lo consentono (e forse lo impongono) il principio di imparzialità di cui all'art. 97 e l'incidenza che la tecnica può avere sui livelli essenziali delle prestazioni che riguardano i diritti civili di cui all'art. 117 Cost.

Note

- ¹ D.l. 17.6.1917, n. 1055.
- ² Istituito con r.d. 15.12.1867, n. 4113, con l'incarico di compilare la complessiva carta geologica del Regno d'Italia. Con r.d. 15.6.1873, n. 1421, il Comitato è stato trasformato nell'Ufficio geologico italiano e poi, con r.d. 17.12.1927, n. 346 nel Servizio geologico.
- ³ R.d. 31.12.1925, n. 2540.
- ⁴ L. 26.4.1976, n. 176.
- ⁵ L. 9.3.1940, n. 368; l. 16.12.1960, n. 1479; d.p.r. 16.12.1965, n. 1478.
- ⁶ Ai sensi dell'art. 9 della l. n. 183/1989, questi servizi (dotati di autonomia scientifica, tecnica, organizzativa e operativa) svolgono attività conoscitiva, realizzano un sistema informativo unico e una rete nazionale di rilevamento e sorveglianza, forniscono a chiunque ne faccia richiesta dati, pareri e consulenze. L'art. 4 della l. n. 183/1989 ha inoltre istituito un apposito Comitato dei ministri con funzioni di vigilanza, indirizzo e coordinamento dell'attività dei servizi tecnici nazionali.
- ⁷ L. 18.5.1989, n. 183.
- ⁸ L'art. 92 del d.lgs. 31.3.1998, n. 112 ha disposto che i loro uffici periferici fossero trasferiti alle Regioni. Da qui, il d.p.c.m. del 24.7.2002 ha trasferito le sezioni distaccate del Servizio idrografico e mareografico nazionale a diversi enti regionali (Arpa, Servizi idrologici regionali). Il Servizio geologico è stato posto all'interno dell'Agenzia per la protezione dell'ambiente e per i servizi tecnici che a sua volta (fondendosi con altri Istituti) ha dato vita all'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (l. 6.8.2008, n. 133). Il Servizio nazionale dighe (già trasformato nell'ente pubblico Registro italiano dighe) è confluito nella Direzione generale per le dighe e le infrastrutture idriche ed elettriche (d.p.r. 19.11.2007, n. 254). Infine, il Servizio sismico è configurato come ufficio interno al Dipartimento della protezione civile.
- ⁹ L. 30.12.1947, n. 1477.
- ¹⁰ L. n. 1477/1947. Oggi, si veda il Consiglio Superiore per i beni culturali e paesaggistici di cui all'art. 13 del d.p.r. 26.11.2007, n. 233.
- ¹¹ L. n. 1477/1947.
- ¹² L. 18.10.1942, n. 1460. Cfr., oggi, il d.p.r. 27.4.2006, n. 204 e il d.p.c.m. 11.2.2014, n. 72.
- ¹³ R.d. 29.5.1941, n. 489.
- ¹⁴ L. 30.1.1963, n. 141.
- ¹⁵ D.lgs. 6.3.1948, n. 433.
- ¹⁶ D.lg. c.p.s. 15.9.1947, n. 1177.
- ¹⁷ D.p.r. 11.2.1961, n. 257. Cfr., oggi, il d.lgs. 30.6.1993, n. 266 e il d.m. 6.8.2003, n. 342.
- ¹⁸ D.p.r. 27.8.1960, n. 1403.
- ¹⁹ L. 19.1.1951, n. 167.
- ²⁰ L. 27.2.1967, n. 48.
- ²¹ L. 14.11.1962, n. 619.
- ²² L. 20.12.1932, n. 1849.
- ²³ L. 12.6.1962, n. 567.
- ²⁴ L. 11.1.1957, n. 6.
- ²⁵ D.p.c.m. 27.5.2014.
- ²⁶ Art. 163 del d.lgs. 12.4.2006, n. 163.
- ²⁷ L. 24.2.1992, n. 225.
- ²⁸ D.p.c.m. del 28.3.1990.
- ²⁹ L. 19.2.1992, n. 142.
- ³⁰ D.p.r. 26.11.2007, n. 233.
- ³¹ D.lgs. n. 163/2006.
- ³² L. 5.5.2009, n. 42.

³³ D.lgs. 3.4.2006, n. 152.

³⁴ D.lgs. 152/2006.

³⁵ D.m. ambiente 27.4.1993.

³⁶ Per effetto del d.p.r. 28.3.2013, n. 44, tali commissioni sono destinate a confluire in due organi collegiali: il Comitato tecnico sanitario e il Comitato tecnico per la nutrizione e la sanità animale.

³⁷ Art. 2, d.p.r. 204/2006.

³⁸ D.l. 25.6.2008, n. 112.

³⁹ L'ISTAT è un ente di ricerca pubblico le cui attività comprendono censimenti e indagini. Fu istituito come Istituto centrale di statistica nel 1926 e in seguito riorganizzato con il d.lgs. 6.9.1989, n. 322, che ha istituito il Sistema statistico nazionale.

⁴⁰ D.lgs. 4.6.2003, n. 128.

⁴¹ D.p.r. 5.10.2010, n. 189.

⁴² D.lgs. 30.6.1993, n. 266.

⁴³ D.lgs. 27.5.1999, n. 165.

⁴⁴ L. 24.11.2006, n. 286.

⁴⁵ D.lgs. 3.2.1993, n. 29.

⁴⁶ L. 23.7.2009, n. 99.

⁴⁷ L. 21.1.1994, n. 61.

⁴⁸ L. 14.10.1995, n. 481.

⁴⁹ L. 31.7.1997, n. 249.

⁵⁰ L. 10.10.1990, n. 287.

⁵¹ Si pensi al ricorso per l'efficienza di cui al d.lgs. 20.12.2009, n. 198, attivabile anche al fine di ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio.

Riferimenti bibliografici

- Bachelet V. 1967, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano.
- Berti G. 1968, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Cedam, Padova.
- Cammelli M. 1980, *Amministrare per collegi*, il Mulino, Bologna.
- Casetta E. 2012, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- Casini L. 2003, *Le agenzie amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 392 sgg.
- Clarich M. 2005, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, il Mulino, Bologna.
- 2013, *Manuale di diritto amministrativo*, il Mulino, Bologna.
- D'Alberti M. 1995, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, IV, Treccani, Roma.
- De Pretis D. 1995, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Cedam, Padova.
- De Valles A. 1931, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato. Lo Stato – gli uffici*, I, Cedam, Padova.
- Fiorentino L. 2012, *I corpi tecnici nelle amministrazioni: problemi attuali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 479 sgg.
- Giannini M.S. 1966, *L'organizzazione della ricerca scientifica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 1 sgg.
- Guerra M.P. 1996, *Funzione conoscitiva e pubblici poteri*, Giuffrè, Milano.
- Gustapane E. 1994, *La crisi dei corpi tecnici dello Stato*, in M. D'Alberti, R. Finocchi (a cura di), *Corruzione e sistema istituzionale*, il Mulino, Bologna: 213 sgg.
- Lazzara P. 2001, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Cedam, Padova.
- Ledda F. 1983, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sulla pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*: 423 sgg.
- Levi F. 1967, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino.
- Marzuoli C. 1985, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Giuffrè, Milano.
- 1995, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*: 420 sgg.
- 1998, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir. pubbl.*: 134 sgg.
- Melis G. 2012, *La fuga dall'amministrazione: ascesa e declino dei tecnici nell'amministrazione dell'Italia unita*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 469.
- Merloni F. 1999, *Il nuovo modello di agenzia nella riforma dei ministeri*, in *Dir. pubbl.*: 717 sgg.
- 2013, *Le attività conoscitive e tecniche delle amministrazioni pubbliche. Profili organizzativi*, in *Dir. pubbl.*: 481 sgg.
- Merusi F. 2000, *Democrazia e autorità indipendenti*, il Mulino, Bologna.
- Napolitano R. 1973, *Ufficio tecnico erariale*, in *Nov. dig. it.*, XIX, Utet, Torino: 1079 sgg.

- Nigro M. 1966, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano.
- 1972, *Lo Stato italiano e la ricerca scientifica (profili organizzativi)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 751 sgg.
- Orsi Battaglini A. 2002, *Recensione a A. Pioggia, La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, 2001, in *Dir. pubbl.*: 361.
- Pioggia A. 2001, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Giappichelli, Torino.
- Polsi A. 2014, *Lavori pubblici (all. F)*, in *150° dell'unificazione amministrativa italiana*, numero monog. di *Storia, amm. Cost.*, il Mulino, Bologna: 287 sgg.
- Presutti E. 1910, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, IV: 47 sgg.
- Sandulli A.M. (a cura di) 1967, *I lavori pubblici*, Neri Pozza, Vicenza.
- Savino M. 2005, *I comitati dell'Unione europea. La collegialità amministrativa negli ordinamenti compositi*, Giuffrè, Milano.
- Sorace D. 2012, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, il Mulino, Bologna.
- Torregrossa G. 1989, *Genio civile*, in *Enc. giur.*, Treccani, Roma.
- Travi A. 2004, *Scienza e diritto. Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*: 439 sgg.
- Varni A., Melis G. (a cura di) 1999, *Burocrazie non burocratiche. Il lavoro dei tecnici nelle amministrazioni tra Otto e Novecento*, Rosenberg & Sellier, Torino.
- Verbari G.B. 1981, *Organi collegiali*, in *Enc. giur.*, XXXI, Giuffrè, Milano: 60 sgg.
- Videtta C. 2008, *L'amministrazione della tecnica. La tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Jovene, Napoli.

IL PREFETTO E L'ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA PERIFERICA DELLO STATO

Giuliano Grüner

SOMMARIO – 1. Premessa. 2. Il prefetto nella legge del 1865. 3. Il prefetto nell'età crispina. 4. Il prefetto nel regime fascista. 5. Il prefetto nella Repubblica ed il presunto 'declino' del relativo ruolo. 6. Il prefetto, le Regioni e le Autonomie locali. 7. Le principali attribuzioni attualmente rimesse al prefetto. 8. Il prefetto e i suoi rapporti con le altre amministrazioni periferiche dello Stato. 9. Nuovi possibili scenari: la riconferma del prefetto come irrinunciabile – ed unico – rappresentante dello Stato su tutto il territorio nazionale.

1. Premessa

Questo contributo si propone di offrire una rappresentazione, seppure – di necessità – estremamente sintetica, della evoluzione storica dell'istituto prefettizio e dell'organizzazione amministrativa periferica dello Stato, a muovere dall'Allegato A alla l. 23 marzo 1865, n. 2248 sino a giungere ai giorni nostri.

Si tenterà, sulla scorta di ciò, di individuare quali siano – attualmente – le principali problematiche che si pongono al riguardo, anche alla luce della recente l. 7 agosto 2015, n. 124 (intitolata *Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*).

Quest'ultima, laddove dovesse essere puntualmente attuata da parte dei relativi decreti legislativi ivi previsti, comporterebbe una radicale e complessiva riforma della materia.

2. Il prefetto nella legge del 1865

Può ben dirsi che, all'indomani dell'unificazione nazionale, il modello di amministrazione periferica dello Stato si risolveva, pressoché integralmente, nell'istituto prefettizio (Ghisalberti, 1963).

L'Allegato A alla l. n. 2448/1865, recante la *Legge comunale e provinciale*, si apriva con il titolo I, rubricato *Divisione del territorio del Regno e Autorità governative*, il cui art. 1 disponeva che «Il regno si divide in provincie, circondari, mandamenti e comuni», ed il cui art. 2 stabiliva che «In ogni provincia vi è un prefetto ed un consiglio di prefettura».

I caratteri salienti dell'istituto prefettizio, che verranno tenuti fermi per lunghi anni a venire, erano delineati nel successivo art. 3, e possono sintetizzarsi in tre diversi aspetti (Casula, 1972; Meoli, 1984).

In primo luogo, il prefetto veniva configurato come il rappresentante – unico – di tutto il potere esecutivo statale in tutta la circoscrizione provinciale, alla stregua di un alto funzionario ‘generalista’, cioè con attribuzioni, per l’appunto, generali e non settoriali (non a caso, verrà successivamente disposto che il prefetto dipende strutturalmente dal ministro dell’Interno, ma, funzionalmente, anche da ogni altro ministro), nonché come punto di congiunzione, sempre a livello locale, tra politica e amministrazione (con interlocuzione diretta con i ministri e con incarico caratterizzato da forte fiduciarietà politica). Ad esso veniva intestata la competenza – anch’essa di carattere generalissimo – a provvedere «alla pubblicazione ed alla esecuzione delle leggi».

In secondo luogo, il prefetto veniva chiamato a ‘vegliare’, con approccio indiscutibilmente ‘tutorio’, sull’andamento di tutte le pubbliche amministrazioni (e, in particolare, delle Province e dei Comuni, le uniche – sostanzialmente – all’epoca esistenti, se si escludono sparuti altri enti pubblici di assai minore rilevanza: al riguardo, appare sufficiente rinviare ai titoli II e III della stessa legge comunale e provinciale), con il potere, in caso di urgenza, di adottare «i provvedimenti che crede indispensabili nei diversi rami di servizio».

In terzo luogo, il prefetto veniva individuato quale autorità provinciale di pubblica sicurezza, con «diritto di disporre della forza pubblica e di richiedere la forza armata».

Egli veniva coadiuvato da un Consiglio di prefettura, presieduto dallo stesso prefetto (cfr. gli artt. 6 e 7), nonché da una apposita (alquanto scarna) struttura amministrativa (cfr. l’art. 9), e godeva di notevoli immunità nell’esercizio delle sue funzioni (cfr. l’art. 8).

Come si vede, l’impostazione della l. n. 2448/1865, che pure viene considerata, almeno quanto al suo Allegato E, come una legge ‘liberale’, concepiva il prefetto come (sostanzialmente unico) organo periferico dello Stato, con connotazioni – per così dire – notevolmente ‘autoritarie’.

Ma ciò, come sembra aver chiarito la migliore dottrina (anche storiografica), difficilmente avrebbe potuto essere altrimenti, perché, per costruire lo Stato unitario, nelle condizioni sociali, economiche e politiche che caratterizzavano l’Italia del 1865, era necessaria, per l’appunto, una presenza ‘forte’ di esso nei più disparati angoli del Paese (l’art. 7 della stessa legge, non a caso, stabiliva che «In ogni circondario vi è un sotto-prefetto che compie sotto la direzione del prefetto le incumbenze necessarie che gli sono commesse dalle leggi, eseguisce gli ordini del prefetto, e provvede nei casi di urgenza riferendone immediatamente al medesimo»; Gustapane, 1984; Randeraad, 1984; Melis, 1996: 152 sgg.).

Questa stessa dottrina sembra abbastanza concorde nel ritenere che, in effetti, i prefetti, insieme ai maestri delle Scuole elementari (che cominciarono ad

insegnare agli italiani la loro lingua), hanno reso un contributo fondamentale per l'effettiva realizzazione dell'unità nazionale, ed il giudizio complessivo sull'istituto – almeno sino all'avvento della dittatura fascista – è, dunque, essenzialmente positivo (cfr. anche Fried, 1967).

3. *Il prefetto nell'età crispina*

Con il r.d. 10 febbraio 1889, n. 5921, pubblicato il giorno successivo sulla Gazzetta Ufficiale del Regno, venne approvato un nuovo Testo Unico della legge comunale e provinciale, che introdusse numerose e significative modifiche in quello contenuto nell'Allegato A alla legge n. 2448/1865.

Il suo titolo I, recante *Divisione del territorio del Regno e autorità governative e amministrative*, pur ricalcando, negli artt. da 1 a 9, il titolo I dell'Allegato A alla legge n. 2448/1865, introdusse, agli artt. 10 e 11, un nuovo organo collegiale, il quale – come è noto – avrebbe caratterizzato per lunghi anni l'ordinamento amministrativo italiano: si allude alla Giunta provinciale amministrativa (già istituita dall'art. 64 della l. 30 dicembre 1888, n. 5865).

Quest'ultima – presieduta, naturalmente, dal prefetto – era composta da due consiglieri di prefettura, nominati al principio di ogni anno dal ministro dell'interno, e da quattro membri effettivi e due supplenti, nominati dal Consiglio provinciale, i quali «durano in ufficio quattro anni, e si rinnovano per metà ogni biennio» (la composizione dell'organo venne poi più volte modificata da successivi interventi legislativi).

Per individuare il principale ruolo di cui venne originariamente investito questo nuovo organo, occorre, preliminarmente, rilevare che la riforma crispina, rispetto al precedente Testo Unico, ampliò notevolmente l'ambito dei soggetti ai quali veniva riconosciuto il diritto di elettorato attivo con riguardo ai Consigli comunali e provinciali, e – soprattutto – attribuì maggiori e più importanti funzioni amministrative agli enti locali, rendendoli in qualche modo idonei ad esprimere (quello che oggi si chiamerebbe) un proprio indirizzo politico-amministrativo.

Ebbene, in questo nuovo assetto, il principale ruolo originariamente assunto dalla Giunta provinciale amministrativa consistette, alla stregua di una sorta di 'contrappeso' rispetto alla accresciuta autonomia politico-amministrativa dei Comuni e delle Province, nello svolgimento di una penetrante ed estesa funzione – *lato sensu* – di controllo sugli enti locali medesimi, con un approccio, ancora una volta, indiscutibilmente 'tutorio'. Al riguardo, appare sufficiente rinviare alla lettura del titolo II, capo VII, e del titolo III, capo IV del Testo unico, rubricati, rispettivamente, *Della vigilanza e della ingerenza governativa sull'amministrazione provinciale, e delle relative attribuzioni della giunta provinciale amministrativa* e *Della vigilanza ed ingerenza governativa sull'amministrazione della provincia*.

Di poi, come è altrettanto noto, con la successiva l. 1 maggio 1890, n. 6837, la Giunta provinciale amministrativa venne investita anche di funzioni espressamente qualificate come 'giurisdizionali', configurandosi – in buona sostanza – come giudice di primo grado in relazione a quelle controversie, riguardanti per la maggior parte proprio gli enti locali, contemplate nell'art. 3 dell'Allegato E alla legge n. 2448/1865, cioè concernenti gli «affari non compresi nell'articolo precedente», ed escluse, perciò, dalla cognizione del Giudice ordinario. Queste funzioni giurisdizionali vennero meno soltanto a seguito delle note sentenze della Corte costituzionale degli anni Sessanta del Novecento (n. 30 del 1967; n. 33 del 1968; n. 49 del 1968).

Appare evidente, in conclusione, come nell'età crispina l'istituto prefettizio conobbe un incremento di ruolo e di funzioni, che rimase fondamentale tale sino all'avvento del fascismo (sul punto cfr., per tutti, oltre alla dottrina già citata e a quella che verrà citata *infra*, De Cesare, 1977).

4. Il prefetto nel regime fascista

Con l'avvento della dittatura fascista, specialmente durante la seconda parte del ventennio, il ruolo del prefetto venne ad essere ulteriormente rafforzato.

L'emblema di questo fenomeno è rappresentato – soprattutto – dall'art. 19 del Testo Unico della legge comunale e provinciale, approvato con il r.d. 3 marzo 1934, n. 383, i cui commi 1, 2 e 3 disponevano, invero con non poca enfasi, quanto segue: «Il prefetto è la più alta autorità dello Stato nella provincia. Egli è il rappresentante diretto del potere esecutivo. Al prefetto fa capo tutta la vita della provincia, che da lui riceve impulso, coordinazione e direttive».

Il comma 4 del medesimo articolo in esame intestava al prefetto la competenza ad assicurare, in conformità alle direttive generali del Governo, unità di indirizzo politico nello svolgimento dei diversi servizi di spettanza dello Stato e degli Enti locali, «coordinando l'azione di tutti gli uffici pubblici» (nel frattempo divenuti più numerosi: cfr. *infra*) e «vigilandone i servizi, salvo quelli riflettenti l'amministrazione della Giustizia, della Guerra, della Marina, della Aeronautica e delle Ferrovie».

Ancora, i suoi commi 7 sgg., mantenendo ferma la competenza del prefetto a vigilare sull'«andamento di tutte le pubbliche amministrazioni e sul relativo personale» (salvo le cinque eccezioni rilevate appena sopra), gli attribuivano la nuova competenza ad ordinare le indagini che avesse ritenuto necessarie nei riguardi delle amministrazioni sottoposte alla sua vigilanza, con la possibilità di inviare appositi commissari presso le amministrazioni degli Enti locali per compiere, in caso di ritardo od omissione da parte degli organi ordinari, atti obbligatori per legge, o per reggerle qualora non avessero potuto, per qualsiasi motivo,

funzionare. Ribadivano, ancora, che il prefetto «Tutela l'ordine pubblico e soprintende alla pubblica sicurezza: dispone della forza pubblica e può richiedere l'impiego di altre forze armate», nonché il suo ruolo di presidenza dei Consigli di prefettura e delle Giunte provinciali amministrative.

Ma, a parte questi ultimi profili, dell'art. 19 del Testo Unico del 1934 viene soprattutto in considerazione, in questa sede, il suo comma 6, il quale attribuì al prefetto un inedito ed amplissimo potere, quello – così detto – di 'ordinanza generale': «Adotta, in caso di necessità o [si noti la disgiuntiva "o"] d'urgenza, i provvedimenti che crede indispensabili nel pubblico interesse».

Questo immenso potere, invero, ha caratterizzato il *proprium* dell'istituto prefettizio, come presenza 'forte' dello Stato su tutto il territorio nazionale, per lunghi anni a venire, anche a seguito della definitiva caduta del regime fascista e – seppur 'temperato' dall'articolo unico della l. 8 marzo 1949, n. 277¹ – dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, giacché esso è stato eliminato soltanto con l'avvento del nuovo millennio².

Occorre accennare che la storiografia sul ruolo dei – o, meglio, di alcuni dei – prefetti durante il fascismo risulta alquanto controversa: da ultimo, è stato pubblicato un volume fortemente critico, dal significativo titolo *I carnefici Italiani* (Levis Sullam, 2015).

Il problema di fondo, come può agevolmente comprendersi, consiste nell'appurare se la categoria dei prefetti, considerata nel suo complesso, ed a prescindere dalle specifiche biografie di singoli appartenenti ad essa, abbia assunto, durante la dittatura, un 'metodo' – per così dire – più autoritario rispetto ad altre categorie di pubblici dipendenti, sempre considerate nel loro complesso (come, ad esempio, i magistrati, i militari, i funzionari, di livello più o meno elevato, di altri Ministeri ecc.).

Tuttavia, non è certo questa una sede idonea per poter approfondire una questione storiografica – e non prettamente giuridica – così complessa e delicata. Al riguardo, non può che rinviarsi, per una ricostruzione diversa da quella offerta dal volume da ultimo citato, alla più accreditata e recente dottrina di storia dell'amministrazione pubblica italiana (sul punto cfr., per tutti, Melis, 1996: 345 sgg., e la dottrina ivi citata).

5. *Il prefetto nella Repubblica ed il presunto 'declino' del relativo ruolo*

Forse anche come conseguenza della nota – e probabilmente eccessiva – polemica eiunaudiana contro i prefetti, secondo la quale «Democrazia e prefetto repugnano profondamente l'una all'altro» (così in *L'Italia e il secondo risorgimento*, supplemento alla *Gazzetta ticinese*, 17 luglio 1944, a firma 'Junius'), la Costituzione repubblicana non menziona l'istituto prefettizio, né allude implicitamente ad esso, in alcuno dei suoi articoli.

Anzi, secondo una parte della dottrina, proprio l'avvento di essa – o, per essere più precisi, la sua (lenta) attuazione – avrebbe, in qualche modo, progressivamente e notevolmente appannato il prestigio e l'importanza dell'istituto in esame, sino a porre seri interrogativi in ordine alla opportunità di mantenerlo in vita nell'ordinamento repubblicano (sul punto cfr., in termini generali, Malinverno, 1968; Cassese, 1983; Mazzarelli, 1985; Cifelli, 1990; Reggio D'Acì, 1990).

In effetti, vi sono due principi – per così dire – 'fondanti' della Carta costituzionale, i quali, se interpretati in una certa maniera, potrebbero rivelarsi idonei a depauperare notevolmente la stessa ragion d'essere dell'istituto prefettizio, almeno per come storicamente conosciuta.

Il primo è quello, consacrato nell'art. 5 Cost., secondo cui la Repubblica «attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo». Questo principio, letto alla luce del ruolo notoriamente sempre più massiccio che lo Stato ha assunto, almeno sino agli anni Novanta del secolo scorso, nella vita civile, economica e sociale del Paese, con conseguente aumento del numero di Ministeri e di Enti pubblici nazionali strumentali, dotati anch'essi – questo è il punto – di una propria specifica organizzazione periferica (su questo aspetto cfr. più ampiamente *infra*), avrebbe notevolmente attenuato l'importanza dello storico ruolo di alto funzionario 'generalista' originariamente riconosciuto al prefetto, sottraendogli sempre più numerose competenze ed in qualche modo relegandolo, in quanto strutturalmente inserito nel Ministero dell'Interno, a mero tutore dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica.

L'altro principio costituzionale, cui si è alluso poco sopra, è quello, sempre contenuto nell'art. 5 della Carta, per cui «La Repubblica [...] riconosce e promuove le autonomie locali» e «adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia [...]», poi sviluppato nel Titolo V della Parte II della stessa Costituzione.

Già a muovere dagli anni Settanta del secolo scorso, nume rose competenze, prima intestate allo Stato, ed esercitate, per conto di questo, dai prefetti, sono state – come è noto – trasferite alle Regioni. Di poi, un ulteriore svotamento di competenze prefettizie si è avuto a seguito della importante riforma delle Autonomie locali del 1990, di cui alla l. 8 giugno 1990, n. 142, che ha trasferito tali competenze alle Province e ai Comuni. Ancora, un'altra notevole erosione di competenze, già rimesse ai prefetti, si è avuta con le riforme degli anni Novanta, a Costituzione invariata, del complessivo assetto amministrativo degli Enti territoriali, realizzate dalle così dette leggi Bassanini³. Infine, come si è già ricordato sopra, il d.lgs. n. 267/2000 ha abrogato l'art. 19 della legge comunale e provinciale del 1934, e con esso il 'formidabile' potere prefettizio di 'ordinanza generale', e la riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione, del 2001, ha ulteriormente rafforzato, a detrimento dello Stato – e, quindi, anche del princi-

pale organo delle sue Amministrazioni periferiche, cioè il prefetto –, le competenze amministrative delle Regioni e degli Enti locali, definendo questi ultimi, all'art. 114, comma 2, come «enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione», nella quale ultima, lo si ripete, non viene mai menzionato l'istituto prefettizio.

Proprio alla luce delle due evenienze appena illustrate, l'istituto prefettizio, attualmente, viene per lo più considerato, in sede dottrina, come una sorta di 'retaggio del passato', probabilmente destinato a scomparire (ma cfr., sul punto, le considerazioni di segno diverso svolte da Cassese, 1991), ed esso, come è noto, almeno nell'ambito di alcuni tra i più importanti manuali di diritto amministrativo, riceve soltanto taluni brevi cenni, nell'ambito di altrettanto brevi cenni dedicati all'organizzazione delle amministrazioni periferiche dello Stato.

Ma, al di là di qualsivoglia apriorismo dottrinario, occorre verificare, sulla scorta del diritto positivo vigente, se la situazione sia davvero questa, oppure no. In tal senso, nei tre paragrafi che seguono, si cercherà di capire, in primo luogo, quale sia – oggi – il ruolo del prefetto nell'ambito della Repubblica (così detta) delle Regioni e delle Autonomie locali; in secondo luogo, quali siano le principali attribuzioni attualmente rimesse al prefetto, in sé e per sé considerato; in terzo luogo, quale sia la veste assunta dal prefetto con specifico riguardo alle altre amministrazioni periferiche dello Stato.

Con l'avvertenza preliminare per cui quest'ultimo è un profilo che risulta assai poco indagato dalla recente dottrina (cfr., come ultimo studio monografico sul punto, Porro, 1972), ma che, alla luce della recente l. n. 124/2015, cui si è accennato all'inizio, e sulla quale ci si soffermerà analiticamente nella parte conclusiva del presente contributo, probabilmente sarà destinato ad attirare nuovamente, e notevolmente, l'attenzione degli studiosi del diritto amministrativo.

6. Il prefetto, le Regioni e le Autonomie locali

Per quanto riguarda il ruolo dei prefetti nell'ambito della Repubblica (così detta) delle Regioni e delle Autonomie locali, vengono in considerazione, essenzialmente, due fondamentali disposizioni normative: l'art. 10 della l. 5 giugno 2003, n. 131, che concerne i rapporti tra il prefetto e le Regioni, e l'art. 11 del d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300, che concerne i rapporti tra il prefetto e gli Enti locali.

Entrambe queste disposizioni normative rimettono al prefetto un ruolo inedito e, proprio a fronte del nuovo assetto degli Enti territoriali che costituiscono la Repubblica, di straordinaria importanza: vale a dire, quello di garante della coesione istituzionale e del principio di leale collaborazione tra tutti gli Enti territoriali (sul punto cfr., anche per le considerazioni che seguono nel testo, Lauro, Madonna, 2005, nonché Meoli, 2008).

In particolare, per quanto qui interessa, l'art. 10 della l. n. 131/2003 dispone, al comma 1, che in ogni Regione a statuto ordinario il prefetto preposto all'ufficio territoriale del Governo avente sede nel capoluogo della Regione svolge le funzioni di rappresentante dello Stato per i rapporti con il sistema delle Autonomie, e, al comma 2, individua analiticamente queste funzioni, tra le quali meritano di essere ricordate le seguenti:

- a) le attività dirette ad assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione tra Stato e Regione, nonché il raccordo tra le istituzioni dello Stato presenti sul territorio, anche attraverso le conferenze di cui all'articolo 11 del d.lgs. n. 300/1999 (sulle quali cfr. *infra*), al fine di garantire la rispondenza dell'azione amministrativa all'interesse generale, il miglioramento della qualità dei servizi resi al cittadino e di favorire e rendere più agevole il rapporto con il sistema delle autonomie;
- b) la tempestiva informazione alla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per gli affari regionali e ai Ministeri interessati degli statuti regionali e delle leggi regionali, per le finalità di cui agli articoli 123 e 127 Cost., e degli atti amministrativi regionali, agli effetti dell'articolo 134 Cost., nonché il tempestivo invio dei medesimi atti all'ufficio dell'Avvocatura dello Stato avente sede nel capoluogo;
- c) la promozione dell'attuazione delle intese e del coordinamento tra Stato e Regione previsti da leggi statali nelle materie indicate dall'art. 118, comma 3, Cost., nonché delle misure di coordinamento tra Stato e Autonomie locali, di cui all'art. 9, comma 5, del d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281;
- d) l'esecuzione di provvedimenti del Consiglio dei Ministri costituenti esercizio del potere sostitutivo di cui all'art. 120, comma 2, Cost., avvalendosi degli uffici territoriali del Governo e degli altri uffici statali aventi sede nel territorio regionale.

Dal canto suo, l'art. 11 del d.lgs. n. 300/1999, stabilisce, al comma 2, che le prefetture debbano non solo assicurare l'esercizio coordinato dell'attività amministrativa degli uffici periferici dello Stato (su questo aspetto si tornerà *infra*), ma anche – e, anzi, per ciò che qui interessa, soprattutto – «garanti[re] la leale collaborazione di detti uffici con gli enti locali».

Il successivo comma 3, poi, prevede che il prefetto sia coadiuvato da una apposita Conferenza provinciale permanente, dallo stesso presieduta e composta non soltanto dai responsabili di tutte le strutture amministrative periferiche dello Stato che svolgono la loro attività nell'ambito provinciale, ma anche da Rappresentanti degli enti locali, nonché che il prefetto titolare della Prefettura – ufficio territoriale del Governo nel capoluogo della Regione è altresì coadiuvato da una Conferenza permanente composta dai rappresentanti delle strutture pe-

riferiche regionali dello Stato, alla quale – e tale previsione appare assai significativa – possono essere invitati a partecipare anche i rappresentanti della Regione.

All'art. 11 in esame è stata data attuazione dal d.p.r. 3 aprile 2006, n. 180, al quale si rinvia, senza poter pretermettere di evidenziare, però, che, ai sensi del suo art. 2, comma 1, lett. b), è specifico compito delle Prefetture quello di assicurare «la leale collaborazione degli uffici periferici dello Stato con i diversi livelli di governo esistenti sul territorio», e che, ai sensi del successivo art. 9, comma 1, «Il prefetto, quale titolare dell'Ufficio territoriale del Governo, promuove tutte le possibili forme di collaborazione interistituzionale tra lo Stato e le autonomie territoriali, nel rispetto dei principi delineati dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3».

Come si vede, dunque, il ruolo del prefetto nella Repubblica (così detta) delle Regioni e delle Autonomie locali risulta, a differenza della comune vulgata cui si è accennato sopra, straordinariamente vitale ed essenziale.

Esso, naturalmente, non è più quello, tutto e solo 'tutorio', che si è visto essere proprio delle sue origini (anche se, come è noto, basta scorrere gli artt. 141 e ss. del d.lgs. n. 267/2000 per rendersi conto – e ciò non potrebbe, realisticamente, non essere – che il prefetto continua a svolgere un ruolo anche 'tutorio', seppur più attenuato rispetto al passato, nei confronti degli Enti locali).

Bensì quello, ora divenuto preminente, di garante della coesione istituzionale e della leale collaborazione tra tutti gli Enti territoriali che compongono la Repubblica, tra i quali, comunque, continua – e ciò, sempre realisticamente, non potrebbe essere altrimenti – ad essere riconosciuta una posizione di primazia allo Stato (cfr. gli artt. 117, comma 2, lett. p, 120 e 126 Cost.; cfr. ancora, sul punto, Meoli, 2012).

7. Le principali attribuzioni attualmente rimesse al prefetto

Occorre, ora, come si era anticipato sopra, concentrare l'attenzione sulle principali attribuzioni attualmente rimesse al prefetto, in sé e per sé considerato (su questi aspetti, anche in relazione alle considerazioni che seguono nel testo, cfr., per tutti, Meoli, 1996, aggiornamento 2013).

In primo luogo, deve rilevarsi come l'istituto in esame abbia visto mantenersi ferme, ed anzi incrementarsi nel corso nel tempo, tutte le sue originarie funzioni nelle materie, *lato sensu*, della sicurezza e dell'ordine pubblico, le quali, come è noto, risultano – ad oggi – (non solo percepite come) di importanza vitale per il normale funzionamento del Paese.

Al riguardo, va evidenziato come tali funzioni, storicamente riconosciute in capo al solo prefetto, vengono ora da esso condivise, giusta gli artt. 13 e 14 della l. 1 aprile 1981, n. 121, con il questore. Sia all'uno che all'altro organo è rico-

nosciuto, infatti, il ruolo di «autorità provinciale di pubblica sicurezza». In particolare, l'art. 13, commi 2 e 3, stabilisce che «Il prefetto ha la responsabilità generale dell'ordine e della sicurezza pubblica nella provincia e sovrintende all'attuazione delle direttive emanate in materia. // Assicura unità di indirizzo e coordinamento dei compiti e delle attività degli ufficiali ed agenti di pubblica sicurezza nella provincia, promuovendo le misure occorrenti». L'art. 14, comma 2, a sua volta, stabilisce che «Il questore ha la direzione, la responsabilità e il coordinamento, a livello tecnico operativo, dei servizi di ordine e di sicurezza pubblica e dell'impiego a tal fine della forza pubblica e delle altre forze eventualmente poste a sua disposizione». Si tratta di disposizione di non sempre agevole interpretazione, che hanno dato luogo a dubbi in ordine a quali siano, nei casi concreti, le competenze effettivamente rimesse, rispettivamente, in capo ai due organi.

Ciò nondimeno, il prefetto presiede il Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, previsto dall'art. 20 della l. n. 121/1981, istituito presso ciascuna Prefettura come organo ausiliario di consulenza del prefetto stesso per l'esercizio delle sue attribuzioni di autorità provinciale di pubblica sicurezza⁴: l'organo in esame rappresenta – allo stato attuale della legislazione in materia – il principale strumento organizzativo attraverso il quale, a livello locale, ed in costante rapporto con l'omonimo Comitato nazionale⁵, viene resa garanzia ai due fondamentali valori in questione.

In secondo luogo, merita ricordare come siano rimaste ferme in capo al prefetto tutte le note ed importanti funzioni da esso tradizionalmente svolte in materia di così detta amministrazione civile (cittadinanza; anagrafe; stato civile ecc.; per una rinnovata analisi critica, svolta dal punto di vista del diritto amministrativo, di questi aspetti, cfr., di recente, Dinelli, 2012).

In terzo luogo – e soprattutto – occorre evidenziare che, contrariamente alla comune vulgata cui si è accennato sopra, il prefetto, nel corso degli ultimi venticinque anni, si è visto attribuire, da parte dei più disparati atti legislativi (stratificatisi nel tempo e spesso non coordinati tra loro), una quantità impressionante di nuove funzioni amministrative, dalle quali, laddove vengano considerate nel loro complesso, emerge chiaramente come il prefetto stesso, in un modo o nell'altro, gioca comunque un ruolo in pressoché tutti gli ambiti di intervento delle pubbliche amministrazioni (sia statali, sia regionali, sia locali).

Offrire un panorama completo di tutte queste funzioni amministrative – che vanno dalla lotta alle tossicodipendenze al controllo dei fenomeni dell'immigrazione; dagli appalti pubblici alla regolamentazione del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali; dallo sviluppo economico alle attività produttive; dalla protezione civile all'assetto del territorio; dall'ambiente e dalle infrastrutture sino a giungere al sistema del credito ecc. – sarebbe, in questa sede, semplicemente impossibile.

Ma, per avere un semplice e sicuro riscontro di questo fenomeno, rispetto al quale mancano del tutto (e sarebbe assai proficuo averne) studi monografici recenti, risulta sufficiente inserire la parola 'prefetto' nelle due più importanti banche dati giuridiche online disponibili in Italia, e cioè *De Iure* e *Leggi d'Italia*: si vedrà che compaiono, all'incirca, 1.050 leggi, 535 decreti legge e 360 decreti legislativi.

In buona sostanza, dunque, sembra quasi non esservi un ambito rilevante della vita civile, economica e sociale del Paese nel quale – per un verso o per un altro – manchi la presenza dell'istituto in esame.

8. Il prefetto e i suoi rapporti con le altre amministrazioni periferiche dello Stato

Fermo quanto rilevato nei due paragrafi precedenti, il vero problema che si pone – oggi – con riferimento all'istituto prefettizio, è rappresentato dalla veste che quest'ultimo è destinato ad assumere rispetto alle altre amministrazioni periferiche dello Stato.

Al riguardo, premettendo che l'istituzione e l'organizzazione di uffici periferici dello Stato può avvenire, oltre che in forza di singole disposizioni di rango legislativo, anche – se non soprattutto – in forza del combinato disposto dell'art. 4 del d.lgs. n. 300/1999 e dell'art. 17, comma 4 *bis*, della l. 23 agosto 1988, n. 400 (e, quindi, in buona sostanza, tramite regolamenti governativi di organizzazione), occorre porre nel massimo rilievo che, specialmente a muovere dalla seconda metà del secolo scorso, le amministrazioni periferiche dello Stato diverse dalle Prefetture sono aumentate a dismisura.

Anche in questa materia mancano studi monografici recenti, ma, sulla scorta di un semplice esame delle varie normative in vigore, può ben dirsi che – ad oggi – non esista (con esclusione, per ovvie ragioni, della peculiarità rappresentata dal Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale) alcun Ministero che, in via diretta o indiretta (cioè, tramite organismi strumentali, a loro volta caratterizzati da una propria articolazione su tutto il territorio nazionale), non posseda una sua specifica organizzazione periferica, peraltro dislocata non solo a livello provinciale, ma, talvolta, anche a livello regionale o infra-regionale⁶.

A fronte di ciò, la domanda fondamentale da porsi è se abbia ancora una propria ragion d'essere la figura del prefetto, alla stregua – quella che si è visto essere propria delle sue origini storiche – di alto funzionario 'generalista' e di unico rappresentante dell'intero Governo in ambito locale.

La risposta, per rimanere sul piano del diritto positivo, non può che prendere le mosse dalla nota vicenda che ha subito l'art. 11 del d.lgs. n. 300 del 1999, già in parte richiamato sopra.

Quest'ultimo, nella sua originaria formulazione, era significativamente rubricato *L'ufficio territoriale del governo*, ed aveva introdotto una riforma dell'istituto i cui caratteri salienti erano i seguenti:

- trasformazione delle Prefetture in uffici territoriali del Governo;
- assunzione, da parte di questi ultimi, oltre che di tutte le funzioni già intestate alle Prefetture, delle attribuzioni di tutte le altre amministrazioni periferiche dello Stato, diverse da quelle degli affari esteri, della giustizia, della difesa, del tesoro, delle finanze, della pubblica istruzione, dei beni e delle attività culturali, nonché delle Agenzie fiscali, con conseguente riordino ed accorpamento, in seno alle Prefetture medesime, da realizzarsi mediante regolamento governativo, delle relative strutture, garantendo la concentrazione dei servizi comuni e delle funzioni strumentali da esercitarsi unitariamente;
- assunzione, da parte del prefetto preposto all'ufficio territoriale del Governo nei capoluoghi di Regione, anche delle funzioni di Commissario del Governo (questa riforma era anteriore rispetto a quella del Titolo V, Parte II, della Costituzione);
- previsione per cui il prefetto fosse coadiuvato da una conferenza permanente, da lui presieduta e composta dai Responsabili delle strutture periferiche dello Stato, con la specificazione per cui il prefetto titolare dell'ufficio territoriale del Governo nei capoluoghi della Regione fosse coadiuvato da una conferenza permanente composta dai rappresentanti delle strutture periferiche regionali dello Stato.

L'intento della riforma, quindi, era quello di accorpare negli uffici territoriali del Governo, per evidenti ragioni di semplificazione e di razionalizzazione dell'organizzazione amministrativa periferica dello Stato, una parte importante delle altre amministrazioni periferiche dello Stato, peraltro con le significative eccezioni sopra segnalate (Cammelli, 2000; Cassese, 2001; Matterella, 2003).

Ma, come è risaputo, questa stessa riforma non riuscì a realizzarsi, a causa di una opposizione 'di fatto', molto forte, da parte delle medesime Amministrazioni periferiche dello Stato che avrebbero dovuto essere accorpate negli uffici territoriali del Governo (Falco, 2004; Meoli, 2004).

Pochi anni dopo, lo stesso art. 11 del d.lgs. n. 300/1999 è stato radicalmente modificato (da parte del d.lgs. 21 gennaio 2004, n. 29), e la attuale disciplina da esso recata può così sintetizzarsi:

- le Prefetture hanno assunto la denominazione di 'Prefetture – uffici territoriali del Governo';
- ferme le proprie funzioni (quelle di cui si è detto al paragrafo precedente), esse sono chiamate ad assicurare l'esercizio coordinato dell'attività amministrativa degli uffici periferici dello Stato e, come si è già visto sopra, a garantire la leale collaborazione di detti uffici con gli Enti locali;

- il prefetto, titolare della Prefettura – ufficio territoriale del Governo, è coadiuvato da una Conferenza provinciale permanente, dallo stesso presieduta e composta dai responsabili di tutte le strutture amministrative periferiche dello Stato che svolgono la loro attività nella provincia, nonché da rappresentanti degli Enti locali. Il prefetto titolare della Prefettura-ufficio territoriale del Governo nel capoluogo della Regione è altresì coadiuvato da una Conferenza permanente composta dai rappresentanti delle strutture periferiche regionali dello Stato, alla quale possono essere invitati i rappresentanti della Regione;
- nell'esercizio delle funzioni di coordinamento degli altri uffici periferici dello Stato, il prefetto, sia in sede di Conferenza provinciale sia con interventi diretti, può richiedere ai responsabili delle strutture amministrative periferiche dello Stato l'adozione di provvedimenti volti ad evitare un grave pregiudizio alla qualità dei servizi resi alla cittadinanza anche ai fini del rispetto della leale collaborazione con le Autonomie territoriali. Peraltro, nel caso in cui non vengano assunte nel termine indicato le necessarie iniziative, il prefetto può – sì – provvedere direttamente, informandone preventivamente il Presidente del Consiglio dei Ministri, ma – in ogni caso – previo assenso del ministro competente per materia;
- il Presidente del Consiglio dei Ministri ed i ministri, nell'esercizio del potere di indirizzo politico-amministrativo, possono emanare, ove occorra, apposite direttive ai prefetti⁷.

Come è agevole comprendere, è venuta meno qualsivoglia ipotesi di accorpamento, tanto è vero che l'organizzazione periferica delle amministrazioni dello Stato corrisponde esattamente a quella riportata poco sopra, e – soprattutto – i poteri di cui, ad oggi, dispongono i prefetti, per garantire la funzione, peraltro fondamentale, di coordinamento delle altre amministrazioni periferiche dello Stato, risultano del tutto inadeguati (se non altro perché, in ogni caso, è comunque necessario il previo assenso del ministro competente per materia; Meoli, 2008).

In realtà, questa carenza di adeguati poteri giuridico-formali per l'esercizio della funzione di coordinamento fa sì che – nella realtà dei fatti – quest'ultima viene essenzialmente svolta in sede di Conferenze permanenti, nell'ambito delle quali, però, i prefetti, nei confronti dei rappresentanti delle altre amministrazioni periferiche dello Stato, non possono che contare, fondamentale, su di una mera capacità di moral suasion, di cui sembrerebbero dotati in ragione del 'prestigio' di cui (forse) ancora godono.

La situazione, dunque, non è delle più soddisfacenti.

Dopo quasi tre lustri dalla riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione, infatti, è ormai noto a tutti che, nonostante la recente e malriuscita 'abolizione'

delle Province da parte della l. 7 aprile 2014, n. 56 del 2014, continuano ad esservi troppi Enti territoriali, con tutti i rispettivi Enti pubblici non territoriali di riferimento, e, soprattutto, con 'condivisione', tra loro stessi, di troppe competenze amministrative. Ciò che compromette, ed anzi rende impossibile, il buon andamento della complessiva azione amministrativa, con pessime ricadute per lo sviluppo civile, economico e sociale del Paese.

In questo quadro, sarebbe estremamente salutare che, quantomeno a livello di amministrazioni statali sul territorio, si realizzasse il massimo grado possibile di semplificazione, in primo luogo mediante accorpamento di esse, nonché di effettivo coordinamento, riprendendo e sviluppando ulteriormente gli intenti della originaria riforma del 1999, di cui si è detto sopra. Ad oggi, invece, sul piano della realtà effettuale, non vi è nulla di tutto ciò (sul punto, risulta interessante il *Report* dal titolo *Rifondazione dell'Ufficio territoriale del Governo nella prospettiva dell'abolizione delle Province*, a cura di Meoli, 2011, reperibile sul sito web istituzionale della Scuola Superiore dell'Amministrazione dell'Interno).

Peraltro, nel senso della prospettiva poco sopra proposta, sembra(va) muoversi l'art. 10 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, il quale, seppur ispirato, più che altro, da esigenze di contenimento della spesa pubblica, a fronte della grave crisi economica in atto, dispone(va), al comma 1, quanto segue: «La Prefettura – ufficio territoriale del Governo assicura, nel rispetto dell'autonomia funzionale e operativa degli altri uffici periferici delle amministrazioni statali, le funzioni di rappresentanza unitaria dello Stato sul territorio. Le funzioni di rappresentanza unitaria di cui al primo periodo sono assicurate, tra l'altro, mediante costituzione presso ogni Prefettura – ufficio territoriale del Governo di un ufficio unico di garanzia dei rapporti tra i cittadini e lo Stato. Al fine del conseguimento dei livelli ottimali di efficienza, le singole funzioni logistiche e strumentali di tutti gli uffici periferici delle amministrazioni statali sono esercitate da un unico ufficio che ne assume la responsabilità diretta ed esclusiva».

Come si vede, sia l'istituzione di un 'ufficio unico di garanzia dei rapporti tra i cittadini e lo Stato', sia – soprattutto – la previsione dell'esercizio unitario delle singole funzioni logistiche e strumentali di tutti gli uffici periferici dello Stato da parte di un unico ufficio, da ravvisarsi, evidentemente, nella Prefettura, avrebbe potuto realizzare un primo, ma significativo, passo di un auspicabile e più ampio processo riformatore.

Il comma 2 dello stesso art. 10, però, demanda(va) ad un apposito regolamento, ai sensi dell'art. 17, comma 2, della l. n. 400/1988, l'individuazione di ulteriori compiti e attribuzioni della Prefettura-ufficio territoriale del Governo, connessi all'esercizio delle funzioni di cui al comma 1⁸. Non si tratta(va) di misure di poco conto. Ma il problema, naturalmente, è che il regolamento in questione non è stato adottato.

9. *Nuovi possibili scenari: la riconferma del prefetto come irrinunciabile – ed ‘unico’ – rappresentante dello Stato su tutto il territorio nazionale*

Da ultimo, come anticipato in premessa, viene in considerazione la l. n. 124/2015, la quale – beninteso: soltanto laddove dovesse essere puntualmente attuata da parte dei decreti legislativi ivi previsti – determinerebbe, forse, una “rivoluzione” in materia.

Al riguardo viene in considerazione, fondamentalmente, l’art. 8, rubricato *Riorganizzazione dell’amministrazione dello Stato*, il cui comma 1 delega il Governo ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge stessa, uno o più decreti legislativi per modificare la disciplina della Presidenza del Consiglio dei Ministri (rafforzando il ruolo del Presidente del Consiglio dei Ministri), dei Ministeri, delle Agenzie governative nazionali e degli Enti pubblici non economici nazionali.

Per quanto interessa in questa sede, è previsto, con riferimento sia alle Prefetture, sia, più in generale, a tutte le altre amministrazioni civili periferiche dello Stato, che i decreti legislativi debbano essere adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:

- a completamento del processo di riorganizzazione, in combinato disposto con i criteri stabiliti dall’articolo 10 del d.l. n. 95/2012 (cfr. il paragrafo precedente), dalla l. n. 135/2012 (di conversione dello stesso d.l. n. 95 del 2012), ed in armonia con le previsioni contenute nella l. n. 56/2014, razionalizzazione della rete organizzativa delle Prefetture e revisione delle competenze e delle funzioni, attraverso la riduzione del numero, tenendo conto delle esigenze connesse all’attuazione della l. n. 56 del 2012, in base a criteri inerenti all’estensione territoriale, alla popolazione residente, all’eventuale presenza della città metropolitana, alle caratteristiche del territorio, alla criminalità, agli insediamenti produttivi, alle dinamiche socio-economiche, al fenomeno delle immigrazioni sui territori fronte rivieraschi e alle aree confinarie con flussi migratori;
- trasformazione della Prefettura-ufficio territoriale del Governo in Ufficio territoriale dello Stato, quale punto di contatto unico tra Amministrazione periferica dello Stato e cittadini;
- attribuzione al prefetto della responsabilità dell’erogazione dei servizi ai cittadini, nonché di funzioni di direzione e coordinamento dei dirigenti degli uffici facenti parte dell’ufficio territoriale dello Stato, eventualmente prevedendo l’attribuzione allo stesso *di poteri sostitutivi*, ferma restando la separazione tra funzioni di amministrazione attiva e di controllo e di rappresentanza dell’amministrazione statale, anche ai fini del riordino della disciplina in materia di conferenza di servizi, di cui all’art. 2 della legge stessa;

- coordinamento e armonizzazione delle disposizioni riguardanti l'ufficio territoriale dello Stato, con eliminazione delle sovrapposizioni e introduzione delle modifiche a tal fine necessarie;
- confluenza nell'ufficio territoriale dello Stato di tutti gli uffici periferici delle amministrazioni civili dello Stato; definizione dei criteri per l'individuazione e l'organizzazione della sede unica dell'ufficio territoriale dello Stato; individuazione delle competenze in materia di ordine e sicurezza pubblica nell'ambito dell'ufficio territoriale dello Stato, fermo restando quanto previsto dalla legge n. 121/1981;
- individuazione della dipendenza funzionale del prefetto in relazione alle competenze esercitate.

Come appare agevole comprendere, laddove questa riforma dovesse realizzarsi attraverso i decreti legislativi ivi previsti, si tornerebbe, in qualche modo, e seppure – naturalmente – nell'ambito di un complessivo assetto storico ed ordinamentale assai diverso, alla originaria impostazione della legge del 1865, la quale, come si è visto in apertura del presente contributo, concepiva il prefetto quale alto funzionario 'generalista', nonché (salvo che con riferimento alle amministrazioni militari) quale 'unico' e 'vero' rappresentante dello Stato, nella sua indissolubile unitarietà, su tutto il territorio nazionale, con tutte le relative responsabilità (politico-amministrative) e, proprio per ciò, dotato – a tali fini – di tutti gli adeguati poteri.

Ovviamente, a fronte di una mera legge di delega, bisogna assumere un approccio quanto mai cauto, ed attendere di vedere se e quando i decreti legislativi verranno adottati, e – soprattutto – come essi attueranno concretamente i principi e i criteri direttivi contenuti, *in parte qua*, nella legge medesima. Di certo, il rischio maggiore, che a questo riguardo si pone, anche in considerazione delle vicende che l'istituto prefettizio ha conosciuto negli ultimi quindici anni, è quello per cui tutta la riforma si risolva, alla fin fine, in una mera riduzione del numero delle Prefetture, senza la effettiva realizzazione di alcun accorpamento.

Tuttavia, dopo circa cinque lustri caratterizzati da nota retorica anti-statalista, culminata nella malriuscita riforma del 2001 del Titolo V, Parte II, della Costituzione, sembrerebbe ora cominciato – e ne è dimostrazione proprio la stessa legge di delega in esame – un processo inverso.

Quest'ultimo – a fronte della incapacità dell'Unione europea di fornire risposte adeguate alla crisi economica in atto e ad altri seri e noti problemi geopolitici, sociali e umani, i quali investono soprattutto gli Stati meridionali dell'Unione stessa, nonché alla palese inadeguatezza del sistema Regioni-Autonomie locali a rappresentare la panacea di tutti i mali che affliggono il Paese – sembrerebbe volto a restituire allo Stato il ruolo che da sempre gli è proprio: quello, cioè,

di «mant[enere], [...] nel proprio territorio, la responsabilità ultima della tutela della collettività e dei suoi componenti» (così Rossi, 2009).

Ma nel proprio territorio, per l'appunto, lo Stato dovrebbe manifestarsi non già 'frammentato' e 'liquido' (per dirla con Bauman, 2002), bensì 'compatto' e 'solido'.

E ciò, invero, sembra poter avvenire solo attraverso la riscoperta del – 'tradizionale' – ruolo del prefetto.

In definitiva, l'auspicio è che, in qualche modo, si possa davvero, e per tempo, rimediare ai sin troppo noti problemi posti dalle seguenti parole:

«Ormai molte Regioni della Penisola stanno sempre più abituandosi a considerarsi "cosa loro"; sempre più tutto si va facendo "autonomo", "locale": dalla sanità ai trasporti ferroviari; mentre sempre più si sfilacciano e perdono consistenza gli ambiti e le istituzioni – come la scuola, il patrimonio artistico-culturale, il paesaggio – i quali un tempo tenevano insieme il Paese rappresentandone l'identità unitaria, e per questo erano unitariamente regolati e difesi. Oggi veniamo a sapere che anche l'amministrazione centrale dello Stato con quel suo simbolo che fin qui erano i prefetti, pure lei è sul punto di mollare» (Galli della Loggia, 2015).

Note

- ¹ Tale articolo ha sostituito l'art. 19 del Testo Unico del 1934, prevedendo, per quanto qui interessa, nel suo nuovo comma 3, che il prefetto «Vigila sull'andamento di tutte le pubbliche amministrazioni e adotta, in caso di urgente necessità, i provvedimenti indispensabili nel pubblico interesse nei diversi rami di servizio».
- ² In conseguenza della integrale abrogazione, da parte dell'art. 274, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 267/2000, del r.d. n. 383/1934.
- ³ Il riferimento è, in particolare, alla l. 15 marzo 1997, n. 59, e alla l. 15 maggio 1997, n. 127.
- ⁴ Il Comitato è composto dal questore, dal sindaco del Comune del capoluogo e dal presidente della Provincia, dai comandanti provinciali dell'Arma dei carabinieri, del Corpo della Guardia di finanza e del Corpo Forestale dello Stato, nonché dai sindaci degli altri Comuni interessati, quando devono trattarsi questioni riferibili ai rispettivi ambiti territoriali. Ai fini della tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, nonché della prevenzione dei reati, il prefetto può chiamare a partecipare alle sedute del Comitato le Autorità locali di pubblica sicurezza e i responsabili delle amministrazioni dello Stato interessate ai problemi da trattare, con particolare riguardo ai responsabili dei competenti uffici dell'Amministrazione penitenziaria, del Corpo nazionale dei Vigili del fuoco, del Corpo delle Capitanerie di porto, e, d'intesa con il presidente della Provincia o con il Sindaco, i responsabili degli altri uffici delle amministrazioni locali interessate o della Polizia municipale. Il prefetto stesso può invitare alle stesse riunioni anche componenti dell'ordine giudiziario, d'intesa con il procuratore della Repubblica competente. Alla convocazione e alla formazione dell'ordine del giorno del Comitato provvede il prefetto. La convocazione è in ogni caso disposta quando lo richiede il sindaco del Comune capoluogo di provincia per la trattazione di questioni attinenti alla sicurezza della comunità locale o per la prevenzione di tensioni o conflitti sociali che possono comportare turbamenti dell'ordine o della sicurezza pubblica in ambito comunale. Per la trattazione delle medesime questioni, su richiesta del sindaco, è altresì integrato, ove occorra, l'ordine del giorno del comitato.
- ⁵ Il Comitato nazionale per l'ordine e la sicurezza pubblica, previsto dagli artt. 18 e 19 della l. n. 121/1981, è organo ausiliario di consulenza del ministro dell'Interno, che è responsabile della tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica ed è Autorità nazionale di pubblica sicurezza, per l'esercizio di tali attribuzioni. Il Comitato è presieduto dal ministro, ed è composto da un Sottosegretario di Stato per l'interno, designato dal ministro, con funzioni di vice presidente, dal Capo della Polizia – Direttore generale della pubblica sicurezza, dal Comandante generale dell'Arma dei carabinieri, dal Comandante generale del Corpo della Guardia di finanza. Del Comitato fa parte anche il direttore generale dell'Amministrazione penitenziaria ed il Dirigente generale Capo del Corpo Forestale dello Stato. Il ministro dell'Interno può chiamare a partecipare alle riunioni del Comitato dirigenti generali del Ministero dell'Interno, l'Ispettore generale del Corpo delle capitanerie di porto, nonché altri rappresentanti dell'amministrazione dello Stato e delle Forze armate; può invitare alle stesse riunioni componenti dell'ordine giudiziario, di intesa con il procuratore competente.
- ⁶ In estrema sintesi, la situazione attuale è la seguente (per i riferimenti normativi può senz'altro rinviarsi ai siti web istituzionali dei singoli Ministeri). L'organizzazione periferica del Ministero dell'Interno si articola, oltre che nelle Prefetture – uffici territoriali del Governo, nelle questure. Ad esso afferisce anche il Corpo nazionale dei Vigili del fuoco, con i propri comandi su tutto il territorio nazionale. Il Ministero della giustizia si articola in varie direzioni interregionali e regionali, nell'ambito delle quali, a loro volta, si articolano gli uffici giudiziari (che afferiscono al Dipartimento dell'organizzazione giudiziaria, del personale e dei servizi), gli archivi notarili (che afferiscono al Dipartimento per gli affari di giustizia), i Centri di giustizia minorili, gli istituti penali per i minorenni, gli uffici del servizio sociale per i minorenni, i Centri di prima accoglienza, le Comunità (che afferiscono al Dipartimento

per la giustizia minorile). Di poi, vi sono gli istituti penitenziari, i Provveditorati regionali e gli uffici esecuzione penale esterna (che afferiscono al Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria). Infine, vi è il Corpo della Polizia penitenziaria, che dipende dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria. Al Ministero della difesa, come è noto, fanno capo le quattro Armi nazionali, e cioè l'Esercito, la Marina militare, l'Aeronautica militare, e l'Arma dei carabinieri, tutte con la loro organizzazione territoriale e con i loro comandi. Al Ministero dell'economia e delle finanze afferiscono le Ragionerie territoriali dello Stato, che si articolano su base interregionale, regionale, interprovinciale e provinciale. Seppur dotate di autonoma personalità giuridica, vi sono, poi, le Agenzie fiscali, le quali, dal punto di vista sostanziale possono comunemente ricondursi – come è noto – al Ministero stesso. In particolare, l'Agenzia delle entrate si articola in Direzioni regionali e Direzioni provinciali, alle quali si sommano le Direzioni regionali e gli Uffici provinciali del territorio (che afferivano alla soppressa Agenzia del demanio). L'Agenzia del demanio si articola in varie direzioni interregionali e regionali. L'Agenzia delle dogane e dei monopoli, poi, si articola in Direzioni interregionali, Direzioni regionali, Direzioni provinciali e Uffici locali. Infine, vi è il Corpo della Guardia di finanza, con la sua organizzazione territoriale e i suoi comandi. Il Ministero dello sviluppo economico non ha una organizzazione territoriale propria in senso stretto, ma vi sono, comunque, una moltitudine di enti pubblici e società pubbliche strumentali che, dal punto di vista sostanziale, possono essere assimilati ad una organizzazione periferica, perché hanno uffici periferici, per lo più a livello provinciale (Sistema camerale; ICE; Ente nazionale per il micro-credito; ENEA; Cassa conguaglio GPL; Banco nazionale di prova per le armi da fuoco portatili e per le munizioni commerciali; Cooperazione finanza e impresa S.c.p.a.; Finanza cooperazione S.p.a.; GSE S.p.A.; Invitalia S.p.A.; SIMEST S.p.A.; SOGIN S.p.A.). Lo stesso può dirsi con riferimento al Ministero per le politiche agricole, alimentari e forestali (al quale sono riferibili l'AGEA, l'Istituto di servizi per il mercato agricolo alimentare – ISMEA; l'Ente nazionale risi; l'Istituto per lo sviluppo agroalimentare). Dal Ministero, poi, dipende il Corpo Forestale dello Stato, con la sua organizzazione territoriale e i suoi comandi, nonché – funzionalmente – il Comando carabinieri per le politiche agricole e alimentari (istituito presso il Ministero stesso). Lo stesso, ancora, può dirsi con riferimento al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare: ad esso sono riconducibili l'ISPRA, gli Enti parco nazionali e la SOGESID S.p.A.). Da esso, inoltre, dipende funzionalmente, per gli aspetti relativi all'ambiente, il Corpo delle capitanerie di porto – Guardia costiera, con i suoi comandi, ed il Ministero stesso si avvale del Comando carabinieri per la tutela dell'ambiente, del Corpo forestale dello Stato e del corpo della Guardia di finanza. Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti si articola in provveditorati inter-regionali per le opere pubbliche ed in direzioni generali territoriali dei trasporti (alle quali afferiscono gli uffici della motorizzazione civile, i centri prova autoveicoli, il centro superiore ricerche e prove autoveicoli e dispositivi, gli uffici speciali trasporti e impianti fissi, ciascuno con proprie sezioni). Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali si articola in Direzioni interregionali del lavoro e Direzioni territoriali del lavoro (tendenzialmente a livello provinciale); esso si avvale, inoltre, del Comando dei carabinieri per la tutela del lavoro. Il Ministero della salute si articola in Uffici di sanità marittima, aerea e di frontiera e servizi territoriali di assistenza sanitaria al personale navigante e aeronavigante, in uffici veterinari per gli adempimenti comunitari e in Posti di ispezione frontalieri. Esso, inoltre, si avvale del Comando carabinieri per la tutela della salute vari enti, ed allo stesso sono riconducibili vari enti, tutti con una propria organizzazione periferica (Croce rossa; AIFA; Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali ecc.). Il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca si articola in Uffici scolastici regionali, suddivisi in 'ambiti territoriali' che corrispondono, grosso modo, ai livelli provinciali, nonché nelle Scuole statali di ogni ordine e grado. Il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, infine, si articola in Segretariati regionali, Soprintendenze archeologia, Soprintendenze belle arti e paesaggio, Poli museali regionali, Soprintendenze archivistiche, Archivi di Stato,

Biblioteche, Commissioni regionali per il patrimonio culturali. Esso si avvale, inoltre, del Comando dei Carabinieri per la tutela del patrimonio culturale.

- ⁷ È previsto un rinvio ad un regolamento, da emanarsi ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della l. n. 400 del 1988, per provvedere ad adottare le disposizioni per l'attuazione delle precedenti previsioni e per l'adeguamento della normativa regolamentare vigente (regolamento adottato, come si è già rilevato sopra, con d.p.r. n. 180 del 2006).
- ⁸ Secondo – per ciò che qui interessa – le seguenti norme generali regolatrici della materia: «b) mantenimento della circoscrizione provinciale quale ambito territoriale di competenza delle Prefetture-uffici territoriali del Governo e degli altri uffici periferici delle pubbliche amministrazioni dello Stato, già organizzati su base provinciale, salvo l'adeguamento dello stesso ambito a quello della città metropolitana, laddove costituita, e fatta salva la possibilità di individuare, con provvedimento motivato, presidi in specifici ambiti territoriali per eccezionali esigenze connesse alla tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e del soccorso pubblico, nonché alla garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali; c) in coerenza con la funzione di rappresentanza unitaria dello Stato, individuazione di modalità, anche ulteriori a quelle di cui all'articolo 11, del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, e successive modificazioni, per assicurare, su scala provinciale, regionale o sovraregionale, l'ottimale esercizio coordinato dell'attività amministrativa degli uffici periferici dello Stato e costituzione di un ufficio unico di garanzia dei rapporti tra i cittadini e lo Stato in ogni Prefettura-ufficio territoriale del Governo, che esercita i propri compiti esclusivamente mediante utilizzo di beni e risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili; d) realizzazione dell'esercizio unitario delle funzioni logistiche e strumentali di tutte le strutture periferiche dell'amministrazione dello Stato ed istituzione di servizi comuni, con particolare riferimento alle funzioni di gestione del personale, di controllo di gestione, di economato, di gestione dei sistemi informativi automatizzati, di gestione dei contratti, nonché utilizzazione in via prioritaria di beni immobili di proprietà pubblica, in modo da assicurare la riduzione di almeno il 20 per cento della spesa sostenuta dallo Stato per l'esercizio delle medesime funzioni; d bis) attribuzione delle singole funzioni logistiche e strumentali di tutte le strutture periferiche dell'amministrazione dello Stato, di cui alla lettera d), ad un unico ufficio, che ne assume la responsabilità diretta ed esclusiva».

Riferimenti bibliografici

- Bauman Z. 2002, *Modernità liquida* (ed. orig. 2000), Laterza, Roma-Bari.
- Cammelli M. 2000, *L'Ufficio territoriale del Governo (art. 11)*, in A. Pajno, L. Torchia (a cura di), *La riforma del Governo*, a il Mulino, Bologna: 165 sgg.
- Cassese S. 1983, *Il prefetto nella storia amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*: 1449 sgg.
- 1991, *Il ruolo del prefetto nella società in evoluzione*, in *Cons. St.*, II: 1941 sgg.
- 2001, *Gli Uffici territoriali del Governo nel quadro della riforma amministrativa*, in *Regioni*: 869 sgg.
- Casula P. 1972, *I prefetti nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano.
- Cifelli A. 1990, *I Prefetti della Repubblica (1946-1956)*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma.
- De Cesare G. 1977, *L'ordinamento comunale e provinciale in Italia dal 1862 al 1942*, Giuffrè, Milano.
- Dinelli F. 2012, *Le appartenenze territoriali. Contributo allo studio della cittadinanza, della residenza e della cittadinanza europea*, Jovene, Napoli.
- Falco L. 2004, *La nuova presenza dello Stato sul territorio*, in *Instrumenta*: 449 sgg.
- Fried R.C. 1967, *Il prefetto in Italia*, Giuffrè, Milano.
- Galli della Loggia E. 2015, *Non rottamiamo anche i prefetti. Sono il simbolo dello Stato*, in *Corriere della Sera*, 24 luglio 2015.
- Ghisalberti C. 1963, *Dall'intendente al Prefetto*, in *Contributo alla storia delle amministrazioni preunitarie*, Giuffrè, Milano.
- Gustapane E. 1984, *I prefetti dell'unificazione amministrativa nelle biografie dell'Archivio di Francesco Crispi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*: 1034 sgg.
- Lauro R., Madonna V. 2005, *Il prefetto della Repubblica. Tra istituzioni e società*, Maggioli, Rimini.
- Levis Sullam S. 2015, *I carnefici italiani*, Feltrinelli, Milano.
- Malinverno R. 1968, *Prefetto*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino: 593 sgg.
- Mattarella B.G. 2003, *Il prefetto come autorità amministrativa generale dopo le recenti riforme*, in *Amm. Pubbl.*: 29-30-31.
- Mazzarelli V. 1985, *Prefetto e prefettura (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano: 947 sgg.
- Melis G. 1996, *Storia dell'amministrazione italiana. 1861-1993*, il Mulino, Bologna.
- Meoli C. 1984, *Il prefetto nell'ordinamento italiano*, Firenze.
- 1996, *Prefetto*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XI, Torino, aggiornamento 2013.
- 2004, *Il nuovo profilo della Prefettura – Ufficio territoriale del Governo*, in *Giorn. Dir. Amm.*: 1063 sgg.
- 2008, *La prefettura-ufficio territoriale del Governo e il raccordo tra le amministrazioni in periferia*, in *Giorn. Dir. Amm.*: 1033 sgg.
- 2012, *Prefetto e prefettura*, in <<http://www.treccani.it>>.
- Porro A. 1972, *Il prefetto e l'amministrazione periferica in Italia*, Giuffrè, Milano.

- Randeraad N. 1984, *Gli alti funzionari del Ministero dell'interno durante il periodo 1870-1893*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*: 1034 sgg.
- Reggio D'Acì R. 1990, *Prefetto e prefetture*, in *Eng. Giur.*, XXIII, Roma.
- Rossi G. 2009, *Principi di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino.

L'EVOLUZIONE DEI CARATTERI DEGLI ENTI PUBBLICI

Salvatore Cimini

SOMMARIO – 1. Premessa. 2. Le ragioni che rendono difficile pervenire ad una nozione di ente pubblico. 3. La persistente attualità della nozione di ente pubblico. 4. I caratteri che rivelano la pubblicità di un ente: la necessaria esistenza ed il rapporto con l'ente territoriale. 5. (*segue*) La mancanza dello scopo di lucro. 6. Le conseguenze della pubblicità di un ente.

1. Premessa

A partire dall'unificazione – o meglio, dal secondo decennio del secolo scorso (quando si fece ampio ricorso agli enti 'parastatali') e, soprattutto, durante il periodo fascista – si è assistito nel nostro ordinamento ad un processo di moltiplicazione e di diversificazione degli enti pubblici che ha fatto perdere loro i tratti comuni (Rossi, 1991: 23 sgg.; Melis, 1996). Il legislatore ha disciplinato, infatti, tante specie diverse di modelli organizzativi di ente pubblico. Il risultato è che «il quadro complessivo dell'amministrazione pubblica, come oggi si presenta, è assai diverso dal quadro originario: alla semplicità è seguita la complicazione; alla uniformità la differenziazione dei modelli; all'accentramento il decentramento e l'affermazione delle autonomie» (Scoca, 2014: 66).

Non va dimenticato, peraltro, che il problema della proliferazione degli enti pubblici non è altro che una conseguenza di un fenomeno più generale, vale a dire quello delle dimensioni della sfera pubblica: all'interno di questo fenomeno l'articolazione o meno in enti è un problema meramente organizzativo (Rossi, 1991: 271).

Il processo di accrescimento disordinato delle figure soggettive pubbliche – che ha portato ad una loro estrema detipizzazione (Giannini, 1974: 35; Cassese, 1962: 96) – si è arrestato soltanto alla fine del Novecento, allorché è prevalsa una tendenza opposta, volta alla «privatizzazione» degli enti pubblici attraverso la loro trasformazione in società per azioni e fondazioni. Processo tuttavia non pienamente realizzato, atteso che in diversi casi la privatizzazione è rimasta ferma alla fase 'fredda', senza arrivare alla fase 'calda', essendo le azioni detenute (non da privati, ma prevalentemente o totalmente) da soggetti pubblici.

Senza dire poi che il legislatore ha attribuito ad alcune società di particolare interesse pubblico svariati poteri particolari in deroga rispetto alla disciplina ordinaria, come le azioni *golden power* (che hanno preso il posto delle *golden sha-*

re), ovvero ha fatto ricorso alla forma della società per azioni per lo svolgimento in via ordinaria di attività di interesse pubblico, come nel caso della RAI, i cui organi sono disciplinati in modo ben diverso da quanto previsto dal codice civile per una società per azioni (Sorace, 2010: 300).

Vi sono infatti degli enti organizzati in forma privatistica che presentano una chiara natura pubblicistica o che sono sottoposti a un regime derogatorio per finalità pubblicistiche (come, ad esempio, l'Agecontrol, società con personalità di diritto pubblico, prevista dall'art. 1 del Reg. (CEE) 17.7.1984, n. 2262/84 e dall'art. 18, l. 22.12.1984, n. 887), che vengono ricondotti dalla dottrina nella ibrida nozione degli enti pubblici in forma privatistica (Casetta, 2014: 85).

Si è così dato vita a formule organizzative che si pongono sempre più sulla linea di confine tra 'pubblico' e 'privato' (Rossi, 1991: 272).

In particolare, con riferimento alle società pubbliche gli interventi legislativi sono stati numerosi e frammentari, dettati di volta in volta da esigenze contingenti e non ispirati ad un disegno organico. Per far fronte ad un quadro normativo così frastagliato, il legislatore, di recente, con l'art. 18 della legge delega 7.8.2015, n. 124 e con il conseguente decreto legislativo 19.08.2016, n. 175 recante il *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, ha riformato il sistema delle società a partecipazione pubblica, con l'intento di semplificare e razionalizzare le regole vigenti in materia. Tuttavia, sono contemplate diverse forme di esclusione (attuata mediante il rinvio a disposizioni di legge o regolamento; mediante l'adozione di un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri; mediante l'elencazione delle singole società pubbliche sottratte al rispetto dell'art. 4 del citato decreto legislativo) che rendono il quadro ancora una volta eterogeneo, riconoscendo oltretutto ampi spazi di discrezionalità in capo al Governo (v. sul punto il Parere 21.4.2016, n. 968, reso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato sullo schema di decreto citato).

Anche i numerosi tentativi di razionalizzazione degli enti pubblici e di eliminazione degli enti c.d. 'inutili' (si pensi, ad esempio, alla l. 20.3.1975, n. 70), non sono stati coronati da successo, dal momento che a fronte di una modesta diminuzione del loro numero (assolutamente non nella misura necessaria) l'assetto complessivo degli enti pubblici continua ad essere incoerente e ricco di differenze (Franchini, 2003: 303; sul processo di riordino degli enti pubblici cfr. Casetta, Foà, 2000: 436 sgg.; Napolitano, 2005: 51 sgg.).

A fronte di un quadro che è divenuto via via sempre più complesso, la dottrina si è affaticata nella difficile opera di classificazione degli enti pubblici.

Nel presente scritto, tuttavia, non si indugerà sulle varie tipologie di enti pubblici o sulle numerose e variegate classificazioni che sono state proposte in letteratura per siffatte figure soggettive pubbliche. E ciò non solo perché su molte di

tali categorie vi sono approfondimenti specifici in questa opera collettanea, ma anche perché l'intento del presente lavoro – in linea con gli obiettivi generali della ricerca – è quello di guardare agli enti pubblici in una prospettiva attuale. E, nell'attuale fase storica, la dottrina dubita (*rectius*, è tornata a dubitare) della stessa rilevanza della nozione di ente pubblico, di talché il cuore del presente contributo sarà quello di capire se tale categoria è ancora necessaria o meno.

2. *Le ragioni che rendono difficile pervenire ad una nozione di ente pubblico*

Com'è noto, da tempo ci si interroga sulla utilità di una nozione di ente pubblico.

Il fenomeno affonda le sue radici nell'annosa difficoltà ad individuare una nozione condivisa di tale figura soggettiva.

Difficoltà che deriva, fondamentalmente, come s'è visto, dalla mancanza di elementi comuni negli enti qualificati come pubblici: è questo verosimilmente il motivo principale che ha indotto il legislatore ad astenersi dal fornire una definizione di ente pubblico. A sua volta, la mancanza di una definizione individuata dalla legge o dalla Costituzione rappresenta un'ulteriore ragione che rende particolarmente difficile arrivare ad una nozione condivisa di ente pubblico.

Oltretutto, nemmeno la qualificazione operata dalla legge può mettere la parola fine sulla natura giuridica di un ente, dal momento che la Corte costituzionale ha precisato che le qualificazioni legislative sulla natura di un ente non possono essere ritenute vincolanti¹. Così la Consulta², richiamandosi ai principi costituzionali (in particolare all'art. 38), ha imposto al legislatore alcuni limiti alla pubblicizzazione di soggetti privati, riconoscendo nell'origine da iniziative di gruppi sociali o di singoli individui (la cui attività sia finanziata con mezzi privati e sia svolta prevalentemente da prestazioni volontarie degli stessi soci) la condizione che rende necessario il riconoscimento dell'autonomia privata, trattandosi di un presupposto che non legittima un regime pubblicistico (Ferrara, 1990: 468).

Anche in un caso opposto (cioè di privatizzazione di soggetti pubblici), la Corte costituzionale ha fatto ricorso ad un criterio sostanziale per affermare l'applicabilità di norme pubblicistiche ad enti formalmente privatizzati, come gli enti lirici, affermando che, nonostante l'acquisizione della veste giuridica formale di «fondazioni di diritto privato», tali soggetti conservano, pur dopo la loro trasformazione, una marcata impronta pubblicistica, con la conseguenza che interventi di riassetto ordinamentale ed organizzativo che li riguardano devono essere ascritti alla materia «ordinamento e organizzazione amministrativa [...] degli enti pubblici nazionali», di competenza esclusiva statale *ex art.* 117, c. 2, lett. g), Cost.³. Parimenti, facendo leva sulla distinzione tra privatizzazio-

ne formale e privatizzazione sostanziale, la Consulta ha riconosciuto la legittimità della sottoposizione al controllo della Corte dei conti degli enti pubblici trasformati in società per azioni a capitale totalmente pubblico nonché la legittimità della regola pubblicistica, sancita in Costituzione, del concorso per l'assunzione di personale⁴.

Dunque, nonostante il richiamo alla previsione di legge operato dalla l. n. 70/1975, non ha trovato grande riscontro in giurisprudenza il criterio, pure proposto in dottrina (Cerulli Irelli, 1977: 642 sgg.), di attribuire il carattere pubblico ad una persona giuridica per il tramite di una espressa previsione normativa. Infatti, non solo la giurisprudenza sembra ridimensionare tale indicazione, affermando, anche di recente, che la previsione legislativa non deve essere necessariamente espressa⁵, ma talvolta, come s'è evidenziato, il giudice costituzionale smentisce il legislatore.

In sostanza, è pacifico che un ente pubblico dev'essere istituito «per legge» o «sulla base di una legge», ma una disposizione legislativa non può mettere la parola fine sulla natura giuridica dell'ente istituito.

Se, dunque, non ci si può (nemmeno) affidare al legislatore per stabilire con certezza se una figura soggettiva sia pubblica o privata, il quadro che ci viene restituito diventa sempre più problematico e complesso.

A queste tradizionali difficoltà, dovute alla estrema atipicità degli enti pubblici, se ne aggiunge un'altra, che si è accentuata di recente: la sempre meno netta distinzione tra 'pubblico' e 'privato'.

La situazione è complicata, infatti, da due fenomeni, tra loro connessi, che portano ad una svalutazione della rilevanza 'soggettiva' della nozione di pubblico a favore di una sua rilevanza 'oggettiva'.

Il riferimento è alla tendenza per cui, da un lato, i soggetti pubblici utilizzano sempre di più gli strumenti di diritto privato, e, dall'altro, i soggetti privati diventano sempre più pubblici, facendo ricorso a strumenti di diritto pubblico.

Si pensi, in primo luogo, alla diffusione di forme organizzative di diritto privato attraverso: la trasformazione di enti pubblici economici in società per azioni; la trasformazione di enti pubblici non economici in associazioni e fondazioni; la privatizzazione del pubblico impiego; e via di seguito. Anche l'attività amministrativa ha subito trasformazioni che l'hanno avvicinata al diritto privato, attraverso: la riforma in senso aziendalistico dei controlli; l'affermazione dei principi di efficacia, economicità ed efficienza e la tendenza (invero non propriamente affermatasi) ad utilizzare moduli di diritto privato dopo la novella della l. 7.8.1990, n. 241 ad opera della l. 11.2.2005, n. 15 (sul punto Grüner, 2009: 53).

In secondo luogo, è sempre più in espansione il fenomeno di far svolgere a soggetti privati attività dirette alla cura di interessi pubblici: in questa direzione va l'accoglimento della nozione oggettiva di servizio pubblico, ma anche la co-

stituzionalizzazione, sia pure in modo molto blando, del principio di sussidiarietà orizzontale, timidamente richiamato dall'art. 118, u.c., Cost.; i soggetti privati, inoltre, ai sensi dell'art. 1, c. 1 *ter*, l. n. 241/1990, quando svolgono funzioni pubblicistiche sono tenuti all'osservanza dei principi di diritto pubblico.

Pur nella loro diversità, questi due fenomeni, considerati nel loro complesso, stanno portando ad un ruolo di secondo piano la problematica sul soggetto (pubblico o privato) che svolge funzioni amministrative, accendendo i riflettori invece sulle modalità di svolgimento della funzione amministrativa stessa.

Processo accentuato anche dalla normativa e dalla giurisprudenza europea, che utilizza un criterio funzionale che ha dato luogo ad una nozione di pubblica amministrazione a geometria variabile, che si restringe o si allarga a seconda dello scopo che la specifica disciplina persegue (si pensi, ad esempio, alla nozione di organismo di diritto pubblico).

In tal senso è emblematica, da ultimo, la nozione di amministrazione pubblica, richiamata dal novellato primo comma dell'art. 97 Cost., rilevante al fine di applicare le regole costituzionalizzate dell'equilibrio dei bilanci e della sostenibilità del debito pubblico.

L'art. 2, c. 1, della legge rafforzata 24.12.2012, n. 243 precisa che sono «pubbliche amministrazioni», ai sensi dell'art. 97 Cost., «gli enti individuati con le procedure e gli atti previsti, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, dalla normativa in materia di contabilità e finanza pubblica, articolati nei sotto-settori delle amministrazioni centrali, delle amministrazioni locali e degli enti nazionali di previdenza e assistenza sociale». In sostanza, gli enti inclusi nell'elenco predisposto dall'ISTAT (ai sensi dell'art. 1, c. 5, l. 30.12.2004, n. 311), il quale deve per l'appunto censire i soggetti pubblici secondo i criteri europei indicati oggi nel SEC 2010 (Sistema europeo dei conti 2010), istituito con Reg. (UE) 21.5.2013, n. 549 (sul punto v. *amplius* W. Giulietti, M. Trimarchi, *Nozione di amministrazione pubblica e coordinamento statale nella prospettiva dell'interesse finanziario*, in questo volume; Di Lullo, 2013: 3579 sgg.; Del Gatto, 2013: 960 sgg.; Torano, 2013: 1051 sgg.). Gli enti compresi in tale elenco «concorrono al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica definiti in ambito nazionale in coerenza con le procedure e i criteri stabiliti dall'Unione europea e ne condividono le conseguenti responsabilità» (art. 1, c. 1, l. 31.12.2009, n. 196). La definizione finanziaria di pubblica amministrazione risulta così dipendere da nozioni di tipo statistico ed economico pensate ad altro fine (Merusi, 2015: 23). Si tratta peraltro di un elenco non cristallizzato in un testo normativo, ma fondato su requisiti di fatto che per loro natura sono mutevoli nel tempo: infatti l'ISTAT è chiamato ad aggiornarlo ogni anno (v. Giulietti, Trimarchi cit.).

Si viene in tal modo a creare una nozione finanziaria di pubblica amministrazione avente carattere generale e rilievo costituzionale: va precisato però che

l'inclusione nell'elenco predisposto dall'ISTAT non significa che tutti gli enti ivi richiamati abbiano una natura pubblicistica (nel predetto elenco compaiono infatti anche soggetti che hanno natura privatistica, come le federazioni), ma comporta in ogni caso per tali enti l'assoggettamento alle norme per il controllo della spesa pubblica, condizionandone così la loro autonomia gestionale e finanziaria.

L'art. 97, c. 1, Cost. fa quindi riferimento ad una nozione del tutto peculiare di amministrazione pubblica, che ricomprende anche soggetti privati, mutevole di anno in anno e funzionale alla tutela di un determinato fine pubblico (quello finanziario). Non può quindi essere considerata una definizione generale di amministrazione pubblica. La nozione di ente pubblico, infatti, non può ricavarsi da nozioni settoriali, come quella di amministrazione pubblica finanziaria, che si limitano ad individuare un insieme di soggetti ai quali si applica, per il raggiungimento di specifici fini, una disciplina particolare (che riguarda, di volta in volta, i vincoli di bilancio, gli aiuti di Stato, i contratti pubblici ecc.).

Giova ricordare, per inciso, che l'art. 1, c. 169, della l. 24.12.2012, n. 228, ha attribuito alle Sezioni riunite della Corte dei Conti in speciale composizione la giurisdizione sui ricorsi avverso gli atti di ricognizione delle amministrazioni pubbliche operata annualmente dall'ISTAT, prima di competenza del giudice amministrativo. Tale nuova attribuzione è di particolare importanza, perché riconosce al giudice contabile la rilevante missione di definire l'ambito dell'amministrazione pubblica finanziaria. In tal modo, la Corte dei Conti diventa il giudice del proprio perimetro, definendo la sfera della finanza pubblica, ossia la sfera della giurisdizione esclusiva più generale di cui è titolare ai sensi dell'art. 103, c. 2, Cost. (Police, 2015). Ciò trova una conferma nella stessa giurisprudenza contabile, la quale puntualizza che la giurisdizione della Corte dei Conti in materia di impugnazione degli elenchi ISTAT non si configura quale giurisdizione sui vizi dell'atto, ma oggetto della cognizione, nella materia in questione, è l'accertamento della qualità di «amministrazione pubblica» in capo ad una determinata «unità istituzionale», da individuarsi sulla base degli «specifici regolamenti dell'Unione europea»⁶.

Anche la giurisprudenza CEDU fa riferimento ad una nozione funzionale di soggetto pubblico, affermando la pubblicità di un ente nei casi in cui questo svolga un'attività di interesse generale che altrimenti il pubblico avrebbe dovuto svolgere direttamente⁷. Tale riconoscimento comporta la sottoposizione dell'ente a tutti gli obblighi ricadenti sugli Stati ai sensi della CEDU, come il dovere di garantire un equo processo e quindi un giusto procedimento (Goisis, 2014: 418). Sempre la Corte EDU classifica come privati enti espressamente qualificati come pubblici qualora questi siano chiamati a svolgere attività intrinsecamente non autoritative (e quindi non pubblicistiche), come nel caso degli enti ecclesiastici⁸.

Alla luce di questo quadro, sempre più intricato, una parte della dottrina ritiene che, al fine di impostare l'ambito di applicazione delle discipline pubbliche, stia diventando ininfluente interrogarsi sulla natura giuridica dei vari enti, posto che le regole pubblicistiche ben possono applicarsi anche a soggetti aventi una natura autenticamente privata qualora siano preposti alla cura di interessi generali (De Leonardis, 2000: 347 sgg.; Napolitano, 2003a: 171 sgg.).

In letteratura, infatti, si sostiene che, in un sistema caratterizzato dalla moltiplicazione delle figure soggettive incaricate della cura di interessi generali, non si tratta di scoprire la natura di tali figure, al fine di individuarne in modo automatico un presunto regime giuridico di fatto inesistente, bensì di verificare quali norme dirette alle amministrazioni e agli enti pubblici siano ad esse applicabili, sulla base delle finalità perseguite e degli interessi tutelati (Napolitano, 2006: 2230).

3. La persistente attualità della nozione di ente pubblico

Occorre verificare dunque se è ancora attuale la distinzione fra 'pubblico' e 'privato', la cui crisi si trasferisce alle nozioni che vi sono connesse, come quella di ente pubblico (Rossi, 1991: 12).

Sul punto va riconosciuto che siffatta distinzione è indubitabilmente messa in crisi dai fenomeni testé accennati (si pensi, da un lato, al fatto che anche i soggetti privati, quando svolgono funzioni pubblicistiche, sono soggetti ai principi di diritto pubblico, come dimostrato in via generale dall'art. 1, c. 1 *ter*, della l. n. 241/1990; e, dall'altro, che anche i soggetti pubblici possono fare ricorso a strumenti privatistici).

Tali fenomeni, tuttavia, pur importanti, non possono essere generalizzati, essendo espressione di una tendenza e non di un percorso pienamente compiuto o, in molti casi, effettivamente realizzato (Grüner, 2009: 56). Si pensi all'art. 1, c. 1 *bis*, della l. n. 241/1990, che consente alla p.a. di agire secondo le norme del diritto privato soltanto nei limitati casi di attività non autoritative (e sempre che la legge non disponga diversamente).

Più esteso è il fenomeno di oggettivazione del diritto amministrativo, per cui determinate discipline pubblicistiche si applicano indifferentemente a soggetti pubblici e a soggetti privati in ragione delle finalità perseguite a prescindere dalla loro natura giuridica.

C'è in effetti un «nucleo» di norme di diritto pubblico – sempre più ampio – che si estende anche ai soggetti privati quando svolgono funzioni pubblicistiche: vien fatto di pensare, in particolare, ai principi generali del procedimento amministrativo; alle regole sulla responsabilità amministrativa; alle regole in materia contrattuale; alle regole sull'equilibrio finanziario complessivo della Repubblica

(con l'inclusione di figure private nell'elenco delle Amministrazioni pubbliche predisposto dall'ISTAT, che concorrono al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica); e così via.

Va rammentato però che siffatto fenomeno non rappresenta una novità assoluta, dal momento che, anche prescindendo dalle nuove norme dell'art. 1 della l. 241/1990 (dopo la novella del 2005), non vi è necessaria corrispondenza tra pubblicità in senso strutturale di un ente e regime di diritto amministrativo della sua attività, come dimostra il caso degli enti pubblici economici (com'è noto in via di estinzione), ai quali si applica per buona parte il regime del diritto comune (Sorace, 2010: 299). Occorre quindi tenere distinta la nozione di «pubblico» da quella di «autoritativo», intesa quest'ultima come possibilità di incidere unilateralmente sulle posizioni di terzi (Casetta, 2014: 87).

Va aggiunto poi che sembra permanere in ogni caso una diversità di fondo tra le due situazioni in parola, che risiede sostanzialmente nel fatto che ai soggetti privati il regime pubblicistico si applica per principi e in via d'eccezione e, soprattutto, solo in parte, mentre alle figure soggettive pubbliche (diverse dagli enti pubblici economici) la pubblicità dell'agire costituisce la norma.

Di conseguenza, nonostante le profonde trasformazioni del rapporto Stato/società, continua ad avere giuridico rilievo la dicotomia pubblico/privato. Non foss'altro perché sussiste una porzione di diritto pubblico che continua ad applicarsi soltanto agli enti pubblici e non anche ai soggetti privati. Non può perciò essere trascurata la questione della distinzione tra ente pubblico ed ente privato, che ha da tempo impegnato la dottrina (si vedano, in particolare, Miele, 1987: 408 sgg.; Ottaviano, 1965: 963 sgg.).

Fondamentale è poi la circostanza che l'ente pubblico è menzionato più volte dal legislatore, tanto dalla disciplina ordinaria (artt. 830 e 2449 c.c. ecc.) quanto da quella costituzionale (la quale ultima richiama l'ente pubblico per ben tre volte, negli artt. 28, 43 e 117, c. 2, lett. g): ciò rappresenta un altro rilevante indice della vitalità di questo concetto giuridico.

La persistente rilevanza della categoria dell'ente pubblico si desume anche, a ben vedere, dal principio di sussidiarietà orizzontale, timidamente richiamato dall'art. 118 Cost. Detto principio, pur preferendo l'attività dei soggetti privati a quella dei soggetti pubblici, implicitamente ritiene essenziale l'esistenza di figure soggettive pubbliche che svolgano quei compiti che per loro natura non possono essere svolti da soggetti privati. In altre parole, la sussidiarietà orizzontale presuppone la necessità che vi siano figure soggettive pubbliche che tutelino quei fini generali che non possono essere amministrati da soggetti privati a causa della loro oggettiva inadeguatezza a tutelarli.

Sono molteplici quindi le ragioni per cui, ancora oggi, nonostante le accennate trasformazioni dell'amministrazione pubblica e del diritto amministrati-

vo in generale, che hanno portato a continue contaminazioni tra diritto pubblico e diritto privato, non può essere revocata in dubbio l'esistenza della categoria dell'ente pubblico.

4. I caratteri che rivelano la pubblicità di un ente: la necessaria esistenza ed il rapporto con l'ente territoriale

Chiarito che, anche in base al diritto positivo, la nozione di ente pubblico continua a possedere giuridico rilievo, rimane un altro nodo problematico da sciogliere: quali sono gli elementi che consentono di dire che una figura soggettiva appartiene al pubblico e non al privato?

Com'è noto, la giurisprudenza – sulla scia di noti contributi dottrinali (Menotti De Francesco, 1968:1042) – da tempo fa riferimento ad una serie di indici rilevatori, tra i quali si possono ricordare la presenza di finanziamenti pubblici, la sottoposizione a controlli, la costituzione dell'ente ad opera di un soggetto pubblico, la nomina degli organi direttivi in tutto o in parte di competenza dello Stato o di altro ente pubblico, l'attribuzione di potestà pubbliche, e così via⁹.

Tali indici, tuttavia, non sono soddisfacenti, e ciò non solo perché portano ad una inversione logica tra presupposti e conseguenze – cercano «in sostanza, di tirare fuori la causa dell'effetto» (Rossi, 1991: 262) – ma anche e soprattutto perché appaiono sostanzialmente inadeguati, fornendo solo degli indizi da considerarsi nel loro complesso e mai singolarmente, dal momento che nessuno di essi può ritenersi idoneo ad affermare la pubblicità o meno di un ente (Giannini, 1940a: 7). Cosicché, anche la presenza di più indici può in taluni casi rendere incerta (o quantomeno opinabile) la conclusione circa la pubblicità dell'ente.

In sostanza, gli indici rilevatori, potendosi trovare anche nelle figure soggettive private, lasciano inevitabilmente sempre un margine di dubbio: si pensi, ad esempio, al finanziamento pubblico e al controllo, che ben possono riguardare anche i privati. Ma lo stesso discorso può farsi per i poteri autoritativi, che pure possono essere esercitati da soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative.

Ecco perché è necessario sforzarsi di individuare almeno un elemento comune e unificante che, con un più ampio margine di sicurezza, riesca ad indirizzare l'interprete verso il riconoscimento della natura pubblica di un ente.

A tal fine, sembra essere ancora valido il metodo di indagine induttivo proposto in dottrina, teso a ricercare un possibile significato minimo del carattere pubblico che possa ritenersi comune a tutte le figure soggettive qualificate come enti pubblici (Rossi, 1991: 264 sgg.).

Ebbene, l'elemento che rappresenta il minimo comune denominatore di tutte le figure soggettive pubbliche, costituendo un sicuro indice di pubblicità, si

può rinvenire nell'impossibilità dell'ente pubblico di disporre della propria esistenza, a differenza dei soggetti privati che possono decidere di 'ritirarsi' dismettendo l'attività, oppure modificando l'oggetto della stessa (Casetta, 2014: 85).

È evidente, infatti, che la mancanza di autonomia nel determinare da sé la propria esistenza ed i propri fini è del tutto incompatibile con l'esistenza di un soggetto privato, che gode invece in via generale di ampia libertà: rappresenta quindi un carattere in grado di tracciare efficacemente un discrimine tra figure pubbliche e private, assurgendo a parametro sicuramente sintomatico del regime pubblico di un ente.

La teoria della doverosità è naturalmente collegata con la teoria del fine, secondo cui è pubblico l'ente che persegue fini pubblici. L'ente pubblico, infatti, non può disporre della propria esistenza perché ha il dovere di prendersi cura dell'interesse pubblico affidatogli: anche molti soggetti privati perseguono finalità collettive, ma in essi manca quel 'dovere' di perseguimento del fine pubblico che invece caratterizza e rappresenta la ragione stessa dell'istituzione dell'ente pubblico.

Beninteso, qui si parla della doverosità del perseguimento di uno specifico interesse pubblico e della conseguente impossibilità di disporre della propria esistenza: ciò non significa però che l'ente pubblico sia necessario per la collettività, come dimostra il fenomeno dei c.d. enti inutili. La doverosità nel perseguimento del fine pubblico comporta così che anche quando l'interesse pubblico tutelato da un determinato ente non sia più utile, comunque questo è tenuto a perseguirlo, fino a che non si procederà alla sua estinzione con legge o con un provvedimento di un altro ente pubblico sulla base di una legge. Naturalmente, allorché l'interesse pubblico non si riveli più utile, anche l'ente di riferimento andrebbe eliminato o trasformato. Si tratta di un principio di buon senso che si ritrova in numerosi atti normativi. Così, ad esempio, l'art. 14, della l. 15.3.1997, n. 59, prevede la trasformazione in associazioni o in persone giuridiche di diritto privato degli enti nazionali che «non svolgono funzioni o servizi di rilevante interesse pubblico». Tale principio, tuttavia, è rimasto spesso inattuato.

Dunque, un ente pubblico non può disporre della propria esistenza perché ha il dovere di curare l'interesse pubblico affidatogli. Poiché però è difficile stabilire quale interesse sia pubblico, atteso che in linea di principio tutto può essere pubblico o privato e che anche soggetti privati perseguono scopi generali e collettivi (si pensi agli enti morali), la dottrina ha da tempo puntualizzato che l'interesse pubblico è un interesse generale assunto come proprio dallo Stato o comunque dall'ordinamento in genere (Ottaviano, 1965: 964).

Più di recente, il rapporto con un ente territoriale, il cui indirizzo politico amministrativo è democraticamente legittimato, è stato ritenuto un elemento necessario per arrivare alla qualificazione pubblicistica di un ente: si è definito

così come pubblico l'ente la cui esistenza è considerata necessaria dall'ente territoriale (Rossi, 1989: 20).

Non dissimile è la posizione di chi ritiene che nella Costituzione il modello di ente pubblico che emerge è quello secondo cui può essere pubblico esclusivamente ciò che è espressione della volontà del popolo, con la conseguenza che sono pubblici soltanto quegli enti che si trovano istituzionalmente al servizio del popolo in virtù di un «rapporto di soggezione» (che racchiude l'insieme dei poteri di indirizzo, direzione e controllo) nei confronti degli organi politico-rappresentativi dove si esprime la volontà popolare (Ferrara, 1990: 465, nota 51; Marzuoli, 1982: 118 sgg.).

Valorizzando questo principio, è stata ritenuta incostituzionale la pubblicizzazione di enti associativi, per la ragione che in siffatti enti il fenomeno di auto-amministrazione di determinati interessi da parte dei gruppi direttamente interessati non è riconducibile, neppure indirettamente, agli organi politico-amministrativi, e perciò al popolo, e contrasta pertanto con il principio democratico (Ferrara, 1990: 470 e 2006: 323; *contra* Rossi, 1991: 322-323).

La prevalente dottrina e giurisprudenza¹⁰, tuttavia, facendo leva prevalentemente sul criterio della indisponibilità dell'esistenza, afferma la natura pubblica degli enti associativi, come gli ordini professionali (v., ad esempio, Rossi, 1979: 23 sgg.; Catelani, 1976: 70 sgg.). Il criterio della doverosità della propria esistenza si ricava per tali enti dalla circostanza che essi sono necessari in conseguenza del fatto che è obbligatoria l'adesione all'albo: in altre parole, l'appartenenza necessaria all'ordine, determina la necessità per lo Stato dello stesso ordine, e quindi dell'ente (così Ferrara, 2011: 361 sgg., il quale, tuttavia, escludendo l'appartenenza necessaria a un ente associativo arriva alla conclusione di negare l'attrazione degli ordini professionali nella sfera dell'organizzazione pubblica). Va precisato, in ogni caso, che gli ordini e i collegi professionali sono sprovvisti di una specifica protezione a livello costituzionale, nel senso che la Costituzione non ne postula l'esistenza: questo rende possibile, ad esempio, un referendum abrogativo nei confronti della legge istitutiva dell'ordine o collegio, come è avvenuto per l'ordine dei giornalisti (della Cananea, 2003: 1175).

La natura pubblica degli ordini professionali è stata riconosciuta anche da diverse disposizioni legislative (si veda, ad esempio, l'art. 1 della legge 3 febbraio 1963, n. 69, istitutiva dell'Ordine dei giornalisti).

Cionondimeno, rimane il dubbio che gli enti associativi perseguano l'interesse degli associati piuttosto che l'interesse generale. Essi, pertanto, danno luogo ad una serie di incertezze, tanto che sono stati ricondotti, da autorevole dottrina (Giannini, 1974: 26), nella figura degli enti privati di interesse pubblico. Del resto, gli enti associativi (così come gli enti organizzati in forma di autonomia funzionale), in quanto rappresentativi di una categoria privati di inte-

ressi, ben avrebbero potuto essere ordinati secondo il diritto dei privati (Cerulli Irelli, 2003: 11).

Occorre evidenziare inoltre che l'avvenuta costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale rafforza il limite della libera iniziativa privata (Goisis, 2014: 424), come emerso in tema di fondazioni bancarie (Morbidelli, 2011: 1 sgg.)¹¹: ciò aumenta le perplessità in ordine alla natura pubblicistica di enti che, svolgendo attività al confine con attività compiute sostanzialmente nell'interesse di soggetti privati, come gli enti pubblici associativi (che presuppongono un corpo sociale sottostante che determina direttamente o tramite rappresentanti una serie di decisioni riguardanti l'attività dell'ente), sembrano espressione piuttosto del principio di sussidiarietà orizzontale.

Tornando al criterio della doverosità, va ricordato che esso è criticato da una parte della dottrina civilistica, la quale obietta al riguardo che l'indisponibilità della propria esistenza caratterizzerebbe non soltanto le figure soggettive pubbliche, ma anche le figure soggettive private, come le fondazioni (Ibba, 1992: 346, nota 478; Galgano, 1969: 112, nota 4).

Siffatta tesi, tuttavia, non può essere condivisa perché la necessaria esistenza degli enti pubblici deriva da una decisione politica (assunta da un ente territoriale e trasfuso in un atto normativo), e non da un atto di autonomia privata, come nel caso delle fondazioni (Grüner, 2009: 51). Come si è visto, infatti, coesistente alla natura pubblica è non solo il criterio della necessaria esistenza, ma anche il rapporto con l'ente territoriale (che decide, in modo diretto o indiretto, sull'esistenza dell'ente).

Anche una parte della dottrina amministrativistica (Goisis, 2014: 414) sminuisce l'indice della doverosità osservando che esso trova delle eccezioni, come dimostrato dalla normativa che consente alle Università pubbliche di deliberare la propria trasformazione in fondazioni di diritto privato (art. 16, d.l. 25.6.2008, n. 112, conv. in l. 6.8.2008, n. 133).

A ben vedere, però, la normativa sulle Università non sembra rappresentare una vera e propria eccezione, dal momento che è pur sempre una legge che fonda la possibilità di trasformare un soggetto pubblico in un soggetto privato. Rimane fermo quindi il principio secondo cui senza una norma di legge che gli attribuisca il relativo potere, all'ente pubblico sono sottratte le decisioni sulla propria esistenza.

Guardando allo scopo perseguito, occorre segnalare una suggestiva tesi che è stata avanzata da una recente dottrina (Goisis, 2014: 416), la quale, muovendo dal principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale, afferma che non sono pubblici tutti i fini generali, ma sono tali solo quelli che esclusivamente gli enti pubblici possono gestire o perlomeno possono gestire bene, e ciò anche sul piano dell'efficienza economica. Viene individuato così come criterio principale di riconoscimento della pubblicità di un ente un criterio teleologico: sono pubbli-

ci quegli enti che perseguono un fine qualificabile come giuridicamente pubblico per via dell'inadeguatezza a svolgerlo da parte di figure private.

Tale tesi, pur essendo particolarmente interessante, finisce col spostare l'attenzione dalla natura dell'ente ai fini da questo perseguiti: per cui il problema a questo punto sarà quello – di non poco momento – di individuare quali siano quei fini generali che possono essere perseguiti solo da un soggetto pubblico e non anche da un soggetto privato. È evidente che la risposta a tale interrogativo è rimessa ad una valutazione soggettiva, non sussistendo criteri oggettivi per stabilire con certezza, in tutti i casi, soprattutto in quelli di confine, che una determinata funzione possa essere svolta unicamente da soggetti pubblici e non anche da soggetti privati. Senza dire poi che, a rigore, l'art. 118 Cost. si limita a favorire la presenza privata, ma non impone di diminuire la presenza pubblica, per cui ci potrebbero essere fattispecie in cui il pubblico è chiamato ad esercitare una determinata attività, in ipotesi realizzabile anche da un soggetto privato, per mancanza di una figura soggettiva privata che liberamente assuma su di sé il perseguimento di quella specifica finalità generale.

Va riconosciuto, tuttavia, che vi sono alcune attività che possono essere oggettivamente svolte solo da soggetti pubblici e non anche da privati, così come, al contrario, vi sono realtà che non sono pubblicizzabili e che devono perciò essere realizzate esclusivamente da soggetti privati in un regime di piena libertà ed autonomia.

Così, ad esempio, l'art. 38 Cost. riconosce la libertà ai privati di svolgere attività assistenziali, con la conseguenza che non si possono rendere pubbliche attività non economiche dei privati¹².

5. (segue) La mancanza dello scopo di lucro

Una parte della dottrina sottolinea poi la rilevanza della mancanza dello scopo di lucro quale indice rivelatore della pubblicità di un ente (Goisis, 2014: 420).

L'importanza di questo elemento – invero dibattuta in letteratura (Grüner, 2009: 34; Santini, 1973: 151 sgg.) – sembra essere confermata anche dalla nozione di pubblica amministrazione rilevante ai fini della determinazione del conto consolidato del settore pubblico, richiamata dalle norme del diritto europeo (ed utilizzata ai fini del primo comma del novellato art. 97 Cost.), secondo cui il Settore delle amministrazioni pubbliche «è costituito dalle unità istituzionali che agiscono da produttori di beni e servizi non destinabili alla vendita, la cui produzione è destinata a consumi collettivi e individuali e sono finanziate da versamenti obbligatori effettuati da unità appartenenti ad altri settori, nonché dalle unità istituzionali la cui funzione principale consiste nella redistribuzione del reddito della ricchezza del paese» (par. 2.111 del SEC 2010). A dimostrar-

zione della rilevanza della mancanza di scopo di lucro, il SEC 2010 precisa che le «società o quasi-società» sono inserite nel settore delle amministrazioni pubbliche «a condizione che la loro produzione consista prevalentemente in beni e servizi non destinabili alla vendita ed esse siano controllate da un'amministrazione pubblica», aggiungendo che possono essere inserite nell'elenco (predisposto nel nostro ordinamento, come s'è visto, dall'ISTAT), «le istituzioni senza scopo di lucro riconosciute come entità giuridiche indipendenti che agiscono da produttori di beni e servizi non destinabili alla vendita e che sono controllate da amministrazioni pubbliche» (par. 2.112, lett. b e lett. c, del SEC 2010).

Trova così conferma l'idea che per il diritto europeo l'amministrazione pubblica è, in sostanza, l'insieme degli enti che non operano nel mercato (emblematicamente nel regolamento SEC 2010 si distingue il «Settore delle amministrazioni pubbliche» dal «Settore delle imprese»), che fanno affidamento su finanziamenti pubblici diretti o indiretti e che, anche per questo, sono controllati da soggetti pubblici (Lottini, 2010: 2).

Lo scopo di lucro riveste un'importanza particolare anche nel determinare la natura delle società pubbliche: infatti, se si valorizza tale indice si dovrebbe arrivare ad affermare la natura privatistica di dette società, essendo lo scopo di lucro di cui all'art. 2247 c.c. incompatibile con finalità altruistico-generaliste, a meno che non si tratti di società particolari assegnatarie *ex lege* di uno scopo non lucrativo ovvero si faccia riferimento ad una prospettiva funzionale-sostanziale secondo cui anche società formalmente lucrative possono perseguire interessi pubblici e quindi essere sottoposte ad un regime pubblicistico (così Goisis, 2013: 41 sgg.)¹³.

Va ricordato, tuttavia, che una parte della dottrina mette in evidenza la neutralità della forma societaria sul piano delle qualificazioni (Renna, 1997: 24; Grüner, 2009: 30 sgg.; Pizza, 2007: 649 sgg.; *contra*; Scoca, 2005: 239 sgg.; Goisis, 2014: 421).

Com'è noto, la natura delle società pubbliche costituisce un tema molto dibattuto in dottrina e in giurisprudenza, che in questo scritto, per ovvie ragioni di spazio, non può essere affrontato.

Qui ci limitiamo a ricordare che i recenti arresti della giurisprudenza fanno rientrare nella nozione di amministrazione pubblica le società *in house*¹⁴. La giurisprudenza afferma infatti che tali società, in virtù del controllo analogo da parte dell'ente pubblico e la sottoposizione degli organi sociali a relazioni di tipo gerarchico con la p.a. socio privato, perdono sostanzialmente la loro identità di soggetto giuridico e si trasformano in una sorta di azienda-organo della p.a.: così che se la società, nei fatti, si riduce ad un organo della p.a., la stessa dev'essere gioco-forza considerata pubblica, con la conseguenza, ad esempio, che il danno arrecato al patrimonio della società, che diventa patrimonio anche della p.a.-socio, è un danno erariale (in questa direzione v. oggi l'art. 12 del d.lgs. n. 175 del 2016)¹⁵.

Un ulteriore corollario di siffatta tesi è che tali società, al pari di tutti i soggetti pubblici, non dovrebbero essere soggette al fallimento, dal momento che, com'è noto, l'art. 1 della legge fallimentare non estende l'applicabilità delle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo agli enti pubblici (Mazzamuto, 2014: 550 sgg.; Giulietti, 2014). Inoltre, se si considerano queste società un organo della p.a., ne dovrebbe seguire che il patrimonio della società e quello dell'ente sono destinati a confondersi ed i creditori della società dovrebbero poter aggredire direttamente il patrimonio dell'amministrazione (Cintioli, 2014: 16; Giulietti, 2014)¹⁶. Bisogna tuttavia verificare se la tesi della società *in house* quale articolazione della p.a. socia sia conforme con le nuove direttive europee (dir. 2014/23/UE e dir. 2014/24/UE), le quali sembrano invece porre il rapporto tra i due soggetti in termini contrattuali e di alterità (Bartolini, 2014: 1995 sgg.).

Di recente, poi, il decreto legislativo n. 175 del 2016, in materia di società a partecipazione pubblica (di attuazione dell'art. 18 della l. n. 124/2015), chiarisce che le amministrazioni pubbliche non possono svolgere attività di impresa, aggiungendo che le stesse possono partecipare a società pubbliche solo per perseguire finalità pubbliche.

Segnatamente, nel citato decreto legislativo si prevede che le amministrazioni pubbliche non possono acquisire o mantenere partecipazioni né a costituire società che non siano strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali. Più in particolare, l'art. 4 del citato decreto dispone che le amministrazioni pubbliche potranno costituire società o acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per le seguenti finalità: produzione di un servizio di interesse generale; progettazione e realizzazione di opere pubbliche; realizzazione e gestione di un'opera ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale; gestione di un servizio di interesse generale in partenariato con un privato; autoproduzione di beni o servizi che siano strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti; per servizi di committenza apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici.

Anche quest'ultima normativa va quindi nella direzione di indicare un'incompatibilità tra la natura pubblica di un soggetto ed il perseguimento di uno scopo di lucro: dalla lettura del predetto decreto emerge, infatti, chiaramente che, tranne alcune rilevanti eccezioni, lo strumento societario non serve per svolgere attività di impresa a vocazione puramente commerciale (Cerulli Irelli, 2016; Luciani, 2016).

6. *Le conseguenze della pubblicità di un ente*

Un ultimo aspetto da affrontare è quello delle conseguenze della pubblicità di un ente.

Autorevole dottrina da tempo sostiene che «dire che un ente è pubblico non ha importanza operativa bensì un significato meramente conoscitivo» (Cassese, 1962: 88). Tuttavia, la nozione di ente pubblico non avrebbe nessuna utilità se fosse «derubricata a mera ed irrilevante etichetta formale» (Goisis, 2014: 428).

Chiaramente è difficile individuare un regime giuridico generale automaticamente applicabile agli enti aventi natura pubblica.

Per questo c'è chi ha avanzato la tesi di verificare caso per caso quali norme siano applicabili ai soggetti pubblici e ai soggetti privati che svolgono funzioni pubblicistiche, sulla base delle finalità perseguite e degli interessi tutelati (Napolitano, 2006: 2230).

Sarebbe utile ricercare però delle regole generali, adottando anche in questo caso un metodo teso ad individuare un possibile contenuto minimo che possa ritenersi applicabile a tutte le figure soggettive qualificate come pubbliche.

Già si è detto che in linea di massima agli enti pubblici la disciplina pubblicistica si applica nella sua totalità (anche tenendo conto di quanto disposto dall'art. 11 c.c.), mentre ai soggetti privati essa si estende spesso per principi e solo per una parte.

È possibile ricavare quindi una regola generale secondo cui agli enti pubblici – a differenza degli enti privati – si estende in toto il regime amministrativo, sostanziale e processuale, ad eccezione delle deroghe espresse individuate dal legislatore. Sono chiaramente da escludere dall'applicazione di questa regola generale gli enti pubblici economici, i quali operano, com'è noto, in prevalenza con strumenti di diritto comune. Tale esclusione, peraltro, non ridimensiona l'importanza della regola testé proposta, considerato che gli enti pubblici economici sono ormai da considerarsi una categoria in via di estinzione.

La circostanza poi che alcune norme di diritto pubblico si applicano soltanto a taluni enti pubblici e non ad altri, non rappresenta un elemento in grado di inficiare la regola generale, dal momento che le disposizioni speciali non dovrebbero entrare a far parte del regime pubblicistico.

Anche il fatto che diverse norme di diritto pubblico – come quelle relative ai principi procedurali, alle regole di evidenza pubblica, e così via – si estendono ai soggetti privati che svolgono funzioni pubblicistiche, non può portare a confutare l'esistenza di un regime speciale che si applica agli enti aventi natura pubblica: semplicemente si deve prendere atto che alcune norme di questo regime non riguardano esclusivamente gli enti pubblici ma anche i soggetti privati (in particolare quando svolgono funzioni pubblicistiche).

In sostanza, sebbene sussistano numerose norme di diritto pubblico che estendono la loro efficacia anche all'attività di figure soggettive private e altre che limitano la propria sfera di applicazione ad una parte di enti pubblici, non si può negare l'esistenza di un regime speciale connesso alla qualificazione pub-

blica degli enti che è per alcuni versi di privilegio e per altri di sfavore rispetto al diritto comune: *status* pubblicistico che rende ancora attuale la nozione di ente pubblico (Rossi, 1991: 215 sgg.).

L'esistenza di un regime speciale degli enti pubblici (non economici) si deduce da numerose disposizioni di legge: è il caso, per fare un esempio, dell'art. 2, c. 1, del d.lgs. 28.9.2012, n. 178, che, nel riordinare l'ente strumentale della Croce rossa italiana, espressamente dispone che ad esso «si applicano le disposizioni vigenti per gli enti pubblici non economici», dando così per scontato che esista uno statuto di questi enti. Ciò conferma che agli enti pubblici si applicano tutte le norme di diritto pubblico (ovviamente quelle compatibili con l'ente), salvo le deroghe espressamente previste dal legislatore.

Così come, al contrario, agli enti privati si applica di regola il regime privatistico, come dimostrato dall'art. 4, c. 13, del d.l. 6.7.2012, n. 95 (conv. con l. 7.8.2012, n. 135), il quale, nel rigettare l'idea di una pubblicizzazione delle società pubbliche, statuisce che «le disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali». Anche il decreto legislativo n. 175 del 2016 di attuazione dell'art. 18 della l. n. 124/2015 contiene una norma che va in questa direzione, disponendo, all'art. 1, c. 3, che «Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato». Come osservato dal Consiglio di Stato nel parere n. 968 del 21.4.2016, il principio affermato – che riprende quanto già contenuto, sia pure in ambito più circoscritto, dall'art. 4, c. 13, del d.l. n. 95/2012 – è quello di assegnare all'intervento di regolazione una valenza prettamente privatistica, con applicazione generale delle disposizioni contenute nel codice civile, salvo 'deroghe' di rilevanza privata o pubblica poste dal decreto stesso.

Quali siano poi in concreto le disposizioni che formano il regime speciale applicabile agli enti pubblici è un compito che esula dai limiti della presente trattazione: il quadro delle norme pubblicistiche riferibili alle amministrazioni pubbliche è troppo imponente e difficilmente sintetizzabile per poter essere affrontato in questa sede.

Qui ci si può limitare ad osservare che, in linea di massima, gli enti pubblici possono emanare provvedimenti che hanno efficacia sul piano dell'ordinamento generale impugnabili davanti al giudice amministrativo (e quindi esclusivamente tali enti hanno la potestà di autotutela); quando hanno azioni presso società per azioni sono sottoposti ad una disciplina peculiare; alcuni loro beni sono regolamentati da un regime speciale; sono sottoposti a particolari regole

di contabilità pubblica e, oggi, alla disciplina posta a tutela della sostenibilità finanziaria (che si estende però, come s'è visto, anche ai soggetti privati inclusi nell'elenco predisposto dall'ISTAT); sono tenuti al rispetto delle norme di diritto pubblico (come del resto in parte anche i soggetti privati che svolgono funzioni pubblicistiche); a differenza di tutte le persone giuridiche di diritto privato, agli enti pubblici non economici non si applicano le norme sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche *ex d.lgs. 8.6.2001, n. 231*; le persone legate da un rapporto di servizio con gli enti pubblici sono soggette ad un particolare regime di responsabilità penale, civile ed amministrativa; e così via (Casetta, 2014: 91).

Ma la più importante conseguenza della qualificazione di un ente come pubblico – che è poi l'indice principale della sua pubblicità – risiede nella circostanza che la sua costituzione, modificazione, fusione ed estinzione, non è libera, bensì, come si è già detto, dipende dalla legge o da provvedimenti amministrativi emanati da altri enti pubblici ai quali il legislatore attribuisce il relativo potere.

L'indisponibilità di disporre della propria esistenza e della propria organizzazione, corollario della riserva di legge in questo settore, è un profilo che caratterizza gli enti pubblici, essendo incompatibile con la natura privata di un ente, la cui autonomia, seppure possa essere in parte limitata dalla legge, rimane un elemento imprescindibile: gli enti privati infatti vivono, si organizzano e si estinguono per volontà di privati, e non per decisione del legislatore o di altri enti pubblici.

In conclusione, è vero che le differenze tra gli enti pubblici e i soggetti privati si sono attenuate, soprattutto perché a questi ultimi si applicano svariate previsioni tipicamente pubblicistiche, ma le diversità su aspetti non marginali permangono, il che rende tutt'altro che evanescente la nozione di ente pubblico (Rossi, 1991: 221-222). Rimane valido pertanto l'ammonimento di illustre dottrina secondo cui alla nozione di ente pubblico «non può rifiutarsi, almeno fino a prova in contrario, un proprio significato e propri effetti» (Miele, 1987: 367).

La qualificazione di un ente come pubblico può rivelarsi utile, in particolare, per colmare le eventuali lacune legislative in ordine alla disciplina ad esso applicabile. È chiaro infatti che quando il legislatore prevede nel dettaglio le regole riferibili ad uno specifico ente, il problema qualificatorio si svuota di concretezza: a quella determinata figura soggettiva si applicheranno le norme dettate dal legislatore, salvo il caso di eventuali questioni di legittimità costituzionale o di contrasto con altre previsioni normative, che dovrebbero essere oggetto di attenta interpretazione. Qualora però ci siano degli aspetti non normati, ecco che l'individuazione della natura dell'ente diventa fondamentale per capire se allo stesso debba estendersi (per la parte non disciplinata) il regime pubblicistico o quello privatistico.

È evidente però che fino a quando il legislatore complicherà il quadro facendo ricorso a formule organizzative che si trovano sempre più sulla linea di confine tra 'pubblico' e 'privato', continuerà ad ingenerare confusione rendendo il lavoro dell'interprete arduo ed incerto.

Note

- ¹ C. cost., 7.4.1988, n. 396.
- ² Nella testé citata sentenza n. 396/1988.
- ³ C. cost., 21.4.2011, n. 153; con riferimento alla Biennale di Venezia si veda C. cost., 15.2.2000, n. 59; nello stesso senso si segnala anche C. cost., 19.12.2003, n. 363; per la qualificazione di società strumentali *in house* in mano pubblica regionale come enti pubblici regionali ai fini del riparto delle competenze legislative, v. C. cost., 23.7.2013, n. 229.
- ⁴ C. cost., 1.02.2006, n. 29. Sul punto si veda oggi lo schema di decreto sulle società pubbliche, che impone per tali società il rispetto delle regole del diritto pubblico: il Consiglio di Stato, tuttavia, nel parere n. 968/2016, ha rilevato come sia necessario chiarire quale sia l'ambito applicativo delle regole pubbliche che devono essere rispettate nella selezione del personale, con particolare riferimento alla posizione delle società *in house* e delle società strumentali.
- ⁵ Cass., S.U., 25.11.2013, n. 26283.
- ⁶ Così, di recente, C. conti, S.R. in speciale composizione, 13.5.2015, n. 17/2015/RIS.
- ⁷ C. EDU, 1.3.2005, *Wos c. Polonia*, ricorso n. 22860/02, par. 73.
- ⁸ C. EDU, 9.12.1994, *I santi monasteri c. Grecia*, ricorsi n. 13092/87 e 13984/88.
- ⁹ Si veda, ad esempio, Cass., sez. I, 26.7.2007, n. 16600, e, più di recente, Cass., S.U., 9.7.2014, n. 15594.
- ¹⁰ A titolo meramente indicativo si segnalano Cass., S.U., 12.3.2008, n. 6534; Cons. St., sez. III, 11.6.2010, n. 139; C. cost., 24.10.2005, n. 405, che denomina gli ordini professionali come enti pubblici ad appartenenza necessaria.
- ¹¹ C. cost., 29.9.2003, nn. 300 e 301.
- ¹² Sul caso delle I.p.a.b. si veda C. cost., 7.4.1988, n. 396; con riguardo alle Comunità israelitiche, si segnala C. cost., 25.5.1990, n. 259.
- ¹³ Sull'implicito riconoscimento della natura pubblica di Ferrovie dello Stato s.p.a. per mancanza di una causa lucrativa si veda Cons. St., sez. VI, 20.5.1995, n. 498 (con nota critica di Police, 1996: 158 sgg.).
- ¹⁴ Il riferimento è alla nota sentenza Cass., S.U., 25.11.2013, n. 26283, secondo cui le società *in house* hanno della società solo la forma esteriore ma costituiscono in realtà delle articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano e non dei soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi. Nello stesso senso la giurisprudenza successiva, si veda, ad esempio, Cass., S.U., 9.7.2014, n. 15594.
- ¹⁵ Cass., S.U., n. 26283/2013.
- ¹⁶ Su tali questioni il dibattito giurisprudenziale è acceso: ritengono che le società *in house*, come tutte le società pubbliche, siano soggette alle procedure fallimentari, Trib. Modena, 10.1.2014; Trib. Pescara, 14.1.2014; equiparano invece le società *in house* agli enti pubblici ritenendole pertanto esenti dal fallimento Trib. Napoli, 9.1.2014; Trib. Verona, 19.12.2013.

Riferimenti bibliografici

- Bartolini A. 2014, *La società in house perde il corporate veil: un ritorno all'organo impresa*, in *Giur. it.*: 1995 sgg.
- Casetta E. 2014, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. Fracchia (XVI ed.), Giuffrè, Milano.
- Casetta E., Foà S. 2000, *Pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg., I: 436 sgg.
- Cassese S. 1962, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Edizioni di comunità, Milano.
- Catelani A. 1976, *Gli ordini e i collegi professionali nel diritto pubblico*, Giuffrè, Milano.
- 2001, *La distinzione fra enti pubblici e privati e le caratteristiche giuridiche della pubblica amministrazione*, in *Rass. parl.*: 883 sgg.
- Cerulli Irelli V. 1977, *Problemi della individuazione delle persone giuridiche pubbliche dopo la legge sul parastato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 626 e ss.
- 1994, «Ente pubblico»: problemi di identificazione e disciplina applicabile, in V. Cerulli Irelli, G. Morbidelli (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Giappichelli, Torino: 84 sgg.
- 2003, *Autonomie funzionali e Camere di Commercio*, Relazione al Convegno di Unioncamere Toscana, 16 giugno 2003, Unioncamere, Roma (anche in <<http://www.astrid-online.it>>).
- 2016, *Relazione introduttiva* al Convegno su *La riforma della pubblica amministrazione*, Università di Teramo, 15 aprile 2016.
- Cerulli Irelli V., Morbidelli G. (a cura di) 1994, *Ente pubblico ed enti pubblici*, Giappichelli, Torino.
- Cintioli F. 2014, *Società in mano pubblica, interesse sociale e nuove qualificazioni della giurisprudenza*, in <<http://www.giustamm.it>>.
- De Leonardis F. 2000, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Giuffrè, Milano.
- Del Gatto S. 2013, *Sistema «Sec 95» ed elenco Istat. Sull'incerto confine della sfera pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*: 960 sgg.
- della Cananea G. 2003, *L'ordinamento delle professioni*, in S. Cassese (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, Giuffrè, Milano, II: 1175.
- Di Lullo M. 2013, *Soggetti privati «pubbliche amministrazioni» ai sensi delle norme di contabilità e finanza pubblica*, in *Foro amm. C.d.S.*: 3579 sgg.
- Ferrara L. 1990, *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.*: 446 sgg.
- 2006, *Il diritto amministrativo (e in particolare l'ente pubblico) sull'onda di Giampaolo Rossi*, in *Dir. soc.*: 311 sgg.
- 2011, *Note critiche sulla natura giuridica degli ordini professionali*, in *Dir. amm.*: 361 sgg.

- Franchini C. 2003, *L'organizzazione*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Giuffrè, Milano, I: 300 sgg.
- 2007, *Enti pubblici*, in *Il diritto-Enc. giur.*, Giuffrè, Milano, VI: 48 sgg.
- Galgano F. 1969, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli e Foro italiano, Bologna-Roma: 112.
- Giannini M.S. 1940a, *Rilievi intorno alle persone giuridiche pubbliche*, in *Stato e diritto*: 7.
- 1940b, *Persone giuridiche pubbliche e private*, in *Stato e diritto*: 128 sgg.
- 1974, *Il problema dell'assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell'attuale momento*, in *Riordinamento degli enti pubblici e funzioni delle loro avventure*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli: 23 sgg.
- Giulietti W. 2014, *Fallibilità, situazione debitoria e responsabilità amministrativa nelle società pubbliche*, in <<http://www.giustamm.it>>.
- Goisis F. 2013, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir. economia*: 41 sgg.
- 2014, *Ente pubblico*, in *Enc. dir., Annali*, Giuffrè, Milano, VII: 411 sgg.
- Grüner G. 2009, *Enti pubblici a struttura di S.p.a. Contributo allo studio delle società «legali» in mano pubblica di rilievo internazionale*, Giappichelli, Torino.
- Ibba C. 1992, *Le società «legali»*, Giappichelli, Torino, 1992.
- Levi L.R. 1951, *La persona giuridica pubblica. Concetto ed elementi distintivi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 588 sgg.
- Lottini M. 2010, *Il mercato europeo. Profili pubblicistici*, Jovene, Napoli, 2010.
- Luciani F. 2012, «Pubblico» e «privato» nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria, in *Riv. dir. comm.*: 719 sgg.
- 2016, *Le società a partecipazione pubblica e i servizi pubblici locali di interesse economico generale*, Relazione al Convegno su *La riforma della pubblica amministrazione*, Università di Teramo, 15 aprile 2016.
- Marzuoli C. 1982, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano.
- Mazzamuto M. 2014, *Fallibilità o meno delle società in house tra diritto privato e diritto pubblico, garanzia statale dei debiti degli enti pubblici (CEDU) e divieto di aiuti statali (UE)*, in *Dir. ec.*: 550 sgg.
- Melis G. 1996, *Storia dell'amministrazione italiana 1861-1993*, il Mulino, Bologna.
- Menotti De Francesco G. 1968, *Persona giuridica (diritto privato e pubblico)*, in *Nss. Dig. it.*, Utet, Torino, XII: 1042.
- Merusi F. 2004, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*: 447 sgg.
- 2015, *Divagazioni su di una pretesa nuova dogmatica del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 23.
- Miele G. 1987, *La distinzione fra ente pubblico e ente privato*, in *Scritti giuridici*, I, Giuffrè, Milano: 408 sgg.

- Morbidelli G. 2011, *Le attività delle fondazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in G. Cerrina Feroni (a cura di), *Fondazioni e banche*, Giappichelli, Torino: 1 sgg.
- Napolitano G. 2003a, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- 2003b, *Soggetti privati «enti pubblici?»*, in *Dir. amm.*: 801 sgg.
- 2005, *Gli enti pubblici tra disegni di riforme e nuove epifanie*, in G. Vesperini (a cura di), *La riforma dell'Amministrazione centrale*, Giuffrè, Milano: 51 sgg.
- 2006, *Enti pubblici*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, III: 2223 sgg.
- Nigro M. 1977, *Sulla natura giuridica della Rai*, in *Cons. Stato*: 797.
- Ottaviano V. 1959, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Cedam, Padova.
- 1965, *Ente pubblico*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, XIV: 963 sgg.
- Pizza P. 2007, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Giuffrè, Milano.
- Police A. 1996, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni «di diritto speciale»: problemi di giurisdizione*, in *Dir. amm.*: 158 sgg.
- 2015, *La giurisdizione: le competenze delle Sezioni Riunite in speciale composizione*, Relazione al Convegno in memoria di Massimo Vari dal titolo *La Corte dei conti fra controllo e giurisdizione: quale futuro in Europa?*, Roma, 1 luglio 2015.
- Renna M. 1997, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle S.p.A. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Giappichelli, Torino.
- Rossi G. 1979, *Enti pubblici associativi*, Jovene, Napoli.
- 1989, *Ente pubblico*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, XII: 1 sgg.
- 1991, *Gli enti pubblici*, il Mulino, Bologna.
- Santini G. 1973, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*: 151 sgg.
- Scoca F.G. 2005, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. ec.*: 239 sgg.
- 2014, *La pubblica amministrazione e la sua evoluzione*, in Id. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino: 66 sgg.
- Sorace D. 2010, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, il Mulino, Bologna.
- Torano V. 2013, *Contributo sulla definizione di «pubblica amministrazione» rilevante per l'applicazione delle disposizioni in tema di finanza pubblica*, in *Foro amm. C.d.S.*: 1051 sgg.
- Ursi R. 2012, *Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali*, Editoriale scientifica, Napoli.

LA RIFORMA DELLE PROVINCE E LE FORME DI COOPERAZIONE TRA I COMUNI

Letterio Donato

SOMMARIO – 1. Le Province nel quadro evolutivo dell'ordinamento degli Enti locali (centralismo, policentrismo, federalismo). 2. La c.d. 'riforma Delrio' (legge 7 aprile 2014 n. 56): l'abolizione delle Province in funzione del contenimento della spesa pubblica. 3. Profili organizzativi del nuovo ente territoriale intermedio. 4. Lo svuotamento delle competenze provinciali e la definizione di quelle attribuite alle Città metropolitane. 5. Le Città metropolitane quale nuovo livello intermedio, tra autonomia e 'neo centralismo' comunale. 6. Gli incentivi alla cooperazione con i Comuni attraverso un nuovo modello organizzativo.

1. Le Province nel quadro evolutivo dell'ordinamento degli Enti locali (centralismo, policentrismo, federalismo)

La Provincia rappresenta l'ente locale più frequentemente messo in discussione della storia istituzionale italiana. Più volte, infatti, sin dai lavori dell'assemblea costituente, il dibattito politico e giuridico circa l'utilità del livello territoriale provinciale ha trovato fautori a favore o contrari, seppure, al fondo, le Province sembrano avere catalizzato, per ragioni diverse e talora opposte, le perplessità della dottrina autonomista come di quella centralista (Martines, 1984: 879; Vesperini, 2012: 272; Fabrizi, 2008: 3 sgg). In un certo qual modo, l'atteggiamento di diffidenza che ha investito il senso e le ragioni della articolazione territoriale locale intermedia è stato 'trasversale', rimanendo tiepidi gli autonomisti sul valore 'identitario' del livello provinciale (ed anzi censurandolo perché calibrato, più che sulle vocazioni territoriali, su ambiti di competenza disegnati 'a tavolino', cui corrispondeva il livello prefettizio) e contrari i fautori del centralismo, vedendo in tale livello, un inutile interlocutore ulteriore, essendo sufficiente, a tal fine, l'istituzione comunale.

Il nostro ordinamento conosce le Province sin dal decreto Rattazzi¹ che tra le articolazioni del regno sabauda le annoverava espressamente.

Queste vengono riprese nella legge di unificazione del regno, che introduce alcune novità riguardanti proprio il ruolo delle Province, pur rimanendo ferma la duplicità caratteristica dell'ente, ad un tempo, circoscrizione governativa ed ente morale (Vesperini, 1999: 14; Amorth, 1968: 18).

A dimostrazione, tuttavia, dell'atteggiamento poco convinto sul piano della differenziazione dei ruoli (atteggiamento che è alla base della mancata valorizza-

zione del livello provinciale anche nella Costituzione repubblicana (Renna, 2006: 1), nella legge di unificazione, comuni e Province sono rette da principi analoghi quanto all'organizzazione, le funzioni, il personale, la finanza ed i controlli, consistendo tratto caratteristico dell'ente provinciale l'essere chiamato allo svolgimento di taluni compiti serventi rispetto allo Stato (Vesperini, 1999: 13 sgg.).

La legge di unificazione delle funzioni amministrative l. 20.3.1865, n. 2248 all. A, perciò, si limita a 'sovrapporre' questi due livelli territoriali contigui in termini di riconoscimento dell'autonomia, inserendo, però, tra gli organi della Provincia 'corpo morale' il prefetto e nel contempo, prevedendo per questa l'attribuzione di talune funzioni obbligatorie propriamente statali.

Ne discende una articolazione locale perplessa, giacché il sistema locale che viene a tratteggiarsi è segnato da una complementarietà che si traduce nella mancata diversificazione dei ruoli dei due Enti locali fondamentali e, per certi versi, da una discontinuità tra essi, manifestandosi in modo più marcato il rapporto con l'ente statale della Provincia, che ne costituisce, infatti, il livello privilegiato quanto alla articolazione locale delle funzioni, rispetto al comune.

Cionondimeno, ancorché in un contesto che, soprattutto in epoca postunitaria ed almeno fino all'avvento della Costituzione repubblicana, è di marca spiccatamente centralista, agli Enti locali è affidata una certa libertà d'azione. In particolare, le Province vedono accrescere rispetto a quanto non fosse previsto nel decreto Rattazzi, le proprie competenze ed al pari dei comuni hanno la possibilità di graduare gli interessi da soddisfare individuando spese facoltative cui destinare una parte delle risorse² (Vesperini, 1999: 25; Aimo, 2015: 16).

Fermi restando i limiti alle spese facoltative elaborati dalla giurisprudenza³ (Vesperini, 1999: 64), le Province riescono a ritagliarsi un ruolo significativo che in alcuni casi consente loro di anticipare misure che verranno generalizzate dal legislatore al fine di incentivare lo sviluppo di aree omogenee sovracomunali (si pensi ai consorzi per la realizzazione delle ferrovie⁴, per la produzione dell'energia elettrica) (Aimo, 2015: 41).

I successivi interventi normativi non mutano l'assetto delle Province, la cui autonomia, come del resto quella di tutti gli Enti locali, subisce una seria contrazione durante il periodo fascista⁵ (Aimo, 2015: 8; Aimo, 2007: 59 sgg.).

Con l'avvento della Costituzione repubblicana, ancorché alla Provincia venga riconosciuta natura di ente rappresentativo di una collettività territoriale, continuano a convivere in essa le due anime centralista ed autonomista che da sempre l'avevano caratterizzata (Vesperini, 1999: 113 sgg.).

Più di recente, ad esaltare il ruolo delle Province sono le riforme Bassanini⁶ della prima metà degli anni '90 prima ed il Testo Unico Enti locali⁷ dopo (Spinaci, 2012: 946). Quest'ultimo in particolare attribuisce all'ente intermedio una innovativa funzione di programmazione e coordinamento dei comuni soprattutto

in materia di gestione del territorio, segnando un momento di effettiva diversificazione con il ruolo dei comuni, la cui utilità non può essere sottaciuta (altro discorso riguarda l'effettiva gestione di tali poteri programmatori).

Con la riforma del titolo V della Costituzione ad opera della l. Cost. 18.10.2001, n. 3 vengono meno alcuni istituti di impostazione centralista, con il chiaro intento di assecondare – non senza contraddizioni (Cassese, 2001: 1193) – una ritrovata impostazione regionalistica e autonomistica ormai presente sulla scena da alcuni anni e che l'attuazione del principio di sussidiarietà aveva reso ineludibile.

Il ruolo centrale dell'ente intermedio quale ente di governo di area vasta si consolida, infine, con il riconoscimento costituzionale della Provincia rafforzato dall'abrogazione dei tradizionali controlli sugli atti amministrativi e dall'autonomia statutaria e regolamentare riconosciuta dall'art. 117 VI comma della Costituzione (Ruggeri, 2003: 104 sgg.; De Angelis, 2010).

2. La c.d. 'riforma Delrio' (legge 7 aprile 2014 n. 56): l'abolizione delle Province in funzione del contenimento della spesa pubblica

Il sistema, che tentava di emancipare anche economicamente gli Enti locali dai trasferimenti operati dallo Stato, si è poi rivelato purtroppo fallimentare, sollecitando più volte interventi straordinari da parte del governo centrale volti ad appianare – per quanto possibile – i disastri finanziari imputabili ad una gestione poco avveduta delle risorse conferite.

Il mutato contesto sociale ed economico degli ultimi anni, le esigenze di bilancio e la spinta mediatica verso una contrazione dei costi della politica e dell'apparato burocratico, hanno così riportato d'attualità il tema 'carsico' circa l'utilità delle Province, facendo sì che di esse se ne proponesse addirittura l'abolizione (ancorché in presenza di un testo costituzionale che le contempla).

Con la recente l. 7.4.2014, n. 56, dunque, dopo alcuni tentativi infruttuosi, procedendo per approssimazione, il legislatore è intervenuto nuovamente sulla materia degli Enti locali, disciplinando Città metropolitane, Province ed unioni di Comuni.

A differenza dei primi due tentativi di riforma contenuti nella decreto c.d. 'salva Italia'⁸ (Fabrizi, 2011: 1 sgg.; Vesperini, 2012: 273) e, con modifiche sostanziali, nella *spending review*⁹, il legislatore ha (ri)disciplinato gli Enti locali intermedi, non preoccupandosi esclusivamente di realizzare un immediato risparmio per le casse dello Stato (aspetto che, però, è tutt'altro che assente) (Follieri, 2013; Manganaro, 2014), ma proponendosi di riservare uno spazio all'ente intermedio 'adeguato' al dettato del 'nuovo' art. 118 della Costituzione posto dalla riforma del 2001 (Pica, 2014: 704; Forte, 2011: 19 sgg.).

Dalla lettura complessiva della riforma emerge, invero, un quadro assai composito e comunque non sempre chiaro, dal quale non discende l'abolizione *tout court* delle Province, a Costituzione invariata.

Invero, le esigenze di bilancio e l'espressa precisazione normativa¹⁰ secondo la quale gli enti intermedi di area vasta non costituiscono ambito territoriale obbligatorio e necessario per l'organizzazione della p.a., lasciano aperta la possibilità che si proceda alla soppressione dell'ente territoriale intermedio.

L'idea di fondo sembra essere infatti quella di una possibile separazione tra l'attribuzione di funzioni di area vasta e la necessaria istituzione di un ente territoriale cui sia attribuita la responsabilità politica dell'esercizio di dette funzioni.

3. *Profili organizzativi del nuovo ente territoriale intermedio*

La l. n. 56/2014 disciplina le Città metropolitane e le Province quali enti di area vasta la cui convivenza all'interno del medesimo territorio è logicamente preclusa, pur essendo essi fatalmente destinati a coesistere all'interno del territorio nazionale almeno per qualche tempo.

In tal senso milita il comma 6 dell'art. 1 l. n. 56/2014 lì dove espressamente consente ai comuni, ivi compresi quelli capoluogo di Province limitrofe, di aderire alla città metropolitana attraverso l'attivazione del procedimento di cui all'art. 133 Cost. Una conferma circa la 'persistenza' delle Province si ha, da ultimo, dalle leggi regionali¹¹ di recepimento ed attuazione della legge c.d. 'Delrio': tali testi normativi, infatti, pur ridimensionandone il ruolo in linea con il dettato normativo nazionale, affiancano alla città metropolitana le Province quale ente intermedio di riferimento.

La riforma apre ad un complessivo riassetto dei livelli di governo locale anche sotto il profilo della 'territorialità' in senso lato, offrendo l'opportunità ai comuni che insistono in una determinata area geografica di ridisegnare i confini dell'ente intermedio, la cui identità territoriale è stata da sempre, invero, meno marcata di quanto non fosse quella dei singoli comuni.

Nell'idea del legislatore l'elemento della territorialità passa in secondo piano per lasciare il posto ad una spiccata funzionalizzazione dimensionale dell'ente. L'obiettivo è quello di creare un ente di area vasta a 'marcata specializzazione funzionale' che, partendo dai Comuni, sia in grado di individuare in ragione delle specificità del caso, una soglia dimensionale adeguata allo svolgimento di singole funzioni o insiemi di esse, attraverso forme di cooperazione o processi di aggregazione spontanea (Tubertini, 2015: 489).

In questo senso si muovono le disposizioni che consentono la suddivisione del territorio metropolitano in aree omogenee¹² o la frammentazione del comu-

ne capoluogo in più comuni¹³ o ancora – come detto – l’aggregazione di singoli comuni alle Città metropolitane¹⁴.

La c.d. legge Delrio detta una disciplina specifica per le modifiche territoriali che oggi va coordinata con il primo comma dell’art. 133 Cost., la cui abrogazione è stata scongiurata dall’esito del referendum confermativo sulla riforma della costituzione approvata dal Parlamento nell’aprile 2016.

Attraverso l’espunzione di tale norma dal testo costituzionale il legislatore aveva inteso superare le criticità legate alla possibile incompatibilità rispetto alla l. n. 56/2014. Infatti, il comma 6 dell’art. 1 prevede alcune specificazioni ulteriori rispetto al procedimento descritto in Costituzione che, aggravano il peso del parere espresso dalla Regione in merito all’iniziativa di adesione avanzata da un comune e che, in caso di parere negativo ed infruttuoso componimento del dissenso attraverso l’intesa promossa dal Governo, consentono a quest’ultimo una valutazione discrezionale circa la presentazione del disegno di legge di mutamento delle circoscrizioni (Vesperini, 2014: 787) ‘neutralizzando’, così, il dissenso regionale (Poggi, 2014: 2).

Ciò che il testo normativo non specifica è, invece, la procedura da seguire in caso di parere positivo della Regione o di intesa positiva, anche se deve ritenersi che la modifica territoriale della città metropolitana resta sempre subordinata all’approvazione di una legge nazionale. Tale soluzione, che deve essere dedotta dal ruolo consultivo riservato alla Regione, potrebbe comunque ritenersi irrispettosa del riparto di competenze dettato dall’art. 117 Cost. lett. p in base al quale è riservata allo Stato la competenza in tema di «ordinamento, legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni e Città metropolitane; disposizioni di principio sulle forme associative dei Comuni» ma non quella sulla delimitazione territoriale degli Enti locali, la quale però, così come osservato per la competenza ad istituire, mutare e sopprimere le Città metropolitane, deve ritenersi insita nella medesima lett. p (Salerno, 2014: 12).

4. Lo svuotamento delle competenze provinciali e la definizione di quelle attribuite alle Città metropolitane

Il nuovo assetto dell’ente intermedio passa, inoltre, per la ridefinizione delle funzioni affidate alle Province ed alle Città metropolitane oltre che per la concreta normazione di queste ultime.

La ridefinizione delle funzioni provinciali viene attuata, ancora una volta, in chiave funzionale sancendo il superamento del livello intermedio di democrazia locale. Il comma 85 dell’art. 1 l. n. 56/2014 attribuisce alle Province funzioni di pianificazione territoriale e coordinamento, di tutela e valorizzazione dell’ambiente, di pianificazione dei servizi di trasporto, programmazione della

rete scolastica, assistenza tecnico-amministrativa agli Enti locali, gestione dell'edilizia scolastica e controllo dei fenomeni discriminatori in ambito occupazionale.

Alla Provincia sono poi attribuite le funzioni di organizzazione dei servizi di rilevanza economica previsti da disposizioni normative statali e regionali di competenza comunale o provinciale, già affidate alla cura di enti o agenzie che operano in ambito provinciale o sub provinciale. Così facendo il legislatore intende favorire la soppressione di enti ed agenzie, garantendo dei vantaggi fiscali all'ente suppressore.

Si tratta, in estrema sintesi, di attività di supporto ai comuni e di funzioni di area vasta, che per numero e tipologia sono di gran lunga ridimensionate rispetto a quelle attribuite dal T.U.E.L. Dal testo normativo emerge un ente piuttosto debole, destinato a mantenere le poche strutture necessarie a svolgere le funzioni fondamentali ed un ruolo di coordinamento in settori individuati dalla norma.

Tra le altre non si fa più menzione della tutela e valorizzazione delle risorse idriche ed energetiche; della valorizzazione dei beni culturali; della protezione della flora e della fauna parchi e riserve naturali; della caccia e pesca nelle acque interne; dei servizi sanitari, di igiene e profilassi pubblica, la cui attribuzione è oggi rimessa alle scelte del legislatore statale e regionale.

Le Province sono quindi chiamate a svolgere le funzioni fondamentali e quelle che eventualmente dovessero essere loro attribuite dallo Stato o dalle singole Regioni, fermo restando che le eventuali attribuzioni ulteriori devono essere compatibili con la nuova natura delle Province, ed in particolare con la rappresentatività attenuata che ora le caratterizza (Tubertini, 2015: 493).

Alle Città metropolitane, che per legge subentrano nei rapporti delle Province omonime e ne ereditano i confini territoriali, sono attribuite le funzioni fondamentali già conferite a quest'ultime, oltre ad alcune funzioni che sono ritenute dal legislatore strutturalmente idonee ad essere gestite su un'area più estesa come quella della Città metropolitana. Anche in questo caso saranno poi Stato e Regioni ad attribuire ulteriori funzioni che in concreto si dimostrino di 'area vasta'.

In questo contesto alla Città metropolitane sono state attribuite funzioni di indirizzo, coordinamento e supporto dei comuni e delle unioni di comuni che si estrinsecano nell'adozione di atti programmatici generali (es. il piano strategico triennale del territorio; pianificazione territoriale generale, compresa quella delle strutture di comunicazione), nella strutturazione di sistemi coordinati dei servizi pubblici – indispensabili per la razionalizzazione della spesa e la maggiore efficienza del servizio –, nella promozione e nel coordinamento di sistemi di informatizzazione e digitalizzazione integrata.

Tanto per le Città metropolitane che per le Province il legislatore individua un nucleo minimo di competenze fondamentali (invero molto meno consistenti per le seconde), per il resto consentendo al legislatore statale o regionale di in-

dividare le altre competenze da affidare in ossequio ai principi di differenziazione e adeguatezza. Attraverso l'attribuzione di un numero limitato e definito di funzioni, per altro verso in chiave comunitaria, si persegue «l'obiettivo specifico della promozione e gestione integrata dei servizi fondamentali allo sviluppo economico e sociale dell'area stessa come volano di una maggiore integrazione europea» (Poggi, 2014: 1).

Invero, la scelta di fondo operata dal legislatore è stata accolta in modo critico dalla dottrina, che ne ha giustamente sottolineato la portata accentratrice (Salerno, 2015: 7) ed il sostanziale svuotamento delle prerogative del livello intermedio (Furno, 2015: 13).

Tuttavia, non può tacersi il fatto che il margine di discrezionalità che il nuovo sistema di attribuzione delle funzioni reca con sé, risulta essere indispensabile per realizzare il conferimento delle stesse secondo una logica più vicina al dettato dell'art. 118 Cost.

In particolare, la ridefinizione di un nucleo 'minimo' di funzioni fondamentali attribuite agli enti intermedi, avrebbe dovuto comportare la rideterminazione ad opera dello Stato e delle Regioni di quelle che non sono state espressamente attribuite 'in prima battuta' alle Province e che pure a queste appartenevano secondo l'impianto delineato dal T.U.E.L.

La soluzione prescelta dal legislatore, in mancanza di norme transitorie puntuali, ha però determinato non pochi disservizi nell'adempimento da parte dell'ente territoriale di area vasta alle funzioni ordinariamente affidate alla Provincia. Anche la previsione di lasciare presso l'ente che le aveva prima del riordino le funzioni non assegnate espressamente, nelle more dell'individuazione del nuovo ente territoriale competente, non ha sortito l'effetto sperato – ovvero quello di scongiurare trasferimenti privi di mezzi e risorse – traducendosi spesso nell'interruzione della funzione o nella sua seria compromissione per mancanza effettiva di mezzi e risorse.

Sul punto un ruolo affatto marginale è stato ricoperto dalle disposizioni contenute nella l. n. 190 del 23 dicembre 2014, le quali hanno imposto una consistente riduzione della spesa corrente per gli anni 2015 e 2016 e la conseguente riduzione delle dotazioni organiche delle Province (Guizzardi, 2016: 143), finendo così, per incidere sul processo di riordino delle funzioni. Infatti, le Regioni si sono viste costrette a selezionare le funzioni da sottrarre alla competenza provinciale in ragione delle risorse umane disponibili a seguito dei criteri di contrazione della spesa corrente e a quelli di riordino del personale individuati dal legislatore nazionale (Tubertini, 2015: 493).

La scelta legislativa di garantire una maggiore autodeterminazione degli enti territoriali nell'individuazione delle funzioni da affidare agli enti di area vasta si è scontrata con le esigenze concrete di mantenimento del sistema, su cui ha cer-

tamente inciso la mancanza di disposizioni specifiche sull'allocazione delle funzioni e sull'organizzazione delle stesse.

Stato e Regioni chiamati ad individuare le funzioni oggetto di riorganizzazione e le relative competenze in sede di conferenza unificata, hanno concluso l'accordo previsto dalla norma l'11 settembre 2014, rafforzando l'impianto complessivo della riforma¹⁶, atteso l'espresso riconoscimento di una necessaria differenziazione tra Regione e Regione dell'ambito di attribuzione delle funzioni attualmente svolte dalla Province, rientranti nelle competenze regionali.

L'individuazione del livello più adeguato a garantire l'esercizio efficace ed efficiente di una funzione non può del resto considerarsi operazione da condursi in forma astratta e generalizzata e prescindendo dalle specificità dei territori e degli Enti locali coinvolti: ne consegue che in ossequio alla logica sottesa all'art. 118 Cost. viene mantenuta in capo alle Regioni un sufficiente margine di autonomia nell'allocazione delle funzioni amministrative ascrivibili alle materie di propria competenza legislativa (Spinaci, 2012: 957).

Occorre certo segnalare il *favor* espresso dalla norma – in ossequio al dettato costituzionale – per l'attribuzione delle funzioni ai comuni o alle unioni di comuni che, invero, limiterà naturalmente una sostanziosa riallocazione in capo al livello intermedio; tuttavia, appare parimenti corretto affermare che il sistema delineato è astrattamente idoneo a realizzare le opportune forme di cooperazione a geometria variabile auspiccate dalla dottrina (Manganaro, 2014).

5. Le Città metropolitane quale nuovo livello intermedio, tra autonomia e 'neo centralismo' comunale

Tanto per le Province che per le Città metropolitane il legislatore predispose degli strumenti utili a definire attraverso lo statuto, spazi territoriali minimi ed omogenei necessari ad individuare il livello più appropriato per lo svolgimento della funzione.

La scelta è quella di creare un ambito territoriale minimo all'interno dell'ente intermedio così da pianificare l'esercizio delle funzioni in ossequio ad una struttura multilivello, adattabile alle esigenze concrete.

La distribuzione delle competenze all'interno dell'ente di area vasta, così come i rapporti tra questo ed i comuni che ricadono nel territorio dell'ente stesso è rimessa per ampi tratti all'autonomia statutaria, strutturata in modo da consentire «la massima flessibilità delle scelte circa la struttura dell'ente, l'articolazione delle competenze, la previsione delle forme e delle modalità anche organizzative, di raccordo con gli altri livelli di governo» (Pizzetti, 2014a: 20).

In proposito è prevista per le Province la predisposizione statutaria di zone omogenee d'intesa con le Regioni per lo svolgimento di specifiche funzioni.

Tale creazione può, nel caso delle Città metropolitane avvenire anche in assenza di una specifica intesa con la Regione, purché la scelta sia sostenuta da una maggioranza qualificata dei 2/3 del consiglio metropolitano.

Il potere di rappresentanza delle Città metropolitane è affidato al sindaco, che è di diritto quello del comune capoluogo. Il sindaco potrà essere eletto direttamente solo ove la città metropolitana abbia deciso di dotarsi di un particolare modello organizzativo al proprio interno, che comporta l'articolazione del comune capoluogo in più comuni o (in ragione del numero di abitanti) in più zone omogenee, ed abbia altresì nel contempo formalizzato tale scelta nello statuto.

La possibilità che il sindaco metropolitano non sia quello della città capoluogo è così subordinata alla frammentazione dello stesso capoluogo, ipotesi che tutto sommato può essere condivisibile al di là della semplice adozione di un modello organizzativo, traducendosi potenzialmente nella rarefazione dell'identità territoriale comunale.

Proprio la possibilità di superare l'attribuzione *ope legis* della rappresentanza dell'ente di area vasta al sindaco del comune capoluogo attraverso una scelta statutaria è stata determinante nelle valutazioni di legittimità costituzionale operate dal Giudice delle leggi. Detta scelta, peraltro, è stata radicalmente disattesa dal legislatore siciliano, per il quale i principi dettati dalla l. n. 56/2014 in tema di città ed aree metropolitane avrebbero dovuto rappresentare «principi di grande riforma economica e sociale». Quest'ultimo, aggirando ancora una volta il contenuto statutario siciliano, come già accaduto in passato (Agosta, 2015: 320), si è appiattito sulle scelte legislative operate dal legislatore nazionale tranne che per il ruolo di rappresentanza dell'ente di area vasta che non è stato per legge attribuito al sindaco del comune capoluogo.

In ogni caso è evidente come dalla riforma esca sostanzialmente rafforzata la figura del sindaco, investito di un compito di indirizzo e programmatico che va oltre il ruolo di rappresentanza istituzionale ed amministrativa della comunità di appartenenza. I primi cittadini divengono potenziali «snodi di legittimazione democratica degli enti di secondo livello» (Pizzetti, 2014b: 3).

Ciò che caratterizza, in modo ineluttabile le Province, e, salvo il ricorso ad un procedimento piuttosto complesso descritto all'art. 1 comma 22 l. n. 56/2014, anche le Città metropolitane, è l'elezione indiretta degli organi che vengono eletti attraverso un sistema di voto ponderato dai sindaci e dai consiglieri comunali dei comuni appartenenti alla Provincia o alla Città metropolitana.

Tanto l'elezione indiretta degli organi metropolitani che quella degli organi provinciali è stata ritenuta legittima dalla Corte Costituzionale¹⁷, la quale sul punto ha osservato che la natura costituzionalmente necessaria degli enti previsti dall'art. 114 Cost., come «costitutivi della Repubblica», ed il carattere autonomistico ad essi impresso dall'art. 5 Cost. non implicano l'automa-

tica indispensabilità che gli organi di governo di tutti questi enti siano direttamente eletti, al fine di soddisfare i requisiti di rappresentatività e partecipazione è, infatti, sufficiente che vi sia una stretta correlazione tra componente dell'ente territoriale eletto direttamente e componente dell'ente di area vasta (Tubertini, 2015: 490).

L'ineluttabilità dell'elezione indiretta degli organi può, tuttavia, essere superata per la città metropolitana a condizione che vengano rispettate le prescrizioni contenute all'art. 1 comma 22 L. 56/2014.

In particolare, la norma richiede che il Comune capoluogo venga articolato territorialmente in più comuni.

In alternativa, alla costituzione di nuovi comuni, è possibile per le Città metropolitane con popolazione superiore ai tre milioni di abitanti costituire delle zone omogenee, d'intesa con la Regione – salva la possibilità di decidere comunque, aggravando la scelta – purché il comune capoluogo abbia realizzato la ripartizione del proprio territorio in zone dotate di autonomia amministrativa.

La scelta appare in controtendenza con tutto il testo di riforma degli Enti locali, soprattutto lì dove ipotizza per l'istituzione di nuovi comuni senza curarsi degli oneri che un simile scelta è in grado di portare con sé.

La dottrina ha individuato alcune conseguenze legate alla scelta di fondo operata dal legislatore per la formazione degli organi di governo dell'ente di area vasta, prima tra tutte quella legata alla necessità che Città metropolitane e Province agiscano su base consensuale e collaborativa, non avendo l'autorità di compiere scelte politiche autonome rispetto all'indirizzo concordato dai comuni rappresentati (Bin, 2012: 908).

Letta in una diversa chiave prospettica la scelta sembrerebbe presupporre la volontà del legislatore di eliminare radicalmente il livello politico intermedio e conseguentemente il ruolo assunto dalla Provincia nello scenario politico nazionale, nel chiaro intento di ridurre la conflittualità tra Enti locali.

All'eliminazione del livello politico intermedio non corrisponde però l'eliminazione del livello intermedio provinciale, che continua ad essere assunto quale punto di riferimento per l'attuazione su base regionale della legge di riforma.

6. Lo stimolo alla cooperazione con i Comuni attraverso un nuovo modello organizzativo

La c.d. riforma Delrio, pur determinando una forte spinta centralista, raggiunge l'immediato risultato positivo di rimuovere la dualità e la concorrenza/conflittualità tra comuni e Province (Bin, 2012: 910) e certamente contribuisce, anche attraverso una contrazione indiretta della spesa, alla riduzione complessiva dei costi relativi all'apparato burocratico (Vesperini, 2014: 786).

La l. n. 56/2014 prefigura un nuovo assetto del governo locale, fondato su due soli livelli di diretta rappresentanza cui si affianca un livello di governo intermedio caratterizzato da un legame flessibile con il territorio e strutturato in modo da essere potenzialmente funzionale all'attività dei comuni che ne fanno parte. L'ordinamento rinuncia ad un ulteriore livello di governo (e dunque, di potenziale 'democraticità') in un'ottica di maggiore efficienza del sistema. Quello di area vasta, nelle intenzioni del legislatore, è un livello di governo capace di accedere in via diretta alle risorse europee e funzionalmente orientato alla gestione efficiente dei servizi il cui livello dimensionale di gestione è variabile e di volta in volta individuato (Pizzetti, 2014b).

La riforma, ove applicata nello spirito dell'art. 118 della Costituzione, può in concreto determinare quella soddisfazione dei principi di adeguatezza e differenziazione che presuppongono una efficienza ed una efficacia nello svolgimento della funzione, che anche ove affidate all'ente intermedio verranno gestite secondo le indicazioni provenienti dagli enti territoriali che compongono lo stesso ente intermedio.

La progettata separazione tra amministrazione attiva e attività di gestione e organizzazione delle funzioni di area vasta appare, invero, il punto in cui la riforma suscita maggiori perplessità: la concreta realizzazione del progetto sembra minata, infatti, da una frammentazione di momenti che spesso sono tra loro inescandibilmente concatenati.

Altrettanto complesso e farraginoso appare il meccanismo di trasferimento delle risorse finanziarie, umane, strumentali e organizzative connesse all'esercizio delle singole funzioni. Sino ad oggi il legislatore si è dedicato, non a caso, al trasferimento delle sole risorse umane allocate presso le Province raggiungendo uno degli obiettivi della riforma, quello della riduzione del personale allocato presso gli enti intermedi con una generale razionalizzazione dei dipendenti appartenenti agli enti territoriali. Il compito di definire nel dettaglio la disciplina per la riallocazione delle altre risorse è stata riservata alle leggi regionali di attuazione¹⁸, le quali dopo aver individuato, quasi sempre nel dettaglio, quali funzioni tra quelle di competenza provinciale dovessero essere trasferite rispettivamente ai Comuni ed alla Regione, hanno dettato una specifica disciplina per la distribuzione delle risorse, la riallocazione del personale e la successione nei rapporti attivi e passivi relativi alle funzioni riallocate.

Per altro verso, apprezzabilmente il legislatore pone in modo determinante l'accento sulla dimensione territoriale dell'interesse, poiché da questo si trae l'ente che di quell'interesse dovrà prendersi cura e ci si emancipa dall'idea preconstituita per cui alcune funzioni vengono necessariamente svolte in modo più efficiente sol perché attribuite ad un ente territoriale di area vasta.

Si pongono, quindi, le basi per la soddisfazione delle funzioni su base geografica differenziata; spetterà alla politica individuare le funzioni ed il livello territoriale più adeguato al loro svolgimento.

Le Regioni che hanno avuto modo di dettare la disciplina attuativa della riforma nazionale, sul punto, hanno optato per una dettagliata distribuzione delle funzioni, lasciando sullo sfondo la definizione dell'ambito ottimale di gestione della singola funzione, la cui individuazione è stata rimessa alla conclusione di accordi specifici, in linea con quello che sembra essere l'indirizzo dettato dal legislatore nazionale. Si è, in parte, discostata da tale impostazione la Regione Piemonte, la quale in un contesto attuativo piuttosto peculiare, ha optato per la definizione degli ambiti ottimali di esercizio delle funzioni confermate in capo alle Province, promuovendo una sostanziale aggregazione di queste ultime per aree omogenee¹⁹.

In una prospettiva più ampia, la riforma potrebbe rappresentare l'occasione per una gestione delle funzioni di area vasta su scala sovranazionale, gettando le basi per forme di cooperazione che coinvolgano direttamente le aree metropolitane, prima ancora che le Regioni o lo Stato.

Invero, le prime forme di attuazione hanno riservato poco spazio alle forme di cooperazione tra i comuni, il più delle volte rimesse alla scelta delle singole amministrazioni cui la Regione si limita ad offrire supporto organizzativo, ad oggi solo la Regione Toscana ha, invece, optato per la previsione di un obbligo in capo ai comuni di gestione consorziate delle poche funzioni provinciali ad essi trasferite²⁰.

I margini di scelta emergenti, così come gli incentivi alle forme di cooperazione chiamano la politica ad essere giudice dell'adeguatezza dell'ambito territoriale entro il quale la funzione si svolge, nella piena consapevolezza che un errore di valutazione è potenzialmente idoneo a determinare conseguenze immediatamente tangibili per i consociati sotto il profilo economico e funzionale.

Note

- ¹ L. 23.10.1959, n. 3702.
- ² Artt. 116 e 117 l. n. 2248/1865.
- ³ Cons. Stato, sez. V, 30.4.1915.
- ⁴ Art. 10 l. 29 luglio 1879, n. 5002.
- ⁵ R.d. 30.12.1923, n. 2839; r.d. 11.09.1925, n. 1756; l. 3.4.1926, n. 660; l. 27.12.1928, n. 2962; r.d. 20.09.1934 n. 2011.
- ⁶ L. 15 marzo 1997, n. 59; l. 15 maggio 1997, n. 127.
- ⁷ D.lgs. 18.8.2000, n. 267.
- ⁸ D.l. 6.12.2011, n. 201.
- ⁹ D.l. 6.7.2012, n. 95.
- ¹⁰ Art. 1 c. 147 l. n. 56/2014.
- ¹¹ L.r. 29.10.2015, n. 23; l.r. 10.4.2015, n. 15.
- ¹² Art. 1 comma 11 lett. c) l. 56/2014.
- ¹³ Art. 1 comma 22 l. 56/2014.
- ¹⁴ Art. 1 comma 6 l. 56/2014.
- ¹⁵ Disegno di legge di riforma costituzionale del 12.4.2016, G.U. 15.4.2016 n. 88.
- ¹⁶ D.p.c.m. dell'11.9.2014, in <<http://www.statoregioni.it/dettaglioDoc.asp?idprov=13314&iddoc=44842&tipodoc=2>> (12/2016).
- ¹⁷ Corte costituzionale, 26.03.2015, n. 50.
- ¹⁸ L.r. n. 23/2015, l.r. n. 15/2015, l.r. 3.3.2015 n. 22, l.r. 20.10.2015 n. 32.
- ¹⁹ Art. 3 l.r. n. 23/2015.
- ²⁰ Art. 14 l.r. n. 22/2015.

Riferimenti bibliografici

- Agosta S. 2015, *Il singolare destino del livello di area vasta nell'alternanza di svuotamenti e riempimenti dell'esperienza siciliana*, in *Consulta On line*.
- Aimo P. 2007, *Le Province nel regime fascista*, in *Storia amministrazione costituzione, Annale ISAP*, 59-73.
- 2015, *Comuni e Province, funzioni e controlli (all. A)*, in *Storia amministrazione costituzione, Annale ISAP*, 7-54.
- Amorth A. 1968, *Le Province*, Neri Pozza, Venezia.
- Bin R. 2012, *Il nodo delle Province*, in *Le Regioni*, 899-911.
- Cassese S. 2001, *L'Amministrazione nel nuovo titolo quinto della costituzione*, in *Giornale di diritto amministrativo*.
- De Angelis C. 2010, *Il caso Provincia: le magnifiche sorti e progressive*, in *Giustamm.it*.
- Fabrizi F. 2008, *La Provincia: storia istituzionale dell'ente locale più discusso. Dall'assemblea costituente ad oggi*, in *Federalismi.it*: 1-18.
- 2011, *Sul riordino delle Province contenuto nel decreto legge "salva Italia"*, in *Federalismi.it*.
- Follieri E. 2013, *Il diritto amministrativo alla prova delle riforme «Monti»*, in *Giustamm.it*.
- Forte P. 2011, *Aggregazioni pubbliche locali. Forme associative nel governo e nell'amministrazione tra autonomia politica, territorialità e governance*, FrancoAngeli, Milano.
- Furno E. 2015, *Il nuovo governo dell'area vasta: Province e Città metropolitane alla luce della c.d. legge Delrio nelle more della riforma costituzionale degli Enti locali*, in *Federalismi.it*: 1-24.
- Guizzardi R. 2016, *Lo stato dell'arte sulla ricollocazione del personale delle Province*, in *Azienditalia – il personale*: 143-145.
- Ielo G. 2014, *Depotenziamento delle Province e novità per le città metropolitane, per le unioni e fusioni di comuni*, in *Azienditalia – Fin. e Trib.*: 5-8.
- Manganaro F. 2014, *La riforma delle Province*, in *Giustamm.it*.
- Martines T. 1984, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano.
- Pica F. 2014, *Servizi pubblici locali, Città metropolitane ed abolizione delle Province*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*: 699-709.
- Pizzetti F. 2014a, *Città metropolitane e nuove Province. La riforma e la sua attuazione*, in *Astrid Rassegna*, 13.
- 2014b, *Una grande riforma. Riflessioni su Città metropolitane, Province, Unioni di comuni: le linee principali del ddl Delrio*, in *Astrid Rassegna*, 3.
- Poggi A. 2014, *Sul disallineamento tra il DDL Delrio ed il disegno costituzionale attuale*, in *Federalismi.it*.
- Renna M., 2006, *Brevi considerazioni su province e altri enti 'intermedi' e di area vasta*, in *Astrid Rassegna*, 36.

- Ruggeri A. 2003, *Riforma del titolo V della Costituzione e autonomie locali* in *Nuove autonomie*.
- Salerno G.M. 2014, *Sulla soppressione-istituzione delle Province in corrispondenza all'istituzione delle Città metropolitane: profili applicativi e dubbi di costituzionalità*, in *Federalismi.it*.
- 2015, *La sentenza n. 50 del 2015: argomentazioni efficientistiche o neo-centralismi repubblicano di impronta statalistica?*, in *Federalismi.it*: 1-14.
- Spinaci S. 2012, *Intorno alla tentata riforma delle Province*, in *Diritto Pubblico*: 945-963.
- Tubertini C. 2015, *La riforma degli Enti locali dopo il giudizio di legittimità costituzionale – Il commento*, in *Giornale Dir. Amm.*: 489-495.
- Vesperini G. 1999, *I poteri locali*, Donzelli, Roma.
- 2012, *Le nuove Province*, in *Giornale di diritto amministrativo*: 272-277.
- 2014, *La legge “Delrio”: il riordino del governo locale – il disegno del nuovo governo locale: le Città metropolitane e le Province*, in *Giornale Dir. Amm.*: 786-794.

PARTE TERZA

I MODELLI ORGANIZZATIVI 'PRIVATI':
UNIFICAZIONE E MOLTIPLICAZIONE

IL MODELLO DELL'AZIENDA PER LE AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

Anna Romeo

SOMMARIO – 1. Organizzazione amministrativa e aziendalizzazione: evoluzione di un fenomeno 2. Dal modello burocratico al modello aziendale: sistemi a confronto 3. Dal *New Public Management* al modello razionale ed al sistema di pianificazione strategica: contenuti, limiti e prospettive 4. Processo decisionale e sistema di pianificazione strategica. 5. Verso un nuovo modello: aziendalizzazione e partecipazione democratica 6. Considerazioni conclusive.

1. Organizzazione amministrativa e aziendalizzazione: evoluzione di un fenomeno

Un rapido sguardo al moderno assetto delle amministrazioni pubbliche impone di prendere in considerazione l'evolvere delle stesse verso un modello aziendalistico, ossia analizzare quel processo di riforma che ha interessato l'intera organizzazione amministrativa italiana, intendendo per riforma la modificazione esplicita delle regole di funzionamento di un sistema o di singoli enti.

L'idea di riforma si sostanzia, come noto, in un processo di mutamento delle regole all'interno di un determinato 'modello di società', processo che, in quanto tale, si distingue da quello di rivoluzione che indica una modificazione più profonda, radicale, tale da cambiare il modello di sistema sociale ed economico. In questo senso, nella storia sono state identificate rivoluzioni sociali (che hanno condotto finanche alla scomparsa di alcune civiltà ed all'imporsi di altre), politiche (che hanno modificato il modello di Stato e di origine del potere di sovranità), industriali e/o tecnologiche (che hanno modificato radicalmente i processi economici di produzione e distribuzione dei beni e della ricchezza).

A proposito delle trasformazioni verificatesi nel modello organizzativo dell'amministrazione italiana dovrebbe evocarsi – o invocarsi – l'idea di rivoluzione più che di riforma, tenuto conto della metamorfosi registrata in ordine all'assunzione, da parte dello Stato, del ruolo di operatore economico, diretto erogatore di servizi in favore della collettività, e degli sviluppi che di tale processo modificativo possono intravedersi (per una disamina del modello italiano si veda Cassese, 1976, 1998 e 2002; Cassese, Franchini, 1994).

Non è, questa, chiaramente la sede per una disamina di tale percorso.

E, tuttavia, pare opportuno evidenziare, sia pure per rapidi cenni, che il modello da cui il fenomeno dell'aziendalizzazione trae origine risale all'epoca dell'unificazione legislativa allorché in diversi settori – si pensi, ad esempio, nel settore

ferroviario ove, nel 1876, si è assistito alla c.d. ‘statizzazione’ ma anche al settore postale o della fabbricazione dei tabacchi – sono state create amministrazioni autonome o aziende autonome configurate come strutture organizzative nate dalla scissione di una direzione del Ministero titolare, la cui autonomia concerneva principalmente il profilo strutturale e non funzionale.

Ed è su questa scia che, agli inizi del secolo scorso, si è sviluppato un fenomeno analogo che ha trovato espressione a livello locale con riguardo al settore dei servizi, vale a dire il fenomeno delle aziende municipalizzate secondo lo schema dell’impresa-organo o dell’azienda autonoma.

Nondimeno, mentre nel periodo del primo dopoguerra si è registrato l’avvento di un nuovo modello organizzatorio rappresentato dalle imprese pubbliche – gestite dallo Stato o, meglio, da enti pubblici separati dallo Stato-amministrazione, ossia gli enti pubblici economici – verso la fine degli anni ’90 ha preso corpo un processo di abbandono delle formule dell’azienda autonoma e dell’ente pubblico economico ed, insieme, di trasformazione di questi in società per azioni. Del pari, a livello locale, le aziende municipalizzate che gestivano servizi pubblici locali sono state trasformate in società per azioni controllate, in tutto in parte da uno o più azionisti pubblici, dando così luogo al noto fenomeno delle società miste. Come è stato osservato, «la circostanza più curiosa ed in un certo senso divertente, è che passata la prima ondata di privatizzazioni statali, è venuta quella delle imprese detenute da enti locali territoriali, in ordine alle quali non sempre è stata rispettata la volontà di far decidere dai consigli politici e rappresentativi se privatizzare o meno determinate aziende. Vi è stata insomma una corsa al privato quasi sotto l’egida della formula “privato è bello”, senza tener conto dei “pro” e dei “contro” di tale processo» (Picozza, 2006: 48).

Interi settori dell’economia sono stati, quindi, liberalizzati e si è proceduto alla dismissione delle relative imprese, talora attraverso procedure volte a garantire la destinazione a fini sociali dei patrimoni ricavati – come è accaduto per le banche – talora, attraverso la devoluzione del controllo di siffatti settori liberalizzati e dell’esercizio del potere regolatore ad Autorità c.d. indipendenti.

In tal modo assistiamo ad un primo processo di trasformazione del modello organizzativo italiano.

Muta, infatti, la forma organizzativa delle imprese svolgenti attività di interesse generale che, per effetto delle privatizzazioni c.d. formali, diventa quella della società per azioni, con attenuazione dell’impronta pubblicistica ed assunzione di un’anima privatistica che implica l’attrazione a questa della relativa disciplina.

Ci si rende conto, così, che la riforma del settore pubblico non passa soltanto attraverso la riforma della struttura politica istituzionale, ossia della distribuzione delle funzioni tra i diversi livelli di governo o, ancora, attraverso la modifica delle regole generali del sistema delle amministrazioni pubbliche o di setto-

ri di esse date dalla distinzione tra funzioni di indirizzo e controllo e funzioni di gestione ovvero ancora da processi di delegificazione, semplificazione e snellimento delle procedure.

Ci si rende conto, piuttosto, che determinante, nella prospettiva di una 'rivoluzione' del settore pubblico, è l'introduzione, nelle singole aziende/amministrazioni pubbliche, di principi e strumenti funzionali al conseguimento dei fini ed all'ottenimento dei risultati (aziendali o manageriali) e non volti ad affermare l'identità istituzionale e l'esercizio di poteri sovraordinati secondo logiche di autoreferenzialità, concepite, in modo spesso superficiale ed improprio, come burocratiche.

2. Dal modello burocratico al modello aziendale: sistemi a confronto

Significativa, ai fini di una corretta comprensione del fenomeno in esame, è l'analisi del modello organizzativo dell'amministrazione italiana, caratterizzata, fino agli anni '80 del secolo scorso, da un approccio di tipo prevalentemente giuridico-burocratico, con evidenti conseguenze anche per ciò che concerne il profilo gestionale.

Ed invero, nella realtà delle amministrazioni pubbliche, lo sviluppo del 'modello burocratico' è un portato della negazione della strumentalità dell'attività aziendale e poggia su alcuni postulati quali l'efficacia dei comportamenti agevolata da una previa conoscenza delle alternative, la trasparenza e la perfetta simmetria delle conoscenze come fondamento della razionalità. Tale modello – il cui funzionamento riposa sull'idea che la razionalità della sua costruzione logica consenta di verificare la qualità dei risultati attraverso un rigido controllo dei processi – costituisce una delle forme di organizzazione sociale che mira a realizzare condizioni ottimali sia sotto il profilo giuridico in quanto è inteso a realizzare l'imparzialità e la parità di trattamento di fronte alla legge, sia sotto quello economico, essendo volto a perseguire l'efficienza.

Sul presupposto di una sovrapposizione tra 'società civile' ed amministrazione pubblica, determinata dal fatto che quest'ultima svolge compiti di regolamentazione del funzionamento della prima, si è diffusa l'idea del modello burocratico come tipico schema organizzativo delle amministrazioni pubbliche. Ciò anche in ragione della contiguità del concetto di neutralità – che caratterizza la separazione della funzione di governo da quella di amministrazione – al principio di oggettività sul quale si fonda il paradigma burocratico. Si tratta di un modello che punta sui compiti e sulle mansioni più che sulle relazioni tra gli stessi, privilegiando il criterio di specializzazione tecnico-operativa o di tipo formale in forza del quale viene a realizzarsi una segmentazione dei processi amministrativi per fasi ed un'aggregazione di compiti e mansioni secondo omogeneità

di carattere tecnico-operativo o formale, a prescindere dal risultato che l'attività è volta a realizzare.

Ciò comporta la configurazione di una responsabilità oggettiva degli organi titolari degli atti formali, propria di una struttura organizzativa c.d. 'a canne d'organo' articolata, oltre che sul principio della specializzazione sopra detto, sul criterio della gerarchia. Tale struttura è propria di un modello imperniato sull'autonomia di ogni singola fase e sulla necessità di ripercorrere tutta la catena gerarchica laddove insorgano problemi di coordinamento non previsti e risolti dalle procedure formali.

È così che, a partire dagli anni '90, il legislatore tenta di realizzare un assetto istituzionale ed organizzativo imperniato sull'autonomia e sulla responsabilità delle singole unità che ora necessita di ulteriore sviluppo e potenziamento, da realizzare attraverso una ridefinizione della soggettività istituzionale di alcuni enti e la riorganizzazione delle modalità di gestione di alcune funzioni e competenze, con l'obiettivo di valorizzare l'aspetto di aziendalità delle amministrazioni pubbliche.

Orbene, rispetto all'assetto sopra descritto, occorre rilevare come il sistema italiano si sia evoluto in senso regionalista e, in parte, federalista, configurando un modello di Stato decentrato ove l'ente intermedio è costituito dalla Regione rispetto alla quale si pone il problema di un effettivo decentramento delle funzioni.

Il modello decentrato si caratterizza per una distribuzione tra i vari livelli di governo del potere decisionale reale sulle fonti di finanziamento correlato alle funzioni a ciascuno attribuite e si fonda sull'idea per la quale ad ogni livello di governo – soprattutto gli Enti locali – deve essere riconosciuta l'autonomia e la responsabilità nel definire un equilibrio economico individuale attraverso proprie decisioni sui tributi, sui prezzi dei servizi, sull'uso del patrimonio. Così configurato, tale sistema si rivela coerente con il modello aziendale per il quale il sistema pubblico si delinea come 'sistema di aziende' da responsabilizzare dal punto di vista economico.

In quest'ottica, il modello aziendale risulta potenziato, atteso che la politica delle entrate, piuttosto che integrare un elemento della politica economica di sistema, appare come una delle dimensioni della strategia aziendale che si rapporta alle scelte in ordine alle funzioni da svolgere ed ai servizi da erogare. Si tratta di una prospettiva che, puntando sugli 'effetti interni' all'azienda pubblica più che su quelli 'esterni', fa leva sul buon funzionamento di questa e sul perseguimento di soddisfacenti livelli di economicità.

D'altra parte, un sistema decentrato vale a garantire una maggiore flessibilità di risposta ai fabbisogni finanziari della gestione, consentendo all'ente locale di modulare il proprio intervento attraverso aumenti di entrate ad aumenti imprevisti o non controllabili di spesa ovvero far luogo ad un ampliamento della

quantità o della qualità dei servizi erogati attraverso un aumento di spesa, a tale stregua procedendo ad un più stretto collegamento tra scelte di politica di finanziamento da parte degli organi istituzionali e la loro attuazione ad opera degli organi tecnico-professionali, ossia 'aziendali'.

Come evidente, si tratta di un modello che, nel fondarsi su un più elevato grado di autonomia tributaria e finanziaria in senso ampio nonché di autonomia istituzionale, responsabilizza, in modo più diffuso, i soggetti istituzionali tanto con riguardo alle scelte politiche quanto a quelle amministrative. La quantità dei risultati, riguardati sotto il profilo dell'efficacia, dell'efficienza e dell'economicità dell'azione amministrativa, si rapporta, infatti, in via diretta ed immediata alla qualità delle scelte adottate da ogni ente che, a loro volta, si rapportano alla qualità delle persone che agiscono nell'ente, siano essi organi politici o burocratici.

Alla luce di tali rilievi, è evidente, dunque, come l'evoluzione dal modello burocratico a quello aziendale passi attraverso l'adozione di una prospettiva più ampia per la quale la disamina dei profili organizzativi delle amministrazioni pubbliche deve convenientemente attingere alla dottrina economico-aziendale che ha ravvisato in queste ultime aspetti propri dei fenomeni aziendali, riconoscendo come ormai definitivamente superata e semplicistica l'affermazione secondo cui è peculiare e tipica del sistema privato la dimensione di 'produzione della ricchezza' e peculiare o tipica del sistema pubblico la 'dimensione allocativa o redistributiva' della stessa.

Infatti, le dimensioni della produzione e della distribuzione (allocazione) della ricchezza sono strettamente interdipendenti e fortemente influenzate sia dalle regole del mercato e dalle scelte dei soggetti che in esso operano, sia dalle regole del sistema pubblico e dalle scelte dei soggetti che in essi esercitano poteri sull'uso di risorse economiche.

La necessità di effettuare scelte sostenibili impone che esse siano fondate su un maggiore equilibrio tra criteri di correttezza istituzionale, opportunità politica, razionalità economica e gestionale. Da un lato, infatti, assistiamo ad un crescente peso del settore pubblico nell'economia caratterizzato da un basso livello di produttività; dall'altro, ad una rilevanza della qualità delle infrastrutture e dei servizi pubblici nonché del livello di efficienza dell'amministrazione pubblica che costituiscono fattore di successo nella competizione globale tra sistemi-paese e aree-sistema.

3. Dal New Public Management al modello razionale ed al sistema di pianificazione strategica: contenuti, limiti e prospettive

Nell'analisi del tema secondo l'approccio sopra delineato, pare opportuno valorizzare quanto già maturato nel dibattito sul processo di aziendalizzazione

dell'amministrazione italiana, debitore delle acquisizioni raggiunte dal movimento culturale del *New Public Management*, ossia della necessità di un approccio di tipo pragmatico fondato su presupposti molto semplici: il rilancio del sistema economico postula l'apporto di più elevati livelli di efficienza e produttività del settore pubblico, il cui raggiungimento può essere conseguito soltanto attraverso l'impiego di *manager* provenienti dal privato, come tali idonei ad innovare il settore pubblico con l'introduzione in esso della cultura, dei metodi e delle tecniche impiegati nelle loro imprese con risultati positivi.

Come noto, il sistema del *New Public Management* (Hood, 1995), sviluppatosi nella seconda metà degli anni '70 in Gran Bretagna, si caratterizza per un approccio di tipo pragmatico, postulando che nelle aziende di grandi dimensioni – ed, in particolare, in quelle che svolgono attività amministrativa, quali i Ministeri – sono dominanti le 'diseconomie di dimensione', per le quali propone la suddivisione in unità più piccole, autosufficienti e responsabili, capaci di funzionare come un'azienda autonoma o come una divisione di questa, dotata di elevata indipendenza. Gli obiettivi di efficienza ed economicità sono, poi, conseguiti, da un lato, attraverso l'introduzione di logiche di mercato e, in quest'ottica, di gare competitive per i servizi pubbliche (c.d. *competitive tendering*) che, facendo leva su criteri sostanziali (prezzo, rapporto qualità/prezzo, garanzie) e non formali, si differenziano dalle procedure ad evidenza pubblica previste nell'ordinamento italiano; dall'altro, da un diffuso impiego di 'forme contrattuali', consistenti nell'affidamento dell'erogazione dei servizi a soggetti esterni, dotati di autonomia e responsabilità in ordine alla scelta della combinazione dei fattori produttivi, attraverso contratti che indicano qualità, quantità e altre condizioni di servizi, il costo, i sistemi di controllo, le penali. Nell'ambito di tale approccio, poi, adeguato rilievo viene dato ai sistemi di misurazione e valutazione delle *performance*, nonché ai sistemi di *reporting* e di gestione del personale connotati da flessibilità, mobilità, retribuzione commisurata ai risultati conseguiti.

Tenuti presenti i contenuti del *New Public Management*, si tratta, dunque, di puntare ancor di più su alcuni dati ritenuti fondamentali per un reale processo di aziendalizzazione della pubblica amministrazione, e precisamente: 1) una decisa separazione di compiti tra la sfera amministrativa e quella politica, sì da farne due ambiti realmente indipendenti; 2) una più ampia autonomia e responsabilità dei dirigenti, anche attraverso la piena privatizzazione del rapporto di lavoro (ed in tal senso, si consideri la tendenza del legislatore italiano manifestatasi nella l. 7 agosto 2015 n. 124); 3) l'attenzione verso il risultato della gestione e la previsione di meccanismi premiali o penalizzanti in rapporto agli obiettivi raggiunti; 4) l'introduzione di nuovi sistemi informativo-contabili e l'aggiornamento dei meccanismi di controllo e programmazione.

In quest'ottica, occorre, pertanto, procedere non solo ad un potenziamento dei sistemi informatizzati ed all'adozione di meccanismi di selezione, inserimento e sviluppo professionale del personale basati su competenze specifiche, sul merito e sulla professionalità, quanto ad una ridefinizione della macrostruttura e delle posizioni organizzative nonché all'introduzione di sistemi di programmazione e controllo di breve periodo e di pianificazione di lungo periodo, unitamente all'inserimento di nuovi sistemi contabili (contabilità generale di tipo economico-patrimoniale, contabilità analitica dei costi a fini di controllo o ai fini di scelte tra alternative).

Ed invero, al fine di una maggiore coincidenza tra risultati effettivi ed attesi, si rivela idoneo un processo decisionale che muova dall'analisi degli obiettivi dell'azione amministrativa e, su questa, consenta di effettuare scelte specifiche al sorgere di specifici problemi.

In questo senso, si tratterebbe di porre in essere una logica di programmazione della gestione modellata sullo schema razionale o sinottico per il quale la gestione dell'azienda pubblica, al pari di quella privata, si fonda sull'analisi delle caratteristiche del sistema economico – o, più in generale, socio-economico – allo scopo di determinare le aree di interesse pubblico, ossia quelle per le quali, in relazione alla situazione sociale, economica e politica presente in un dato momento storico, si rende necessario l'intervento pubblico.

In particolare, poiché la programmazione è un sistema di decisioni finalizzato ad anticipare le scelte future, valutando le azioni da intraprendere in relazione alla realtà socio-economica del momento in cui tali decisioni produrranno i loro effetti, essa richiede che siano effettuate previsioni sull'evoluzione 'naturale' di tale sistema, ossia su un'evoluzione che prescinde da interventi pubblici e, poi, su questa base conoscitiva, sviluppare un processo decisionale che mostra certamente profili di complessità e di conflittualità sia all'interno dell'azienda pubblica (negli organi di governo), sia all'esterno (nei gruppi o nei 'centri decisionali' che sono in grado di influenzare gli organi di governo).

È questo un processo che, nella sua variegata articolazione, vale a definire gli obiettivi dell'azienda, ossia il livello quali-quantitativo della risposta che si intende dare alla domanda di intervento pubblico. Un processo che comporta notevoli difficoltà logiche, oltre che tecniche, connesse all'individuazione degli obiettivi che nascono dalla difficoltà di definizione del 'prodotto' (*output*) dell'azione amministrativa e dall'ancora maggiore difficoltà di definizione del 'risultato finale' (*outcome*) dell'azione stessa.

Di conseguenza, atteso che nei sistemi di programmazione razionale può registrarsi una preponderanza dei profili formali rispetto a quelli sostanziali, sembra opportuno che, nell'individuare il meccanismo meglio rispondente al punto di vista prescelto, si adotti una prospettiva tendente a superare gli aspetti formali

propri del sistema di programmazione razionale sopra detto in quanto quest'ultimo determina spesso uno scarso orientamento ai contenuti ed ai risultati, disattendendo, di fatto, le finalità dell'utilizzo dello stesso. In altri termini, un sistema di pianificazione formale, piuttosto che agevolare la gestione, diventa una sovrastruttura che introduce ulteriori elementi di rigidità, aumentati e dovuti anche alla crescente complessità.

Per valicare questo limite, appare, quindi, preferibile adottare un sistema di pianificazione strategica, considerando che, come l'analisi delle concrete realtà aziendali evidenzia, nei sistemi aziendali più grandi, infatti, non è possibile controllare tutte le attività che vengono poste in essere, sicché appare necessario far leva sugli aspetti gestionali strategicamente rilevanti al conseguimento degli obiettivi. Ne deriva che la scelta delle attività è effettuata in base alle decisioni strategiche che l'azienda ritiene di adottare. Saranno, poi, gli 'automatismi organizzativi' connessi alle scelte dei singoli, alle valutazioni di convenienza e di opportunità sulle singole decisioni, ad orientare le condotte e la dinamica aziendale verso gli obiettivi prefissati. Nell'approccio strategico, dunque, l'attività di pianificazione si sostanzia nella determinazione delle 'regole per decidere' e non già nell'assunzione di decisioni su aree e contenuti di attività.

L'attuazione concreta di tale schema si traduce nell'inserimento di sistemi di pianificazione strategica consistenti nella realizzazione di analisi e nell'assunzione di decisioni in ordine al ruolo dell'azienda in una dimensione temporale proiettata avanti nel tempo (a breve, medio o lungo termine a seconda dell'arco di tempo prescelto) e l'orientamento di fondo che deve guidare l'azione. Appare, quindi, necessario definire una pluralità di ambiti di intervento strategico e, precisamente la strategia: 1) degli interventi, delle aree su cui opera l'intervento pubblico, delle funzioni e dei servizi da porre in essere; 2) organizzativa, ossia di azioni sul sistema organizzativo per renderlo coerente alla strategia di servizi; 3) istituzionale, ossia interventi sull'amministrazione per adeguarla alla logica aziendale; 4) di relazioni o alleanze con soggetti economici e sociali capaci di incidere sulla realizzazione delle strategie aziendali.

4. Processo decisionale e sistema di pianificazione strategica

È evidente come, nell'attuale momento storico, caratterizzato da un radicale ripensamento delle decisioni e dell'estensione dell'intervento pubblico, e soprattutto da una forte contrazione delle risorse finanziarie destinate al settore pubblico, l'identificazione di una corretta strategia dei servizi o delle aree di attività riveste fondamentale importanza. Non potendo, infatti, più provvedere in maniera esaustiva su tutti gli ambiti, l'azienda pubblica deve effettuare una serie di scelte tra i settori di attività ai quali destinare le ridotte risorse finanziarie e umane.

Appare, quindi, opportuno configurare nel settore pubblico un processo di programmazione strategica articolato su tre fasi: 1) definizione delle aree di analisi; 2) identificazione degli ambiti di intervento, dei settori di attività, dei servizi 'critici' per l'azienda; 3) la determinazione delle politiche per le aree critiche.

Occorre, infatti, considerare che non tutte le funzioni sono 'disponibili' in quanto alcune sono ontologicamente connesse alla natura di ente pubblico quale 'organizzazione politica rappresentativa di una comunità' e, perciò, non possono essere trasferite o delegate ad altri soggetti. Per tali aree di attività non è pensabile una dismissione e si rende, dunque, necessaria una individuazione delle stesse da sottoporre ad analisi strategica attesa la necessità/possibilità di elaborare una adeguata strategia organizzativa interna volta a migliorare lo *standard* qualitativo ed il livello di efficienza delle prestazioni.

Per quegli ambiti di attività che possiamo considerare in certo modo 'disponibili', ossia quelli per i quali esiste un notevole grado di incertezza relativo all'accettabilità sociale dell'intervento pubblico – sul quale incide l'avvento del principio di sussidiarietà orizzontale (Vittadini *et al.*, 2008) – ed alla disponibilità di risorse, e per le quali si ravvisa un consistente livello di integrazione organizzativa e funzionale con altre attività, è possibile, invece, procedere ad una identificazione della criticità che concerne, quindi, la duplice dimensione del ruolo dell'ente pubblico nella società (proiezione esterna) e dell'organizzazione interna. Individuate le caratteristiche delle aree di servizio, si passa all'elaborazione delle politiche di azione che ha riguardo alle funzioni ed ai servizi ad alta criticità e, in misura minore, quelle a criticità media.

La definizione di siffatte politiche avviene mediante la considerazione del beneficio sociale e delle ripercussioni sull'equilibrio economico. Da un lato, infatti, sul presupposto che la nozione di 'produzione di valore' dell'attività pubblica si rapporta alla capacità di risoluzione dei problemi sociali, le modalità di erogazione ed i soggetti responsabili devono essere selezionati avendo riguardo alla valenza dei bisogni sociali ed in considerazione della possibilità che altri soggetti, anche privati, possano garantire il soddisfacimento di quei bisogni e la qualità dei servizi. Dall'altro lato, occorre valutare le possibilità di intervento sui prezzi o sulle tariffe dei servizi – incidenti, come tali, sul sistema delle entrate – nonché sui livelli di efficienza che intaccano l'ambito di spesa.

L'adozione di una simile prospettiva implica, come evidente, una scelta di fondo circa l'estensione ed il ruolo dell'ente pubblico in un'economia di mercato.

Se, invero, tale intervento di programmazione poteva giustificarsi come risposta ai 'fallimenti del mercato' e poi, in presenza di una notevole estensione di tale intervento, esso è stato percepito come 'ostacolo al mercato' e produttivo di un effetto negativo sugli stessi obiettivi dichiarati e persegui-

ti, vi è da interrogarsi se effettivamente, nell'attuale momento storico, di notevole paralizzazione delle attività economiche e contrazione delle risorse disponibili, un tale intervento programmatico non sia, invece, necessario ed opportuno.

Occorre, infatti, considerare che l'attività di produzione dei servizi e di erogazione a titolo gratuito o verso il corrispettivo di 'tariffe' o 'prezzi politici' inferiori ai costi appare, oggi, difficilmente sostenibile e, lungi dal garantire ai cittadini più elevati *standards* qualitativi di vita, comporta un notevole livello di insoddisfazione a motivo delle disfunzioni sul piano dell'efficienza e di condotte concrete differenti da quelle dichiarate e formalizzate.

Le criticità emerse nel sistema organizzativo pubblico sollecitano una più accurata determinazione delle aree di intervento, da circoscrivere a quelle attività per le quali la società o il sistema di mercato non riescono a fornire, in modo autonomo, una garanzia adeguata rispetto ai principi di civiltà, sociali ed etici presenti in una determinata comunità, con abbandono, dunque, di tutte le aree di attività in cui l'intervento pubblico comporta forme di 'concorrenza impropria' nei confronti di altri soggetti economici e sociali. E i 'fallimenti' del sistema spingono sempre più ad individuare le condizioni per un aumento della produttività delle amministrazioni pubbliche e globale del sistema economico da cui può derivare un aumento della capacità competitiva nei confronti di altri sistemi-paese nonché, poi, una concentrazione dell'impiego delle risorse pubbliche (economiche, professionali, di altro tipo) sui settori dei 'servizi a rete' che richiedono interventi organici e coordinati.

D'altronde, la considerazione che, in determinati ambiti, viene in rilievo lo svolgimento di funzioni imprenditoriali (produzione di servizi), per il quale occorre altresì rispettare regole di amministrazione costruite per l'esercizio di funzioni pubblicistiche, può certo indurre a ravvisare come opportuna una prospettiva imperniata sulla regolazione, nell'ottica non tanto dell'efficienza nella produzione di servizi quanto della qualità delle regole pubbliche in campo economico (e non solo giuridico), riferite al funzionamento del mercato e dell'efficienza dei controlli pubblici sul rispetto di tali regole da parte di tutti gli 'attori' economici e sociali.

Ed invero, si ripropongono, oggi, i problemi dello sviluppo economico come fattore condizionante del progresso sociale, la soluzione dei quali postula una ridefinizione dell'intervento pubblico che operi una distinzione a livello di scelte di 'sistema economico complessivo', ossia di interventi macroeconomici, tra decisioni su quale parte dell'economia deve essere governata dal sistema di mercato libero, quale dal sistema di mercato con regole a garanzia dell'interesse generale e quale dal sistema di scelte pubbliche in cui il potere decisionale è attribuito ad organi legittimati dal consenso e non dalla proprietà.

5. Verso un nuovo modello: aziendalizzazione e partecipazione democratica

Occorre, infatti, tener presente che, nella prospettiva assunta, l'evoluzione del processo di aziendalizzazione non può che accompagnarsi all'affermazione di un modello di amministrazione maggiormente teso alla realizzazione di logiche di rete e di *partnership*, tanto nei rapporti tra soggetti pubblici quanto in quelli pubblico-privato, decisamente orientato ad una plurisoggettività che si manifesta attraverso modalità di consultazione e partecipazione volontaria e sensibile all'impatto del nuovo modello sul cittadino.

Il tema della partecipazione e quello della sussidiarietà segnano oggi significative linee evolutive per un reale rinnovamento della pubblica amministrazione, toccando la concezione stessa del modo di governare.

Si tratta, cioè, di spostare l'attenzione da un punto di vista strettamente microeconomico ed aziendale ad uno maggiormente proiettato verso una logica di sistema, valorizzando gli aspetti tipici del *policy-making* soprattutto attraverso la sperimentazione di nuove forme di cooperazione che possono esprimere una modalità di governo alternativa a quella gerarchica ed a quella di mercato.

In questo senso, si propone la ricerca di sistemi atti a rafforzare il ruolo della società civile nell'ambito dei processi decisionali pubblici, individuando opportuni strumenti di partecipazione dei cittadini alle scelte di governo.

Nell'ottica delineata si rivela, altresì, utile una considerazione dello stato di sistema inteso a porre in essere procedimenti di confronto, sostituzione e collaborazione tra i diversi soggetti operanti ai vari livelli, tanto nel settore pubblico quanto in quello privato. E ciò attraverso una opportuna valorizzazione del principio di sussidiarietà.

Si tratta di una prospettiva che si muove nel segno di un'idea già maturata livello internazionale, ove, nell'ultimo decennio, si è assistito alla realizzazione e promozione di meccanismi partecipativi sul presupposto di una visione del cittadino come co-protagonista dell'azione di governo. Le modalità di tale prassi collaborativa consistono nell'iniziativa diretta, mediante l'impiego di strumenti giuridici disciplinati e sperimentati, ovvero nella possibilità di porre in essere procedimenti intesi alla formazione della decisione politica 'aperti', ossia da realizzare anche attraverso strumenti meno formalizzati.

Ed invero, attraverso un confronto costante e costruttivo con la società civile non solo si valorizza la possibilità di comprendere le esigenze della comunità e di individuare modalità di intervento idonee a farvi fronte, ma si consegue un alleggerimento del settore pubblico di talune funzioni e compiti posti in essere direttamente con risultati modesti. Senza contare che, in taluni ambiti, ciò può comportare la creazione di 'quasi mercati' nei quali il confronto pubblico-privato è ottimizzato, con conseguenti effetti positivi in termini di aumen-

to dell'efficienza interna degli operatori pubblici e del livello di soddisfazione dei cittadini -utenti.

Ed è una prospettiva nella quale, chiaramente, assume un ruolo centrale la misurazione delle *performance*, in quanto la possibilità di utilizzare informazioni precise e quantificabili sugli aspetti rilevanti dell'attività, oltre ad assicurare il fondamentale obiettivo della trasparenza, consente una migliore realizzazione delle politiche pubbliche, l'erogazione dei servizi e l'organizzazione stessa.

In breve, pare opportuno adottare una metodologia imperniata sull'analisi delle politiche pubbliche, essendo necessario integrare la prospettiva razionalista ed utilitarista dell'approccio economico alla pubblica amministrazione e spostare l'attenzione dalla visione monolitica dell'organizzazione e dalla prevalenza delle strutture formali alle dinamiche interorganizzative ed ai complessi processi di condizionamento reciproco impliciti in logiche programmatiche.

6. *Considerazioni conclusive*

Alla luce delle riflessioni formulate, sembra, dunque, di dover ritenere che se, nell'ambito di ogni istituzione, l'azienda costituisce il volto economico di essa ed i principi che disciplinano il corretto andamento concorrono a realizzare, nel modo migliore, la sua missione istituzionale, occorre riconoscere la necessità di superare definitivamente la tradizionale concezione burocratica dell'amministrazione, realizzando una crescita qualitativa del sistema di relazioni che lega lo Stato-apparato allo Stato-comunità.

Certamente, la qualità dell'amministrazione pubblica non dipende solo dalla mera approvazione di una riforma o di un provvedimento che pongono nuove regole se ad essi non segue una concreta attuazione. L'approvazione di tali atti apre un processo di riforma che è altra cosa rispetto all'attuazione di essa. Occorre, infatti, distinguere i mutamenti naturali ed impliciti nei sistemi sociali, determinati da relazioni causali interne o da rapporti di interdipendenza tra le diverse componenti, ed i mutamenti desiderati o voluti proprio al fine di incidere sulle dinamiche interne, ossia quelle riforme che richiedono un percorso di gestazione, preparazione e governo.

Se l'aziendalizzazione dell'amministrazione italiana costituisce, oggi, una 'riforma' che pone il problema delle concrete modalità della sua realizzazione, la funzione e la responsabilità dei soggetti cui spetta quella funzione di promozione, progettazione e gestione del mutamento rappresenta, invece, – per quanto detto all'inizio – una 'rivoluzione' che, oggi più mai, pare indispensabile nell'Italia della crisi (o quasi del *default*).

Riferimenti bibliografici

- Cassese S. 1976, *L'amministrazione dello Stato*, Giuffrè, Milano.
 — 1998, *Lo Stato italiano e la sua riforma*, Clueb, Bologna.
 — 2002, *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari.
- Cassese S., Franchini C. 1994, *L'amministrazione pubblica italiana: un profilo*, il Mulino, Bologna.
- Hood C. 1995, *The 'New Public Management' in the 1980s: Variations on Theme*, in *Accounting Organization and Society*, XX (2-3).
- Picozza E. 2006, *Intervento dello Stato in economia e finalità sociali: dalla programmazione economica imperativa e per obiettivi alla dismissione dei beni e delle aziende pubbliche. Una parabola necessaria?*, in R. Di Raimo, V. Ricciuto, *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli.
- Vittadini G. et al. 2008, *Sussidiarietà e riforme istituzionali. Rapporto sulla sussidiarietà 2007*, Mondadori, Milano.

L'ORGANIZZAZIONE DELLA SALUTE: UNO SGUARDO AL (RECENTE) PASSATO PER COSTRUIRE IL FUTURO

Fabio Saitta

SOMMARIO – 1. Lo stato attuale del SSN italiano. 2. Nascita ed evoluzione organizzativa del SSN: breve *excursus* storico. 3. Il fallimento della riforma del 1978 e la (conseguente) scelta del 1992-1999. 4. Le aziende sanitarie tra pubblico e privato. 5. La dirigenza sanitaria ed il difficile dosaggio tra politica e tecnica nel governo della sanità. 6. La tutela della salute tra Stato, Regioni e Comuni. 7. Pubblico e privato nel SSN. 8. Prestazioni sanitarie e vincoli finanziari. 9. Bilancio dell'esistente e prospettive di ulteriori riforme.

1. Lo stato attuale del SSN italiano

In un recente ed interessante libro, un autorevole studioso, che già alcuni anni prima si era occupato di sistemi sanitari (Toth, 2009), ha provato a verificare, attraverso determinati parametri selezionati, se il sistema sanitario italiano possa davvero considerarsi uno dei migliori al mondo, come emerso da un'indagine svolta, all'inizio di questo secolo, dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (Toth, 2014 recensito da D'Angelosante, 2014: 721). Altrettanto di recente, il Ministero della salute ha pubblicato la *Relazione sullo Stato Sanitario del Paese 2012-2013*, nella quale si afferma, sin dall'esordio, che «lo scenario italiano presenta un quadro complesso, sotto l'aspetto sia economico-finanziario sia clinico-assistenziale, che richiede sforzi notevoli», per cui «si impone un potenziamento dell'intero sistema di *governance* della sanità», ed in particolare «un'ottimizzazione delle risorse e dell'assetto organizzativo, anche con un ripensamento del ruolo e dell'integrazione di pubblico e privato, un rafforzamento della sanità integrativa, un rilancio delle eccellenze del Paese anche nell'ottica delle cure transfrontaliere, un reinvestimento costante in sanità di quanto ricavato dalla revisione della spesa».

Da qui lo spunto per ripercorrere criticamente le tappe principali dell'evoluzione organizzativa del governo italiano della sanità al fine di trarre dalle esperienze passate indicazioni per il prossimo futuro.

2. Nascita ed evoluzione organizzativa del SSN: breve excursus storico

Sul finire del 1859, quando l'Italia era ormai avviata verso l'unificazione, venne emanata la prima compiuta legge sanitaria del nostro Paese¹, il cui dettato venne ripreso qualche anno dopo nell'allegato C alla legge di unificazio-

ne amministrativa del 20 marzo 1865, i cui 33 articoli unificarono in tutto il Regno il governo della sanità pubblica secondo il modello che si era delineato nel Regno di Sardegna tra il 1847 ed il 1851 (Soresina, 2015: 180). Si trattava invero di un articolato normativo definito «senza alcun criterio di vera e propria organizzazione sanitaria; la Sanità, infatti, era una delle tante funzioni dell'amministrazione civile, che la esercitava a mezzo dei suoi organi gerarchicamente dipendenti» (Giannico, 1984: 75): in sostanza, la responsabilità della sanità era in capo al ministro dell'Interno e, sotto la sua dipendenza, affidata a prefetti, sotto-prefetti e sindaci, affiancati da corpi consultivi di nomina regia o ministeriale e, a livello più basso, nominati dai consigli comunali (per maggiori dettagli, Soresina, 1985: 180-185).

Sfumato il progetto del *Codice per la pubblica igiene* presentato nel 1885 da Agostino Bertani, progetto che, prevedendo una piramide tecnico-sanitaria del tutto svincolata dall'autorità amministrativa (prefetto e sindaco), era d'indubbio interesse per la sua apertura politico-progressista ma proprio per questo prematuro per le condizioni in cui versava all'epoca lo Stato italiano (Giannico, 1984: 77), le disposizioni dell'allegato C e delle sue successive integrazioni regolamentari restarono in vigore fino alla c.d. 'legge Rattazzi'², la quale, pur affermando «l'interessenza della collettività» per la salute pubblica, lasciava sostanzialmente immutata la struttura amministrativa investita della tutela della sanità pubblica delineata dalla prima legge di unificazione (Soresina, 2015: 185; Giannico, 1984: 78-80).

Una svolta significativa si ebbe soltanto settant'anni dopo, quando, con la creazione del Ministero della sanità³, si realizzò quell'autonomia tecnico-amministrativa già auspicata ai tempi di Bertani, *ergo* «la definitiva e solenne politicizzazione dei problemi della sanità pubblica» (così Arru, 1967: 37): l'autorità sanitaria venne identificata, a livello provinciale, nel medico provinciale e, a livello comunale, nell'ufficiale sanitario, ritenuti entrambi organi periferici del neo istituito Ministero (Giannico, 1984: 80; Soresina, 2015: 185).

Nel frattempo, era intervenuto l'art. 32 della Costituzione, che, nel sancire che «[l]a Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti», aveva reso «costituzionalmente doverosa un'azione positiva dei pubblici poteri in questo campo» (Aicardi, 2003: 629; in termini analoghi, De Cesare, 1989: 246, secondo cui «[l]a formulazione dell'articolo della Costituzione va intesa come prospettiva di una determinata politica di intervento sanitario, per determinare la priorità degli interventi dello Stato»).

Si dovette attendere circa un ventennio, però, per veder attuato il dettato costituzionale mediante un'organica riforma sanitaria: la prima tappa di tale percorso fu, infatti, rappresentata dalla riforma ospedaliera del 1968, approvata con

la c.d. 'legge Mariotti'⁴, che completò il processo di pubblicizzazione degli ospedali, creando l'ente ospedaliero, persona giuridica pubblica alla quale furono ricondotte le istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza, gli altri enti pubblici operanti esclusivamente nell'assistenza ospedaliera e gli ospedali appartenenti ad altri enti pubblici aventi anche altre finalità. In virtù di tale prima riforma, «si superò il residuo carattere volontaristico-caritatevole che ancora connotava l'esercizio dell'attività in questione, pervenendo ad una più sicura configurazione della stessa come servizio pubblico rivolto alla collettività generale» (Aicardi, 2003: 636; osserva De Cesare, 1989: 249 che la legge ospedaliera, «ironia della sorte, è stata originata dal fatto che ormai le opere pie e gli stabilimenti ospedalieri erano diventati meri erogatori di servizi, con una indipendenza patrimoniale data loro proprio dal denaro delle mutue»). Una volta riconosciuto a tutti i cittadini il diritto al ricovero ospedaliero (subordinato esclusivamente alla necessità del medesimo, indipendentemente da ogni accertamento circa il pagamento delle spese di degenza⁵), non poteva non riconoscersi a tutti anche l'assistenza sanitaria: il passo verso la vera e propria riforma sanitaria era ormai breve (De Cesare, 1989: 249).

Con il trasferimento alle Regioni a statuto ordinario delle funzioni concernenti l'«assistenza sanitaria e ospedaliera»⁶, disposto con la prima regionalizzazione⁷, ed il riparto delle funzioni fra livelli istituzionali, operato con la seconda⁸, si gettarono le basi per la riforma complessiva del sistema: con la legge 23 dicembre 1978, n. 833, venne istituito il servizio sanitario nazionale e si diede finalmente attuazione piena ed organica al precetto costituzionale con la previsione di un servizio pubblico informato a principi di universalità, eguaglianza e globalità. A prescindere dal ritardo con cui venne approvata, anche a causa di una lettura riduttiva del precetto costituzionale (Morana, 2009: 321), e dai difetti e contraddizioni che sicuramente presentava⁹, tale legge rappresentò il «punto di arrivo di un'evoluzione che, iniziata dal vecchio Stato liberale garantista di tipo ottocentesco, arriva a prendersi cura, in maniera completa ed esauriente, delle esigenze più vive della vita delle persone» (Catelani, 2010: 45).

3. Il fallimento della riforma del 1978 e la (conseguente) scelta del 1992-1999

La legge del 1978 era imperniata su nuovi appositi organismi, le unità sanitarie locali, la cui incerta natura giuridica rappresentò probabilmente una delle principali cause del sostanziale fallimento della legge stessa (secondo Cazzola, 1994: 138, l'istituzione delle USL è stata «una delle più singolari soluzioni giuridiche date ad un problema politico»: attribuire ai comuni tutte le funzioni amministrative in materia di assistenza sanitaria ed ospedaliera non af-

fidate allo Stato ed alle Regioni). Con una scelta ritenuta dai più compromissoria (il dibattito in argomento è ben riassunto da Aicardi, 2003: 639, anche in nota, al quale si rimanda per i relativi riferimenti bibliografici), che sottraeva alle Regioni il proprio ruolo gestionale nel settore sanitario relegandole a meri soggetti programmatori e regolatori del servizio (Poggi, 2014: 89), il legislatore configurò, infatti, l'USL, da un lato, come un'amministrazione autonoma, dotata di propri organi e funzioni¹⁰; dall'altro, come «una struttura operativa dei Comuni, singoli o associati, e delle comunità montane»¹¹: più analiticamente, «il complesso dei presidi, degli uffici e dei servizi dei comuni, singoli o associati, e delle comunità montane i quali in un ambito territoriale determinato assolvono ai compiti del Servizio Sanitario Nazionale»¹². Un'entità caratterizzata, dunque, da una doppia strumentalità: funzionale rispetto ai compiti di tutela della salute *lato sensu* intesa; organizzativa rispetto agli Enti locali ai quali la funzione stessa è in via di principio affidata (Falcon, 1984: 587-588). Ciò determinò una prima complicazione, dovuta al fatto che le USL non erano costituite necessariamente per ogni singolo comune, bensì per zone o ambiti territoriali determinati dalle Regioni in base a criteri di legge statale¹³ ed a scelte politico-amministrative espresse per lo più in leggi regionali: ne conseguiva che, quando la zona individuata dalla Regione era più ampia della circoscrizione di un singolo comune, la relazione di strumentalità tra comune ed USL tendeva a trasformarsi in qualcosa di più complesso o, comunque, diverso (Falcon, 1984: 591-592).

L'USL peraltro, era configurata dalla legge del 1978 come una struttura governata da organi non tecnici, ma forniti di legittimazione democratica, cioè organi politici di rappresentanza indiretta del corpo elettorale locale, che dovevano assicurare il raccordo tra l'USL ed il Comune, singolo o associato, o la comunità montana: l'assemblea generale, avente funzioni di indirizzo generale, costituita dal Consiglio comunale o dai rappresentanti dei Comuni associati, ed il comitato di gestione, eletto con voto limitato dalla stessa assemblea (Aicardi, 2003: 639)¹⁴. Ciononostante, era difficile sostenere che essa agisse come strumento dell'ente soggetto politico-amministrativo, mancando a tal fine sia i poteri esercitati da un organo assembleare rappresentativo in relazione ad un organo più ristretto a vocazione specificamente amministrativa, sia, soprattutto, la possibilità di scindere, attribuendoli ad ordinamenti diversi, l'organo assembleare dall'organo amministrativo: l'assemblea non agiva come organo dell'ente locale, ma sembrava 'ritagliata' dall'ente stesso, al quale fondamentalmente apparteneva, per fungere da organo assembleare dell'USL pur mantenendo la propria identità: dal punto di vista strettamente giuridico, pertanto, l'USL non sembrava concepita come una porzione tecnico-amministrativa di un ordinamento locale più ampio che la ricompre-

deva e l'utilizzava, bensì come un ordinamento locale esso stesso complessivo e completo (Falcon, 1984: 593-596). Questa ambigua configurazione delle USL dal punto di vista organizzativo e lo scarso ruolo di indirizzo e controllo svolto nei loro riguardi dai comuni fecero sì che i nuovi organismi si delineassero come poteri locali autonomi, sostanzialmente irresponsabili dei risultati di gestione (Aicardi, 2003: 641).

Al fallimento della legge del 1978 contribuirono, altresì, l'eccessiva politicizzazione degli organi, nominati secondo «criteri politici cioè secondo criteri di lottizzazione» (Giannini, 1991: 33), e l'estensione illimitata ed indiscriminata delle prestazioni, dovuta anche alla mancata approvazione dei piani sanitari, incautamente affidata ad una legge della Repubblica assai difficile da confezionare (sul punto, *amplius*, Mattioni, 2009: 272-273), mancata pianificazione che fece lievitare in misura insostenibile i costi del sistema (efficacemente definito da Merusi, 1982: 13, «a finanziamento rigido e a gestione anarchica») costringendo il legislatore ad intervenire di frequente per ripianare i disavanzi di bilancio delle USL, *ergo* sostanzialmente a ridimensionare la portata dei principi di globalità e gratuità del servizio sanciti dalla stessa legge (Aicardi, 2003: 641).

Nel tentativo di porre rimedio alle inefficienze del sistema delineato dalla riforma del 1978, via via dimostratosi sempre più ingovernabile, il legislatore procedette, dapprima, ad alcuni interventi minori sull'organizzazione interna delle USL – tra cui, in particolare, l'inserimento tra i suoi organi del collegio dei revisori¹⁵, la soppressione dell'assemblea generale e la riduzione del numero dei componenti i comitati di gestione¹⁶ – e, successivamente, con la c.d. legge-ponte del 1991, alla sostituzione degli organi politici con un amministratore straordinario nominato dalla Regione, dotato di «tutti i poteri di gestione, compresa la rappresentanza legale», ancorché ancora affiancato da un comitato di garanti nominato dal comune, avente funzioni di indirizzo generale¹⁷ (su quest'ultima riforma, Clarich, 1991: 6; Rampulla, 1991: 933; Speranza, 1992: 776).

I tempi erano ormai maturi per un riordino complessivo, che venne varato con il decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, cui fece seguito – inframmezzato da una pronuncia della Corte costituzionale¹⁸ – il decreto legislativo correttivo 7 dicembre 1993, n. 517.

Pur non travolgendo del tutto l'impianto della legge istitutiva del 1978, il riordino del 1992-1993 presenta rispetto alla stessa diversi punti di netta rottura:

- estromissione pressoché totale dei Comuni dalla gestione della sanità e configurazione dell'USL come ente regionale;
- riduzione di numero, aziendalizzazione e depoliticizzazione delle USL attraverso la previsione di un solo organo monocratico di gestione scelto dalla Regione sulla base della competenza tecnica;

- autonomia degli ospedali maggiori, incorporati dalle USL;
- responsabilizzazione finanziaria delle Regioni;
- configurazione di un sistema di concorrenza tra strutture pubbliche e private, fondato sull'accreditamento ed il finanziamento a tariffa delle strutture medesime (Aicardi, 2003: 643).

Specie avendo riguardo all'aziendalizzazione delle USL – operata sull'onda lunga del più generale processo di privatizzazione che ha caratterizzato, negli anni '90 del secolo scorso, numerosi apparati amministrativi – ed al mutato rapporto con gli operatori privati della sanità, *id est* alla ricostruzione del servizio pubblico di tutela della salute secondo regole e principi di tendenziale equiordinazione, risulta evidente la profonda correzione del modello originario, nella misura in cui «si passa da una visione squisitamente pubblicistica ad un complesso di valori e di regole pratico-operative (ad una vera e propria filosofia di fondo, pertanto) che ha le sue radici nell'*humus* culturale dell'economia di mercato» (Ferrara, 2007: 117). Ma novità assai significative si registrano anche con riguardo all'erogazione di prestazioni e servizi, adesso oggettivamente condizionata dalle risorse finanziarie che si ritiene di poter mettere a disposizione del SSN (Mattioni, 2009: 280)¹⁹, ed alla sottrazione, pur nell'ambito di un complessivo disegno in cui la programmazione continua a rappresentare un istituto di rilievo centrale, del piano sanitario nazionale (che dunque, come notato da Liguori, 1996: 58, rimane «il fulcro del sistema») al Parlamento (Mattioni, 2009: 283-286).

Al riordino del 1992-1993 ha poi fatto seguito un ulteriore riassetto organizzativo del SSN: con il decreto legislativo 19 giugno 1999, n. 229 (c.d. 'decreto Bindi'), è stata, infatti, approvata una nuova riforma, che, da un lato, ha portato a compimento processi già avviati nel 1992 e, dall'altro, ha recuperato aspetti più vicini alla legge istitutiva del 1978 (Poggi, 2014: 90). Sotto il primo profilo, è stato approfondito e radicalizzato il percorso di aziendalizzazione e di privatizzazione degli apparati e dell'attività intrapreso qualche anno prima, sia enfatizzando il ruolo strategico svolto dal direttore generale dell'azienda sanitaria grazie all'atto aziendale di diritto privato²⁰, sia assoggettando, in linea di massima, al diritto privato l'attività dell'azienda medesima; per altro verso, si è recuperata in qualche modo «una (moderata) impostazione pubblicistica, principalmente per quel che concerne la tipologia delle relazioni giuridiche fra i soggetti istituzionali del servizio pubblico e gli operatori privati accreditati» (Ferrara, 2007: 118), e si sono riconfigurate le prestazioni sanitarie come «espressione di una funzione pubblica, sostenuta da finanziamenti della stessa natura idonei a soddisfare il diritto soggettivo dell'universalità dei soggetti» (Mattioni, 2009: 299).

4. *Le aziende sanitarie tra pubblico e privato*

Com'è stato notato (tra i tanti, Liguori, 1996: 66), una delle fondamentali innovazioni contenute nel riordino del 1992-1999 attiene all'organizzazione dei servizi, adesso improntata ad una logica aziendale e ad una gestione manageriale: il modulo organizzativo prescelto è quello aziendalistico, con una netta separazione tra competenze gestionali, affidate alla componente manageriale dell'organizzazione, e competenze di indirizzo, imputate a soggetti politico-rappresentativi esterni ad essa. Le USL, il cui numero viene ridotto fino ad avere un ambito territoriale coincidente, di regola, con quello della provincia, divengono «aziende con personalità giuridica pubblica e autonomia imprenditoriale»²¹, che «informano la propria attività a criteri di efficacia, efficienza ed economicità e sono tenute al rispetto del vincolo di bilancio, attraverso l'equilibrio di costi e ricavi, compresi i trasferimenti di risorse finanziarie»²². Esse «[a]giscono mediante atti di diritto privato»²³ ed anche «la loro organizzazione e funzionamento sono disciplinati con atto aziendale di diritto privato»²⁴.

A ragione si è subito parlato di «rivoluzione copernicana che ha interessato il sistema sanitario [...]: i soggetti gestori del servizio – le unità sanitarie locali – passano dall'imprecisa e poco concludente fisionomia di “strutture” dei comuni, singoli o associati, all'attuale definizione per la quale si costituiscono in “aziende” con personalità giuridica di diritto pubblico e autonomia imprenditoriale» (Ferrara, 2003: 2500-2501). Quest'ultima, in particolare, unitamente all'autonomia organizzativa, di cui pure essa è adesso dotata, consente all'USL di definire il proprio assetto organizzativo in funzione delle esigenze locali, così colmando il preesistente divario tra assetto formale ed assetto reale (Ruffini, 1999; Bergamaschi, 2000; Hinna, 2001). Elementi di marcata originalità presenta, altresì, l'atto aziendale di diritto privato (esempio di come il diritto privato si applichi sempre più spesso anche ai profili strutturali interni, tradizionalmente considerati, invece, dominio esclusivo del regime pubblicistico e minimo comune denominatore dell'istituto generale dell'ente pubblico: Napolitano, 2003b: 820; interessanti riflessioni sul tema, più recentemente, anche in Pioggia, 2013: 481), che «individua le strutture operative dotate di autonomia gestionale o tecnico-professionale, soggette a rendicontazione analitica», ed è soggetto esclusivamente al «rispetto dei principi e criteri stabiliti con [...] legge regionale»²⁵ (quindi, non ad una vera e propria approvazione, bensì ad una generale verifica, da parte della giunta regionale, della conformità alle linee di indirizzo generali indicate dalla Regione: Pieri, 2009: 40): esso, infatti, consente ai soggetti gestori della sanità pubblica uno smarcamento – ancorché relativo in quanto sotto l'«ombrello protettivo» dei principi e criteri ordinatori dettati dal legislatore regionale, i quali peraltro non servono soltanto ad orientare le scelte stra-

tegiche del direttore generale, ma anche a «blindarle», cioè a coprirle e legittimarle politicamente, specie quando esse siano dolorose ed impopolari in quanto imposte da ragioni di bilancio – rispetto al responsabile politico della gestione stessa (la Regione) e rappresenta, pertanto, «il vero e proprio centro di gravità del sistema imprenditoriale nel comparto della sanità» (Ferrara, 2003: 2506).

Tuttavia, com'è stato notato dalla più acuta dottrina, l'aziendalizzazione delle USL comporta problemi ben maggiori di quelli posti da una qualsiasi altra privatizzazione di strutture o soggetti pubblici: «[i]l problema vero, infatti, è che gli operatori della sanità – e pertanto la gestione complessiva del sistema – agiscono nel settore sensibile dei diritti sociali e, anzi, per la tutela e la promozione del diritto sociale per eccellenza, di un diritto sociale ritenuto, addirittura, fondamentale, assoluto e irrefragabile [...]. Il che vale sicuramente a proiettare i problemi dell'organizzazione e della gestione del servizio sanitario nazionale nell'ottica, tutta particolare, del servizio universale, e di un servizio nel quale (e relativamente al quale) i noti obiettivi di risultato dell'efficacia e dell'efficienza, dell'equilibrio costi-ricavi ecc. debbono essere necessariamente apprezzati secondo uno scrutinio di comparazione fra valori che non può essere meccanicisticamente limitato al mero fatto gestionale, alla semplice evidenza di un risultato misurabile secondo i principi dell'analisi costi-benefici o della contabilità analitica, e dunque totalmente a prescindere dall'impatto relazionale e sociale (sulla persona come sulla collettività organizzata) che viene finalmente a prodursi» (Ferrara, 2003: 2502-2503). Ciò induce a ritenere che l'USL sia configurata come azienda, cioè come soggetto che si organizza ed agisce per l'erogazione del servizio in termini imprenditoriali, in un senso ben preciso (Clarich, 1993: 6; più recentemente, con il supporto della giurisprudenza, Rinaldi, 2007: 1922). Quello dell'azienda sanitaria, in sostanza, resta un modello atipico non raffrontabile con altre forme di azienda: si tratta, infatti, di un soggetto pubblico che, in forza dell'autonomia imprenditoriale, utilizza gli strumenti privatistici al fine di assicurare la tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo ed interesse primario della collettività (Pieri, 2009: 38). Non è errato, dunque, affermare che l'autonomia delle aziende sanitarie è solo strumentale, dal momento che il quadro degli obiettivi è interamente determinato dall'esterno (Adami, 2013: 1422), e che esse sono sì tenute ad operare secondo principi di economicità, ma di una «economicità parziale», nel senso che il regime giuridico non è ispirato a criteri di totale privatizzazione, restando troppo rilevante ed essenziale il servizio reso: non può subordinarsi a principi totalmente privatistici la funzione di tutela della salute pubblica (Bottari, 2011: 46; in termini analoghi, Catelani, 2010: 112-118, il quale identifica addirittura i criteri manageriali di efficienza con i requisiti pubblicistici del buon andamento e dell'imparzialità *ex art. 97, co. 1, Cost.*,

che connota la gestione pubblicistica di questi enti strumentali: nulla a che vedere, dunque, con una gestione realmente privata).

5. La dirigenza sanitaria ed il difficile dosaggio tra politica e tecnica nel governo della sanità

Com'è ben stato evidenziato dalla più attenta dottrina (Ferrara, Vipiana, 1999: 64-65), i sistemi organizzativi della sanità possono essere in astratto notevolmente diversificati l'uno dall'altro: sotto il profilo della «spettanza sostanziale del potere», le opzioni possibili oscillano fra la politicità e la tecnocrazia (così, con riguardo alle USL, Romano Tassone, 1997: 387), con alcune varianti intermedie, quale la democrazia.

Dopo il sostanziale fallimento della legge n. 833 del 1978, dovuto anche – come si è detto – all'eccessiva politicizzazione delle unità sanitarie locali, il legislatore aveva inteso voltare pagina, passando da un'organizzazione improntata su modelli prevalentemente politico-rappresentativi ad una struttura ispirata a criteri tecnico-aziendalistici, incentrata sostanzialmente su un solo organo di gestione, volutamente monocratico: il direttore generale (Cilione, 2003: 167). La scelta, di totale rottura con il precedente assetto in quanto chiaramente intesa a dare una caratterizzazione più tecnica al governo locale della sanità, basata adesso su un'azienda pubblica di servizio gestita non più da pseudo esperti di partito, ma da *managers*, che, ancorché collegati al mondo politico, fossero responsabilizzati in base ai principi di efficienza, produttività ed economicità, in un regime di competitività imprenditoriale (Cappucci, 2001: 1249-1250), comportava certamente una netta diminuzione del tasso di democraticità nel governo della materia²⁶ (sulla necessità che i cittadini partecipino alla determinazione delle scelte di salute, concorrendo all'individuazione degli obiettivi del SSN, Tallacchini, 2006: 23), ma appariva, almeno in astratto, coerente. Ciò, soprattutto, in quanto il legislatore, sia nel 1992 che, forse in misura ancora maggiore, nel 1999, aveva avuto cura di dotare l'organo di vertice della riordinata USL di una gamma di poteri così estesa da renderlo *dominus* assoluto (Gallo, 1999: 213), come un vero e proprio capo azienda (così lo definisce Reborà, 2005: 35, evidenziando come esso rivesta il ruolo di massimo responsabile nel corrispondente assetto istituzionale, con piena sovraordinazione rispetto a tutte le altre figure interne e pieni poteri in ordine all'impostazione ed al coordinamento delle principali scelte strategiche ed operative; sui vertici aziendali, con alcune proposte per rendere più collegiale la gestione, anche Carpani, 2010: 451). Alcune indicazioni normative confortano quest'ultima affermazione:

- a) si pensi, innanzitutto, all'atto aziendale di diritto privato, che – come si è notato – consente al direttore generale di organizzare autonomamente l'intero

- funzionamento delle proprie strutture operative ed ha la particolarità di riassumere in capo ad un unico protagonista sia i compiti di natura politico-governativa che quelli più tipicamente gestionali (Jorio, 2006: 13);
- b) un peso non inferiore assume, poi, la natura, prettamente fiduciaria, del rapporto del direttore generale con i suoi diretti coadiutori, il direttore amministrativo ed il direttore sanitario²⁷;
- c) si consideri, infine, l'analogia, amplissima discrezionalità di cui lo stesso direttore generale godeva, fino a qualche anno fa, quando era chiamato a conferire e revocare gli incarichi di direzione delle strutture, semplici e complesse (in tema, per tutti, Montini, 2004: 157). Ed infatti, i nuovi dirigenti medici – che non sono più responsabili esclusivamente della gestione dell'atto medico, ma amministrano anche il *budget* per il raggiungimento dell'obiettivo loro assegnato (Lambertucci, 2006: 825; Mazzotta, 2003: 471) – venivano, in primo luogo, nominati dal direttore generale al di fuori di una procedura di valutazione comparativa, avendo la giurisprudenza da tempo univocamente affermato, in contrasto con certa dottrina (Ferrara, 2003: 2509; Gallo, 1999: 219), che l'art. 15 *ter* del decreto legislativo n. 502 del 1992, introdotto dal decreto legislativo n. 229 del 1999, nella sua originaria versione, configurava il provvedimento di conferimento del predetto incarico come atto negoziale, basato su valutazioni fiduciarie e non già su procedura concorsuale²⁸. In sostanza, il direttore generale poteva scegliere liberamente attingendo dall'elenco di candidati idonei predisposto (senza attribuzione di punteggi e senza formazione di graduatoria) da un'apposita commissione, conferendo, quindi, l'incarico con scelta di carattere fiduciario affidata alla propria responsabilità manageriale²⁹. Se a ciò si aggiunge che, a norma del succitato art. 15 *ter*, co. 2, l'anzidetta commissione chiamata a predisporre la rosa dei papabili era nominata dallo stesso direttore generale ed era composta dal direttore sanitario (quindi, un suo strettissimo collaboratore), che la presiedeva, e da due dirigenti dei ruoli del personale del Servizio Sanitario Nazionale, preposti ad una struttura complessa della disciplina oggetto dell'incarico, di cui uno individuato, ancora una volta, dal direttore generale ed uno dal Collegio di direzione, a cui partecipavano anche i direttori sanitario ed amministrativo³⁰, ci si rende conto dello smisurato potere che era attribuito in materia al direttore generale. Anche la revoca dei predetti incarichi di direzione di struttura, pur nel silenzio della legge, deve ritenersi spettante al direttore generale (Saitta, 1999: 953), il quale, pertanto, finiva per decidere in totale libertà a chi conferire e revocare incarichi dirigenziali che comportano, oltre che notevoli poteri e prestigio professionale, l'erogazione di cospicue indennità. Non è certo campata in aria, pertanto, l'idea che la linea di contatto tra organo politico e dirigenza si ponesse, più

che tra Regione e direttore generale, tra quest'ultimo e la dirigenza sanitaria (così Mazzotta, 2003: 483; adesivamente, Tuccillo, 2012: 156).

Senonché, pur godendo di così ampi poteri di gestione, raramente il direttore generale è stato in grado di governare in totale autonomia, sfruttando appieno le proprie potenzialità. Ciò per ragioni non soltanto, per così dire, fisiologiche in quanto legate a previsioni normative che, più o meno consapevolmente, ne circoscrivevano i margini d'intervento, ma anche, in certa misura, patologiche, ossia derivanti – come in passato abbiamo tentato di dimostrare (Saitta, 2007: 5; in linea con la nostra impostazione sembra essere Tuccillo, 2012: 151) – dal persistente controllo esercitato su di esso dai partiti politici. Questi ultimi, innanzitutto, finiscono inevitabilmente per influenzare le scelte regionali in ordine alla valutazione dell'operato del direttore generale ed alla sua eventuale conferma nell'incarico³¹: l'ampia discrezionalità che permea tale procedimento³² ha fatto sì che la decisione costituisca uno strumento per esercitare pressioni sull'organo di vertice dell'azienda, che può essere costretto a... guadagnarsi la conferma attraverso comportamenti non del tutto lineari.

Ma non bisogna sempre pensare al direttore generale come vittima incolpevole di politici interessati: in molti casi, in realtà, è egli stesso a portarsi appresso, durante tutto il mandato, il pesante fardello di un debito di riconoscenza nei confronti dei politici, da onorare nel momento in cui questi ultimi lo ritengano opportuno. Si allude alla circostanza, ben nota a tutti gli operatori del settore, che gran parte delle nomine dei direttori generali sono state operate in modo tutt'altro che obiettivo ed imparziale, allo scopo non già di scegliere il *manager* migliore, bensì di mettere... la persona giusta al posto giusto. Ciò – è doveroso dirlo – a causa non soltanto delle disposizioni normative che regolavano la materia³³, ma anche del colpevole avallo della giurisprudenza amministrativa, che aveva costantemente affermato che, stante la loro natura prettamente fiduciaria, i provvedimenti di nomina dei direttori generali hanno carattere di elevata discrezionalità, tanto da inquadarsi tra gli atti di alta amministrazione, e non presuppongono alcuna valutazione comparativa tra i vari candidati³⁴ (Barilà, 1999: 565). In definitiva, molti direttori generali (ovviamente, ci saranno state delle eccezioni) si sono insediati rilasciando una sorta di «cambiale in bianco» in favore dei politici di turno che ne hanno favorito la nomina, risultandone così fortemente limitata la loro autonomia decisionale (sul punto, in modo eloquente, Carpani, 2010: 457: «La fiduciarità del rapporto [...] può essere terreno fertile per un'utilizzazione degli ampi poteri del direttore non rispettosa delle regole della imparzialità e della buona amministrazione, nonché per la formulazione, da parte dei preposti agli organi regionali, di richieste al *management* aziendale tese a compiere scelte o tenere comportamenti gestionali contrari alla leg-

ge»): la successiva adozione dell'atto aziendale, la scelta dei direttori sanitario ed amministrativo e finanche i singoli conferimenti degli incarichi di direzione di struttura, semplice e complessa, hanno finito, infatti, per rappresentare la migliore occasione per ricambiare precedenti favori (e, per i politici che li avevano sponsorizzati, per... riscuotereli). Tecnici, quindi, spesso saldamente nelle mani dei politici, che non hanno potuto dare l'auspicata svolta al governo della sanità e che nemmeno la giurisprudenza sul c.d. *spoils system*, dichiaratamente volta a garantire una certa stabilità ed autonomia al loro rapporto di lavoro (Ceresetti, 2009: 1655), era riuscita a rendere davvero liberi di allocare le risorse e gestirle in modo tale da perseguire al meglio gli obiettivi nel rispetto dei vincoli assegnati. Ne vien fuori il quadro, sotto certi aspetti davvero desolante, di un governo «tecnocratico» sostanzialmente falsato da un persistente eccesso di politicizzazione e – ciò che è ancor più grave – senza che ne riceva un qualche beneficio la politica nel significato più nobile del termine; il che avrebbe quantomeno comportato una maggiore partecipazione dei cittadini alle scelte aziendali, quindi una maggiore democraticità. Da qui l'esigenza di trarre spunto dalle esperienze passate – quella del 1978 e quella intrapresa nel 1992-1999, ancora attuale – al fine di trovare il giusto dosaggio tra politica e tecnica che consenta di governare finalmente in modo adeguato la sanità.

In quest'ottica, non può che salutarsi con favore il recente intervento legislativo sul procedimento di nomina del direttore generale, adesso connotato da una valutazione comparativa ed un'adeguata motivazione, sui criteri di valutazione della sua attività e sul procedimento di nomina dei direttori di struttura complessa, ora configurato in termini di vero e proprio concorso³⁵ (per maggiori dettagli, Niglio, 2012; Tuzza, 2012; Fragale, 2013; da ultimo, Cerbo, 2015, il quale, considerato che il direttore generale resta comunque facultato a scegliere come direttore di struttura complessa «persino l'ultimo classificato della terna» individuata dalla commissione o al limite a non conferire l'incarico, riscontra la difficoltà di individuare uno stabile punto di equilibrio fra vincolatività della graduatoria stilata dai commissari e fiduciarità della scelta operata dal vertice aziendale, cui evidentemente si vuole assicurare un *quid* di soggettività in una scelta che riguarda la gestione dell'azienda).

6. *La tutela della salute tra Stato, Regioni e Comuni*

Le 'variabili' attorno alle quali dovrà fondarsi qualsiasi ulteriore progetto di riordino del governo della sanità non riguardano, tuttavia, esclusivamente quella che è stata definita all'inizio la 'spettanza sostanziale del potere', bensì anche il problema dell'allocazione e della distribuzione dei compiti e delle funzioni tra Stato e Regioni – da riguardare oggi alla luce del Titolo V della Parte Seconda

della Costituzione – ed il rapporto fra le strutture pubbliche e quelle private, la cui problematicità risale almeno alla legge istitutiva del SSN del 1978. Sono tutte queste le opzioni strategiche che dovranno connotare le future scelte legislative intese a migliorare il sistema attuale e sulle quali, pertanto, ci si ripropone di indagare, seppure nei ristretti limiti di spazio a disposizione (limiti che ostano ad una descrizione del non univoco percorso di decentramento conosciuto dal SSN dal 1978 ai tempi nostri, per la quale si è, pertanto, costretti a rinviare a Griglio, 2009: 223).

Partiamo dalla prima questione, che in sostanza concerne, da un lato, l'implicita ricomprensione degli aspetti gestionali ed organizzativi del SSN nell'ambito della più generale materia 'tutela della salute' e, dall'altro, viceversa, il loro già avvenuto trasferimento all'interno della potestà legislativa esclusiva delle Regioni (così Bottari, 2011: 9-10). Sotto quest'aspetto, va, in primo luogo, segnalato che parte della dottrina e della giurisprudenza ricavano dalla ritenuta potestà statale in materia di «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni»³⁶ una conseguente competenza di tipo organizzativo, *id est* il potere di dettare i principi fondamentali concernenti la cornice organizzativa del SSN (per tutti, Molaschi, 2003: 523; adesivamente, Ferrara, 2007: 123-124). Lo Stato, però, non pare potersi spingere oltre, in quanto, in forza dell'inclusione della materia «tutela della salute» nell'ambito della competenza concorrente, relativamente alla quale la legislazione statale può concernere soltanto la «determinazione dei principi fondamentali»³⁷ (sulla quale, per tutti, D'Angelosante, 2007: 30), ogni fondamentale potestà legislativa in tema di organizzazione sanitaria non può che allocarsi presso l'ordinamento regionale (Ferrara, 2007: 129-130; secondo Nicolazzi, 2002: 1745, proprio l'esperienza della regionalizzazione dei servizi sanitari costituisce una delle ragioni che hanno indotto il legislatore costituzionale ad inserire la materia 'tutela della salute' tra quelle di legislazione concorrente)³⁸. È indubbio, comunque, che il sistema costituzionale desumibile dalle norme attualmente vigenti abbia attribuito alle Regioni una più ampia autonomia organizzativa (Bottari, 2011: 12). E se è vero che è difficile individuare un giusto equilibrio tra esigenze di uniformità di tutela della salute e modelli di organizzazione ormai differenziati rispetto ai quali è riconosciuta un'ampia autonomia regionale (Miglioranza, 2005: 2445), è anche vero che la decisa spinta alla regionalizzazione del SSN si è ormai da tempo tradotta, nella realtà concreta, nella presenza di situazioni regionali sensibilmente differenti tra loro anche sotto il profilo delle regole volte a disciplinare l'organizzazione ed il funzionamento del servizio sanitario regionale ed i rapporti che intercorrono tra i diversi soggetti istituzionali: nel 2013, ad es., si è confermata e rafforzata la tendenza a realizzare aziende sanitarie a livello provinciale (a.s.p.), ormai presenti in quasi tutte le Regioni, mentre non mancano (Marche, Molise, Province autonome di Trento

e Bolzano, Valle d'Aosta) aziende uniche a livello regionale (per maggiori dettagli, cfr. *Relazione sullo Stato Sanitario del Paese 2012-2013*: 15). Piena autonomia organizzativa che, tuttavia, non è stata ancora concretamente utilizzata, in quanto nelle aziende sanitarie delle varie Regioni si riscontrano tuttora forme organizzative assai omogenee tra loro, che sostanzialmente ricalcano quanto previsto dai decreti legislativi del 1992 e del 1999 (Cicchetti, 2013: 107).

De iure condendo, va, poi, tenuto conto del testo di revisione costituzionale approvato in prima lettura, alcuni mesi fa, dal Parlamento, testo che prevede, con l'eliminazione *tout court* della legislazione concorrente, l'attribuzione alla competenza legislativa esclusiva statale della materia «disposizioni generali e comuni per la tutela della salute, per le politiche sociali e per la sicurezza alimentare» e la limitazione della potestà legislativa delle Regioni alla «programmazione e organizzazione dei servizi sanitari e sociali» (per le prime indicazioni al riguardo, v. Jorio, 2015: 1).

7. Pubblico e privato nel SSN

L'ulteriore variabile sulla quale occorre indagare riguarda il rapporto fra le strutture pubbliche e quelle private, argomento che richiederebbe un'analisi ben più ampia di quella che è qui consentito svolgere. Se è vero, infatti, che, in generale, quello dei rapporti tra pubblico e privato costituisce uno dei temi principali di qualsiasi settore del diritto amministrativo (per tutti, Napolitano, 2003), è anche vero che, con specifico riguardo alla sanità, quella che è stata autorevolmente definita la «grande dicotomia» (Bobbio, 1985: 3) assume una valenza peculiare e si presta a diverse prospettive di osservazione (Conticelli, 2012: 4).

Secondo una condivisibile ricostruzione, possono astrattamente configurarsi almeno tre modelli di relazioni giuridiche tra il settore pubblico e quello privato: un primo modello organizzativo, contrassegnato da una marcata filosofia pubblicistica, che vede gli operatori privati della sanità recitare un mero ruolo di ricalzo, quasi all'insegna del principio di sussidiarietà orizzontale; un secondo modello, in cui la gestione pubblica si riduce in modo consistente; un terzo modello, per così dire misto, in cui pubblico e privato coesistono in modo equilibrato (Ferrara, 2007: 149). Nell'analizzare la storia della legislazione sanitaria italiana, storici e politologi mettono in guardia sull'irriducibilità della questione della salute pubblica al contesto dello Stato sociale in quanto le pratiche sanitarie mettono sempre in campo, pure nei sistemi pubblici più sviluppati della nostra epoca, anche attori privati (Soresina, 2015: 188-189). L'art. 32 della Costituzione, d'altronde, si limita a configurare un servizio sanitario «obbligatorio ad attivazione necessaria», ma non sembra imporne l'erogazione attraverso strutture pubbliche (Aicardi, 2003: 630), lasciando aperte diverse possibilità:

dall'istituzione di un sistema sanitario pubblico, alla promozione di un sistema misto, al finanziamento di soggetti privati (Corso, 1997: 410).

In concreto, il rapporto pubblico/privato nel SSN è stato controverso già nel periodo post-unitario, si è complicato progressivamente con l'approvazione della Costituzione e poi con la legge istitutiva del 1978, è parso volgere nella direzione dell'integrazione nel riordino del 1992 ed è ridivenuto problematico, specie qualora il privato si trovi a concorrere con il pubblico nella distribuzione di risorse e dotazioni finanziarie, nel decreto Bindi, con cui il legislatore, preoccupato per l'aumento indiscriminato della spesa sanitaria, da contenere anche attraverso un maggiore controllo delle strutture private operanti nell'ambito del SSN, ha introdotto limiti ai principi della libertà di scelta dell'utente e della parità tra le strutture che offrono servizi a carico del pubblico (Conticelli, 2012: 237-240, 245 e 249-253; Liguori, 2012: 13-14, secondo cui, con l'intervento del 1999, l'apertura al mercato che caratterizzava la legislazione del 1992-1993 ha ceduto il passo a logiche opposte, contraddistinte da rigidità programmatiche, con effetti protezionistici degli operatori privati già inseriti nel SSN in regime di riserva). Una serie di disposizioni sulle quali non è qui possibile soffermarsi (fra cui quelle sull'accreditamento, che dovrebbe essere disciplinato diversamente: Cerrina Feroni, 2012: 113) impediscono, infatti, di considerare le strutture pubbliche e private in posizione di parità, di consentire un'effettiva concorrenza nel mercato dei servizi sanitari (in argomento, *amplius*, D'Angelosante, 2012: 303 e 2013: 1) e, quindi, la libera scelta dell'utente (Lottini, 2008: 2553).

A nostro avviso, anche se non possiamo affidare la gestione della salute «presoché completamente a strutture che rischiano di essere fortemente permeate da una logica di *Gemeinschaft* e non di *Gesellschaft*» e «dobbiamo sforzarci di conservare almeno uno spazio (strutturalmente pubblico; eticamente laico) in cui il cittadino *sans phrase* possa essere accolto e curato come semplice individuo» (Romano Tassone, 2003: 643-644), dobbiamo considerare che il funzionamento del settore privato, data la presenza di un settore pubblico, può servire a migliorare l'efficienza complessiva del sistema sanitario ed a garantire equità nell'accesso al consumo sanitario (Clerico, 2009: 75).

8. Prestazioni sanitarie e vincoli finanziari

È ormai risaputo che il c.d. diritto alla salute (sui cui variegati contenuti, per tutti, Police, 2003: 1173) non costituisce un assunto intangibile per le scelte legislative, dovendo il suo riconoscimento tener conto di altri principi e valori costituzionalmente protetti, tra cui l'esigenza di equilibrio della finanza pubblica³⁹: in altri termini, la pretesa di ogni persona ai trattamenti sanitari necessari è garantita nei limiti oggettivi che il legislatore incontra in relazione alle ri-

sorse organizzative e finanziarie di cui l'apparato dispone⁴⁰. Una situazione di stante, quindi, anni luce da quella che ancora caratterizzava l'epoca della legge istitutiva del SSN, quando la «illimitata fiducia nelle sorti, magnifiche e progressive, dello Stato sociale di diritto» induceva a costruire le aspettative di prestazione del cittadino «alla stregua di situazioni giuridiche soggettive in qualche modo assolute» (Ferrara, 2007: 155). Da questo punto di vista, ben può dirsi che il riordino del 1992-1999 ha innovato radicalmente, sostituendo un sistema sanitario che era basato sulla rilevazione dei bisogni cui si assicura soddisfacimento con un sistema che si condiziona a parametri finanziari precostituiti (Mattioni, 2009: 280).

Ciò induce a chiedersi se oggi debba ritenersi più apprezzabile quel risultato che si caratterizzi per un più elevato tasso di *performance* sul piano gestionale a prezzo di un relativo sacrificio delle aspettative di prestazione del cittadino-utente ovvero quel prodotto finale che abbia corrisposto meglio alle attese di quest'ultimo ma sia eventualmente contraddistinto da un certo *deficit* di bilancio (Ferrara, 2007: 169). Interrogativo che, a ben guardare, riguarda la scelta (politica) dell'individuazione, da parte dell'amministrazione centrale, del *budget* da destinare al SSN (quanto, cioè, i cittadini siano disposti a pagare per mantenerlo: Testi, 2009: 434-435; sul legame procedimentale tra LEA e risorse disponibili in sanità, cfr. Balduzzi, 2013: 25-28) ed involge, quindi, il più generale problema della (difficile) applicazione del criterio di economicità ad alcuni ambiti di attività amministrativa (su questi temi sia consentito rinviare a Saitta, 2001: 491; con specifico riguardo alla sanità, la difficoltà di realizzare una concreta esigibilità del diritto alla tutela sanitaria in presenza di una carente definizione del concetto di LEA⁴¹ è ben evidenziata da Spandonaro, 2013: 39). Il problema viene efficacemente reso dal quesito se sia meglio «produrre salute o DRG» (Catanati, 2008: 529, che volutamente pone in modo apertamente provocatorio l'antitesi tra la qualità delle cure e la visione aziendalistica dell'ospedale, sintetizzata dai famigerati DRG). Nell'attuale momento di grave crisi economica, particolarmente critiche sono, dunque, le prospettive per l'equità intergenerazionale e diventa necessario chiarire in modo esplicito i livelli di assistenza che il SSN potrà continuare a garantire su base universalistica.

Dal punto di vista dell'organizzazione, che poi «costituisce lo snodo decisivo dell'inevitabile tensione tra livelli essenziali delle prestazioni e risorse disponibili» (Balduzzi, 2013: 29), ferma restando l'astratta configurabilità di diversi modelli sotto il profilo del finanziamento (ampie indicazioni al riguardo in Petretto, 2012: 6-9), la costante riduzione delle risorse economiche a disposizione delle Regioni per finanziare i sistemi sanitari impone alle aziende di sviluppare tutte le possibili formule organizzative orientate ad individuare fonti di finanziamen-

to ulteriori rispetto ai trasferimenti regionali ed alle entrate connesse all'ordinaria erogazione di prestazioni (*ticket*), come, ad es., dotarsi delle capacità, proprie dell'imprenditore privato, di sapersi inserire in dinamiche di mercato per reperire ulteriori fonti di finanziamento (Sammartino, 2015: 1).

9. Bilancio dell'esistente e prospettive di ulteriori riforme

Al termine della descrizione, inevitabilmente incompleta, dei modelli organizzativi del SSN italiano alla luce dell'evoluzione legislativa degli ultimi centocinquanta anni, dovrebbe essere emerso che – come da tempo notato dalla più attenta dottrina – i fattori di più elevata criticità che, confermando l'attualità del «paradosso dell'eterno riformatore», sono stati costantemente al centro dell'attenzione dei legislatori di ogni epoca sono la costruzione di un modello gestionale più o meno pubblicistico o privatistico ed il rapporto fra strutture pubbliche e private (Ferrara, 2007: 153-154).

Per quanto attiene al primo aspetto, sfatato ormai da tempo il mito della privatizzazione come panacea per tutti i mali (sul punto, con specifico riguardo all'organizzazione delle pubbliche amministrazioni, D'Orta, 2011: 391) e dimostrato che non è sempre vero che l'aziendalizzazione garantisca «depolitizzazione del modello gestionale» (sono parole di Mattioni, 2009: 312), la soluzione non può certo consistere in una nuova politicizzazione dell'organismo di gestione, ma semmai nel depurare il tecnicismo da qualsivoglia inquinamento politico facendo leva sulla meritocrazia. Ed in questa direzione sembra aver iniziato a muoversi, seppure timidamente, il nostro legislatore allorché ha ridisciplinato il procedimento di nomina del direttore generale, i criteri di valutazione della sua attività ed il procedimento di nomina dei direttori di struttura complessa, anche a costo di ridimensionare lo strapotere dell'organo di vertice e di ripubblicizzare alcuni ambiti di attività (Tuzza, 2012: 16-17; Niglio, 2012: 8; un giudizio favorevole su tale intervento legislativo anche da parte di Jorio, 2015: 1, che addebita ai cc.dd. «*manager della salute*» la responsabilità di troppe incertezze contabili, della formazione di un debito pubblico enorme e di LEA decisamente inappropriati imposti nella metà del Paese).

Relativamente al rapporto pubblico-privato, oltre a coltivare l'idea, che ha iniziato a farsi strada nel 1999, che l'istituzione non pubblica possa svolgere anche «una funzione di pluralismo etico-culturale, utile e servente alle scelte del soggetto titolare di una concezione personalizzata» (Mattioni, 2009: 317), occorre eliminare senza indugio i persistenti impedimenti alla libertà di scelta dell'utente ed all'effettiva parità tra le strutture al fine di consentire un'effettiva concorrenza nel mercato dei servizi sanitari. Il c.d. «sistema delle 3A» (autorizzazio-

ne, accreditamento, accordo contrattuale) dev'essere radicalmente rivisto, «nel senso di garantire la presenza e l'esercizio di eccellenze assistenziali e non già di quelle, ovunque, ripetute e ripetibili che tanto incidono negativamente sugli esiti salutari e sulle tasche dei cittadini» (Jorio, 2015: 8-9).

Note

- ¹ L. 20.11.1859, n. 3793.
- ² L. 22.12.1888, n. 5849.
- ³ L. 13.3.1958, n. 296.
- ⁴ L. 12.2.1968, n. 132.
- ⁵ Art. 41, lett. a), l. n. 132/1968.
- ⁶ Questa la definizione della materia di titolarità regionale contenuta nell'originario art. 117 Cost.
- ⁷ D.p.r. 14.1.1972, n. 4.
- ⁸ D.p.r. 24.7.1977, n. 616.
- ⁹ E sulle quali ci soffermeremo di qui a poco: v. *infra*, § 3.
- ¹⁰ Art. 14 l. n. 833/1978.
- ¹¹ Art. 15, co. 1, l. n. 833/1978.
- ¹² Art. 10, co. 2, l. n. 833/1978.
- ¹³ Art. 14 l. n. 833/1978.
- ¹⁴ Art. 15 l. n. 833/1978.
- ¹⁵ Art. 13 l. 26.4.1982, n. 181.
- ¹⁶ L. 15.1.1986, n. 4 (c.d. 'miniriforma Degan').
- ¹⁷ Art. 1 d.l. 6.2.1991, n. 35, conv. in l. 4.4.1991, n. 111.
- ¹⁸ C. cost., 28.7.1993, n. 355, in *Foro it.*, 1995, I: 62.
- ¹⁹ Sul punto, *amplius, infra*, § 8.
- ²⁰ Su quest'aspetto si tornerà di qui a poco: *infra*, §§ 4 e 5.
- ²¹ Art. 3, co. 1 *bis*, d.lgs. n. 502/1992, inserito dal d.lgs. n. 229/1999.
- ²² Art. 3, co. 1 *ter*, d.lgs. n. 502/1992, inserito dal d.lgs. n. 229/1999.
- ²³ Art. 3, co. 1 *ter*, d.lgs. n. 502/1992, inserito dal d.lgs. n. 229/1999.
- ²⁴ Art. 3, co. 1-*bis*, d.lgs. n. 502/1992, inserito dal d.lgs. n. 229/1999.
- ²⁵ Art. 3, co. 1 *bis*, d.lgs. n. 502/1992, inserito dal d.lgs. n. 229/1999.
- ²⁶ Sul punto, C. cost., 24.6.2003, n. 220, in *Ragiusan*, 2003, 233-234: 77.
- ²⁷ La giurisprudenza è, infatti, del tutto unanime nell'affermare che l'art. 3, co. 7, d.lgs. n. 502/1992, come modificato dall'art. 4 d.lgs. n. 517/1993, affida al direttore generale una scelta di carattere discrezionale ed essenzialmente fiduciario in ordine alla nomina dei suoi stretti collaboratori (appunto, i direttori sanitario e amministrativo), con il solo onere di motivare in ordine al possesso, da parte del prescelto, dei requisiti di professionalità e col limite dell'età massima del nominando, che non può essere superiore ai sessantacinque anni: *ex multis*, Cass., Sez. lav., 3.8.2005, n. 16281, in *CED Cassazione*, 2005; già prima, TAR Puglia, Bari, Sez. II, 28.9.1998, n. 775, in *Trib. amm. reg.*, 1998, I: 4232.
- ²⁸ TAR Lazio, Roma, Sez. III, 31.1.2006, n. 677, in <<http://www.giustizia-amministrativa.it>>.
- ²⁹ Cass., S.U., ord. 8.11.2005, n. 21593, in *CED Cassazione*, 2005; Cons. St., Sez. V, 29.11.2004, n. 7747 e 10.6.2002, n. 3199, in *Foro amm. – CdS*, 2004: 3246 e 2002: 1454; Trib. Avellino, 19.4.2004, in *Ragiusan*, 2004, n. 248: 490; TAR Calabria, Reggio Calabria, 30.10.2002, n. 1511, in *Foro amm. – TAR*, 2002: 3398; TAR Campania, Napoli, Sez. V, 13.6.2002, n. 3448, *ibidem*: 2151.
- ³⁰ Art. 17 d.lgs. n. 502/1992, come sostituito dall'art. 15 d.lgs. n. 229/1999.
- ³¹ Art. 3 *bis*, co. 6, d.lgs. n. 502/1992, inserito dal d.lgs. n. 229/1999.
- ³² Cons. St., Sez. V, 3.10.2003, n. 5746, in *Risorse umane*, 2003: 836.
- ³³ Si pensi al succitato art. 3 *bis*, co. 1, che precisava che i predetti provvedimenti «sono adottati esclusivamente con riferimento ai requisiti di cui al comma 3». Da qualche anno – come si dirà – la disciplina del procedimento di nomina è mutata.
- ³⁴ In tal senso, *ex plurimis*, TAR Campania, Napoli, Sez. V, 9.10.2003, n. 12580 e 13.6.2002, n. 3448, in <<http://www.giustizia-amministrativa.it>> e in *Foro amm. – TAR*, 2002: 2151; Cons. St., Sez. IV, 3.7.2000, n. 3649, in *Ragiusan*, 2000, 197: 37.

- ³⁵ Art. 3 *bis*, co. 3, d.lgs. n. 502/1992, e s.m.i., come modificato dall'art. 4 d.l. n. 158/2012, conv. in l. n. 189/2012.
- ³⁶ Art. 117, co. 2, lett. m), Cost.
- ³⁷ Art. 117, co. 3, Cost.
- ³⁸ Nel senso che «l'organizzazione dei servizi destinati alla tutela della salute rientra nella competenza della Regione», C. cost., 15.2.2000, n. 63 e 22.7.1999, n. 351, in *Giur. cost.*, 2000: I, 484 e in *Reg.*, 1999: 1152.
- ³⁹ TAR Campania, Napoli, Sez. I, 18.3.2008, n. 1372, in *Foro amm. – TAR*, 2008: 783.
- ⁴⁰ TAR Lazio, Roma, Sez. III *ter*, 2.12.2002, n. 10892, in *Foro amm. – TAR*, 2002: 4019.
- ⁴¹ Da ultimo, nel senso che i LEA «sono costituiti dall'insieme delle attività, dei servizi e delle prestazioni che il Servizio sanitario nazionale eroga a tutti i cittadini, gratuitamente o con il pagamento di un *ticket*, indipendentemente dal reddito e dal luogo di residenza», TAR Veneto, Sez. III, 7.5.2015, n. 491, in *Giurisd. amm.*, 2015, II: 774.

Riferimenti bibliografici

- Adami P. 2013, *Aziende sanitarie e affidamenti in house*, in *Giur. merito*: 1412 sgg.
- Aicardi N. 2003, *La sanità*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo* (II ed.), t. I, Giuffrè, Milano: 625 sgg.
- Arru L. 1967, *L'organizzazione sanitaria sul piano centrale*, in R. Alessi (a cura di), *L'ordinamento sanitario. L'amministrazione sanitaria*, Neri Pozza, Vicenza (ISAP, *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, 11 voll., Vicenza, 1967-1969): 37 sgg.
- Balduzzi R. 2013, *Aziendalizzazione, livelli essenziali, risorse disponibili*, in A. Chicchetti (a cura di), *Efficacia ed equità nell'assetto federale del Servizio sanitario nazionale* (Atti del Convegno di Roma del 19 maggio 2011), Milano: 21 sgg.
- Barilà E. 1999, *La nomina ed il rapporto di lavoro del direttore generale delle aziende sanitarie e ospedaliere nella riforma del servizio sanitario nazionale*, in *Lav. pubbl. amm.*: 565 sgg.
- Bergamaschi M. (a cura di) 2000, *Manuale di organizzazione delle aziende sanitarie*, McGraw-Hill, Milano.
- Bobbio N. 1985, *La grande dicotomia: pubblico/privato (1980-1982)*, in Id., *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Giappichelli, Torino: 3 sgg.
- Bottari C. 2011, *Tutela della salute ed organizzazione sanitaria* (II ed.), Giappichelli, Torino.
- Cappucci A. 2001, *La configurazione giuridica delle aziende sanitarie locali e loro profili autonomistici*, in *San. pubbl.*: 1242 sgg.
- Carpani G. 2001, *La sanità*, in F. Merloni, L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Passigli, Firenze: 451 sgg.
- Catanati C. 2008, *L'ospedale: produrre salute o DRG?*, in F. Vanara (a cura di), *Il governo dell'azienda sanitaria*, il Mulino, Bologna: 529 sgg.
- Catelani A. 2010, *La sanità pubblica*, Cedam, Padova.
- Cazzola G. 1994, *Lo stato sociale tra crisi e riforme: il caso Italia*, il Mulino, Bologna.
- Cerbo P. 2015, *L'affidamento degli incarichi per la dirigenza sanitaria* (Relazione al Convegno *La gestione del Servizio sanitario nazionale dopo il Patto per la salute 2014-2016*, Osimo, 12-13 giugno 2015).
- Ceresetti G. 2009, *Spoil system in ambito sanitario tra fiduciarietà ed imparzialità*, in *Foro amm. – CdS*: 1655 sgg.
- Cerrina Feroni G. 2012, *Pubblico e privato nella erogazione delle prestazioni sanitarie: una comparazione con la Germania e con la Svizzera*, in *Munus*: 63 sgg.
- Cicchetti A. 2013, *Innovazione organizzativa e dinamiche regionali: evidenze da studi sul campo*, in Id. (a cura di), *Efficacia ed equità nell'assetto federale del Servizio sanitario nazionale* (Atti del Convegno di Roma del 19 maggio 2011), Milano: 107 sgg.
- Cilione G. 2003, *Diritto sanitario*, Maggioli, Rimini.
- Clarich M. 1991, *I rapporti tra organi dell'azienda sanitaria: verso il modello della società per azioni?*, in *Ragiusan*, 85-86: 6 sgg.

- 1993, *Le nuove aziende sanitarie tra ente pubblico e impresa*, in *Ragiusan*, 9-10: 6 sgg.
- Conticelli M. 2012, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, Giuffrè, Milano.
- Corso G. 1997, *Welfare e stato federale: uguaglianza e diversità delle prestazioni*, in *Federalismo, regionalismo, welfare state* (Atti del Convegno di Roma del 9-10 maggio 1996), Milano: 403 sgg.
- Crosetti A. 2010, *Il servizio sanitario nazionale. Profili organizzativi*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, vol. V a cura di R. Ferrara, Milano.
- D'Angelosante M. 2007, *La tutela della salute è competenza concorrente... ma riservata allo Stato*, in *Foro amm.* – *CdS*: 30 sgg.
- 2012, *Strumenti di controllo della spesa e concorrenza nell'organizzazione del servizio sanitario in Italia*, Maggioli, Rimini.
- 2013, *Fallimenti dello Stato e sussidiarietà inclusiva del mercato nel governo della salute ai tempi della crisi economica. Report annuale 2013 Italia*, in <<http://www. ius-publicum.com>> (dicembre 2013).
- 2014, *Discorrendo su uno dei migliori sistemi sanitari al mondo (dibattito su La sanità in Italia, di Federico Toth)*, in *Ist. fed.*: 721 sgg.
- D'Orta C. 2011, *L'organizzazione delle p.a. dal diritto pubblico al diritto privato: il fallimento di una riforma*, in *Lav. pubbl. amm.*: 391 sgg.
- De Cesare G. 1989, *Sanità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano: 245 sgg.
- Falcon G. 1984, *Unità sanitaria locale*, in M.S. Giannini, G. De Cesare, *Dizionario di diritto sanitario*, Giuffrè, Milano: 587 sgg.
- Ferrara R. 2003, *Organizzazione e principio di aziendalizzazione nel servizio sanitario nazionale: spunti problematici*, in *Foro amm.* – *TAR*: 2500 sgg.
- 2007, *L'ordinamento della sanità*, Giappichelli, Torino.
- Ferrara, R., Vipiana 1999, *Principi di diritto sanitario*, Giappichelli, Torino.
- Fragale E.N. 2013, *La dirigenza delle aziende sanitarie dopo la c.d. riforma Balduzzi*, in *Ist. fed.*: 567 sgg.
- Gallo C.E. 1999, *La dirigenza e il personale del servizio sanitario nazionale*, in *San. pubbl.*: 207 sgg.
- Giannico L. 1984, *Amministrazione sanitaria: storia*, in M.S. Giannini, G. De Cesare, *Dizionario di diritto sanitario*, Giuffrè, Milano: 73 sgg.
- Giannini M.S. 1991, *L'organizzazione sanitaria dalla legge di riforma sanitaria alla l. 15.1.1986 n. 4*, in *Lineamenti di organizzazione sanitaria*, Giuffrè, Milano: 27 sgg.
- Griglio E. 2009, *La sanità «oltre» le Regioni. Il superamento della dimensione territoriale statica e la riscoperta del ruolo dei comuni*, in R. Balduzzi (a cura di), *Trent'anni di servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, il Mulino, Bologna: 223 sgg.
- Hinna L. (a cura di) 2001, *Management in sanità*, Aracne, Roma.
- Jorio E. 2006, *L'atto aziendale e i suoi contenuti*, in *San. pubbl.*: 12 sgg.
- 2015a, *Convenzioni, accreditamento e contratti: una disciplina da rivedere per la sostenibilità del SSN*, in <<http://www.astrid-online.it>> (marzo 2015).

- 2015b, *La revisione costituzionale e la salute*, in <<http://www.astrid-online.it>> (marzo 2015).
- 2015c, *La sanità che ci vuole alla luce del fabbisogno reale e delle verità emerse dai conti della Salute*, in <<http://www.astrid-online.it>> (maggio 2015).
- Lambertucci P. 2006, *Dirigenza sanitaria, responsabilità dirigenziale e gestione delle risorse umane: brevi appunti*, in *Lav. pubbl. amm.*: 825 sgg.
- Liguori F. 1996, *Impresa privata e servizio sociale nella sanità riformata*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli.
- 2012, *Flessibilità e modelli organizzativi del SSN*, in F. Liguori, A. Zoppoli (a cura di), *La sanità flessibile*, Editoriale Scientifica, Napoli: 3 sgg.
- Lottini M. 2008, *Il concorso dei privati al servizio sanitario nazionale: alternativi al pubblico o succedanei al pubblico?*, in *Foro amm. – TAR*: 2553 sgg.
- Mattioni A. 2009, *Le quattro riforme della sanità. Una lettura sinottica di snodi istituzionali fondamentali*, in R. Balduzzi (a cura di), *Trent'anni di servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, il Mulino, Bologna: 321 sgg.
- Mazzotta O. 2003, *Attribuzioni e poteri del dirigente sanitario*, in *Lav. pubbl. amm.*: 471 sgg.
- Merusi F. 1982, *Introduzione*, in F. Merusi (a cura di), *Unità sanitarie e istituzioni*, il Mulino, Bologna: 10 sgg.
- Miglioranza M. 2005, *Sanità e principi fondamentali: la programmazione regionale*, in *Foro amm. – CdS*: 2437 sgg.
- Molaschi V. 2003, *Sulla "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni": riflessioni sulla vis espansiva di una "materia"*, in *San. pubbl.*: 523 sgg.
- Montini M. 2004, *Gli incarichi di direzione di struttura complessa dei dirigenti medici: questione di giurisdizione e natura degli atti della relativa procedura*, in *Foro amm. – CdS*: 157 sgg.
- Morana D. 2009, *Dal 1948 al 1978: l'interpretazione (riduttiva) dell'art. 32 Cost. nel primo «trentennio sanitario»*, in R. Balduzzi (a cura di), *Trent'anni di servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, il Mulino, Bologna: 321 sgg.
- Napolitano G. 2003a, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- 2003b, *Soggetti privati «enti pubblici»*, in *Dir. amm.*: 801 sgg.
- Nicolazzi T. 2002, *I livelli essenziali di assistenza*, in *Foro amm. – TAR*: 1745 sgg.
- Niglio N. 2012, *La procedura di nomina dei direttori generali presso le ASL alla luce delle novità introdotte dalla legge n. 189 dell'8 novembre 2012 (Un primo commento all'articolo 4 della legge n. 189/2012)*, in <<http://www.lexitalia.it>>, 11.
- Petretto A. 2012, *Organizzazione sanitaria, finanziamento e incentivi*, in *Munus*: 1 sgg.
- Pieri M. 2009, *Le aziende sanitarie*, in C. Miriello (a cura di), *Le aziende sanitarie pubbliche*, Cedam, Padova: 33 sgg.
- Pioggia A. 2013, *L'amministrazione pubblica in forma privata. Un confronto con la Francia e una domanda: che fine ha fatto il "pubblico servizio" in Italia?*, in *Dir. amm.*: 481 sgg.
- Poggi A.M. 2014, *I diritti delle persone*, Mondadori, Milano.

- Police A. 2003, *Le situazioni giuridiche soggettive degli utenti del servizio sanitario*, in *San. pubbl.*: 1173 sgg.
- Rampulla F.C. 1991, *La gestione transitoria delle usl tra aziendalizzazione ed amministrazione pubblica tradizionale*, in *San. pubbl.*: 933 sgg.
- Rebora G. 2005, *Profili dei direttori generali nelle aziende sanitarie*, in *San. pubbl.*: 35 sgg.
- Rinaldi F. 2007, *L'incerta natura giuridica dell'azienda sanitaria locale*, in *Giur. merito*: 1922 sgg.
- Romano Tassone A. 1997, *L'azienda sanitaria tra tecnocrazia e democrazia*, in *San. pubbl.*: 387 sgg.
- 2003, *Sussidiarietà "orizzontale" e tutela della salute*, in *San. pubbl.*: 639 sgg.
- Ruffini R. 1999, *Logiche di progettazione dell'assetto organizzativo delle aziende sanitarie pubbliche*, in *Mecosan*, 29.
- Saitta F. 1999, *Prime considerazioni sull'ultima riforma del servizio sanitario nazionale: la dirigenza*, in *San. pubbl.*: 951 sgg.
- 2001, *Interrogativi sul c.d. divieto di aggravamento: il difficile obiettivo di un'azione amministrativa «economica» tra libertà e ragionevole proporzionalità dell'istruttoria*, in *Dir. e soc.*: 491 sgg.
- 2007, *Governo della sanità e falsa "tecnocrazia": cronaca di un fallimento annunciato*, in *San. pubbl.*: 5 sgg.
- Sammartino M. 2015, *Attività "imprenditoriali" delle aziende sanitarie nell'ambito dell'art. 43 della legge n. 449/1997*, in <<http://www.lexitalia.it>>, 5.
- Soresina M. 2015, *Sanità pubblica (all. C)*, in *Storia Amministrazione Costituzione, Annale ISAP*, 23: 179 sgg.
- Spandonaro F. 2013, *Federalismo ed equità nel Sistema sanitario nazionale*, in A. Chicchetti (a cura di), *Efficacia ed equità nell'assetto federale del Servizio sanitario nazionale* (Atti del Convegno di Roma del 19 maggio 2011), Milano: 39 sgg.
- Speranza N. 1992, *Unità sanitarie locali*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano: 776 sgg.
- Tallacchini M. 2006, *Democrazia come terapia: la governance tra medicina e società*, in *Politeia*, 81: 15 sgg.
- Testi A. 2009, *Sostenibilità economica e tenuta unitaria del Ssn*, in R. Balduzzi (a cura di), *Trent'anni di servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, il Mulino, Bologna: 425 sgg.
- Toth F. 2009, *Le politiche sanitarie. Modelli a confronto*, Laterza, Roma-Bari.
- 2014, *La sanità in Italia*, il Mulino, Bologna.
- Tuccillo S. 2012, *Il ruolo del dirigente medico tra politica e amministrazione*, in F. Liguori, A. Zoppoli (a cura di), *La sanità flessibile*, Liguori, Napoli: 151 sgg.
- Tuzza A. 2012, *La governance degli Enti del Servizio Sanitario Nazionale. Dalla legge n. 833 del 23 dicembre 1978, alla riforma Balduzzi*, in <<http://www.lexitalia.it>>, 11.

LA PARABOLA DELLE PARTECIPAZIONI STATALI: PARADIGMI E TENDENZE

Marco Macchia

SOMMARIO – 1. Le partecipazioni statali: andata e ritorno. 2. Le principali manifestazioni odierne di partecipazione dello Stato al capitale. 3. Un esperimento di comparazione: i profili di difformità rispetto al passato. 4. (*segue*) Gli aspetti di continuità. 5. Osservazioni conclusive.

1. Le partecipazioni statali: andata e ritorno

Tra gli anni Quaranta e Ottanta del secolo scorso al tema delle partecipazioni statali è stata dedicata un'ampia letteratura scientifica, che ne ha mostrato le diverse componenti del sistema e svelato i congegni di funzionamento, adottando spesso un approccio multidisciplinare. I giuristi, gli economisti, i sociologi, i politologi si sono confrontati per mostrare pregi e difetti sia del sistema di gestione dei gruppi societari pubblici, sia degli strumenti di indirizzo e controllo dell'attività di questi ultimi (Giannini, 1958: 263; Cassese, 1962: 3).

In quell'arco temporale le società partecipate dallo Stato sono state le protagoniste dello sviluppo economico nazionale. Si sono sostituite ai privati, producendo beni e servizi di base, secondo la definizione data da Piero Sraffa (1999: 9). Hanno assicurato un assetto stabile, considerata l'incapacità dei maggiori capitalisti italiani di favorire investimenti significativi, nonché di essere centri d'innovazione e di ricerca. Hanno occupato settori economici nevralgici, diversificando gli interessi: l'IRI, tra gli altri, era presente nella produzione manifatturiera e, in particolare, nella siderurgia, nell'energia, nel chimico, nella meccanica e nell'elettromeccanica, nelle telecomunicazioni, nell'impiantistica, nel settore alimentare, nell'alluminio e nel settore autostradale. Il sistema delle partecipazioni statali ha diffuso esternalità positive, ha formato migliaia di dirigenti, ha promosso innovazione mediante la partnership di alcuni centri di ricerca, avviando in quegli anni più del 15% degli investimenti in ricerca dell'intero paese.

Con le politiche di privatizzazione imperanti negli anni Novanta, viceversa, l'esercizio di attività di impresa da parte delle pubbliche amministrazioni ha subito un declino (Cavazzuti, 1996: 29). Il tema delle partecipazioni statali, parallelamente, ha perso di interesse per la scienza giuridica ed è stato abbandonato, pure sull'onda della critica più aspra, legata ad un giudizio di sostanziale incompatibilità tra la presenza di un azionariato pubblico e la promozione

di una gestione efficiente dell'impresa. A ciò hanno contribuito l'acquisizione della consapevolezza delle inefficienze e delle distorsioni presenti nella formula dell'intervento pubblico diretto, legate principalmente ad un uso iniquo delle risorse e alle gravi perdite economiche per lo Stato, a dispetto del principio dell'autosufficienza di gestione¹.

L'abbandono del sistema delle partecipazioni è stato, tuttavia, il frutto di una molteplicità di forze, a cui corrispondono almeno tre fattori di difficoltà. Il primo consiste nel logoramento e nella graduale scomparsa del modello di economia mista, a causa degli *shock* degli anni Settanta che hanno colpito l'impresa manifatturiera. Il secondo va rinvenuto nel 'gigantismo': seppure è vero che l'efficienza non è preclusa all'impresa pubblica, nondimeno le dimensioni eccessive e l'estensione del debito ne hanno messo in crisi i presupposti fondamentali. Il terzo è rappresentato dalla miopia della politica, che ne ha fatto un uso improprio, nonché veicolo di perseguimento di altri interessi.

A ciò si aggiunga che la necessità di declinare i principi del libero mercato in qualunque settore economico, il conferimento alle istituzioni sovranazionali e allo Stato del compito di creare le migliori condizioni affinché il mercato possa funzionare attraverso la definizione di buone regole e di arbitri indipendenti, nonché il potenziamento del ruolo pubblico di promozione delle esternalità di sistema favorevoli alla crescita 'spontanea' dell'economia hanno favorito naturalmente un processo di allontanamento dal modello imprenditoriale pubblico. Cause che, contestualmente, non sono state accompagnate da un integrale smantellamento dell'assetto societario a partecipazione pubblica statale, per via della esternalizzazione di attività svolte da apparati amministrativi. Tanto da spingere il legislatore, nel 2007, a prendere posizione sul punto, stabilendo il criterio guida in base al quale le amministrazioni non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società, fatta eccezione per quelle istituite per produrre servizi di interesse generale, al fine di tutelare la concorrenza e il mercato².

Nondimeno appare condivisibile la scelta successiva del legislatore di limitare la partecipazione a società unicamente a livello locale, lasciando intatto il piano statale. Il divieto di assumere o mantenere partecipazioni in società non è stato ritenuto valido, infatti, per le amministrazioni dello Stato, ai sensi dell'art. 3, c. 27 *bis*, introdotto dall'art. 71, c. 1, l. 18.6.2009 n. 69. Il che evidenzia una asimmetria tra proprietà pubblica delle azioni a livello locale e proprietà in ambito statale, tale da giustificare la scelta di discipline giuridiche differenziate, senza cadere nella contraddizione di assoggettare fattispecie analoghe a regimi diversi. Sotto questo profilo, insomma, contesti diversi meritano

regole disuguali. Logice che invece non informa di sé il d.lgs. 19.8.2016 n. 175 che tende a rendere omogenea la disciplina delle società a partecipazione pubblica sia statali che locali.

La recente crisi economica torna nuovamente a mutare il quadro – con un movimento pendolare, non nuovo nella storia degli istituti giuridici –, nonostante il contesto attuale disincentivi qualunque fenomeno di duplicazione delle esperienze passate, dati i limiti del bilancio pubblico e la debolezza dei debiti sovrani. Eppure la diminuzione della produzione industriale e della domanda interna stanno ridestando interesse per forme dirette di azione pubblica, alla luce delle potenziali capacità che quest'ultima è in grado di esprimere in termini di crescita e competizione.

Se è indubbio il ridestato interesse per l'istituto dell'azionariato pubblico, anche per le attuali difficoltà delle imprese di fare innovazione, reperendo risorse sui mercati dei capitali, sia in forma di debito che di capitale di rischio, è necessario evitare un approccio ambiguo, dovuto alla confusione dei linguaggi e alla tendenza a commasare fattispecie diverse. Anche se vi è piena consapevolezza che non è percorribile oggi un ritorno ad un sistema ramificato di partecipazioni statali, poiché i limiti di bilancio e la debolezza dei debiti sovrani lo impediscono, è opportuno gettare luce sulle odierne forme di intervento pubblico in economia mediante partecipazioni azionarie, detenute da amministrazioni statali, così da consentire un esperimento di comparazione con il modello precedente di intervento diretto.

2. *Le principali manifestazioni odierne di partecipazione dello Stato al capitale*

L'attualità più recente mostra in diverse ipotesi la richiesta di un supporto pubblico agli investimenti. Si pensi, innanzitutto, alle *National Development* (o *Promotional*) *Bank*, peculiari istituzioni finanziarie controllate dallo Stato nell'Europa continentale, come la francese *Caisse des Dépôts et Consignations*, la tedesca *Kreditanstalt für Wiederaufbau*, lo spagnolo *Instituto de Credito Oficial* e l'italiana *Cassa depositi e Prestiti*, che hanno assunto un ruolo rilevante nel sostegno ad iniziative imprenditoriali. Per effetto della necessità di rinforzare le economie nazionali colpite dalla crisi, negli ultimi anni, esse hanno ampliato il loro raggio d'azione fino a divenire uno dei principali attori della 'economia sociale di mercato' e uno dei principali strumenti delle politiche industriali pubbliche consentite dai Trattati europei. Anche per l'operare della crisi economica, istituzioni come queste sono oggi chiamate ad investire in realtà eterogenee, divenendo veicolo strategico per le politiche industriali nazionali, senza che a ciò conseguano distorsioni della concorrenza non consentite dai vincoli dell'Unione europea.

Come noto, la posizione di Cassa depositi e prestiti è nell'ultimo decennio notevolmente mutata, poiché si è assistito ad un percorso di ampliamento della sua *mission* istituzionale rispetto al ruolo tradizionale di indirizzo e controllo dei fenomeni finanziari pubblici, all'interno del quale la Cassa emetteva obbligazioni per gli enti locali ovvero erogava prestiti per il finanziamento di opere pubbliche, dirette all'esercizio di servizi pubblici aventi valori di mercato (almeno pari all'ammontare dell'emissione) (Morbidelli, 2007: 145)³.

Solo a partire dal 2003 la Cassa depositi e prestiti si è distaccata definitivamente dall'appartenenza all'apparato ministeriale – prima operava come un'azienda autonoma – assumendo la veste di società per azioni. La sua trasformazione è stata disposta dall'art. 5, d.l. 30.9.2003, n. 269⁴. Nondimeno, non sono stati integralmente recisi i legami con l'amministrazione finanziaria statale e permangono elementi di specialità nel regime giuridico di questo organismo.

Anzitutto – come emerge chiaramente dallo statuto – le attività di Cassa depositi e prestiti sono suddivise in due rami: uno tradizionale, che rappresenta la continuità con la missione della Cassa prima della sua trasformazione (*gestione separata*), e uno innovativo, di finanziamento delle infrastrutture e degli investimenti nei servizi pubblici gestiti da privati o con la partecipazione di privati (*gestione ordinaria*). Per quanto riguarda la gestione separata, spetta al Ministero dell'economia e delle finanze un peculiare *potere di indirizzo*. Ciò si giustifica anche alla luce della scelta di conservare la presenza della Commissione parlamentare di vigilanza, già prevista anteriormente alla trasformazione in società per azioni.

Tra i due rami d'attività esiste un diverso modello di *governance*. La gestione separata è organizzata in modo da essere condizionata dalla consultazione obbligatoria e vincolante del Ministero dell'economia e delle finanze (art. 5, co. 11, lett. d) del d.l. n. 269/2003). Per il governo di quest'ultima, il consiglio di amministrazione della Cassa è integrato con membri di diritto, previsti per legge, che sono il ragioniere dello Stato, il direttore generale del Tesoro, tre esperti in materia finanziaria scelti sulla base di indicazioni provenienti dalla Conferenza dei presidenti delle giunte regionali, dall'UPI e dall'ANCI⁵.

Al ministro dell'economia spetta un potere di indirizzo della gestione separata, che qualifica diversamente i suoi poteri di azionista, rendendoli speciali rispetto a quanto previsto nel codice civile⁶. Difatti, il ministro determina, con propri decreti di natura non regolamentare, i criteri per la definizione delle condizioni generali ed economiche dei libretti di risparmio postale, dei buoni fruttiferi postali, dei titoli, dei finanziamenti e delle altre operazioni finanziarie assistite dalla garanzia dello Stato; *i criteri per la definizione delle condizioni generali ed economiche degli impieghi*, nel rispetto dei principi di accessibilità, uniformità di trattamento, predeterminazione e non discriminazione; le norme in mate-

ria di trasparenza, pubblicità, contratti e comunicazioni periodiche; i criteri di gestione delle partecipazioni assegnate ai sensi del d.l. n. 269/2003⁷.

È il ministro, pertanto, che ha il potere di definire le priorità, di determinare le modalità di esercizio, nonché di indicare quali siano i parametri sulla base dei quali impiegare le risorse economiche facenti parte della gestione separata⁸. Ciò pone, senza dubbio, le attività della gestione separata al di fuori del perimetro del mercato, garantendo a tale investitore di lungo periodo una posizione di privilegio e di vantaggio rispetto agli istituti finanziari ordinari. Non a caso, in Germania, in cui vi è stata una parabola evolutiva simile alla situazione italiana, per le attività tradizionali della *Kreditanstalt für Wiederaufbau* (KfW) si è optato per la separazione societaria, che è cosa diversa rispetto alla separazione contabile scelta nel nostro ordinamento.

Se, dunque, la gestione separata è un sistema dissociato «ai fini contabili ed organizzativi», la cui direzione è uniformata a «criteri di trasparenza e di salvaguardia dell'equilibrio economico», nondimeno per la Cassa depositi e prestiti nel suo complesso valgono in parte le regole previste per gli intermediari finanziari. In particolare, l'art. 5 del d.l. n. 269/2003 stabilisce, al comma 6, che la Cassa è assoggettata alle disposizioni del Titolo V del testo unico delle leggi in materia di intermediazione bancaria e creditizia (TUB), nel rispetto però delle peculiarità che la connotano, nonché della speciale disciplina della gestione separata.

Essendo la Cassa una banca peculiare, per questa sono stati emanati provvedimenti specifici in materia da parte della Banca d'Italia. Senza addentrarsi nei particolari, tale intermediario è comunque sottoposto alla vigilanza di tipo 'informativo'. Dal 2006, è stata classificata – come specifica la Corte dei conti – «come ente creditizio (*credit institution*) fra le Istituzioni Finanziarie Monetarie (IFM) dell'Unione europea, e conseguentemente assoggettata sia al regime di riserva obbligatoria, sia all'obbligo di fornire, da ottobre 2007, un'informativa patrimoniale mensile indirizzata, per il tramite della Banca d'Italia, alla Banca Centrale Europea (c.d. segnalazione statistica all'Eurosistema o Sezione V della Matrice dei conti di Vigilanza), con la conseguente necessità di disaggregare il dato contabile per attributi di rapporto e di controparte»⁹.

Sostanzialmente Cassa depositi e prestiti è tenuta ad obblighi di segnalazione periodica alla Banca d'Italia, secondo le istruzioni di vigilanza di quest'ultima. Sono state estese alla Cassa «le stesse regole e modalità segnaletiche previste per le banche», e quindi l'obbligo di fornire, «seppure con la necessaria gradualità» e «pur avute presenti le specificità operative della Cassa», «un flusso di informazioni strutturato e standardizzato», alla luce di appositi schemi di rilevazione.

Quanto alle operazioni concretamente realizzate, si consideri che nel piano industriale 2013-2015 del gruppo Cassa depositi e prestiti sono mobilitate risorse fino a 90 miliardi di euro a supporto dell'economia. All'interno di

esse SACE è una società finanziaria attiva nell'*export credit*, nella protezione degli investimenti all'estero, nelle garanzie finanziarie, nell'assicurazione del credito, opera in 189 paesi con oltre 20 mila clienti. Sempre del gruppo CDP fa parte Simest, la quale promuove lo sviluppo e gli investimenti delle imprese italiane all'estero, anche con partecipazioni dirette. Nel suo portafoglio ha oltre 650 milioni di euro di investimenti e ha approvato più di 200 progetti di finanziamento.

Il Fondo Strategico Italiano (FSI) acquisisce partecipazioni in aziende di rilevante interesse nazionale, sostenendone la crescita e la competitività internazionale, purché siano dotate di adeguate prospettive di redditività e di sviluppo ed abbiano uno stabile equilibrio finanziario e patrimoniale, con addetti superiori alle 250 unità e un fatturato annuo superiore a 300 milioni di euro. FSI investe nei settori della difesa, sicurezza, infrastrutture, trasporti, comunicazioni, energia, assicurazioni, intermediazione finanziaria, ricerca, pubblici servizi, turistico-alberghiero, agroalimentare, beni culturali. Il gruppo Fincantieri, partecipato da CDP per il 72,5%, è una società *leader* mondiale nel mercato delle navi da crociera e nella fornitura di imbarcazioni militari: dispone di 11 cantieri navali, ha circa 20.000 dipendenti, un patrimonio netto di 1,2 miliardi di euro e un volume di ordini per l'anno 2013 pari a 5 miliardi.

Un peso particolare rivestono anche le partecipazioni *indirette*. Il Fondo italiano d'investimento, partecipato dal Ministero dell'economia e da Cassa depositi e prestiti, gestisce fondi comuni di tipo chiuso di investimento mobiliare, riservati ad operatori qualificati, per la patrimonializzazione delle imprese di piccole e medie dimensioni, operando sia attraverso investimenti diretti, sia tramite investimenti indiretti come 'fondo di fondi'. Le società a cui partecipa si occupano di settori che vanno dalla costruzione e commercializzazione di macchinari per l'automazione dell'industria, alle costruzioni meccaniche di protezioni da radiazioni nucleari, alla vigilanza privata e tutti i servizi di sicurezza privata.

Il secondo tipo di partecipazione statale da prendere in considerazione sta prendendo gradualmente forma nel recente meccanismo della società *turnaround*, previsto dal d.l. 24.1.2015 n. 3, laddove, all'art. 7, è istituita la Società di servizio per la patrimonializzazione e la ristrutturazione delle imprese, deputata a intervenire nel capitale di imprese in difficoltà. Rispetto ad altri strumenti, è più ampio il suo campo di investimento, poiché la stessa sarà autorizzata ad investire in imprese caratterizzate da temporanei squilibri patrimoniali e finanziari, riconducibili alla congiuntura dei mercati, seppur dotate di adeguate prospettive di sviluppo.

Con un capitale interamente sottoscritto da investitori istituzionali e professionali, quest'ultima sostituisce il precedente fondo di servizio per la patrimo-

nializzazione delle imprese, istituito dall'art. 15 del d.l. 12.9.2014 n. 133 con lo scopo di rilanciare le imprese industriali italiane, a patto che fossero in equilibrio economico positivo e che necessitassero di adeguata patrimonializzazione. A differenza di quest'ultimo, autorizzato ad investire unicamente in aziende correntemente in utile, la società *turnaround* potrà ristrutturare, sostenere e riequilibrare la struttura finanziaria e patrimoniale di imprese caratterizzate da adeguate prospettive industriali e di mercato, considerata l'esigenza di consentire a queste ultime di superare temporanei squilibri patrimoniali o finanziari, riconducibili alla congiuntura dei mercati.

La società *turnaround* è un ente privato a tutti gli effetti, tenuto ad operare secondo i principi di economicità e convenienza, al cui capitale possono partecipare due categorie di soci investitori: quelli garantiti e quelli non garantiti. Al fine di dotare la società di adeguate risorse per far fronte ad una diversificata ed efficiente ripartizione degli interventi di patrimonializzazione e ristrutturazione, alcuni investimenti di risorse nella società saranno garantiti dallo Stato¹⁰. Per dare un'idea, si tenga conto che il consiglio di amministrazione di Cassa depositi e prestiti, nel giugno 2015, ha approvato una manifestazione di interesse per intervenire nel capitale sociale, in qualità di investitore garantito, per un ammontare fino a 1 miliardo di euro.

Lo statuto di tale Società di servizio dovrà, tra le altre cose, prevedere: *a)* che almeno il trenta per cento del capitale sociale sia sottoscritto da investitori privati non garantiti; *b)* il concorso determinante della maggioranza dei componenti degli organi sociali competenti designati dagli azionisti che non si avvalgono della garanzia dello Stato, ovvero nominati dai suddetti organi, nelle deliberazioni concernenti gli investimenti e finanziamenti da effettuare, e nella nomina di soggetti cui sono attribuiti poteri gestionali di livello apicale; *c)* una disciplina volta ad una rigorosa gestione dei conflitti di interesse; *d)* che i soggetti che concorrono alla gestione della Società operino in completa neutralità, imparzialità, indipendenza e terzietà rispetto agli investitori; *e)* che i membri degli organi siano in possesso di adeguati requisiti di professionalità e onorabilità.

Se questi due esempi mostrano fino a che punto il quadro attuale delle partecipazioni statali sia eterogeneo e in continuo divenire, è parallelamente vero che gli stessi illustrano bene il ruolo che il pubblico può detenere nell'ambito della gestione di *assets* strategici e della valorizzazione industriale di partecipazioni azionarie pubbliche o a rilevanza pubblica. Muovendo da queste due fattispecie, si proveranno dunque a tratteggiare *difformità* e *consonanze* tra il modello attuale e il sistema delle partecipazioni statali 'per eccellenza', che ha avuto inizio negli anni Trenta del secolo scorso ed è durato fino alla fine degli anni Ottanta.

3. Un esperimento di comparazione: i profili di difformità rispetto al passato

Un primo profilo di difformità, che risulta evidente nella comparazione tra le partecipazioni statali di ieri e quelle di oggi, consiste nella scomparsa di un *sistema organizzato* affidato al Ministero delle partecipazioni statali. Se allora vi era una struttura con un livello di elaborazione formale organico e definito, nonché un modello organizzativo di tipo piramidale – che ne rappresentava la cifra giuridica – oggi si assiste ad un'organizzazione episodica, frammentata e disorganica, dell'intervento pubblico: alcune iniziative sono assunte direttamente dalle società, i poteri ministeriali si limitano principalmente a quelli dell'azionista, altre operazioni sono veicolate direttamente attraverso società partecipate di secondo livello. Ciò sta a dimostrare il distacco da un modello strutturato e l'opzione verso una tendenza dispersiva.

Diversamente, in passato, le responsabilità e i compiti erano ben diversificate: alla base vi erano le società operative, ossia le imprese chiamate alla produzione di beni e servizi e all'assistenza finanziaria in specifici settori della produzione secondo i relativi programmi aziendali; al livello superiore, gli enti di gestione – in alcuni casi affiancati dalle società finanziarie di settore – tenuti a svolgere una funzione di coordinamento delle politiche settoriali, nonché di indirizzo e di programmazione nell'attuazione delle direttive ministeriali; al vertice, infine, stava il Ministero delle partecipazioni statali, avente la responsabilità politica della condotta di tutto il complesso di attività che ad esso faceva capo. Conseguenza ne è il fatto che oggi è assente, a differenza del passato, un centro di imputazione della responsabilità politica delle scelte di investimento di fronte al Parlamento, mancando un assetto istituzionale di vertice a cui fare riferimento¹¹.

In secondo luogo, altra differenza evidente è che nel modello precedente l'insieme delle partecipazioni era funzionale ad obiettivi di *politica economica*, raggiungibili potenzialmente attraverso condizionamenti diretti sulla gestione imprenditoriale – a prescindere poi dal fatto che gli stessi fossero o meno in concreto elaborati e/o eseguiti –, mentre nell'assetto attuale sono a monte giuridicamente vietati strumenti impiegabili per declinare mediante condizionamenti una determinata politica industriale (indipendentemente da quello che è l'esito raggiunto), giacché i poteri dello Stato sono solo quelli dell'azionista.

Come sottolineato, «l'assunzione della partecipazione di controllo in una società per azioni di diritto comune [...] è fatta allo scopo di perseguire finalità riconducibili all'idea di sviluppo, quanto meno all'idea che ne ha il «politico», termine [*per indicare*] il legislativo e l'insieme degli organi dell'esecutivo (comitati interministeriali e ministeri sia delle partecipazioni statali sia altri) che, con una divisione di compiti invero non chiara, hanno il *potere di condiziona-*

re direttamente o indirettamente *la gestione di imprese a partecipazione statale*» (Saraceno, 1982: 45).

Al Ministero, difatti, spettava il compito di fissare le linee generali della politica delle partecipazioni, controllandone l'adempimento – seppur con le ambiguità a cui più avanti si farà cenno –, mentre la responsabilità delle singole gestioni veniva lasciata agli organi sociali, sotto la vigilanza degli enti di gestione. Il ruolo politico ambiva, insomma, ad una *directions of a general character*, affidando al *board* dell'impresa il *day-to-day management* e la relativa gestione imprenditoriale. In questo quadro, i pacchetti azionari in possesso del Ministero erano sotto la responsabilità degli enti di gestione, interessati ai vari settori, sotto forma di gestione di mandato fiduciario.

Viceversa, attualmente non sono formalizzabili né direttive di gestione né politiche generali relative alle partecipazioni e alla condotta economica delle imprese, limitandosi l'intervento pubblico al ruolo di *mero azionista*, che al più può agire attraverso i propri rappresentanti in Consiglio di amministrazione, senza il riconoscimento di poteri speciali poiché non compatibili con la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali garantite dall'Unione europea. Ciò sembra confermato dal noto sviluppo e passaggio dalla *golden share*¹² al *golden power*¹³, ossia da un potere speciale del Governo preordinato a mantenere il controllo pubblico della compagine societaria e legittimato dalla proprietà statale anche di una sola simbolica 'azione' ad un potere applicabile a qualunque compagine societaria, anche interamente privata, purché detenga *asset* strategici nei settori della difesa, sicurezza nazionale, energia, trasporti e comunicazioni.

Un terzo profilo di difformità sta nella attuale *assenza di una élite amministrativa*, formata da quegli imprenditori pubblici che, nella crisi dell'industria, nello smobilizzo delle banche, nel riordinamento dell'intero sistema del credito e nell'intervento dello Stato imprenditore, hanno avuto il loro campo di formazione, svolgendo un ruolo di supplenza rispetto alle latitanze dell'imprenditoria privata. Una «aggregazione di ingegni che prima costituì il gruppo dirigente dello Stato imprenditore, poi quello delle élites postesi alla testa della ricostruzione del Paese e in larga misura artefici del miracolo economico. Una generazione di imprenditori pubblici e di *civil servants* come raramente se ne ritrovano in altre esperienze europee coeve» (Melis, 2015: 232).

Di questa esperienza e di quella cultura delle istituzioni economiche si è gradualmente persa traccia. Attualmente il personale della Cassa depositi e prestiti non appare rappresentare quel serbatoio di idee, quel retroterra di esperienze nell'ambito delle *hard sciences* per la valutazione dei progetti industriali, utile ancora di salvezza, come avveniva ad esempio all'interno dell'Istituto Mobiliare Italiano (IMI).

Infine, una quarta ed ultima diversità riguarda la *gestione imprenditoriale* delle società partecipate. A parte le ipotesi in cui la società integra un modulo organizzativo di funzioni amministrative, per cui si ricorre all'azionariato pubblico più per mascherare compiti istituzionali, che non per gestire attività produttive, nei restanti casi la partecipazione rappresenta una forma di azione pubblica per mezzo della quale lo Stato esercita una impresa, come avviene in Eni, Enel, Finmeccanica, STMicroelectronics Holding N.V., SACE. Si pensi – per fare un esempio, come sopra accennato, – al gruppo Fincantieri, partecipato da Cassa depositi e prestiti per il 72,5%, che è una società *leader* mondiale nel mercato delle navi da crociera e imbarcazioni militari. Oppure al Fondo strategico italiano (FSI), che può acquisire partecipazioni in aziende di rilevante interesse nazionale, sostenendone la crescita e la competitività internazionale, purché siano dotate di adeguate prospettive di redditività e di sviluppo ed abbiano uno stabile equilibrio finanziario e patrimoniale, con addetti superiori alle 250 unità e un fatturato annuo superiore a 300 milioni di euro. Detto Fondo strategico investe nei settori della difesa, sicurezza, infrastrutture, trasporti, comunicazioni, energia, assicurazioni, intermediazione finanziaria, ricerca, pubblici servizi, turistico-alberghiero, agroalimentare, beni culturali.

Premesso ciò, il regime delle imprese pubbliche era unicamente quello delineato dal codice civile relativo alle società commerciali, fatta eccezione per le poche società di diritto speciale¹⁴. Come noto, il Ministero delle partecipazioni statali non amministrava direttamente le aziende ad esso sottoposte, poiché non era né adatto né preparato per questa funzione.

Diversamente, si registra negli ultimi anni una tendenza del legislatore ad ampliare e ad accentuare la componente speciale della disciplina delle società, al punto da stravolgerne la *ratio*, modellando regole pubblicistiche per applicarle a soggetti privati. Ne sono un esempio le norme sulla riduzione delle spese, sulle politiche di reclutamento del personale e dei vertici¹⁵, sul regime dei compensi degli amministratori, sulle procedure per i contratti da affidare a terzi, sulla disciplina anticorruzione¹⁶, sull'incompatibilità e sull'inconferibilità degli incarichi, sulla regolamentazione della trasparenza.

Da ciò emerge una copiosa disciplina speciale, tale da permeare anche l'ambito delle attività imprenditoriali gestite dallo Stato, che origina da esigenze di finanza pubblica e di contenimento della spesa pubblica oppure dall'urgenza di dare risposta a fenomeni di corruzione e *maladministration*, ma che non persegue alcun disegno unitario né coerente, e con norme derogatorie altera il regime delle società partecipate. Il che, peraltro, viene ad attenuare la portata della rilevante distinzione fra società che mantengono in larga parte i caratteri distintivi dell'istituto civilistico (qualificabili, secondo una tradizionale definizione, come società private in mano pubblica) e casi, invece, in cui il ricorso allo

strumento societario produce un'amministrazione pubblica in forma di società, allorquando la struttura privata è servente rispetto all'apparato amministrativo.

4. (segue) *Gli aspetti di continuità*

Altrettanto numerose risultano essere le *consonanze* e, anche in questa ipotesi, conviene concentrare l'attenzione su quattro principali profili.

In primo luogo, appare immutata la *tendenza* delle amministrazioni pubbliche statali a *ricorrere al modello societario*. Se confrontata con altre esperienze internazionali, l'economia italiana mostra il dato peculiare della presenza diffusa nel tessuto economico di società partecipate dallo Stato. È un dato che prescinde dalle dimensioni societarie e riguarda tanto società di piccole dimensioni, quanto società *holding*. Nel Rapporto ISTAT su *le partecipate pubbliche in Italia* sono state censite, nel 2012, 11.024 unità per le quali si registra una forma di partecipazione pubblica. Di queste 7.685 sono imprese attive: 2.525 sono partecipate da almeno una amministrazione centrale, mentre 5.160 da una amministrazione regionale o locale.

Si tratta di un elemento che conferma la presenza diffusa di società a partecipazione pubblica, sebbene sia indubbio che in passato tale fenomeno aveva dimensioni decisamente maggiori. Vi era un sistema imprenditoriale pubblico che operava in larga parte nei settori di mercato: dall'industriale-manifatturiero a quello bancario, dall'industria petrol-chimica, siderurgica e metallurgica al settore assicurativo, dalle infrastrutture ai grandi servizi pubblici a rete. Direttamente o indirettamente, lo Stato controllava circa il 45% dell'intero settore industriale e dei servizi e oltre l'80% del settore bancario e assicurativo. Quattordici dei primi venti gruppi economici, per fatturato e dipendenti, erano di proprietà dello Stato. Le imprese delle partecipazioni statali italiane assorbivano il 16% degli occupati, contribuivano alla formazione del 19% del valore aggiunto e del 24% del capitale fisso dell'economia italiana.

Negli ultimi anni il legislatore è intervenuto per limitare il ricorso alla creazione di nuove società o alla acquisizione di ulteriori partecipazioni pubbliche, ma tali misure hanno riguardato un ambito di applicazione limitato al livello locale, lasciando intatto il piano statale. L'art. 3, c. 27, l. 24.12.2007 n. 244, al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, imponeva un divieto agli enti pubblici di assumere o mantenere partecipazioni in società che non svolgano attività di produzione di beni e di servizi strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, ovvero che producano servizi di interesse generale o che forniscano servizi di committenza a supporto di amministrazioni. L'art. 4 del d.lgs. n. 175 del 2016 elenca le attività consentite alle società a partecipazione pubblica.

Il secondo aspetto di continuità attiene alla tendenza a fare ricorso non a fonti imperative e gerarchiche, ma a *regole convenzionali* per governare il sistema delle società partecipate. Si ponga attenzione a due fattispecie che aiutano a contestualizzare il ruolo delle ‘convenzioni’ nella disciplina del fenomeno delle partecipazioni statali.

Una convenzione ha, innanzitutto, contraddistinto la nascita dell'Iri. Né nella legge bancaria del 1936 né in altri documenti legislativi era stabilita la regola della separazione fra attività creditizie a breve termine e quelle a medio e lungo termine. Eppure quest'ultima fu il cardine della riorganizzazione del credito come ideata da Beneduce. Il vincolo era contenuto nella convenzione con cui l'IRI nel 1934 rilevò le partecipazioni azionarie del Comit, della Banca commerciale italiana e del Banco di Roma: «presupposto essenziale dell'intervento dello Stato è la formale obbligazione da parte dei dirigenti della Comit e delle banche [...] di limitare per l'avvenire la propria azione ad investimenti di pronta liquidità, escluso ogni immobilizzo di carattere industriale, anche sotto forma di partecipazioni azionarie o di anticipazioni». Sebbene in assenza di un preciso divieto di legge, gli istituti acquisiti dallo Stato dovevano mantenere il carattere di banche di credito commerciale, non potendo acquisire partecipazioni azionarie e creditizie in aziende industriali.

Una convenzione governava anche il sindacato del Parlamento sulle nomine nelle società partecipate. Negli anni del massimo sviluppo del sistema delle partecipazioni statali, il controllo parlamentare sulle nomine, in particolare bancarie, non ebbe origine per disposizione legislativa, bensì in virtù di una prassi concordata con il Governo. Nel 1976 il ministro del Tesoro Stammati, concordando con due risoluzioni presentate da gruppi parlamentari che chiedevano di esporre entro trenta giorni i criteri con cui si intendeva procedere alle nomine, si impegnò a riferire periodicamente sui criteri adottati, assicurando pubblicità alle procedure. In questo modo, il Governo prometteva di riferire sui criteri, comunicare le nomine effettuate e fornire motivazione delle scelte compiute.

È solo con la l. 24.01.1978 n. 14 che si rende formalmente obbligatorio la richiesta di un parere parlamentare preventivo sulle nomine compiute dal Governo di presidenti e vicepresidenti di istituti e enti pubblici anche economici. Il controllo obbligatorio, ma non vincolante, pur affievolendo le capacità istruttorie della Commissione, si limitava alla presidenza con l'eccezione degli altri amministratori (Spaventa, 1981). Certo si trattava di un controllo diverso rispetto a quello statunitense del *advice and consent*, data la sua vincolatività, ma che tuttavia consentiva una forma di sindacato parlamentare¹⁷.

Anche attualmente le convenzioni rivestono un ruolo decisivo nella *governance* dell'impresa pubblica. Dal 2003 Cassa depositi e prestiti gode del trattamento già accordato dalla Commissione europea alla *Caisse des depots francese*

e alla KfW tedesca. Dimostrando di operare come un soggetto privato, le casse nazionali vengono classificate da Eurostat come *market unit*, pertanto i relativi fondi che provengono dal risparmio postale e sono la fonte del loro capitale non vengono conteggiati nel debito pubblico. Per Cassa si tratta di 250 miliardi di risparmi postali. Ciò condiziona gli impieghi e gli investimenti, poiché essi devono garantire un'adeguata redditività, che rappresenta anche un elemento centrale nelle mediazioni con i soci di minoranza della Cassa, ossia le fondazioni bancarie che detengono il 18,4% del capitale e hanno ai sensi dello statuto il potere di esprimere il presidente.

L'ingresso di Cassa depositi e prestiti, a cui si è sopra accennato, nel capitale della società *turnaround* presenta, ad esempio, diverse criticità. Per permanere nei parametri Eurostat ed evitare una classificazione della Cassa all'interno della pubblica amministrazione – il che comporterebbe un appesantimento di oltre 100 miliardi sul debito pubblico – è necessario che i salvataggi di imprese fuori dal mercato non avvengano su indicazione del Governo, né siano un'attività principale, né comportino perdite per la società (anzi devono produrre profitti al pari di un operatore privato). Tali risoluzioni non sono contenute in una norma generale e astratta, ma spettano ad Eurostat che opera in autonomia rispetto alle altre istituzioni europee, magari più sensibili alle esigenze politiche dei Governi. Da qui sorge l'esigenza di un coordinamento e un accordo con gli uffici statistici europei per individuare soluzioni che consentano l'operazione societaria nel rispetto delle regole europee: potrebbero, per ipotesi, essere stornati sul debito pubblico solo i fondi effettivamente versati nel capitale della società per la ristrutturazione delle imprese, non valutando la partecipazione ad essa coerente con il riconoscimento di 'operatore di mercato' a Cassa depositi e prestiti.

In terzo luogo, oggi come allora, a fronte di un tentativo della politica di sottomettere ad obiettivi pubblici la politica economica, si registra la presenza di strumenti 'politici' di controllo carenti e inefficaci. Questo profilo merita uno specifico approfondimento.

È vero che, nel sistema precedente delle partecipazioni, il Ministero presentava ogni anno i programmi di investimenti degli enti e delle aziende sottoposti alla sua vigilanza, i quali dovevano prevedere una distribuzione territoriale degli investimenti, tendere a un progressivo migliore equilibrio economico, creare nuovi impianti industriali¹⁸. Eppure non vi era una apposita regolamentazione normativa su come realizzare il controllo della politica imprenditoriale e come subordinarla agli obiettivi pubblici fissati nell'ambito degli indirizzi governativi di politica economica. Tale spazio vuoto è dimostrato anche dal fatto che – in continuità con quanto avveniva – i gruppi pubblici erano vincolati all'osservanza di criteri di economicità, ossia dovevano conformare l'azione imprenditoriale alle regole del mercato e alla logica privatistica dell'impresa.

Nondimeno ci sono stati tentativi episodici con cui si è provato a fissare, con legge, una direttiva all'azione imprenditoriale delle partecipate – come con la l. 29.7.1957 n. 634 – ma, essendosi risolti in un sforzo vano, essi dimostrano l'incapacità dell'istanza politica a dirigere e controllare. Né il Parlamento è stato in grado di svolgere una efficace azione sostitutiva di indirizzo dell'attività imprenditoriale pubblica: la discussione annuale sui bilanci degli enti o la relazione del Ministero delle partecipazioni statali si rivelavano strumenti sterili, perché troppo slegati dall'azione operativa di investimento delle imprese. Le società operative erano enti che – per la gran parte – riuscivano a mantenere intatta la loro autonomia e capacità operativa, perseguendo un obiettivo di indipendenza rispetto al sistema politico. Cosa diversa, nondimeno, è quell'invadenza eccessiva dei partiti politici, maturata soprattutto nella seconda fase del sistema delle partecipazioni statali e che, in alcuni casi, ha comportato la degenerazione di alcune scelte a fini clientelari o di tornaconto politico: questa non minava l'autonomia della gestione imprenditoriale, ma aveva l'effetto di condizionare poche decisioni le quali dimostravano i pericoli di una eccessiva preponderanza dello 'Stato padrone'.

Nella situazione attuale il controllo delle istituzioni politiche permane carente ed inefficace. Nella gestione separata della Cassa depositi e prestiti le scelte di investimento sembrano nella disponibilità di chi ha responsabilità di governo. Al ministro dell'economia e delle finanze spetta, infatti, il potere di indirizzo della gestione separata. È quest'ultimo che stabilisce i criteri per la definizione delle condizioni generali ed economiche degli impieghi, nel rispetto dei principi di accessibilità, uniformità di trattamento, predeterminazione e non discriminazione. Tuttavia, nel momento in cui tale potere di indirizzo si traduce in concreto, il potere politico di indicare le priorità evapora: la scelta di investimento deve ricadere nell'assunzione di partecipazioni in società di rilevante interesse nazionale, che risultino in una stabile situazione di equilibrio finanziario, patrimoniale ed economico e devono essere caratterizzate da adeguate prospettive di redditività: la valutazione del relativo equilibrio economico dell'operazione – condizione imprescindibile per la fattibilità dello stesso – non spetta all'organo di indirizzo politico, ma ai manager della Cassa depositi e prestiti, che con l'ausilio degli *advisors* finanziari accertano l'equilibrio e le prospettive di redditività.

Nemmeno manca il controllo parlamentare. La Commissione parlamentare bicamerale di vigilanza, già prevista anteriormente alla trasformazione in società per azioni dall'articolo 3 del regio decreto 2.1.1913, n. 453, è composta di quattro senatori e di quattro deputati, di tre consiglieri di Stato e di un consigliere della Corte dei Conti. E non è certo priva di poteri. Basti pensare che, ai sensi dell'art. 4, la Commissione di vigilanza può procedere o disporre che si proceda a tutte quelle verificazioni che reputerà necessarie. Spetta alla Commissione

l'approvazione «dei rendiconti consuntivi della Cassa medesima, delle gestioni annesse e degli istituti di previdenza, i quali rendiconti, parificati dalla Corte dei conti, saranno presentati in allegato alla relazione della Commissione medesima al Parlamento, entro l'anno successivo a quello cui essi si riferiscono».

Non solo. Ogni anno il presidente della Commissione di vigilanza presenta «al Parlamento una relazione sulla direzione morale e sulla situazione materiale dell'amministrazione della Cassa dei depositi e prestiti e degli Istituti di previdenza». Peccato che, nel nostro ordinamento, questo organismo di vigilanza sia ritenuto di poco rilievo al punto che, nell'arco delle ultime legislature, pochissime sono state le relative riunioni.

Al fine di rivitalizzare questo istituto, la Commissione parlamentare ha di recente acquisito, in virtù della legge di stabilità 2015, la funzione di vigilanza sulla gestione separata relativamente ai profili di operazioni di finanziamento e sostegno del settore pubblico, realizzate con riferimento all'intero settore previdenziale e assistenziale. Oltre a ciò Cassa depositi e prestiti è soggetta al controllo dell'apposita sezione della Corte dei Conti che riferisce al Parlamento il risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria.

Insomma, gli strumenti di controllo di certo non mancano, mentre ciò che appare carente è l'adeguatezza del sistema di *accountability*: ci sono tanti controllori, ma l'impressione è che gli amministratori societari rendano poco conto all'esterno, principalmente alle istituzioni pubbliche, delle scelte aziendali, essendo le stesse poco verificabili ed esaminabili.

Lo stesso sembra accadere nella società *turnaround* per la patrimonializzazione e ristrutturazione delle imprese, nelle cui norme istitutive si specifica che «i soggetti che concorrono alla gestione della Società operano in situazione di completa neutralità, imparzialità, indipendenza e terzietà rispetto agli Investitori». È vero che il ministro dello sviluppo economico presenterà annualmente alle Camere una relazione sull'attività di tale società, «comprendente il monitoraggio delle iniziative in corso», eppure – se si guarda alle precedenti esperienze di relazioni parlamentari – esse mostrano un'incidenza complessivamente trascurabile.

Nonostante tutto tale *modus operandi* avvalora la separazione tra politica e gestione imprenditoriale, ed è necessario per l'esigenza di evitare il contatto immediato tra la struttura politico-burocratica e l'iniziativa economica, nonché le complicazioni derivanti da commistioni tra interessi politici e obiettivi finanziari.

Il quarto profilo di continuità riguarda il ruolo dello Stato rispetto al sistema economico. Avvalorando quanto la storia sia un utile strumento per capire le complessità dell'oggi, l'apparato statale si conferma *stampella necessaria dello sviluppo* – e questo irrinunciabile requisito già si mette in luce dalla prima rivoluzione industriale, come sottolineano gli studi sull'Italia ai tempi di Giolitti – per sopperire alle debolezze strutturali del capitale in Italia e per sostenere le im-

prese. In assenza, oggi come allora, di una iniziativa privata in grado di investire capitali in ricerca e sviluppo, lo Stato si conferma nel suo ruolo di strumento dei salvataggi, di supplenza e di sostituzione all'autonomia privata.

Per avere un'idea quantitativa di ciò si valuti che, nel piano industriale 2013-2015 del gruppo Cassa depositi e prestiti, sono mobilitate risorse fino a 90 miliardi di euro a supporto dell'economia. Nell'ambito di queste ultime, SACE è una società finanziaria attiva nell'*export credit*, nella protezione degli investimenti all'estero, nelle garanzie finanziarie, nell'assicurazione del credito, opera in 189 paesi con oltre 20 mila clienti. Sempre del gruppo Cassa depositi e prestiti fa parte Simest, la quale promuove lo sviluppo e gli investimenti delle imprese italiane all'estero, anche con partecipazioni dirette. Nel suo portafoglio ha oltre 650 milioni di euro di investimenti e ha approvato più di 200 progetti di finanziamento.

5. Osservazioni conclusive

Il quadro che emerge mostra in chiaroscuro una condizione in cui la crisi sembra rimescolare le carte dei sistemi economici: lo Stato sembra non potersi limitarsi a creare le condizioni e a predisporre le regole per l'operatività dei mercati, nel momento in cui risulta particolarmente difficile per le imprese reperire risorse sul mercato dei capitali, sia in forma di debito che di capitale di rischio, pure a causa dell'instabilità del settore finanziario. Pertanto, dai dati e dalle informazioni disponibili sembra rimanere stabile la presenza dello Stato nell'economia a supporto e a sostegno dell'iniziativa imprenditoriale: un supporto incentrato principalmente sui profili finanziari, e meno su quello che dovrebbe rappresentare un elemento essenziale per la crescita del paese, ossia la ricerca e l'innovazione (come evidenziato da Mazzucato, 2015: 89).

Le partecipazioni indirette sono in espansione, così come il loro peso in attività tipicamente imprenditoriali. Non sono poche le imprese pubbliche chiamate a confrontarsi sul mercato. Si conferma quale modello di impresa quello dei gruppi aziendali. La Cassa depositi e prestiti, acquisendo partecipazioni in aziende strategiche e con un bilancio scorporato da quello dello Stato, si dimostra un efficace strumento a disposizione delle politiche industriali, al fine di recuperare quel disegno che avrebbe dovuto accompagnare la stagione delle privatizzazioni, ma che le condizioni di instabilità finanziaria dell'economia italiana posero in secondo piano.

Il quadro giuridico permane disomogeneo, sebbene con il d. lgs. n. 175 del 2016 sia stato adottato uno statuto unico delle società di diritto pubblico, il cui regime raccoglie deroghe alla disciplina generale. L'adozione di un *Testo unico della disciplina in materia di partecipazioni pubbliche in società di capitali* assicura in concreto e al contempo la chiarezza della disciplina, la semplificazione

normativa, la tutela e la promozione della concorrenza, la riduzione e razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica. Grazie alla legge Madia contenente deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche si è proceduto a riorganizzare la disciplina, assumendo o mantenendo le partecipazioni societarie entro il perimetro dei compiti istituzionali delle autorità o di «*ambiti strategici* per la tutela di interessi pubblici rilevanti»¹⁹, legittimando così un ambito entro il quale la partecipazione statale risponde ad un obiettivo di pubblico interesse.

In definitiva, appare consistente la partecipazione di amministrazioni statali in società deputate prettamente a svolgere attività imprenditoriali, sebbene soprattutto mediante partecipazioni indirette, connesse a modalità e intensità di comando calibrate sulle facoltà spettanti ai soci ai sensi del codice civile. Esse integrano ramificate linee di controllo non particolarmente diverse – fatta eccezione per le forme giuridiche impiegate – da quelle che caratterizzavano la precedente stagione delle partecipazioni statali.

Risulta evidente la decisione di privilegiare la componente del sostegno all'economia e del rafforzamento patrimoniale, mediante investimenti miranti a dare impulso alla crescita di imprese private già esistenti (e non create *ad hoc*). In caso di investimenti infrastrutturali, invece, lo Stato imprenditore opera con capitali 'pazienti' e si aspetta dal mercato un ritorno nel medio lungo periodo, a differenza degli operatori privati che agiscono secondo un *business model* di breve periodo.

Infine, pur essendo alle società partecipate dallo Stato riservate decisioni economiche di rilevanza strategica (sebbene con interventi mirati e occasionali), la politica deve resistere alla tentazione di intromettersi nelle relative decisioni di investimento, il che altrimenti potrebbe costituire una infrazione ai vincoli europei e al divieto sovranazionale di aiuti di Stato, nonché una violazione delle linee guida del *Organisation for Economic Co-operation and Development* (Oecd), in base alle quali la 'separazione' tra proprietà pubblica e funzioni regolatorie rappresenta un elemento cardine delle *State-owned Enterprises*²⁰.

Note

- ¹ Stabilito dall'art. 3 l. 22.12.1956, n. 1589, istitutiva del Ministero delle partecipazioni statali.
- ² In base all'art. 3, comma 27, della l. 24.12.2007, n. 244 e successive modifiche.
- ³ Ai sensi dell'art. 3 dello Statuto, la società Cassa raccoglie la provvista anche mediante l'utilizzo di contributi forniti a qualsiasi titolo dallo Stato, da enti pubblici o privati e da organismi internazionali e di qualsiasi altra risorsa propria ed entrata finanziaria compatibile con i fini sociali. In tale ambito la società potrà anche effettuare attività di negoziazione per conto proprio di strumenti finanziari derivati nel rispetto della normativa vigente. Si v. la *Relazione della Corte dei conti sul risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria della Cassa depositi e prestiti S.p.a. per gli esercizi 2004, 2005 e 2006*.
- ⁴ Convertito in l. 24 novembre 2003, n. 350. Il processo di trasformazione della Cassa depositi, che consiste in un graduale trasferimento delle sue funzioni al di fuori del perimetro delle pubbliche amministrazioni, inizia con il d.l. 18.1.1993, n. 8, rispetto al quale successivamente interviene il d.lgs. 30.7.1999, n. 264, con cui se ne stabilisce la personalità giuridica pubblica.
- ⁵ Come previsto dall'art. 5, d.l. n. 269/2003, per l'amministrazione della gestione separata di cui al comma 8, il consiglio di amministrazione della Cassa depositi e prestiti è integrato dai membri, con funzioni di amministratore, indicati alle lettere c), d), ed f) del primo comma dell'articolo 7 della legge 13.5.1983, n. 197.
- ⁶ Il ministro dell'economia e delle finanze, peraltro, «non esercita direzione e coordinamento delle società partecipate ai sensi dell'art. 2497 e seguenti del codice civile», per sua stessa ammissione, come precisato nel d.m. Economia e Finanze 6.10.2004, recante *Determinazioni ai sensi dell'art. 5, comma 11, lettere a), b) e c), del decreto-legge 30.9.2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24.11.2003, n. 326, ed esercizio del potere di indirizzo della gestione separata della Cassa depositi e prestiti società per azioni, a norma dell'art. 5, comma 9, del citato decreto-legge*.
- ⁷ Con il decreto del ministro dell'economia del 5.12.2003, Cassa depositi e prestiti ha acquisito dal Ministero dell'economia e delle finanze partecipazioni in Enel S.p.A., Eni S.p.A. e Poste italiane S.p.A., per un corrispettivo complessivo pari a circa 10.991 milioni di euro, ossia un portafoglio partecipazioni contraddistinto da alti dividendi. Alcune di queste partecipazioni sono state successivamente cedute e sono tornate al Ministero dell'economia, come ad esempio la partecipazione del 30 per cento detenuta in Poste Italiane, con il superamento della latente situazione di conflitto d'interessi prima configurabile per l'effettuazione, per conto di Cassa, da parte delle stesse Poste, della raccolta del risparmio postale. Inoltre, sono state permutate le partecipazioni detenute in ENEL e STH con un ulteriore consistente pacchetto di azioni ENI, peraltro da gestirsi secondo criteri condizionati della consultazione vincolante con il Ministero dell'economia e delle finanze.
- ⁸ «I predetti poteri del ministro dell'economia e delle finanze non possono essere esercitati con riguardo alla gestione delle partecipazioni detenute da CDP S.p.A. in società controllate che gestiscono infrastrutture di rete di interesse nazionale nel settore dell'energia e nelle loro società controllanti, secondo quanto previsto dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 25.5.2012, recante Criteri, condizioni e modalità per adottare il modello di separazione proprietaria della società SNAM Spa ai sensi dell'art. 15 della legge 24.3.2012, n. 27».
- ⁹ Note Banca d'Italia n. 928372 del 28 agosto 2006 e n. 1306243 del 15 dicembre 2006.
- ¹⁰ Con il d.p.c.m. 4 maggio 2015 sono state regolamentate le modalità per la concessione della garanzia dello Stato – che non può assistere più dell'80 per cento del prestito – per gli investimenti nella società di servizio per la patrimonializzazione e la ristrutturazione delle imprese.
- ¹¹ Attualmente il Ministero dell'economia e delle finanze, benché titolare della quota diretta di partecipazioni statali – notevolmente inferiore rispetto alle partecipazioni indirette – non ricopre il ruolo di istanza politica di vertice.

- ¹² Sulle esperienze straniere e per un'analisi comparata in tema di *golden share* si v. Camera dei deputati, XVI Legislatura, Dossier di documentazione, A.C. 5052 *La disciplina della golden share in Belgio, Regno Unito e Spagna*, n. 34/II – 28 marzo 2012. La clausola di *golden share* è stata concretamente introdotta negli statuti di Eni, di Snam rete Gas, Stet, Telecom, delle società del gruppo Enel e di Finmeccanica.
- ¹³ Secondo il d.l. 15.3.2012 n. 21, recante *Norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*.
- ¹⁴ Ad esempio, la Banca d'Italia quale società di diritto speciale è stata costituita con la l. 10.8.1893 n. 449.
- ¹⁵ Sul reclutamento si v. l'art. 9, comma 29, d.l. 31.5.2010 n. 78, superato poi da una disposizione ancora più restrittiva contenuta nel decreto sulla *spending review*, ossia l'art. 4, comma 9, d.l. 6.7.2012 n. 95, abrogato a sua volta dall'art. 1, comma 562, lett. a), l. 27.12.2013 n. 147, a decorrere dal 1° gennaio 2014.
- ¹⁶ Determinazione Anac n. 8 del 17 giugno 2015, contenente linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società controllate e partecipate da pubbliche amministrazioni.
- ¹⁷ Nella situazione attuale, invece, non si riscontra un controllo parlamentare sulle nomine delle società partecipate dallo Stato, né sulla fase di nomina né sulla successiva attività del nominato. Un tentativo di 'moralizzazione' e individuazione di criteri generali è stato definito con la direttiva del Ministero dell'economia e delle finanze (c.d. *Saccomanni*) del 24 giugno 2013 in ordine all'adozione di criteri e modalità per la nomina dei componenti degli organi di amministrazione e di politiche per la remunerazione dei vertici aziendali delle società controllate direttamente o indirettamente.
- ¹⁸ Oltre ai programmi di coordinamento il Ministero presentava in Parlamento una relazione programmatica annuale sull'attività degli enti di gestione, mentre questi ultimi redigevano programmi quadriennali che avevano unicamente carattere interno.
- ¹⁹ Secondo l'espressione contenuta nell'art. 18, l. 7.8.2015, n. 124.
- ²⁰ Si v. OECD *Guidelines on Corporate Governance of State-owned Enterprises*.

Riferimenti bibliografici

- Bassanini F. 2011, *La nuova missione della Cassa Depositi e Prestiti e la definizione delle sue "regole di ingaggio": primi elementi di valutazione*, in *Astrid Rassegna*, 8.
- Bortolotti B., Siniscalco D. 2004, *The Challenges of Privatisation: An International Analysis*, Oxford University Press, Oxford: 17 sgg.
- Cassese S. 1962, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Giuffrè, Milano.
- 1980, *Il controllo delle partecipazioni statali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 1215 sgg.
- Cavazzuti F. 1996, *Privatizzazioni, imprenditori e mercati*, il Mulino, Bologna.
- Della Scala M.G. 2012, *Società per azioni e Stato imprenditore*, Jovene, Napoli.
- Galgano F. 1982, *Partecipazioni statali: direttive governative e principio di legalità*, in *Riv. Soc.*: 554 sgg.
- Giannini M.S. 1958, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. Soc.*: 263 sgg.
- Massera A. 1978, *Partecipazioni statali e servizi d'interesse pubblico*, il Mulino, Bologna.
- Mazzucato M. 2015, *Lo Stato innovatore*, Laterza, Roma-Bari.
- Melis G. 2015, *Fare lo Stato per fare gli italiani. Ricerche di storia delle istituzioni dell'Italia unita*, il Mulino, Bologna.
- Merusi F. 1964, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Giuffrè, Milano.
- Morbidelli G. 2007, *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, Torino.
- Saraceno P. 1982, *Partecipazioni statali*, in *Enc. dir.*, XXXII: 43 sgg.
- Spaventa L. 1981, *Il controllo parlamentare sulle nomine: esperienze e risultati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 549 sgg.
- Sraffa P. 1999, *Produzione di merci a mezzo di merci. Premesse a una critica della teoria economica* (ed. orig. 1960), Einaudi, Torino.
- Valentini S. 1980, *Le partecipazioni statali*, Giuffrè, Milano.

SOGGETTI PRIVATI IN VESTE PUBBLICA: GENESI, TRASFORMAZIONI E PROSPETTIVE DEI RAPPORTI CONCESSORI

Alfredo Moliterni

SOMMARIO – 1. I rapporti concessori nella fase di avvio del processo di unificazione giuridica ed economica. 2. La sistematizzazione ad opera della scienza giuridica: la concessione come rapporto pubblicistico riconducibile all'esercizio privato di pubbliche funzioni. 3. La crisi dogmatica della concessione amministrativa: le incertezze sui tratti distintivi e sul regime giuridico applicabile. 4. La diffusione di meccanismi alternativi al modello concessorio ai fini del coinvolgimento del settore privato per l'esercizio di funzioni pubbliche. 5. Le prospettive del rapporto concessorio nell'ordinamento europeo: la regolazione 'condivisa' di attività economiche private di rilievo pubblico.

1. I rapporti concessori nella fase di avvio del processo di unificazione giuridica ed economica

La concessione ha da sempre rappresentato uno strumento fondamentale per assicurare il sostanziale 'allargamento' del settore pubblico mediante il coinvolgimento di soggetti privati per il perseguimento di finalità di interesse generale. Già nella seconda metà dell'Ottocento – al fine di mettere in moto quel processo di unificazione economica, prima ancora che amministrativa, che aveva interessato le principali potenze europee (Cassese, 2011: 322) – l'apporto dei grandi concessionari privati fu fondamentale per favorire il rilancio infrastrutturale del Paese: e ciò, soprattutto in ragione della grave crisi di liquidità in cui versavano le finanze pubbliche (Napolitano, 2011: 97). In questa prospettiva, ad esempio, la legge quadro sui lavori pubblici del 1865¹ stabiliva che l'impianto e l'esercizio delle strade ferrate potessero essere oggetto esclusivamente di concessione all'industria privata (Sandulli, 1967); la successiva legge di attuazione² accordava ai privati anche la cessione delle strade ferrate governative, nel presupposto che le società private potessero provvedere meglio alla costruzione e all'esercizio delle stesse (Cimbali, 1914: 561 sgg.).

Tuttavia, nonostante l'evidente centralità che la concessione ha da sempre ricoperto nella struttura dei rapporti economici e sociali del Paese, fino alla fine dell'Ottocento essa fu pressoché ignorata non solo sul piano legislativo, ma, soprattutto, dal punto di vista dell'elaborazione teorica e dell'indagine scientifica: la stessa giurisprudenza, nel primo ventennio dell'Unità d'Italia, era solita richiamare la nozione di concessione senza presupporre alcuna definizione con-

cettuale (D'Alberti, 1981: 18). Ciò può essere ricondotto essenzialmente a due ordini di ragioni.

Innanzitutto, una teorica compiuta sulle concessioni mal si conciliava con i principi liberali e con il contesto culturale e ideologico dei primordi dello Stato unitario (Tonoletti, 2008: 7): essa, infatti, portava con sé il pregiudizio per i vecchi strumenti con cui, sin dal Medioevo, le autorità pubbliche erano solite attribuire *privilegia* a determinati cittadini a danno della collettività (Salvioli, 1921: 498 sgg.). Anche per tale ragione, peraltro, soprattutto nella prima legislazione in materia di beni pubblici e demaniali di tipo naturale, vennero privilegiate modalità di regolazione che assicurassero la più ampia fruizione di tali beni da parte della collettività, evitando l'attribuzione di rendite a pochi soggetti³.

In secondo luogo, soprattutto nel settore industriale delle infrastrutture ferroviarie e delle reti telefoniche ed elettriche, la necessità di assicurare l'apporto dei capitali privati trovò naturale risposta in una regolazione paritetica dei rapporti tra amministrazione e concessionari (D'Alberti, 1981: 88): e infatti, a fronte dell'impossibilità per l'amministrazione di gestire autonomamente la realizzazione di grandi operazioni economiche, il diritto comune costituiva lo strumento più idoneo per assicurarsi la collaborazione del settore privato, soprattutto al fine di proteggere adeguatamente i diritti economici delle imprese. A conferma di ciò, specialmente negli anni Settanta e Ottanta dell'Ottocento, sia i giudici ordinari di merito, sia la Cassazione erano soliti applicare i principi e le categorie civilistiche alle vicende che riguardavano i rapporti concessori (D'Alberti, 1981: 22 sgg.; Tonoletti, 2008: 316): ad esempio, i riscatti in materia di concessioni ferroviarie venivano trattati come compravendite e alle concessioni di acque pubbliche si applicavano le regole in materia di obbligazioni e contratti; e in assenza di una nozione definita di concessione di pubblico servizio veniva valorizzato il profilo civilistico del godimento del bene su cui esercitare l'attività d'impresa sulla base dello schema della *locatio rei*. Tutto ciò, peraltro, nell'ambito di un contesto in cui la scienza giuspubblicistica – soprattutto per ragioni culturali (Sandulli, 2009: 7 sgg.) – ricostruiva in chiave negoziale molti rapporti tra poteri pubblici e soggetti privati (Sordi, 1985: 485 sgg.).

2. La sistematizzazione ad opera della scienza giuridica: la concessione come rapporto pubblicistico riconducibile all'esercizio privato di pubbliche funzioni

A partire dagli anni Novanta del XIX secolo, prese invece avvio un processo di riconsiderazione del fenomeno concessorio che fu inizialmente influenzato dall'esigenza di assicurare, in concomitanza con la fine dell'esperienza politica della destra storica, un nuovo protagonismo dello Stato rispetto al processo di rilancio economico e infrastrutturale del Paese (Cassese, 2014: 223 sgg.). Ciò

trovò innanzitutto riscontro in una serie di legislazioni di settore (in materia di reti telefoniche, reti elettriche e derivazione d'acqua) che rafforzavano il potere concessorio dei pubblici poteri⁴; in età giolittiana, la legge sulle municipalizzazioni del 1903 subordinò la possibilità per i privati di gestire i servizi pubblici al rilascio di una concessione comunale (Cavallo Perin, 1998: 35 sgg.)⁵.

Tuttavia, nonostante alla base di tale nuovo indirizzo vi fosse l'ambizione di limitare i profitti degli operatori privati e, al tempo stesso, di favorire l'assunzione pubblica del servizio mediante aziende speciali e servizi in economia, solo nel settore ferroviario si assistette ad un reale 'arretramento' dei privati, in virtù della statalizzazione operata dalla l. 22.4.1905, n. 137, la quale, comunque, assicurò un'adeguata protezione degli interessi economici dei concessionari in sede di riscatto; negli altri settori, invece, – specialmente in ambito locale – continuò ad essere prevalente la presenza di imprenditori privati (sulla faticosa attuazione del processo di municipalizzazione Castronovo, 1975: 194 sgg.).

Anche in ragione di ciò, l'obiettivo di assicurare un rafforzamento della posizione dello Stato in campo economico venne perseguito essenzialmente sul piano della riconfigurazione della funzione e del regime dello strumento concessorio. Ciò fu realizzato innanzitutto sul piano dottrinario, grazie all'opera della scienza giuridica pubblicistica che, sotto la guida di Vittorio Emanuele Orlando, favorì una sistematizzazione delle relazioni tra poteri pubblici e soggetti privati all'interno di concetti e categorie giuridiche nettamente alternative a quelle privatistiche (D'Alberti, 1981: 49 sgg.; Sordi, 1995: 496 sgg.).

In tale contesto, la concessione – da strumento essenzialmente contrattuale e funzionale ad attrarre i capitali e gli investimenti privati – venne ad essere 'piegata' all'esigenza dei pubblici poteri di conformare più incisivamente la libertà d'impresa, limitare la concorrenza e, soprattutto, assicurarsi un'entrata certa nelle casse pubbliche, anche attraverso una limitazione dei profitti dei privati⁶. Di tutto ciò si ha chiaro riscontro nella ricostruzione di Cammeo il quale sottolinea la funzionalità dello strumento concessorio a conformare la libertà d'impresa nei settori dei trasporti, dell'energia, dell'elettricità e del gas: in tali settori, infatti, – caratterizzati dalla presenza di beni o infrastrutture limitati – «non solo la concorrenza è impossibile, ma anche socialmente dannosa» e il monopolio appare necessario per indirizzare l'attività privata alle «esigenze del pubblico servizio» (Cammeo, 1896: 12). Così facendo, inoltre, lo Stato sarebbe riuscito a procurarsi una entrata che «grazie all'eliminazione della concorrenza può avere i caratteri di sufficiente regolarità e certezza»: proprio in ragione di ciò, «le conseguenze economiche del monopolio possono essere meno gravi e sono pur sempre meno odiose e meno dannose, perché il profitto e l'extra profitto vanno a vantaggio dello Stato e la quantità di reddito sottratta ai consumatori vien loro restituita in pubblici servizi» (Cammeo, 1896: 8).

Al fine di perseguire più efficacemente tali obiettivi, divenne imprescindibile fare riferimento ad una teorica delle concessioni pienamente autonoma dai principi e dalle regole di diritto comune: in questa prospettiva, secondo Ranalletti, la concessione «non può essere che unilaterale, perché il privato non può partecipare a mettere in essere un atto d'impero, non avendo veste per agire come autorità» (Ranalletti, 1894: 79). D'altronde, se l'effetto della concessione è di dare vita ad «un vero nuovo diritto (*sensu lato*), che dallo Stato è conferito al privato, senza che questi ne abbia neppure il germe» (Ranalletti, 1894: 29 sgg.), essa si atteggia come provvedimento discrezionale che dispone dell'interesse pubblico in concreto e che, per questa ragione, è sempre revocabile: l'interesse pubblico, infatti, viene in rilievo sia «prima dell'emanazione dell'atto di concessione, fino cioè, al momento della sua nascita», sia «dopo questo momento, cioè durante la vita della concessione medesima» (Ranalletti, 1895: 260). Le concessioni, quindi, rimangono sempre revocabili in ragione del fatto che «poiché si tratta di tutelare nell'interesse generale le cose pubbliche, poiché questa tutela è uno dei compiti sovrani dello Stato, l'esercizio di esso, l'investitura fatta ad un privato di un diritto di uso eccezionale, è una funzione di diritto pubblico, un atto unilaterale» (Cammeo, 1896: 79).

La nuova sistematizzazione teorica delle concessioni – che venne sostanzialmente accolta dalla successiva scienza giuridica, pur con sfumature diverse, come dimostra il riferimento di Ugo Forti alla teorica del contratto di diritto pubblico (Forti, 1900) – ebbe immediato riscontro anche in sede giurisprudenziale ove, a partire dalla fine dell'Ottocento, si iniziarono a diffondere orientamenti che limitavano l'applicazione dei principi civilistici ai rapporti concessori e l'estensione della giurisdizione civile, riconoscendo ampio spazio per l'attribuzione di poteri e facoltà speciali (revoche e modifiche senza indennizzo), da esercitarsi anche in assenza di una espressa previsione di legge o di contratto e a cui corrispondevano posizioni di interesse legittimo in capo ai concessionari privati⁷ (D'Alberti, 1981: 147 sgg.). Ciò si realizzò in maniera più evidente là dove erano coinvolti beni demaniali, come nel caso delle concessioni di acque pubbliche, rispetto alle quali si assistette alla totale estromissione del giudice ordinario anche relativamente agli aspetti patrimoniali⁸. Con riguardo ai servizi pubblici, invece, la ricostruzione pubblicistica venne a caratterizzare soprattutto la relazione tra concessionari e soggetti terzi, al fine di escludere possibili contestazioni davanti al giudice ordinario, sia da parte dei Comuni terzi, sia da parte degli utenti⁹.

Tuttavia, soprattutto a partire dalla seconda decade del Novecento, la giurisprudenza tornò ad essere maggiormente attenta a tutelare l'equilibrio della relazione obbligatoria e, in particolare, la posizione del privato concessionario (D'Alberti, 1981: 190 sgg.). Ciò trovò riscontro innanzitutto nell'elaborazione della figura della «concessione–contratto», che consentì di scomporre la fat-

tispecie concessoria in due distinti ‘momenti’ giuridici, l’uno pubblicistico, l’altro negoziale¹⁰: decidendo su una controversia relativa alla concessione di un’aria demaniale marittima per uso industriale, la Cassazione precisò che «all’accettazione del concessionario, che rappresenta rispetto all’atto amministrativo il verificarsi della condizione per la quale esso consegue il suo effetto, si unisce il consenso delle due parti sopra un regolamento convenzionale della concessione per suo modo di attuarsi e di svolgersi». Inoltre, la Cassazione, al fine di tutelare maggiormente le aspettative e i diritti degli operatori economici, venne in alcuni casi ad attrarre la revoca per inadempimento nell’ambito della giurisdizione ordinaria e ad escludere la revoca *ad nutum*¹¹.

Tuttavia, nonostante la maggiore attenzione alle garanzie per il privato – anche in termini di intensificazione del sindacato giurisdizionale sui motivi della revoca e di riconoscimento del diritto all’indennizzo –, la fattispecie concessoria rimase, tanto in sede giurisprudenziale quanto in sede dottrina, caratterizzata da una ineludibile connotazione ‘pubblicistica’: d’altronde la stessa teorica della concessione-contratto presupponeva comunque una ‘prevalenza’ dell’atto amministrativo sul negozio (il che, peraltro, determinò non poche incertezze rispetto al regime del rapporto e al riparto di giurisdizione)¹².

Una più decisa penetrazione delle regole e dei principi privatistici nella disciplina dei rapporti concessori fu impedita anche dal fatto che, nella maggior parte delle ricostruzioni teoriche, venne ad essere ampiamente valorizzata l’immagine del (necessario) trasferimento di poteri pubblicistici in capo al concessionario. Santi Romano, ad esempio, ravvisò una concessione «tutte le volte che l’amministrazione trasmette ad altri un suo potere», ovvero «quando sulla base di un suo potere o diritto, che restano così limitati, essa costituisce un nuovo diritto o potere di vantaggio di altri» (Romano, 1914: 239): mediante le concessioni, infatti, si trasferirebbero «facoltà unicamente ed esclusivamente spettanti all’amministrazione» (Romano, 1937: 239 sgg.). D’altronde, i concessionari verrebbero ad essere amministrazioni in senso ‘oggettivo’ e ‘soggettivo’ in grado di emanare anche atti amministrativi (Romano, 1914: 282), essendo chiamati ad esercitare «il diritto pubblico di supremazia» (Cammeo, 1960: 400).

Nelle successive ricostruzioni, anche in virtù di un più ampio riconoscimento dell’autonomia organizzativa e imprenditoriale del privato, si attenuò l’idea dell’incardinamento soggettivo dei concessionari nell’amministrazione e fu rigettata l’idea dell’automatica sottoposizione dell’attività di tali soggetti allo statuto degli atti amministrativi. Tuttavia, la vicenda concessoria iniziò ad essere stabilmente ricondotta al c.d. «esercizio privato di pubbliche funzioni» (su cui Maltoni, 2004: 23 sgg.). In particolare, secondo Zanobini, i concessionari, rientranti nella categoria degli organi indiretti dello Stato, sono quei soggetti cui vengono trasferite «una parte delle facoltà proprie dell’ente pubblico» e su cui i poteri pubblici

esercitano «poteri di supremazia speciale» in modo «molto esteso e intenso», in maniera non dissimile da quanto avviene nell'ambito di rapporti organici diretti (Zanobini, 1935: 509 sgg.): tuttavia, «l'attribuzione dell'esercizio di funzioni pubbliche, ed anche di veri poteri pubblici, a soggetti giuridici privati non trasforma questi in soggetti di diritto pubblico» (Zanobini, 1935: 658). In maniera non dissimile, Giannini sottolineò la necessità che venisse assicurato un controllo sull'esercizio privato della funzione pubblica facendo riferimento alla nozione di «*munus pubblico*» (Giannini, 1950: 124 sgg.): ma gli atti del concessionario sarebbero rimasti atti privati, sottoponibili al regime degli atti amministrativi solo se previsto espressamente da una legge (Giannini, 1959: 311 sgg.).

In sostanza, pur nelle diversità delle ricostruzioni, la figura del concessionario venne ad essere stabilmente attratta nella sfera amministrativa. Il completamento di tale processo si ebbe negli anni Novanta quando, dopo una serie di incertezze giurisprudenziali e dottrinarie, la Cassazione giunse a riconoscere l'impugnabilità degli atti del concessionario di lavori pubblici in quanto atti «sostanzialmente ed obiettivamente amministrativi»: e ciò in ragione del fatto che la concessione avrebbe determinato una «investitura del concessionario ad operare, nell'ambito delle funzioni trasferite, con gli stessi poteri e con gli stessi obblighi che avrebbe un organo indiretto della p.a.»¹³ (sulle cui problematiche conseguenze anche dal punto di vista del riparto, Police, 1996: 158 sgg.). In questo modo può dirsi completato il processo di 'pubblicizzazione' del fenomeno concessorio che – pur nella grande varietà e diversità delle ricostruzioni proposte – ha a lungo condizionato (e in parte continua a condizionare) il dibattito scientifico e gli orientamenti giurisprudenziali dominanti in materia.

3. La crisi dogmatica della concessione amministrativa: le incertezze sui tratti distintivi e sul regime giuridico applicabile

L'immagine tradizionale della concessione come atto ampiamente discrezionale – caratterizzato da una ontologica instabilità del rapporto (in virtù del riconoscimento di poteri di scioglimento unilaterali), da un regime giuridico in prevalenza di diritto pubblico e dal necessario trasferimento di poteri pubblici a soggetti privati –, si è venuta tuttavia a scontrare con una realtà economica e giuridica assai più complessa che, soprattutto a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, ha visto mutare la stessa struttura dei rapporti tra poteri pubblici e autonomie private.

Innanzitutto, da più parti si è iniziata a sottolineare l'impossibilità di far riferimento ad un unico modello concessorio (Sorace, Marzuoli, 1989: 282 sgg.), stante la diversa struttura e funzione che caratterizzerebbe, ad esempio, una concessione di onorificenze rispetto ad una concessione di lavori pubblici: come è sta-

to sottolineato, l'istituto concessorio, a seguito del relativo 'consolidamento' sul piano teorico, è stato (impropriamente) richiamato per tutti quei provvedimenti comunque ampliativi della sfera giuridica dell'amministrato, ben al di là dei settori riservati all'attività dei pubblici poteri o in cui occorresse un controllo pubblico dell'attività privata, «venendo quasi ad assumere le dimensioni che avevano le patenti o le concessioni regie nei periodi antecedenti all'avvento delle costituzioni borghesi» (D'Alberti 1998a: 15). Proprio in ragione di ciò, da più parti si è iniziata a valorizzare – anche sulla base della tesi gianniniana del conferimento di un ufficio pubblico ad un'impresa privata – la specifica 'dimensione organizzativa' che avrebbe caratterizzato e distinto la concessione di servizio pubblico e la concessioni di lavori dalle altre fattispecie concessorie (Romano, 1994: 459 sgg.).

Ma, soprattutto, sono iniziate ad apparire assai poco decisive alcune delle tradizionali caratteristiche dell'istituto concessorio. E così, il riferimento all'effetto ampliativo come minimo comune denominatore di tutti i rapporti concessori si sarebbe rivelato, per la sua genericità, del tutto inidoneo a contraddistinguere la disciplina di tali rapporti (Sorace, Marzuoli 1989: 283). Incerta è apparsa la stessa distinzione tra concessioni traslative e costitutive in ragione della scarsa intelleggibilità – specialmente con riguardo all'attività d'impresa – del criterio della creazione di nuovi diritti o del trasferimento di diritti già esistenti. Né si è rivelato utile il richiamo al contenuto costitutivo di nuove facoltà o diritti che il soggetto privato non avrebbe neppure in «germe» – elemento che, nella prospettiva ranellettiana, avrebbe contribuito a distinguere la concessione dall'autorizzazione –, stante la grande diffusione di autorizzazioni che, lungi dal limitarsi a rimuovere vincoli giuridici preesistenti, avevano anche un contenuto di tipo costitutivo: come è stato infatti sottolineato, «che le concessioni si risolvano in un ampliamento della sfera giuridica è vero, ma a nessuno sfugge che tale posizione è puramente descrittiva, oltre che generica, e anche i procedimenti autorizzatori costitutivi e anche dei comuni negozi di diritto privato posti in essere da pubbliche amministrazioni “ampliano” sfere giuridiche altrui» (Giannini, 1993: 653). Parimenti, è stata messa in discussione l'esistenza di un nesso necessario tra la concessione e la riserva di attività o l'attribuzione di diritti esclusivi (Pototschnig, 1953; Sorace, Marzuoli, 1989: 298): in virtù di una lettura oggettiva del servizio pubblico derivante dagli art. 41 e 43, la concessione costituirebbe uno dei possibili strumenti con cui si impongono programmi o controlli pubblici sull'esercizio di attività private che, in astratto, potrebbero ben essere gestite dal privato in assenza di concessione (Fracchia, 2007: 257).

Ma è stato soprattutto l'ordinamento comunitario ad aver contribuito a mettere in discussione molte delle caratteristiche 'strutturali' e 'funzionali' che avevano tradizionalmente contraddistinto l'istituto concessorio (Caranta, 2012: 167). In primo luogo, l'avvio dei processi di liberalizzazione in molti settori a

lungo caratterizzati dall'assenza di concorrenza è stato accompagnato dall'affermazione di un *favor* per l'introduzione di regimi autorizzatori a basso contenuto di discrezionalità (Rangone, 1999: 228 sgg.). D'altronde, lo stesso venir meno di molti dei mercati riservati – ove la concessione aveva avuto grande diffusione soprattutto nel secondo dopoguerra – ha contribuito a rendere recessivo l'utilizzo di tale strumento, soprattutto in un'ottica di tutela della concorrenza¹⁴. Inoltre, l'ordinamento comunitario ha contribuito a limitare la stessa discrezionalità della scelta del concessionario in fase di affidamento – che era consustanziale all'idea del trasferimento *intuitu personae* di poteri e utilità riservate – sottoponendo tale momento ad una disciplina ispirata ai principi di imparzialità e parità di trattamento¹⁵: e questo, non solo con riguardo a settori ampiamente regolati (come quello dei lavori e dei servizi), ma anche – in via pretoria – con riguardo all'affidamento delle concessioni di beni pubblici e alle concessioni private di rilevanza comunitaria, alle quali è stata comunque imposta l'applicazione dei principi dei Trattati europei¹⁶.

Infine, molteplici criticità hanno riguardato la ricostruzione del regime giuridico applicabile alle concessioni, soprattutto in considerazione della scarsa valorizzazione di quelle che Ledda aveva definito come vere e proprie «ragioni dello scambio» e che affiorerebbero assai chiaramente anche nei rapporti concessori di beni e servizi (Ledda, 1997: 1277); ragioni che non sarebbero state sufficientemente valorizzate neanche dalla teorica della «concessione–contratto», rispetto alla quale – anche in virtù di una certa «vischiosità delle determinazioni “di principio” ispirate alla concezione di Ranelletti» – non risulterebbe agevole distinguere con chiarezza lo spazio proprio dell'atto amministrativo da quello del contratto accessivo (Ledda, 1997: 1277). Peraltro, proprio questa difficoltà di conciliare adeguatamente la logica dello scambio con la connotazione pubblicistica di più antica tradizione, sarebbe alla base della più recente tendenza a ricostruire il regime dei rapporti concessori facendo riferimento all'istituto dell'accordo amministrativo procedimentale: e ciò, soprattutto, al fine di meglio 'regolare' – a seguito della sentenza della C. cost. n. 204/2004 – il riparto di giurisdizione sulle vicende esecutive del rapporto (Moliterni, 2012: 574 sgg.).

D'altronde, molte delle ragioni che la scienza giuridica e la giurisprudenza tradizionale avevano individuato come ostative rispetto ad una più ampia penetrazione dei principi e della logica contrattuale nella fase di gestione ed esecuzione dei rapporti concessori appaiono in via di ridimensionamento. È così, ad esempio, per quanto riguarda il riferimento alla necessaria incidenza delle concessioni su beni o utilità sottratte alla comune circolazione giuridica e, per questa ragione, indisponibili mediante contratti privati (Fracchia, 2007: 259): si tratta di un profilo che risulta smentito, ad esempio, dall'ampia diffusione, specialmente a livello locale, di contratti di appalto per l'affidamento di servizi pubblici lo-

cali; ma anche dall'avvio dei processi di privatizzazione e dismissione dei beni pubblici che, come è stato sottolineato, avrebbero aperto la strada ad una commerciabilità «regolata» degli stessi, favorendo il ricorso a strumenti contrattuali per la loro gestione (Renna, 2004: 290 sgg.). Inoltre, tale profilo appare messo in crisi dalla stessa entrata in vigore dell'art. 1, c. 1 *bis* della l. n. 241/1990, che dovrebbe far ritenere superato qualsiasi tipo di incompatibilità dogmatica rispetto all'utilizzo di strumenti contrattuali per la disposizione di beni o utilità pubbliche, con la sola eccezione delle ipotesi in cui sia espressamente previsto – o necessitato – il ricorso a strumenti autoritativi (Greco, 2006: 81).

Parimenti incerta appare la possibilità di continuare a giustificare la presenza di un regime pubblicistico in ragione della particolare intensità che assumerebbe, rispetto a tali strumenti, la cura di «interessi pubblici specifici, di carattere non meramente patrimoniale» (Sorace, Marzuoli, 1989: 297). E infatti, a tacer del fatto che la cura di interessi pubblici specifici non pare possa dirsi assente rispetto ad altri rapporti schiettamente contrattuali – si pensi agli appalti di lavori o ai contratti di finanziamento la cui finalità e il cui interesse non sono meramente patrimoniali –, va evidenziato che le concessioni dispongono sempre meno dell'interesse pubblico in concreto, posto che la valutazione sulla compatibilità di determinati usi o dell'esercizio di determinate attività con la fruizione collettiva o con determinati valori e interessi pubblici in gioco è generalmente 'risolta' a livello legislativo o regolatorio, mentre le concessioni si limitano solitamente a dare esecuzione a tali scelte, mediante l'instaurazione di un rapporto, sicuramente complesso, ma che viene a declinare l'interesse pubblico in uno schema di tipo obbligatorio (sulla naturale espansione della struttura obbligatoria per attività esecutive e di erogazione, Marzuoli, 1995: 417). Esemplificativo risulta, da questo punto di vista, il caso delle concessioni di gioco, rispetto alle quali la giurisprudenza è ferma nel sottolineare il «carattere pubblicistico del rapporto di concessione e, con esso, la sua ancora maggiore attitudine a essere oggetto di interventi regolativi pubblici funzionali alla cura degli interessi per i quali le attività di raccolta e gestione dei giochi pubblici sono legittimamente riservate al monopolio statale»¹⁷. In realtà, anche rispetto a tali strumenti va evidenziato che l'assetto degli interessi confliggenti non è nelle mani dell'amministrazione – che si limita a svolgere la gara e a verificare il corretto adempimento del rapporto – ma è risolto a livello normativo, ove sono individuati tutti i requisiti soggettivi e oggettivi per poter esercitare l'attività, ove viene temperato l'interesse economico del concessionario con gli interessi pubblici in gioco e ove sono previsti tutti i poteri di controllo in capo all'amministrazione.

Proprio con riguardo a quest'ultimo profilo, va evidenziato che i poteri di controllo sul rapporto sono sempre più spesso previsti dalla legge o dalla convenzione stipulata tra le parti: tali fonti disciplinano puntualmente i requisiti e

le condizioni per l'attivazione di penali, risoluzioni o recessi (generalmente scaturenti da un inadempimento o da gravi fatti imputabili al concessionario). Da questo punto di vista, sembrano venir meno le stesse ragioni che avevano tradizionalmente reso necessaria la previsione di poteri pubblicistici speciali per la tutela del rapporto concessorio e che, anche di recente, sono stati riconnessi alla «necessità di “verificare” la coerenza con l'interesse pubblico dell'operazione economica assentita (e consentita) al privato» (così Fracchia, 2007: 259). In realtà va evidenziato che, nella fase esecutiva del rapporto, l'amministrazione pone in essere essenzialmente una verifica sul corretto adempimento degli obblighi reciprocamente assunti: verifica che, nei casi più gravi, può condurre alla cessazione anticipata del rapporto medesimo o ad una modifica della relazione negoziale. Ma si tratta di poteri previsti anticipatamente e in maniera chiara dalla legge o dal contratto e che, quindi, risultano ben compatibili con l'esigenza di affidamento e di certezza che caratterizza tutte le relazioni giuridiche (pubbliche e private) all'interno dell'ordinamento (Moliterni, 2016: 371 sgg.). E ciò, peraltro, in un contesto in cui si assiste al ridimensionamento dello spazio per l'attivazione di poteri di 'ripensamento' da parte dell'amministrazione rispetto agli atti amministrativi che hanno attribuito benefici od utilità ai privati¹⁸.

4. La diffusione di meccanismi alternativi al modello concessorio ai fini del coinvolgimento del settore privato per l'esercizio di funzioni pubbliche

Ma la crisi della categoria concessoria appare più evidente se si considera che, mentre nel secolo scorso essa era considerata come il paradigma dell'esercizio privato di pubbliche funzioni, oggi appare solo come una delle molteplici modalità con cui i pubblici poteri si assicurano la collaborazione del settore privato per finalità di interesse pubblico (Auby, 2010; Freeman, Minow, 2009). Ciò, peraltro, in un contesto in cui la Corte costituzionale ha ribadito la massima discrezionalità del legislatore rispetto alla decisione di esternalizzare determinate funzioni¹⁹.

In primo luogo, occorre evidenziare che in alcuni casi l'affidamento di funzioni pubbliche o di servizi pubblici è disposto dall'ordinamento (talvolta sulla base di una legge) a favore di società pubbliche, rispetto alle quali il controllo e la direzione dovrebbero esercitarsi essenzialmente attraverso gli strumenti civilistici interni alla *governance* societaria (Della Scala, 2012: 195 sgg.; Goisis, 2004: 113 sgg.; Ursi, 2012: 225 sgg.).

In secondo luogo, va sottolineato che sempre più spesso la legge prevede la possibilità per le amministrazioni di esternalizzare determinate funzioni a soggetti privati mediante la stipula di contratti riconducibili al modello degli «externalisation contracts» (Auby, 2007: 43). Ciò si verifica, innanzitutto, rispetto ad attività valutative o di natura tecnica che non implicano di per sé l'esercizio di

vera discrezionalità amministrativa (v. C. Cudia, *Pubblica amministrazione e valutazioni tecniche: profili organizzativi*, in questo volume). In alcuni casi tali contratti si inseriscono all'interno di procedimenti amministrativi complessi che rimangono nelle mani delle autorità pubbliche, mentre il coinvolgimento di soggetti privati è limitato all'esercizio di attività istruttorie che non assumono diretta rilevanza esterna²⁰. In altri casi, invece, i soggetti privati sono investiti dell'esercizio di attività tecniche che hanno diretta rilevanza all'esterno e che spesso conducono all'emanazione di contratti con i soggetti terzi (Torricelli, 2013: 260 sgg.): è il caso del Gestore dei mercati energetici (GME), il quale abilita l'ingresso nel mercato degli operatori sulla base di un contratto di adesione²¹; ma anche delle Società organismi di attestazione (SOA), le quali, pur svolgendo per espressa disposizione di legge «funzioni di natura pubblicistica», esplicano la propria attività di verifica sui requisiti di qualificazione delle imprese stipulando con le stesse contratti che costituiscono anche il presupposto per il controllo successivo sulla permanenza dei requisiti medesimi²².

Sempre più spesso, inoltre, il coinvolgimento dei privati avviene non già sulla base di una investitura puntuale da parte dell'amministrazione ma attraverso il ricorso a meccanismi di mercato che consentono di conferire rilevanza (anche nell'ordinamento amministrativo) a determinate attività poste in essere dai privati (Lolli, 2008): si tratta di un fenomeno che caratterizza soprattutto l'attività di certificazione o di produzione di certezze (Benedetti, 2010: 37 sgg.).

Rispetto a tali ipotesi, in alcuni casi il settore pubblico si limita a dettare una regolazione *esterna* del settore privato, venendo generalmente ad incidere solo su alcuni requisiti organizzativi e di affidabilità dei privati: questi ultimi, tuttavia, sono tendenzialmente autonomi rispetto all'esercizio della loro attività che è vincolata al solo rispetto di standard settoriali aventi, spesso, hanno una matrice 'ultra-nazionale' (si pensi alle società di gestione dei mercati regolamentati ma anche alle società di revisione contabile).

In altri casi, invece, il coinvolgimento avviene mediante forme di accreditamento non contingentato di soggetti privati: è ciò che si verifica, ad esempio, per l'accreditamento dei prestatori di servizi²³, per la qualificazione delle SOA²⁴ e, di recente, anche per le agenzie di *rating* che operano a livello comunitario²⁵. In tali ipotesi, il 'controllo pubblico' è limitato alla fase di accreditamento e di controllo sui requisiti, mentre 'a valle' è l'utente che, mediante la sua scelta, attribuisce rilievo giuridico all'attività di un determinato operatore privato.

Vi sono, infine, dei casi in cui è del tutto assente qualsiasi forma di controllo o collegamento tra il settore pubblico e quello privato. In tali ipotesi, la regolazione pubblica si limita a rinviare a determinati sistemi privati di fissazione di regole tecniche o di standard, i quali preesistono e possono operare indipendentemente dal richiamo operato dal settore pubblico: il caso più evidente è

rappresentato dalle certificazioni di qualità internazionali (Benedetti, 2010: 215 sgg.)²⁶. Rispetto a tali fattispecie, l'attività privata assume 'rilievo pubblico' non già perché controllata da parte dei pubblici poteri, o perché collegata in qualche modo all'ordinamento amministrativo, ma semplicemente sulla base dell'elemento reputazionale, della credibilità e della fiducia maturata tra gli operatori di settore e nei mercati di riferimento (Benedetti, 2010: 274 sgg.).

In definitiva, se è vero che il concessionario «è chiamato ad espletare un compito o un'attività che spetterebbe al soggetto pubblico svolgere, direttamente o con strumenti diversi dalla concessione» (Fracchia, 2007: 258), è altrettanto vero che tale modello appare sempre più marginale nell'ambito del fenomeno di esternalizzazione delle funzioni pubbliche, il quale si fonda molto spesso su meccanismi contrattuali, o comunque di mercato, che non risultano inquadrabili nei tradizionali schemi dell'esercizio privato di pubbliche funzioni (Benedetti, 2010: 278). Alla base di tali nuovi strumenti vi è l'idea che il settore pubblico possa beneficiare della 'forza propulsiva' del mercato, il quale, a determinate condizioni, è in grado di assolvere efficacemente ad obiettivi di rilievo pubblico, senza che, per tale motivo, l'attività dei privati venga sottoposta ad un regime pubblicistico che rischierebbe di svilirne le intrinseche potenzialità (Marzuoli, 1995: 427). D'altra parte, il controllo sull'attività dei privati può in molti casi essere assicurato dagli strumenti e dai presidi interni al diritto civile e al diritto societario (in questo senso, con riguardo ai 'regolatori privati', D'Alberti, 2013: 607 sgg.): si pensi all'importanza che può assumere, in questa prospettiva, la disciplina sulla trasparenza, sui conflitti di interesse o sulla concorrenza²⁷.

5. Le prospettive del rapporto concessorio nell'ordinamento europeo: la regolazione 'condivisa' di attività economiche private di rilievo pubblico

A fronte dei numerosi fattori che, sia dal punto di vista strutturale sia da quello funzionale, contribuiscono a mettere in discussione molte delle tradizionali caratteristiche dell'istituto concessorio, occorre domandarsi quale sia lo spazio effettivo e la dimensione propria di tale istituto nel nostro ordinamento, stante anche l'evidente *favor* che a livello sovranazionale emerge, da un lato, per le misure autorizzatorie a basso contenuto di discrezionalità e, dall'altro, per l'esternalizzazione di attività mediante meccanismi contrattuali o di mercato.

Da questo punto di vista, va evidenziato che, alla base della necessità di instaurare un rapporto concessorio, vi è oggi soprattutto l'esigenza dei pubblici poteri di dare vita ad una 'regolazione condivisa' con i privati in merito ad un determinato programma di attività economica (sul punto Ricciuto, Nervi, 2010: 44): e ciò, nell'ambito della più generale tendenza dei pubblici poteri ad utilizzare strumenti consensuali in chiave 'regolatoria' (su cui Massera, 2011: 25).

Le ragioni che giustificano, dal lato pubblico, una simile regolazione ‘condivisa’ dell’attività economica possono essere diverse. In alcuni casi vi è la necessità di gestire fruttuosamente, ma compatibilmente con l’interesse pubblico, un determinato bene. In altri casi ancora, vi è la necessità di organizzare un servizio ritenuto meritevole di svolgimento mediante determinati modalità o standard di qualità: e ciò indipendentemente dal fatto che si tratti di un servizio pubblico in senso stretto o, comunque, soggetto ad una esclusiva dei pubblici poteri (d’altronde, secondo Sorace, Marzuoli, 1989: 298, ciò che conta «è che l’amministrazione abbia assunto tra i propri compiti quello di soddisfare le esigenze per le quali occorre procedere all’erogazione del servizio»). In altri casi, infine, vi è la necessità di ricorrere al capitale privato per finanziare un’opera pubblica ritenuta essenziale per la collettività o che sia comunque funzionale all’implementazione di determinate politiche pubbliche.

In tutti questi casi, il ‘programma condiviso’, seppur caratterizzato da un notevole livello di complessità, viene inserito all’interno di una ‘struttura obbligatoria’ di tipo sinallagmatico che si caratterizza soprattutto per il fatto che la parte privata si assume interamente il ‘rischio operativo’ dell’attività (Ricciuto, Nervi, 2010: 38 sgg.; Caranta, 2012: 165 sgg.). Si tratta di un rischio che va considerato in chiave oggettiva e che non determina un trasferimento di responsabilità pubblicistiche o l’instaurazione di un rapporto di sostituzione in senso tecnico: alla base dei rapporti concessori vi è, infatti, la necessità pratica di assicurarsi prestazioni di lunga durata rispetto ad attività complesse per cui risulta imprescindibile l’apporto del settore privato, sia in termini organizzativi che economici.

Da questo punto di vista, anche il profilo – più volte esaltato, soprattutto in sede giurisprudenziale – relativo dell’esercizio di poteri amministrativi da parte dei soggetti privati, lungi dall’essere una conseguenza del trasferimento unilaterale di poteri pubblici da parte dell’amministrazione, costituisce l’esito di una valutazione fatta dal legislatore ai fini della più ampia applicazione di alcune normative funzionali ad attuare interessi pubblici di primario rilievo (concorrenza, trasparenza, lotta alla corruzione): è quindi il legislatore ad imporre l’estensione di certi frammenti di discipline – come in materia di appalti, procedimento amministrativo, trasparenza – ad alcuni soggetti privati che presentano determinati requisiti di collegamento (strutturale o funzionale) con il settore pubblico (su tale fenomeno Sorace, 2010: 62 sgg.; sottolinea l’«eccezionalità» della estensione ai soggetti privati della normativa comunitaria in materia di appalti, Police, 1996: 168 sgg.)²⁸. Pertanto, la possibilità che l’attività di soggetti privati sia sottoposta alla disciplina di diritto pubblico è una conseguenza del tutto svincolata e indipendente dalla costituzione del rapporto concessorio, essendo piuttosto il frutto di valutazioni interne alla ‘razionalità’ dei singoli interventi normativi. Anche per tale ragione, in assenza di espliciti richiami norma-

tivi, andrebbe esclusa l'estensione di intere discipline pubblicistiche all'attività dei concessionari sulla base di argomenti quali l'esistenza di un rapporto di sostituzione e l'assunzione di compiti pubblici; al contrario, andrebbe valorizzata la lettera dell'art. 1, c. 1 *ter*, l. n. 241/1990, la quale impone ai soggetti privati che esercitano funzioni pubbliche il rispetto dei soli principi fondamentali che governano l'agire amministrativo e non già l'integrale applicazione di tutto lo statuto pubblicistico (Napolitano, 2006: 96; Sorace, 2010: 95).

Una simile prospettiva appare pienamente coerente con l'ordinamento europeo il quale ha chiarito – da ultimo nella direttiva sulle concessioni del 2014 – che il *proprium* del rapporto concessorio è rappresentato non tanto dalla delegazione di poteri pubblici ma, piuttosto, dal trasferimento di un 'rischio operativo' di natura economica e gestionale che dovrebbe essere al di fuori del controllo delle parti (Greco, 2015: 1095 sgg.)²⁹. In sostanza, per facilitare il processo di integrazione europea, è stata introdotta una nozione 'minima' di concessione, la quale risulta essere stata 'liberata' dall'idea «mistica» del trasferimento di poteri pubblici che aveva caratterizzato molti ordinamenti nazionali (Caranta, 2012: 167).

Tale nozione 'minima' di concessione ha il pregio di potersi applicare indistintamente in tutti gli ordinamenti europei e, soprattutto, a tutte le fattispecie concessorie di più significativo rilievo, le quali, peraltro, appaiono sempre meno distinguibili sulla base della specificità dell'oggetto, stante la grande diffusione di concessioni 'miste', soprattutto per la costruzione e gestione di opere che impongono la gestione di un servizio e la concessione di suolo. In questa direzione, la recente direttiva europea sulle concessioni si applica non solo alle concessioni di lavori pubblici ma anche alle concessioni di servizi, sia che abbiano ad oggetto servizi pubblici³⁰, sia che abbiano ad oggetto servizi privati resi al pubblico; inoltre, benché non si occupi direttamente di beni, essa trova applicazione anche a tali rapporti nella misura in cui il pubblico potere consenta l'esercizio di un'attività economica (di lavori o di servizi) sui beni medesimi³¹: con ciò trovando conferma la prospettiva gianniniana tendente a valorizzare – mediante il riferimento alla concessione «sul bene e non del bene» (Giannini, 1993: 673) – il profilo dell'utilizzazione economica del bene medesimo (D'Alberti, 1988b: 7). In ragione di ciò, rimangono giustamente escluse dall'ambito di applicazione della direttiva le fattispecie che, pur essendo state tradizionalmente ricondotte al fenomeno concessorio, non presentano quelle specificità funzionali che oggi ne caratterizzano la struttura: è il caso, ad esempio, del «mero finanziamento» di un'attività privata, ma anche delle semplici locazioni di beni³².

Quanto al problema del regime applicabile ai rapporti concessori, va evidenziato che la prospettiva economico-funzionale della concessione che emerge chiaramente a livello europeo appare astrattamente compatibile sia con la rico-

struzione del concreto strumento di regolazione come una fattispecie complessa (atto e contratto), sia con il riferimento ad una fattispecie contrattuale di diritto pubblico, sia con quello ad una figura contrattuale di diritto privato speciale non dissimile all'appalto pubblico. Qualunque soluzione interpretativa, tuttavia, dovrà risultare rispettosa dei vincoli imposti dalla disciplina europea, tra cui: *a)* il riconoscimento del 'fondo contrattuale' e della 'struttura obbligatoria' che è alla base dei rapporti concessori (definiti chiaramente come «contratti», non solo dal legislatore europeo ma anche in sede di recepimento interno³³); *b)* il ridotto margine di discrezionalità nella fase di scelta del concessionario, mediante il rispetto delle regole di pubblicità, trasparenza e non discriminazione³⁴; *c)* l'assenza di discrezionalità e arbitrarietà – nonché la garanzia dei principi di trasparenza, buona fede e affidamento – nella fase di gestione ed esecuzione del rapporto, la quale, come è stato sottolineato (Greco, 2015: 1110), presenta ormai delle evidenti affinità con la disciplina degli appalti, pur essendo principalmente preordinata al mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario della relazione negoziale³⁵.

Va peraltro evidenziato che, a fronte di tali stringenti vincoli provenienti dall'ordinamento europeo, l'accoglimento di una soluzione che sul piano interno ricostruisca il 'fondo contrattuale' del rapporto con una prevalenza pubblicistica o privatistica appare di scarso rilievo pratico, stante l'inevitabile penetrazione delle regole in materia di obbligazioni e contratti e, soprattutto, considerata l'iper-regolazione (legislativa e contrattuale) della fase di gestione dello stesso, tale da escludere qualsiasi spazio per l'esercizio di poteri esorbitanti o facoltà speciali non conosciuti (e quindi accettati) dalle parti. L'unico profilo rispetto al quale l'accoglimento di una soluzione a prevalenza pubblicistica o privatistica può avere ancora un rilievo pratico è rappresentato dal riparto di giurisdizione sulla fase esecutiva: ma, proprio la centralità che assume in tali vicende la problematica del corretto adempimento di diritti ed obblighi assunti dalle parti – seppur nell'ambito di una relazione economica assai complessa – parrebbe escludere gli spazi per (continuare a) legittimare una giurisdizione sull'esercizio del potere quale è quella esercitata dal giudice amministrativo (Moliterni, 2014: 148 sgg.).

Per concludere, la vicenda dell'evoluzione delle concessioni amministrative nel nostro ordinamento appare esemplificativa delle più importanti trasformazioni che hanno investito – sin dall'avvio del processo di unificazione economica e amministrativa – i rapporti tra poteri pubblici e soggetti privati e, più in generale, tra Stato e mercato. In questa prospettiva, se è innegabile l'esistenza di una certa continuità rispetto alle 'ragioni pratiche' sottese alla grande diffusione dello strumento concessorio fin dalla seconda metà dell'Ottocento, è altrettanto innegabile che molto spesso la tradizionale ricostruzione dei rapporti con-

cessori abbia risentito della necessità – avvertita come preminente dalla dottrina e dalla giurisprudenza all’inizio del secolo scorso – di dare vita ad un sistema di diritto pubblico coerente, ordinato e tendenzialmente ‘chiuso’ ad altri settori ed esperienze del diritto: di qui, la tradizionale valorizzazione dogmatica di alcuni profili (come il trasferimento di poteri, la disposizione di oggetti pubblici, la discrezionalità in sede di costituzione e cessazione del rapporto) che, anche alla luce del diritto europeo, appaiono ormai del tutto recessivi. Proprio in questa prospettiva, diviene sempre più necessario spostare l’attenzione e la riflessione (anche della scienza giuridica) sui profili economico-funzionali del rapporto concessorio (Cafagno *et. al.*, 2013), non solo al fine di rendere le concessioni nazionali pienamente compatibili con l’ordinamento europeo, ma soprattutto al fine di riuscire a stimolare – attraverso di esse – una maggiore concorrenza in settori caratterizzati dall’indubbia rilevanza pubblica ma dalla tradizionalmente debole dinamica di mercato³⁶.

Note

- ¹ Si tratta dell'All. F della l. 20.3.1865, n. 248.
- ² Si tratta della l. 14.5.1865, n. 2279.
- ³ A conferma di ciò, da un lato, l'art. 427 del codice civile del 1865 sanciva (ad eccezione dei beni demaniali militari) la gratuità dell'uso delle risorse pubbliche; dall'altro, nella parte speciale dell'All. F della l. n. 248/1865 – ove si trovava anche la disciplina di singoli beni (strade, acque, porti, spiagge) – veniva valorizzata la destinazione ad uso pubblico (ad esempio delle strade), mentre l'uso particolare era considerato marginale e comunque fondato su legislazioni e istituti antichi (come le legislazioni comunali del XVII secolo sull'utilizzo delle strade, le derivazioni d'acque del sistema sabauda o il modello piemontese delle regalie minerarie).
- ⁴ Si veda l'art 24 della l. 7.4.1892 per le concessioni di reti telefoniche e telegrafiche; gli artt. 2 e 13 della l. 20.8.1884 in materia di concessioni di derivazione di acqua, ove il potere concessorio era funzionale a verificare la compatibilità concreta dello sfruttamento; le leggi per le concessioni di bonifiche (l. 25.6.1882, art. 4; l. 6.7.1886, art. 2; l. 6.8.1893, art. 1).
- ⁵ Si tratta della l. 29.3.1903, n. 103 (*Assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni*), i cui artt. 25 e 27 facevano espresso riferimento alla «concessione all'industria privata».
- ⁶ Come emerge chiaramente dalla *Relazione sulle avvocature erariali per l'anno 1880*, curata da G. Mantellini: 787 sgg., ove si sottolineava il pericolo connesso all'utilizzo di contratti e convenzioni privatistiche che avrebbero rafforzato la posizione dei concessionari privati rispetto allo Stato.
- ⁷ Sulla concessione ferroviaria come atto d'imperio che non obbliga contrattualmente l'amministrazione: Cass. Roma, 17.5.1898; Cass. Roma, 10.6.1904; Cons. St., sez. IV, 8.7.1904.
- ⁸ In questo senso, Cass. Roma, 16.6.1900 ove si afferma la giurisdizione amministrativa in materia di controversie sulla derivazione e concessione di acque, sulla base della demanialità delle stesse; Cass. Roma, 8.2.1904 ove si afferma che tali rapporti non sono oggetto di «private contrattazioni» ma invece «emanazione dell'imperium»; Cass. Firenze 27.4.1908 ove si ribadisce la necessaria precarietà del diritto di uso dei beni pubblici essendo «revocabile *ad nutum*».
- ⁹ Con riguardo ad esempio alle azioni dei terzi in materia di concessioni di costruzione ed esercizio delle ferrovie, in alcune pronunce si esclude la competenza del giudice ordinario anche per le questioni patrimoniali: Cass. Roma, 12.2.1892 e Cass. Roma, 7.10.1895.
- ¹⁰ Su tale ricostruzione, Cass. Roma, 12.1.1910.
- ¹¹ In particolare, a partire dal 1918 si inaugurò un indirizzo (che durerà sino agli anni Trenta) volto a ricondurre anche la revoca per pubblico interesse nella giurisdizione ordinaria: Cass. Roma, 9.2.1918; Cass. 20.2.1925.
- ¹² Ciò soprattutto per quanto attiene ad i nessi tra la fase pubblicistica e quella privatistica, sebbene a partire dagli anni Quaranta si stesse consolidando la distinzione, proprio ai fini del riparto di giurisdizione, tra la revoca per motivi pubblico interesse e la decadenza per inadempimento (Cons. St., sez. IV, 17.2.1942, ma già nello stesso senso Cass. 5.7.1938).
- ¹³ Cass., S. U., 29.12.1990, n. 12221.
- ¹⁴ Si tratta di un profilo sottolineato anche dalla AGCM nella Segnalazione del 20.12.2002, AS226 (in *Bollettino*, 2002, n. 1-2) secondo cui la concessione costituisce una «misura di regolazione invadente» per il mercato; pertanto il ricorso a tale strumento «dovrebbe essere limitato alle sole ipotesi in cui le attività di impresa o i beni su cui queste si svolgono sono riservati ai pubblici poteri».
- ¹⁵ Dapprima con la Comunicazione interpretativa della Commissione europea del 12.4.2000, successivamente con la direttiva 2004/18/CE del 31.3.2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi e, da ultimo, introducendo una disciplina organica con la direttiva 2014/23/UE del 26.2.2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

- ¹⁶ Si vedano, *ex multis*, Corte giust., 3.12.2001, C-59/00; Corte giust., 7.12.2000, C-324/98; Cons. St., sez. VI, 25.1.2005, n. 168; Cons. St., sez. VI, 30.1.2007, n. 362; Cons. St., sez. VI, 30.9.2010, n. 7239.
- ¹⁷ Così, da ultimo, C. cost., 31.3.2015, n. 56.
- ¹⁸ Si veda l'art. 1, c. 25, lett. b) *ter* del c.d. 'Sblocca Italia' (d.l. 12.9.2014, n. 133, conv. in l. 11.11.2014, n. 164) che, modificando l'art. 21 *quinquies* della l. 7.8.1990, n. 241, ha escluso la possibilità di revocare provvedimenti autorizzatori e attributivi di vantaggio economici sulla base di una nuova valutazione dell'interesse pubblico.
- ¹⁹ C. cost., 21.5.2001, n. 157 secondo cui «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»; si tratta di una scelta «censurabile, in sede di controllo di legittimità costituzionale, solo sotto il profilo della manifesta irragionevolezza o palese arbitrarietà».
- ²⁰ Come nel caso delle *Convenzioni tra Ministero delle attività produttive e banche concessionarie* previste dall'art. 5 del d.m. 1.2.2006 del Ministero delle attività produttive e in base alle quali gli istituti di credito sono chiamati ad effettuare un'attività istruttoria sia per la concessione degli ausili pubblici, sia per l'attività di controllo successiva all'erogazione del contributo.
- ²¹ Si tratta della normativa prevista nel Testo integrato della disciplina del mercato elettrico che è stato approvato con d.m. 19.12.2003, n. 12783.
- ²² Si veda ora l'art. 84 del d.lgs. 18.4.2016, n. 50 relativamente al sistema unico di qualificazione degli esecutori dei lavori pubblici.
- ²³ Si veda il caso delle 'agenzie delle imprese' previste dall'art. 38, c. 2, lett. c) e c. 5 del d.l. 25.6.2008, n. 112; si veda anche il sistema di rilascio di titoli autorizzatori da parte di soggetti privati previsto dall'art. 25 d.lgs. 26.3.2010, n. 159.
- ²⁴ Ai sensi dell'art. 84, d.lgs. 50/2016, l'ANAC è tenuta a vigilare sul sistema di qualificazione e, in particolare, sull'attività delle SOA.
- ²⁵ Si veda il sistema di registrazione e controllo attribuito all'ESMA dal regolamento CE n. 1060/2009, come modificato dal regolamento UE n. 462/2013 (art. 14 sgg.).
- ²⁶ Si pensi alla norma tecnica ISO 14001 (54) in materia di gestione ambientale.
- ²⁷ Ad esempio, una delibera di un consorzio incaricato dell'esercizio di funzioni pubbliche di certificazione nel settore alimentare non è stata considerata come un atto amministrativo ma è stata dichiarata nulla dal giudice civile per violazione delle norme sulla concorrenza: Cass. civ., sez. I, 10.1.2008, n. 355.
- ²⁸ Ad esempio, come chiarito recentemente da Cons. St., sez. IV, 16.6.2015 n. 3000, la novella all'art. 11, c. 5, l. 23.12.1992, n. 498 (introdotta dall'art. 29, c. 1 *quinquies* del d.l. n. 207/2008) ha inteso circoscrivere per i concessionari autostradali l'applicabilità del Codice dei contratti pubblici ai soli appalti di lavori, escludendo quindi l'obbligo di agire come amministrazione aggiudicatrice per qualsiasi tipo di appalto.
- ²⁹ In particolare, al par. 18 della Direttiva 2014/23/UE si sottolinea che «la caratteristica principale di una concessione, ossia il diritto di gestire un lavoro o un servizio, implica sempre il trasferimento al concessionario di un rischio operativo di natura economica che comporta la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per realizzare i lavori o i servizi aggiudicati in condizioni operative normali».
- ³⁰ La direttiva, infatti, nonostante abbia riconosciuto la competenza degli Stati membri nell'individuazione dei servizi pubblici (art. 4), non ha escluso in via generale le concessioni di pubblico servizio dall'ambito di applicazione della direttiva: e infatti, sono stati esclusi determinati servizi pubblici o perché privi di rilevanza economica o perché soggetti a regolazioni di settore assai stringenti (come i trasporti: art. 10).
- ³¹ Questa ultime sono escluse dall'ambito di applicazione della direttiva nel caso in cui il pubblico potere si limiti a fissare le condizioni generali di uso «senza acquisire lavori o servizi specifici» (considerando 15), ovvero nel caso di diritti di passaggio relativo all'uso di immo-

bili pubblici «sempre che tali accordi non impongano un obbligo di fornitura né implicino l'acquisizione di servizi da parte di un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore per se o per gli utenti finali» (considerando 16).

³² Considerando 12 della direttiva.

³³ Ai sensi dell'art. 5, par. 1 della direttiva del 2014, sia le concessioni di servizi, sia le concessioni di lavori sono definite come «contratti a titolo oneroso».

³⁴ Sulle garanzie procedurali nella fase di aggiudicazione si vedano, in particolare, gli artt. 30 sgg. della direttiva e, sul piano interno, gli art. 170 sgg. del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (recante il *Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione*). Peraltro, oltre alle norme espressamente citate, l'art. 167, c. 2 del d.lgs. n. 50/2016 precisa che sia per le concessioni di lavori sia per quelle di servizi si applicano «per quanto compatibili», le disposizioni della Parte I e II del Codice relative, tra le altre cose, alle procedure di aggiudicazione, alle modalità di pubblicità, ai criteri di aggiudicazione, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai requisiti di qualificazione, alle domande di partecipazione e alle modalità di esecuzione.

³⁵ Con riguardo a quest'ultimo profilo, occorre evidenziare che nella direttiva del 2014 si precisa che le amministrazioni possono prevedere modifiche alle concessioni mediante clausole di revisione o di opzione «ma senza che tali clausole conferiscano loro una discrezionalità illimitata» (considerando 78). Quanto al potere di modifica, esso deve essere previsto «nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili», ove siano fissate anche «le condizioni a cui possono essere impiegate» (art. 43, c. 1, lett. a). Infine, anche le ipotesi di risoluzione sono tassativamente limitate ai casi in cui intervenga una modifica che avrebbe richiesto una nuova procedura, ovvero in caso di condanna del concessionario o in caso di violazione degli obblighi gravanti sulle amministrazioni in sede di aggiudicazione (art. 44). Relativamente a tale ultima previsione va tuttavia evidenziato che l'art. 176 del d.lgs. n. 50/2016, pur richiamando le cause di risoluzione previste nelle direttive, fa riferimento in maniera assai problematica anche al possibile esercizio di poteri di annullamento d'ufficio e di revoca incidenti sul rapporto (l'art. 176 reca il titolo *Annullamento, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro*).

³⁶ Come dimostra la recente vicenda della proroga (implicita) delle concessioni autostradali, disposta dall'art. 5, d.l. n. 133/2014, a cui ora tenta di ovviare l'art. 178 del d.lgs. n. 50/2016 il quale, nel sancire il divieto di proroga delle concessioni autostradali (c. 1), impone alle amministrazioni concedenti l'obbligo di avviare le procedure della scelta del nuovo concessionario nei 24 mesi antecedenti alla data di scadenza delle concessioni (c. 3).

Riferimenti bibliografici

- Auby J.B. 2007, *Comparative Approaches to the Rise of Contract in the public Sphere*, in *Public Law*: 43 sgg.
- 2010, *Contracting out and 'public values': a theoretical and comparative approach*, in S. Rose Ackermann, P.S. Lindseth (a cura di), *Comparative administrative law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Northampton: 511 sgg.
- Benedetti A. 2010, *Certezza pubblica e "certezze private". Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Giuffrè, Milano.
- Cafagno et. al. (a cura di) 2013, *Negoziazioni Pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano.
- Cammeo F. 1896, *I monopoli Comunali*, Tipografia Garagnani, Bologna (estratto dall'*Archivio Giuridico Serafini*, 1895-1896, voll. LIV, LV e LVI).
- 1911-1914 (rist. 1960 a cura di G. Miele), *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, Padova.
- Caranta R. 2012, *I contratti pubblici* (II ed.), Giappichelli, Torino.
- Cassese, S. 2011, "Fare l'Italia per costruirla poi": le continuità dello Stato, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*: 305 sgg.
- 2014, *Governare gli italiani*, il Mulino, Bologna.
- Castronovo V. 1975, *La storia economica. Dall'Unità ad oggi*, in *Storia d'Italia*, IV, t. 1, Einaudi, Torino.
- Cavallo Perin R. 1998, *La struttura delle concessioni di servizio pubblico locale*, Giappichelli, Torino.
- Cimbali G. 1914, *Le strade ferrate*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, vol. VII, pt. 1, Società Editrice Libreria, Milano: 436 sgg.
- D'Alberty M. 1981, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Jovene, Napoli.
- 1988a, *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur.*, VIII, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma.
- (a cura di) 1988b, *Concessioni e concorrenza*, AGCM, Roma.
- 2013, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*: 607 sgg.
- De Leonardis F. 2000, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Cedam, Padova.
- Della Scala M.G. 2012, *Società per azioni e Stato imprenditore*, Jovene, Napoli.
- Forti U. 1900, *La natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, IV: 409 sgg.
- Fracchia F. 2007, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Ann. I, Giuffrè, Milano: 250 sgg.
- Freeman J., Minow M. (a cura di) 2009, *Government by Contract. Outsourcing and American Democracy*, Harvard University Press, 2009.
- Giannini M.S. 1950, *Lezioni di diritto amministrativo*, Jandi Sapi, Roma.

- 1959, *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, in *Riv. dir. comm.*: 311 sgg.
- 1993, *Diritto amministrativo* (III ed.), vol. II, Giuffrè, Milano.
- Goisis F. 2004, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Giuffrè, Milano.
- Greco G. 2006, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Jovene, Napoli: 69 sgg.
- 2015, *La direttiva in materia di "concessioni"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*: 1095 sgg.
- Ledda F. 1997, *Dell'autorità e del consenso nel diritto della pubblica amministrazione*, Parte I, in *Foro Amm.*: 1273 sgg.
- Lolli A. 2008, *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, Bononia University Press, Bologna.
- Maltoni A. 2004, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Giappichelli, Torino.
- Marzuoli C. 1995, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*: 393 sgg.
- Massera A. 2011, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa University Press, Pisa.
- Moliterni A. 2012, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. Amm.*: 567 sgg.
- 2014, *Il giudice dei servizi pubblici e l'«araba fenice» del criterio dell'interesse pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*: 148 sgg.
- 2016, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Jovene, Napoli.
- Napolitano G. 2006, *L'esercizio privato di attività amministrativa*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Jovene, Napoli: 89 sgg.
- 2011, *Le norme di unificazione economica*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*: 97 sgg.
- Pioggia A. 2004, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Police A. 1996, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni «di diritto speciale»: problemi di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*: 158 sgg.
- Pototschnig U. 1953, *Concessione e appalto nell'esercizio dei pubblici servizi*, in *Ius*: 393 sgg.
- Ranelletti O. 1894, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, pt. I, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, XLVI, IV: 7 sgg.
- 1895, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, pt. III, *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. It. Sc. Giur.*, XX: 255 sgg.
- Rangone N. 1999, *I servizi pubblici*, il Mulino, Bologna.
- Renna M. 2004, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Giuffrè, Milano.
- Ricciuto V., Nervi A. 2010, *Il contratto della pubblica amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli.

- Romano A. 1994, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. Amm.*: 459 sgg.
- Romano S. 1914 (rist. 1988), *Il diritto pubblico italiano*, Giuffrè, Milano.
- 1937, *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, Padova.
- Salvioli G. 1921, *Storia del diritto italiano* (VIII ed.), Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino.
- Sandulli A.M. 1967, *I lavori pubblici*, in Id. (a cura di), *I lavori pubblici*, Neri Pozza, Vicenza: 11 sgg.
- 2009, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia, 1800-1945*, Giuffrè, Milano.
- Sorace D. 2010, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Ann. III, Giuffrè, Milano: 46 ss.
- Sorace D., Marzuoli C. 1989, *Concessioni amministrative*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, III, Utet, Torino: 280 sgg.
- Sordi B. 1995, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*: 485 sgg.
- Tonoletti B. 2008, *Beni pubblici e concessioni*, Cedam, Padova.
- Torricelli S. 2013, *I contratti tra privati con funzioni di amministrazione pubblica*, in D. Sorace (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Editoriale Scientifica, Napoli: 253 sgg.
- Ursi R. 2012, *Società ad evidenza pubblica*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Zanobini G. 1935, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano* (II ed.), vol. II, pt. 3, Società Editrice Libreria, Milano: 235 sgg.

SOGGETTI PRIVATI E ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA: PRINCIPI, REGOLE E REGIME DEGLI ATTI

Ippolito Piazza

SOMMARIO – 1. Premessa. 2. La norma generale della legge sul procedimento amministrativo e il suo ambito applicativo. 3. La disciplina applicabile all'esercizio di funzioni amministrative da parte di soggetti privati: i principi dell'attività amministrativa e le garanzie individuali. 4. L'applicazione (e l'adattamento) dei principi di imparzialità e buon andamento. La parzialità dei soggetti privati. 5. Il buon andamento come precetto relazionale. 6. La conformazione dell'organizzazione dei soggetti privati. Il caso delle SOA. 7. L'atto amministrativo dei soggetti privati e i suoi vizi: in particolare, l'incompetenza.

1. Premessa

I fenomeni di privatizzazione dell'organizzazione amministrativa e di esternalizzazione di funzioni pubbliche hanno risvegliato, negli ultimi anni, l'attenzione della dottrina sull'esercizio privato di pubbliche funzioni.

Il centenario dell'unificazione amministrativa cadde, invece, in un momento di disinteresse per il tema, che fu dovuto principalmente alla riscontrata inutilità di una categoria che aveva finito per includere ipotesi troppo numerose ed eterogenee (Maltoni, 2005: 1). Ciò è testimoniato dalla nota (e coeva) constatazione di Giannini, secondo cui «la locuzione “esercizio privato di pubbliche funzioni o di pubblici servizi” non esprime una nozione giuridica propria, ma [è] piuttosto un'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» (Giannini, 1966: 686).

Non stupisce, dunque, che negli atti del centenario si trovino soltanto alcuni accenni al problema nei contributi dedicati ai concessionari e all'espropriazione realizzata da soggetti privati.

Il presente lavoro intende offrire un inquadramento dell'argomento alla luce dei più recenti mutamenti dell'ordinamento italiano. Non si vuole tentare una catalogazione delle ipotesi di esercizio privato di attività amministrative, ma soffermarsi piuttosto su alcuni problemi fondamentali che emergono dalla combinazione tra la natura privata dei soggetti agenti e la natura pubblica della funzione svolta.

Si analizzerà, in primo luogo, la questione della disciplina applicabile all'attività di rilievo pubblicistico svolta da soggetti privati, in particolare attraverso

l'analisi dell'art. 1, c. 1 *ter* della legge sul procedimento amministrativo. È diffusa, infatti, la convinzione che il conferimento di funzioni pubbliche a soggetti privati comporti il rischio, in nome dell'efficienza, della perdita delle tradizionali garanzie che accompagnano l'azione della pubblica amministrazione.

In secondo luogo, si descriveranno gli adattamenti che la disciplina pubblicistica subisce in conseguenza della sua estensione a soggetti privati. Infatti, i principi dell'azione amministrativa richiedono, per la loro applicazione, di essere considerati alla luce della peculiare natura del soggetto agente. Si pensi, in particolare, all'imparzialità e al buon andamento, che nascono tradizionalmente nell'ambito dell'organizzazione pubblica e vengono a essere applicati a soggetti dotati di autonomia organizzativa. A questo proposito, si cercherà di mostrare in quale misura tale autonomia sia limitata, in ragione dello svolgimento di un'attività di pubblico interesse, da specifiche previsioni normative.

Il tema dei limiti all'autonomia organizzativa si riflette anche sul piano della legittimità degli atti 'amministrativi' emanati da soggetti privati, consentendo di indagare il problema della configurabilità del vizio di incompetenza: nell'ultima parte dello scritto, ci si soffermerà, dunque, sulla natura e sugli effetti di tali atti.

L'esame di questi problemi consentirà di mostrare il processo di oggettivizzazione cui è andata incontro l'attività amministrativa e il corrispettivo ampliamento della nozione di pubblica amministrazione.

2. La norma generale della legge sul procedimento amministrativo e il suo ambito applicativo

Sul piano legislativo, la novità più significativa degli ultimi anni è costituita dalla norma che, in apertura della legge sul procedimento, dà un riconoscimento positivo e generale al fenomeno dell'esercizio privato di attività amministrative. Secondo l'art. 1, c. 1 *ter* della l. 7.8.1990, n. 241 infatti, «i soggetti privati preposti all'esercizio 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 della presente legge». La norma impone, quindi, il rispetto del principio di legalità, dei criteri di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità, trasparenza e dei principi dell'ordinamento comunitario e si applica tanto ai soggetti solo formalmente privati (quindi, alle forme organizzative di diritto privato utilizzate da enti pubblici), quanto ai soggetti realmente privati che siano conferitari di potestà pubbliche.

Le attività cui si riferisce il comma 1 *ter* sono attività che realizzano un interesse (non semplicemente generale, ma) pubblico¹: è, infatti, il perseguimento di un fine pubblico che comporta la funzionalizzazione dell'attività dei soggetti privati e richiede, quindi, il rispetto dei principi dell'azione amministrativa.

A questa novità sul piano sostanziale ne corrisponde una più recente sul piano processuale: ai sensi dell'art. 7, c. 2, d.lgs. 2.7.2010, n. 104 (*Codice del processo amministrativo*), infatti, «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».

A dieci anni dalla sua entrata in vigore (e a dispetto dei ripetuti interventi del legislatore sulla disposizione)² non può dirsi che il comma 1 *ter* abbia avuto particolare impatto a livello pratico: dalla norma, infatti, la giurisprudenza non ha ricavato una disciplina applicabile a fattispecie concrete ma, al più, l'ha utilizzata come argomento rafforzativo³ o l'ha ritenuta espressiva, a livello generale, di una tendenza dell'ordinamento, rinvenibile in determinati settori⁴, all'estensione del regime pubblicistico ad attività poste in essere da soggetti privati.

Le ragioni dello scarso rilievo pratico della previsione possono essere riassunte come segue. Anzitutto, le ipotesi riferibili all'esercizio di attività amministrative da parte di soggetti privati hanno spesso una disciplina speciale, dettagliata e rispettosa dei principi di cui all'art. 1, l. n. 241/1990, che non necessita di integrazione ad opera di una disciplina generale⁵.

In secondo luogo, la disposizione del comma 1 *ter* può ritenersi semplicemente ricognitiva di un orientamento già presente in giurisprudenza, in forza del quale l'attività amministrativa posta in essere da privati è sottoposta al diritto amministrativo e gli atti da essi emanati sono atti equiparabili a atti amministrativi.

Non stupisce quindi che, in sede di lavori parlamentari, al contrario del forte dibattito suscitato dal comma 1 *bis*⁶, l'unica reazione suscitata dall'emendamento che introduceva il comma 1 *ter* sia stato un giudizio di superfluità⁷.

La norma del comma 1 *ter* appare comunque significativa, perché è collocata in apertura della legge sul procedimento amministrativo, nell'articolo dedicato ai principi generali dell'attività amministrativa, e riassume alcuni problemi posti dal rapporto tra soggetti privati e azione amministrativa e, più in generale, tra diritto pubblico e diritto privato nell'attuale momento storico. La norma tenta, infatti, di contemperare privatizzazione e funzionalizzazione e lo fa mediante un rimando ai principi dell'azione amministrativa. Questa soluzione, già prefigurata in dottrina (Scoca, 2002: 110), dovrebbe consentire di rendere la disciplina flessibile e, dunque, adatta a fattispecie (ed esigenze) diverse, garantendo un equilibrio tra l'efficienza ritenuta propria delle organizzazioni private e le garanzie connesse all'esercizio di funzioni pubbliche. Da simile scelta deriva però un'incertezza sulle regole che devono essere rispettate dai soggetti privati: quindi è necessario capire in cosa consista il rinvio ai principi dell'azione amministrativa.

Occorre ricordare, inoltre, che le prescrizioni della l. n. 241/1990 riguardano tanto l'attività quanto l'organizzazione amministrativa e i due aspetti, come

noto, sono tra loro strettamente connessi (basti pensare alla figura del responsabile del procedimento): pertanto, è necessario tener conto della conciliabilità tra disciplina pubblicistica (anche solo a livello di principi) e autonomia organizzativa dei soggetti privati.

3. La disciplina applicabile all'esercizio di funzioni amministrative da parte di soggetti privati: i principi dell'attività amministrativa e le garanzie individuali

Cosa significa, dunque, che i soggetti privati assicurano il rispetto dei principi dell'attività amministrativa?

L'art. 2 *bis* prevede la responsabilità per il danno da ritardo nella conclusione del procedimento anche per i soggetti di cui all'art. 1, c. 1 *ter* e, quindi, presuppone l'esistenza di un procedimento. Resta da capire se il comma 1 *ter* imponga la sottoposizione dell'attività amministrativa dei privati alle regole procedurali della l. n. 241/1990, oppure se debba essere valorizzato il rispetto sostanziale delle garanzie previste dalla legge a scapito della formalizzazione dei passaggi procedurali⁸.

Per interpretare la disposizione in esame, è utile ribadire che essa ha indubbiamente lo scopo di ricomporre un equilibrio tra pubblico e privato e di evitare che l'allontanamento dal diritto amministrativo determini una diminuzione delle garanzie per gli amministrati. In tal senso, è importante l'ultima modifica del comma 1 *ter*, con l'aggiunta della specificazione che i soggetti privati assicurano il rispetto dei principi dell'attività amministrativa con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge. La novella mostra che il punto di vista da adottare nella ricostruzione della disciplina dell'esercizio privato di attività pubbliche è quello delle garanzie dei destinatari dell'azione amministrativa. Ne deriva una seria considerazione della disposizione del comma 1 *ter*, che può assumere un significato non meramente ricognitivo di orientamenti giurisprudenziali o discipline speciali, ma piuttosto integrativo di regimi settoriali e può essere idonea a fondare le pretese di un privato verso altri privati che svolgano un'attività amministrativa.

Tale prospettiva consente, inoltre, di chiarire la portata di alcuni principi che sono applicabili anche ai privati esercenti attività amministrative, ma in termini diversi rispetto a quanto avviene per la pubblica amministrazione: il buon andamento rileva soltanto nella misura in cui possa incidere sulle posizioni soggettive degli amministrati, non invece nei riflessi (puramente) organizzativi. Dunque, certi criteri (ad esempio, quelli di efficienza ed economicità) o certe regole acquisiscono un significato sotto l'esclusivo aspetto delle garanzie da rispettare.

Nell'ottica delle garanzie, occorre allora volgere l'attenzione agli istituti che la l. n. 241/1990 prevede a tutela dei diritti e degli interessi dei destinatari dell'azione amministrativa: guardando al sistema di garanzie dal punto di vista del soggetto passivo, la qualificazione pubblica o privata del soggetto agente perde centralità. Se si muove dall'esigenza di elaborare uno 'statuto dell'amministrato', gli istituti di garanzia previsti dalla legge sul procedimento devono essere rispettati anche nell'esercizio privato di pubbliche funzioni: divieto di aggravio del procedimento, motivazione, figura del responsabile del procedimento, istituti partecipativi, preavviso di rigetto (alcuni dei quali trovano, peraltro, un ancoraggio nel dettato costituzionale)⁹.

Questa conclusione è coerente, del resto, anche col dato letterale del comma 1 *ter*, che costituisce una base positiva dell'estensione di tali istituti. Questi ultimi, infatti, costituiscono dei principi e, come tali, sono recepiti ed espressi nella l. 241/1990: lo stesso comma 1 dell'art. 1 prevede, infatti, che «l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza *secondo le modalità previste dalla presente legge* [...] [corsivo nostro]». In altre parole, i principi della legge sul procedimento sono espressi da (e coincidono con) le sue norme: non a caso, come detto, il comma 1 *ter* richiede ai soggetti privati che svolgano attività amministrative il rispetto dei principi del 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».

Si consegue, in questo modo, anche un ragionevole grado di certezza nell'individuazione delle norme da rispettare, così che non si debba rimettere in via esclusiva al giudice il compito di valutare, a posteriori, se tali garanzie siano state rispettate nella sostanza. Non si può ignorare, infatti, l'importanza di una soluzione chiara sulle garanzie da soddisfare: una soluzione mediana, che diminuisca le garanzie a favore dell'efficienza, non sembra particolarmente utile e, soprattutto, dovrebbe valere anche per le pubbliche amministrazioni¹⁰. Alla possibile obiezione per cui l'estensione delle garanzie operata dal comma 1 *ter* è contraddittoria rispetto agli obiettivi di efficienza che si intendono raggiungere con l'attribuzione di funzioni pubbliche a soggetti privati, è agevole rispondere che non è sul terreno della diminuzione delle garanzie che debba ricercarsi l'efficienza, specie se tale esito introduce una differenza nelle attività amministrative a seconda del soggetto (pubblico o privato) che le eserciti. Le differenze tra l'azione amministrativa della pubblica amministrazione e quella dei privati si troveranno, invece, dove è inevitabile che ci siano: sul piano delle forme e dei modi concreti di agire (si pensi, per tutti, alla figura del responsabile del procedimento, che non sarà individuato, nell'ambito di un'organizzazione privata, in base alle norme di cui agli artt. 4 e 5, l. n.

241/1990, ma che dovrà comunque garantire l'espletamento dei compiti previsti dall'art. 6 della stessa legge).

Dunque, la norma in esame istituisce un legame diretto tra rispetto dei principi dell'attività amministrativa e garanzie degli amministrati. In questo senso, il comma 1 *ter* ha un riscontro anche nel diritto europeo. Si pensi all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il quale include nel «diritto ad una buona amministrazione», il diritto del privato di «essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio» e di «accedere al fascicolo che lo riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale», nonché «l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni»: in tale disposizione, i tradizionali principi dell'azione amministrativa sono ricostruiti dal punto di vista dell'amministrato e costituiscono, anche formalmente, il contenuto di diritti individuali e non criteri relativi all'esercizio del potere pubblico (Marzuoli, 2002: 266).

4. L'applicazione (e l'adattamento) dei principi di imparzialità e buon andamento. La parzialità dei soggetti privati

Un piano su cui possono riscontrarsi differenze o adattamenti nella disciplina applicabile all'attività amministrativa svolta da soggetti privati è costituito dai principi di imparzialità e buon andamento. Come noto, il buon andamento e l'imparzialità, pur attenendo anche all'attività amministrativa, nascono in ambito organizzativo e sono pensati tipicamente per le pubbliche amministrazioni.

È evidente, dunque, che il loro significato non possa essere semplicemente esteso ai soggetti privati esercenti pubbliche funzioni: nell'ottica dell'applicazione della disciplina pubblicistica all'esercizio privato di pubbliche funzioni, è da considerare che l'autonomia organizzativa dei privati, da una parte, e la conservazione delle garanzie degli amministrati imposta dal comma 1 *ter*, dall'altra, rendono i due principi applicabili soltanto nella misura in cui esprimono un precepto relazionale invocabile dall'amministrato nei confronti del privato esercente.

La prima conseguenza dell'applicazione dell'imparzialità, intesa come doverosa ponderazione di tutti gli interessi rilevanti, all'attività amministrativa di soggetti privati consiste nella necessaria applicazione degli istituti di partecipazione procedimentale, che consentono agli amministrati di rappresentare i propri interessi. Su un piano generale, va infatti tenuto conto del ruolo che il procedimento assume nell'individuazione degli interessi rilevanti.

La seconda conseguenza che discende dall'imparzialità intesa come considerazione e ponderazione degli interessi rilevanti è che emerge il suo rilievo 'in negativo'. Con ciò s'intende che il rispetto del principio d'imparzialità viene sin-

dacato dal giudice nel momento in cui, impugnato un atto, egli deve valutare se quell'atto abbia leso illegittimamente un interesse qualificato, non tenendolo nella corretta considerazione.

L'imparzialità è propria, dunque, del caso di attività discrezionali, attenendo al momento della valutazione degli interessi, e acquista concretezza in sede di sindacato giurisdizionale. Quando ritiene che vi sia un margine di discrezionalità nell'agire del privato investito di una pubblica funzione, il giudice amministrativo valuta la legittimità dell'atto anche sotto il profilo dell'imparzialità, intesa come corretta ponderazione di interessi¹¹. Del resto, l'attività discrezionale, agli occhi del giudice amministrativo, non muta fisionomia laddove sia svolta da soggetti privati: questi ultimi, se investiti di una funzione pubblica, non sono liberi di esercitare «poteri negoziali riconducibili tout court alla disciplina di diritto comune»¹² ma debbono viceversa rispettare le garanzie (formali e sostanziali) che si collegano all'esercizio di un pubblico potere e i loro atti sono sottoposti a un normale scrutinio di legittimità¹³.

Vi è, però, un altro aspetto da considerare. Infatti, un'attività può dirsi amministrativa quando sia diretta alla realizzazione di un interesse pubblico e i privati esercenti pubbliche funzioni sono tenuti a perseguire tale interesse. Da questo punto di vista, essi sono, al pari delle pubbliche amministrazioni, 'parti imparziali' (Allegretti, 1965: 28): debbono ponderare e valutare l'interesse pubblico di cui sono portatori con gli altri interessi, pubblici e privati, rilevanti. Tuttavia, i soggetti privati, pur dovendo realizzare un interesse pubblico, sono altresì portatori di un proprio interesse privato, come lo scopo di lucro nel caso in cui siano società commerciali. Essi sono, quindi, caratterizzati da una congenita parzialità: infatti, il fine pubblico di cui sono investiti e le finalità proprie (private) coesistono e la presenza del primo obbliga il privato a comportarsi, nella sua azione, come la pubblica amministrazione. Non sempre, però, l'interesse pubblico, da perseguire doverosamente, e l'interesse privato, proprio dei soggetti esercenti, sono compatibili. In tali circostanze, il principio di imparzialità, nell'accezione che si sta esaminando, assume un ruolo peculiare. Esistono, infatti, ipotesi nelle quali l'interesse del privato, specie se si tratti di un privato autentico, può confliggere in maniera chiara con l'interesse pubblico. È un problema noto e, probabilmente, uno dei rischi più evidenti che la privatizzazione di funzioni pubbliche porta con sé¹⁴.

Si pensi al caso tipico delle SOA¹⁵, il cui interesse al profitto può porsi in contrasto con l'imparziale svolgimento dell'attività di attestazione delle imprese¹⁶. Il problema si pone in termini molto concreti. Per esempio, nell'ipotesi di soci di una società operante nel settore dei lavori pubblici che siano, al contempo, anche soci di una SOA: appare evidente, indipendentemente dalle circostanze dei singoli casi, che il rispetto del principio di imparzialità è messo a dura prova nella sua valenza strutturale.

Del resto, la disciplina delle SOA vigente fino al 2016¹⁷ conteneva molteplici riferimenti all'imparzialità: prima di tutto, l'art. 40, c. 3, d.lgs. n. 163/2006, dove si prevedeva che l'attività di attestazione si dovesse svolgere nel rispetto del principio di indipendenza di giudizio, «garantendo l'assenza di qualunque interesse commerciale o finanziario che [potesse] determinare comportamenti non imparziali o discriminatori».

Il rispetto del principio, dunque, non impone soltanto ai privati di considerare e ponderare tutti gli interessi rilevanti che possono essere toccati dalla loro azione. I soggetti privati, infatti, sono 'parti imparziali' in senso particolare: essi sono portatori di un interesse pubblico ma, specie laddove siano privati autentici, sono anche, e prima ancora, portatori del proprio interesse. L'imparzialità della loro azione, pertanto, deve realizzarsi anche nell'assenza di interferenze illegittime del fine privato nell'attività amministrativa.

5. Il buon andamento come precetto relazionale

L'evoluzione dell'ordinamento e le spinte della dottrina hanno condotto a un processo di 'giuridificazione' del buon andamento (Giliberti, 2013: 44), come dimostra l'inclusione dei criteri di efficacia ed economicità nell'art. 1, c. 1, l. n. 241/1990: con tale recepimento legislativo è diventato, infatti, evidente che tali criteri «hanno acquistato "dignità normativa", assumendo rilevanza sul piano della *legittimità* (e non della mera opportunità) dell'azione amministrativa»¹⁸. Può dirsi, quindi, acquisito che il buon andamento rientri nell'ambito della legittimità dell'azione amministrativa e che, in virtù del comma 1 *ter*, esso risulti applicabile anche ai soggetti privati esercenti attività amministrativa.

Non tutti gli aspetti del buon andamento che possono tradursi in profili di legittimità sono però estensibili ai soggetti privati. In larga parte, tali profili attingono, infatti, a scelte della pubblica amministrazione riguardanti la sua organizzazione o l'utilizzo di risorse pubbliche. Non è un caso che la giurisprudenza che ha ribadito con forza il valore normativo dei criteri di efficacia ed economicità si sia formata in giudizi di responsabilità amministrativa: in tali casi era, infatti, in discussione la possibilità per la Corte dei Conti di sindacare le scelte discrezionali dell'amministrazione sotto il profilo del rapporto tra obiettivi conseguiti e costi sostenuti. Sotto quest'aspetto, è evidente che le scelte del privato esercente pubbliche funzioni, riguardanti il versante organizzativo, non potranno essere sindacate dal giudice: ciò non perché, per sua natura, il privato agisce secondo logiche di efficienza, bensì perché l'organizzazione interna è – tendenzialmente – rimessa alla sua autonomia ed è dunque irrilevante per i terzi.

È, poi, necessaria un'ulteriore osservazione circa il rapporto tra buon andamento ed esercizio privato di pubbliche funzioni: nel momento in cui il legi-

slatore o l'amministrazione scelgono di attribuire a soggetti privati il compito di svolgere una pubblica funzione, lì dovrebbe, in gran parte, esaurirsi la portata del principio di buon andamento. Con ciò s'intende dire che la realizzazione di certi obiettivi attraverso gli strumenti più adeguati e il minor dispendio possibile di risorse è già perseguita con la scelta di esternalizzare alcuni compiti.

Per capire la rilevanza del principio di buon andamento nell'esercizio privato di pubbliche funzioni occorre quindi mettersi nella prospettiva del rapporto tra privato esercente pubbliche funzioni e amministrato: infatti, solo nei limiti in cui l'efficienza e l'economicità costituiscono delle garanzie per il secondo esse possono (e devono) trovare applicazione nel nostro ambito. Di questo si trova riscontro con riguardo al principio di economicità e ai suoi diversi piani di rilevanza. La dottrina ha individuato tre accezioni dell'economicità: una organizzativa, una contabile e una funzionale (Spasiano, 2012: 126). Le prime attengono, rispettivamente, alla distribuzione infraorganica e interorganica delle competenze e alla copertura finanziaria o al rapporto tra spesa e risultati nelle scelte dell'amministrazione. Non si vede come questi aspetti possano riguardare un privato, seppur incaricato di svolgere una funzione pubblica. L'economicità funzionale attiene, invece, alle modalità di azione della pubblica amministrazione, in particolar modo procedurali: antieconomica è l'attività posta in essere attraverso passaggi procedurali inutilmente numerosi o gravosi. Sotto questo profilo, riassumibile nel divieto di aggravio del procedimento (art. 1, c. 2, l. n. 241/1990), l'attività del privato esercente attività amministrativa può essere sindacato dal giudice in termini di legittimità. Insomma, se la struttura organizzativa interna di un soggetto privato è complessa e antieconomica, ciò non rileva per gli amministrati; se, però, tale complessità si riverbera sugli adempimenti procedurali in danno del cittadino, l'attività amministrativa può risultarne invalida.

6. La conformazione dell'organizzazione dei soggetti privati. Il caso delle SOA

Si è avuto modo di accennare, nelle pagine che precedono, all'autonomia organizzativa dei soggetti privati. È ora il caso di tornare più approfonditamente sul punto, poiché la nettezza dell'affermazione dell'autonomia organizzativa dei privati si stempera a fronte di previsioni normative volte a limitare e conformare gli assetti organizzativi dei soggetti privati che esercitano attività amministrative. Ciò è dovuto, evidentemente, al legame che sussiste tra organizzazione e attività, per cui la prima condiziona necessariamente la seconda. In particolare, torna il problema della 'parzialità' dei soggetti privati, portatori del proprio interesse ma chiamati, allo stesso tempo, a realizzare quello pubblico.

Il legislatore si preoccupa, dunque, di conformare tanto l'attività quanto l'organizzazione dei soggetti privati. Si prenda ancora il caso delle SOA¹⁹: queste ul-

time devono essere costituite nella forma delle società per azioni e devono possedere determinati requisiti relativi al capitale sociale e al patrimonio²⁰. Più importante ancora è, ai nostri fini, la previsione di limiti al loro statuto: esso, infatti, deve avere come oggetto esclusivo lo svolgimento dell'attività di attestazione ed è fatto divieto alle SOA di erogare servizi di qualsiasi natura ad operatori economici, direttamente ovvero a mezzo di società collegate o di società in virtù di rapporti contrattuali²¹. Del resto, la composizione e la struttura organizzativa delle SOA devono assicurare «il rispetto del principio di indipendenza di giudizio e l'assenza di qualunque interesse commerciale, finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori»²². Le SOA devono inoltre possedere taluni requisiti tecnici, relativi al numero e alla qualifica dei dipendenti²³. Sul rispetto delle prescrizioni organizzative esercita il controllo l'autorità di vigilanza²⁴.

In definitiva, esiste per le SOA una disciplina dettagliata che cerca di dare attuazione ai criteri di indipendenza di giudizio e imparzialità, intervenendo tanto sul piano dell'attività, quanto su quello dell'organizzazione delle società.

Proprio sul punto si è espressa la Corte costituzionale²⁵, chiamata a giudicare la legittimità dei succitati limiti statutari. Il TAR del Lazio²⁶ aveva sollevato questione di legittimità costituzionale della normativa sulle SOA, in riferimento agli artt. 3 e 41 Cost., nella parte in cui prevedeva l'esclusività del loro oggetto sociale²⁷, 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)²⁸.

La Corte ha ritenuto infondata la questione di costituzionalità. Quello che qui preme sottolineare è il rilievo che il tipo di attività svolta ha nell'argomentazione della Corte costituzionale, in particolare nel dare fondamento giuridico alle limitazioni strutturali imposte alle SOA. La Corte, infatti, partendo dalla qualificazione di natura pubblicistica delle funzioni svolte dalle SOA e dalla rilevanza degli interessi pubblici coinvolti, sostiene che l'attività delle SOA sia assoggettata agli stessi vincoli che caratterizzano l'attività della pubblica amministrazione. Tra questi, la Corte richiama sia il dovere di imparzialità che la garanzia del principio costituzionale di buon andamento, entrambi applicabili alle SOA «precisamente perché esse costituiscono soggetti privati che, tuttavia, esercitano una pubblica funzione». Dunque, l'esternalizzazione della funzione di certificazione comporta l'estensione dell'ambito applicativo dei principi pubblicistici di imparzialità e buon andamento anche ai privati conferitari e ciò, a sua volta, determina e giustifica una limitazione all'autonomia dei privati, che vedono conformata dalla legge la propria struttura organizzativa.

Vi è di più. Si è accennato, in tema d'interpretazione del comma 1 *ter*, al fatto che le differenze tra soggetti pubblici e privati, nell'applicazione degli istituti della legge sul procedimento, si potranno cogliere sul piano delle forme e dei modi concreti di agire. Con ciò si intendeva dire che un soggetto privato (e la sua organizzazione) è diverso da un soggetto pubblico (e dalla sua organizzazione) perché diverse sono le regole che le disciplinano e perché al primo è riconosciuta una libertà (autonomia organizzativa) che il secondo non possiede. In proposito, si è portato l'esempio del responsabile del procedimento e si è detto che esso dovrà essere funzionalmente equivalente a quello della pubblica amministrazione ma che non potrà essere individuato sulla base delle previsioni degli artt. 4 e 5, l. n. 241/1990 che fanno riferimento all'organizzazione della pubblica amministrazione. Anche su questo punto, e sempre nel caso delle SOA, si può notare un avvicinamento dei due modelli. Infatti, l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici²⁹ ha stabilito che il documento relativo alle procedure da adottare per il rilascio degli attestati di qualificazione, che le SOA devono presentare insieme all'istanza per ottenere l'autorizzazione allo svolgimento dell'attività³⁰, deve includere, tra altre cose, una relazione che individui, nell'ambito dell'organizzazione aziendale, i soggetti responsabili delle fasi in cui si articolano le procedure aziendali³¹.

7. L'atto amministrativo dei soggetti privati e i suoi vizi: in particolare, l'incompetenza

«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. La natura soggettivamente pubblica dell'autorità emanante, in questa prospettiva, è il presupposto dell'affermazione di una particolare qualità dell'atto: indipendentemente dai suoi caratteri strutturali, esso è definito in base al soggetto, è imperativo perché il suo autore è pubblico» (Mattarella, 2012: 30).

La citazione appare particolarmente significativa per introdurre il problema della qualificazione e della disciplina degli atti adottati da soggetti privati che esercitano attività amministrative o, in altre parole, dell'ammissibilità di atti amministrativi emanati da privati.

La questione non è nuova, proprio perché immediatamente collegata al fenomeno dell'esercizio privato di pubbliche funzioni. La dottrina più risalente riteneva che potessero esistere atti amministrativi posti in essere da soggetti privati. Venivano, però, individuate delle differenze con gli atti delle pubbliche amministrazioni in punto di giurisdizione, poiché si sosteneva che fosse il giudice ordinario competente a giudicare la validità degli atti amministrativi dei

privati (Zanobini, 1920: 437). La tesi si fondava, anzitutto, sulle disposizioni della legge di abolizione del contenzioso amministrativo³² e del testo unico sul Consiglio di Stato³³, che definivano la giurisdizione del giudice ordinario e di quello amministrativo con riferimento agli atti della «pubblica amministrazione» o di «un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante». La tesi trovava ulteriore fondamento nel principio di separazione dei poteri, essendo quest'ultimo a giustificare le restrizioni fissate dalla legge circa le competenze dell'autorità giudiziaria nei confronti degli atti della pubblica amministrazione. Tali limitazioni «non possono avere che una portata meramente subbiettiva, *ratione personae*, non obbiettiva, *ratione materiae*»: in altre parole, «è la qualità pubblica del soggetto autore dell'atto, che determina la restrizione, non la natura materiale dell'atto in se stesso considerato» (Zanobini, 1920: 443).

Nella dottrina successiva, l'atto amministrativo in senso stretto è ritenuto, al contrario, proprio solo delle pubbliche amministrazioni, perché si considera indispensabile la provenienza da un'autorità amministrativa (Casetta, 1997: 246). Gli atti dei soggetti privati esercenti pubbliche funzioni o pubblici servizi possono essere, quindi, al più equiparati, quanto agli effetti, agli atti amministrativi e comunque non sono considerati impugnabili di fronte al giudice amministrativo.

Le differenze tra le due posizioni appaiono, in concreto, molto sfumate perché, in entrambi i casi, prevalgono due tratti comuni. Il primo è un'equiparazione, a certi fini, degli atti dei soggetti privati esercenti pubbliche funzioni a quelli della pubblica amministrazione. Il secondo è che tale assimilazione non incide sulla giurisdizione, che – in entrambe le prospettive – resta assegnata al giudice ordinario.

Il problema della giurisdizione e del tipo di sindacato sugli atti dei privati esercenti pubbliche funzioni è tornato di attualità a partire dall'inizio degli anni Novanta. All'origine della riscoperta del problema vi è un duplice dato: in primo luogo, l'applicazione della normativa di origine comunitaria in tema di appalti pubblici a soggetti formalmente privati; in secondo luogo, la (in parte conseguente) espansione delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Come noto, la Corte di Cassazione, in un primo momento, e il Consiglio di Stato, in un secondo, hanno ritenuto che gli atti dei privati concessionari tenuti a svolgere procedure concorsuali per la scelta dei contraenti fossero da sottoporre alla giurisdizione amministrativa. L'idea che gli atti del concessionario siano impugnabili innanzi al giudice amministrativo si fondava sulla riconducibilità del privato all'organizzazione amministrativa, determinata dalla concessione, che conferisce al concessionario la qualifica di ufficio della pubblica amministrazione. Successivamente, sulla strada di una maggiore estensione della possibilità che poteri pubblicistici fossero esercitati da soggetti privati, i massi-

mi giudici ordinari e amministrativi hanno adottato la stessa soluzione anche in assenza di rapporto concessorio: sul collegamento soggettivo garantito da tale rapporto prevale, ormai, il dato oggettivo, rappresentato dalla natura amministrativa dell'attività e della relativa disciplina.

Tale spinta nel senso della 'oggettivizzazione' dell'attività amministrativa (alimentata dalle privatizzazioni e dal diritto comunitario) ha portato, sul piano giuridico, a esiti oggi riconosciuti dal legislatore: si è detto che l'art. 7, c. 2 del codice del processo amministrativo stabilisce 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». La norma è particolarmente rilevante perché il tema dell'esercizio privato di pubbliche funzioni si è sempre accompagnato al problema dell'individuazione del giudice dotato di giurisdizione nei casi di controversie generate dall'attività dei privati esercenti. Anzi, la stessa categoria dell'esercizio privato è stata soprattutto utilizzata in giurisprudenza per individuare ipotesi di giurisdizione del giudice amministrativo.

Il rispetto dei principi del procedimento, quindi di una particolare disciplina dell'azione, consente di equiparare i soggetti privati alla pubblica amministrazione sul piano della giurisdizione. Questa norma testimonia, dunque, l'esistenza di un processo in virtù del quale l'oggettività dell'azione amministrativa ha finito per imporsi anche in tema di giurisdizione. Di conseguenza, si rafforza anche l'immagine del giudice amministrativo come giudice dell'esercizio del potere, a scapito dell'immagine antagonista di giudice della pubblica amministrazione in senso stretto o soggettivo.

Come si evince dai percorsi sinteticamente tratteggiati, sono, dunque, tre i profili che si intrecciano nel tema in esame: uno definitorio, legato tradizionalmente alla pubblica amministrazione in senso soggettivo; uno sostanziale, cioè di regime degli atti dei soggetti privati esercenti pubbliche funzioni; uno processuale, derivante dall'esistenza di due giurisdizioni. Affinché la questione della natura di simili atti non finisca per essere puramente terminologica, il nodo centrale è però quello della disciplina a cui essi sono sottoposti. Prima ancora, tuttavia, il dato di partenza consiste nel tener conto che, in definitiva, «in relazione a singoli fatti di esercizio di attività, il soggetto finisce per essere il tipo di capacità giuridica (pubblica, privata) che spende» (Marzuoli, 2011: 533): dunque, i soggetti che svolgono attività amministrativa esercitano delle potestà pubbliche.

Nelle ipotesi di esercizio privato di pubbliche funzioni, il potere che i privati esercitano è pubblico (e la posizione del destinatario è analoga a quella che ha nei confronti di un potere esercitato dalla pubblica amministrazione, quindi di interesse legittimo). Inoltre, stante la norma del comma 1 *ter*, la fase precedente l'adozione di un atto è disciplinata dal diritto pubblico e rileva esternamente.

Infine, il sindacato sull'atto del privato spetta al giudice amministrativo. Tutto ciò posto, non ci sono, allora, problemi a equiparare l'atto emanato dal soggetto privato a quello emanato dalla pubblica amministrazione. Da ciò consegue anche che la qualificazione dell'atto del privato finisce per avere scarso rilievo, poiché l'atto che costituisce espressione di un potere pubblicistico è comunque sottoposto a un regime definito.

Vi è di più. Una volta stabilita la disciplina dell'attività che dev'essere rispettata dai privati esercenti pubbliche funzioni, è facile anche definire i confini del sindacato sui loro atti: la legittimità di questi ultimi si deve, infatti, misurare sul rispetto dei principi applicabili alla loro attività. In tal modo, il dato sostanziale (della disciplina) precede correttamente quello processuale (del sindacato), senza che sia, invece, il tipo di giurisdizione a determinare o influenzare la disciplina sostanziale.

L'assimilazione (in punto di disciplina e di giurisdizione) degli atti dei soggetti privati che svolgono attività amministrativa (che sia espressione di un potere pubblico) a quelli delle pubbliche amministrazioni costituisce la premessa per affrontare il tema della configurabilità, nel caso di impugnazione, dei vizi di legittimità di cui all'art. 21 *octies*, l. n. 241/1990: incompetenza, violazione di legge, eccesso di potere.

Il discorso più semplice è quello che riguarda la violazione di legge, vizio che la dottrina ritiene pacificamente configurabile per gli atti di soggetti privati. In questo caso, infatti, vi è una previsione legislativa che assegna rilevanza pubblicistica a un aspetto dell'attività privata ed è, dunque, fuori discussione l'utilizzabilità di quel dato normativo come parametro del giudizio di legittimità sull'atto.

Più complessa è la questione dell'eccesso di potere, che, come noto, presuppone l'esercizio di attività di tipo discrezionale. L'attività discrezionale è esercitabile, entro certi limiti, da soggetti privati, non sussistendo un rapporto di necessaria implicazione tra il potere e la natura pubblicistica del soggetto chiamato a esercitarlo. In giurisprudenza, l'equiparazione degli atti del soggetto privato a quelli dell'amministrazione, anche in termini di giurisdizione, porta il giudice amministrativo a sindacare i primi, al pari dei secondi, sotto il profilo dell'eccesso di potere. Tuttavia, la dottrina non è concorde sulla possibilità che l'eccesso di potere sia configurabile nel caso di attività amministrativa svolta da un soggetto privato. Infatti, la scissione tra il profilo soggettivo privato e quello, in qualche misura, pubblico dell'attività, induce a porsi la seguente questione: il vizio della funzione consegue alla violazione di certi principi e regole e, quindi, attiene unicamente al profilo oggettivo dell'attività? Oppure la soggettività pubblica condiziona anche la disciplina dell'attività (e il suo risvolto patologico)?

Parte della dottrina ritiene che l'eccesso di potere sia difficilmente riscontrabile per gli atti dei soggetti privati esercenti un'attività amministrativa, poiché è

assente la rilevanza giuridica complessiva dell'attività del soggetto privato. Chi sostiene tale tesi non nega che, in questi casi, il privato agente sia portatore di un'esigenza di cura di interessi pubblici; né, quindi, che la sua attività sia vincolata nel fine; né, infine, nega che tale attività sia soggetta al rispetto dei principi sostanziali propri dell'azione amministrativa. Tuttavia, in questa prospettiva, si sottolinea come l'attività della pubblica amministrazione risulti «dislocata su passaggi procedurali formalizzati attraverso una distinta imputazione a diversi uffici dell'amministrazione» e assuma «sempre forma scritta nei diversi atti nei quali si articola», così che ne sia consentito il sindacato dall'esterno: ebbene, tutto ciò, in virtù dell'autonomia organizzativa dei privati, renderebbe ardua la rilevabilità, in concreto, dell'eccesso di potere (Cerulli Irelli, 1999: 1064).

La tesi opposta, della configurabilità dell'eccesso di potere, si fonda, invece, proprio sul rilievo che, sotto il profilo dell'attività, il privato esercente un'attività amministrativa non sia «solo privato» o «privato in senso proprio». Lo svolgimento di un'attività di cura di interessi pubblici obbliga, infatti, il privato a osservare una disciplina pubblicistica: la sua attività risulta, quindi, «procedimentalizzata» e «funzionalizzata», ovvero soggetta alle regole sostanziali che sovrintendono all'esercizio del potere e rilevante nella sua globalità. Ne consegue che anche il sindacato del giudice (amministrativo) sarà, da questo punto di vista, analogo a quello svolto sugli atti della pubblica amministrazione e, cioè, esteso a «un'indagine complessiva dell'attività, che va dal procedimento sino al provvedimento» (Fabri, 2000: 1065).

La tesi secondo cui il vizio di eccesso di potere non può essere configurato in relazione all'esercizio privato di funzioni pubbliche può essere oggi superata, anche in base a quanto rilevato sull'estensione degli istituti della legge sul procedimento all'esercizio privato di pubbliche funzioni.

L'eccesso di potere riguarda l'attività nel suo complesso, e tale attività deve, quindi, acquisire rilievo, attraverso la formalizzazione in regole o la soggezione a principi che ne consentano il controllo a fini di tutela dei destinatari dell'attività stessa. Se il comma 1 *ter* impone la soggezione a regole e principi, si può, allora, affermare che l'eccesso di potere non solo è astrattamente ammissibile anche quando l'attività amministrativa sia svolta da soggetti privati, ma deve, semmai, adattarsi alla specificità del caso, nel senso che sarà invocabile nei limiti del rispetto dei principi (e delle regole) applicabili all'attività svolta da soggetti privati.

Infine, l'incompetenza. La possibilità che l'atto amministrativo di un privato sia viziato per incompetenza è generalmente esclusa, essenzialmente sulla base del rilievo che l'incompetenza, «tipico vizio di legittimità [...], ha senso in funzione della specificità della disciplina organizzativa delle pubbliche amministrazioni, costituendone uno dei più significativi caratteri distintivi rispetto alle entità organizzative private» (Sorace, 2010: 95). A sostegno di tale posizione, è agevo-

le osservare che ciò che contraddistingue le forme organizzative private è l'autonomia e, di conseguenza, è irrilevante per i terzi l'articolazione interna delle società o di altri soggetti di diritto privato. Si pensi alla non opponibilità a terzi delle limitazioni di rappresentanza degli organi sociali prevista dall'art. 2384 c.c.

D'altra parte, anche se si esclude, in via generale, la possibilità di far valere il vizio di incompetenza 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 delle competenze), occorre 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. È vero, infatti, che l'organizzazione dei soggetti privati è rimessa alla loro autonomia ed è tendenzialmente irrilevante all'esterno. Non mancano, però, norme che, nell'ambito dell'esercizio privato di pubbliche funzioni, determinano la competenza del soggetto agente oppure che incidono sull'organizzazione dei privati. A questo riguardo, un utile criterio distintivo sembra essere quello di separare le ipotesi nelle quali la regola di competenza è funzionale solo all'imputazione, dunque ai fini di riparto interno, dalle ipotesi nelle quali alla regola si accompagna la finalità di tutela di un interesse protetto, che, conseguentemente, deve poter essere azionato in sede giudiziale.

Si pensi, in primo luogo, alle ipotesi della delega nelle procedure espropriative 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 degli amministrati inducono a ritenere che la questione della competenza non sia irrilevante ai fini della validità dell'atto amministrativo, pur posto in essere da un soggetto privato³⁴. Conferme di tale impostazione non mancano in dottrina (Maltoni, 2007: 593). 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 soggetto privato alcuni vincoli: la natura privata del soggetto, quindi, non determina l'irrelevanza 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 non possono non rilevare come parametro di legittimità dell'atto. Nella disciplina degli appalti, ad esempio, alcune norme ripartiscono funzioni e poteri tra soggetti diversi, quali il responsabile del procedimento o la commissione giudicatrice (Follieri, 2007: 385).

Del resto, la prassi offre riscontri alla possibile sussistenza del vizio di incompetenza in riferimento ad atti di soggetti privati. Si dia il caso di un soggetto pri-

vato legittimato ad esercitare funzioni di natura pubblicistica ma le cui competenze siano limitate a certi aspetti, mentre per altri il potere di provvedere resta, nello stesso ambito, alla pubblica amministrazione: se il privato, esercita, illegittimamente, anche i poteri spettanti alla pubblica amministrazione, il suo atto può essere considerato viziato sotto il profilo della competenza³⁵. Analogamente, se a un privato sono attribuiti poteri pubblicistici mediante concessione e quest'ultima determina quale sia l'organo legittimato a esercitarli, l'atto adottato da un organo diverso (interno alla struttura privata) può ritenersi viziato per incompetenza e l'organizzazione del soggetto privato diventa rilevante. In giurisprudenza, ad esempio, si è valutata la competenza sotto questo profilo e si è data rilevanza alla circostanza che, in base al rapporto concessorio, soltanto un organo della struttura organizzativa privata fosse legittimato ad adottare un atto sostanzialmente amministrativo³⁶.

Occorre tuttavia chiarire, a fronte di casi nei quali il giudice amministrativo non sembra ritenere irrilevante l'organizzazione del privato al fine di stabilire la legittimità di un atto adottato nell'esercizio di prerogative pubblicistiche³⁷, che la rilevanza del dato organizzativo interno non può essere svincolata da previsioni di rilievo pubblicistico e da finalità specifiche di tutela dei destinatari dell'atto. Altrimenti, c'è il rischio di dare rilievo, anche processuale, a elementi che, sul piano contenutistico, non solo sono privi di un apprezzabile contenuto garantistico, ma non hanno neppure attinenza con il versante funzionale.

In ogni caso, per quanto detto, né sul piano teorico, né su quello pratico sembra potersi escludere, in assoluto, il vizio di incompetenza per gli atti dei soggetti privati che costituiscano esercizio di un pubblico potere. Allo stesso tempo, però, certamente l'incompetenza dimostra come la disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni richieda un adattamento alle singole ipotesi di esercizio privato di pubbliche funzioni.

Note

- ¹ Ciò trova conferma anche in giurisprudenza, dove, seppur con riferimento alla prospettiva di una ri-pubblicizzazione complessiva di un ente privatizzato, è stato affermato che la disposizione del comma 1 *ter* «non costituisce un fondamento di carattere generale all'imputazione dei principi della funzione amministrativa ai soggetti che svolgono attività oggettivamente volte al perseguimento dell'interesse generale, bensì si limita a riconoscere che, anche ove svolta dai privati, l'attività amministrativa – definibile come tale in base al settore normativo di riferimento – sia assoggettata alle regole generali proprie» (Cons. St., sez. VI, 20.1.2009, n. 269).
- ² Il comma 1 *ter* è stato inserito dall'art. 1, c. 1, lett. b), legge 11.2.2005, n. 15; con art. 7, c. 1, lett. a), n. 2 della l. 18.6.2009, n. 69 sono state aggiunte le parole «dei criteri e»; con art. 1, c. 37, l. 6.11.2012, n. 190 è stato, quindi, aggiunto l'inciso finale («con un livello di garanzia...»).
- ³ Si vedano, ad esempio, in materia di appalti pubblici, TAR Lazio, Roma, 23.11.2009, n. 12941 e TAR Puglia, 12.6.2008, n. 1480, nelle quali il rispetto dei principi di trasparenza e pubblicità da parte della stazione appaltante è stato ricavato dalla legislazione in materia, dalla preesistente giurisprudenza e, solo dopo, dalla norma dell'art. 1, c. 1 *ter*.
- ⁴ Si veda, ad esempio, TAR Basilicata, 20.4.2011, n. 218, in tema di selezione pubblica per l'assunzione di personale indetta da società partecipata al 100% da altra società a capitale interamente pubblico, a seguito dell'introduzione dell'art. 18, c. 2, d.l. 25 giugno 2008, n. 112.
- ⁵ Si prenda il caso dell'attività delle società organismi di attestazione (SOA), che operano nell'ambito del sistema di qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici. L'attività delle SOA, regolata in precedenza dall'art. 40, d.lgs. 12.4.2006, n. 163, è oggi disciplinata, a livello legislativo, dal nuovo codice dei contratti pubblici (art. 84, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50). È rimasta temporaneamente in vigore, in base all'art. 216, c. 14, d.lgs. n. 50/2016, la normativa regolamentare sull'attività delle SOA (d.p.r. 5.10.2010, n. 207, in particolare artt. 70-75), in attesa dell'adozione delle linee guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (previste dall'art. 83, c. 2, d.lgs. n. 50/2016).
- ⁶ Come noto, la norma prevede che l'amministrazione «nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente».
- ⁷ Il resoconto della seduta della I Commissione permanente (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni) della Camera dei Deputati è consultabile sul sito: <http://legxiv.camera.it/_dati/leg14/lavori/bollet/frsmcdin.asp?percboll=/_dati/leg14/lavori/bollet/200311/1106/html/01/&pagpro=5n2&call=off&commis=01> (12/2016).
- ⁸ Come prefigurato da Cons. St., sez. VI, 25.3.2004, n. 1617.
- ⁹ Si pensi, per esempio, a C. cost. 5.11.2010, n. 310, in cui l'obbligo di motivazione è collegato ai «principi di pubblicità e di trasparenza dell'azione amministrativa, ai quali va riconosciuto il valore di principi generali, diretti ad attuare sia i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione (art. 97, c. 1, Cost.), sia l'esigenza di conoscibilità dell'azione amministrativa, sia la tutela di altri interessi costituzionalmente protetti come il diritto di difesa nei confronti della stessa amministrazione (artt. 24 e 113 Cost.)».
- ¹⁰ È, peraltro, lo stesso legislatore a prevedere ipotesi di questo tipo, anche in riferimento alla pubblica amministrazione: basti pensare alla disciplina dell'annullabilità non pronunciabile di cui all'art. 21 *octies*, c. 2, l. n. 241/1990.
- ¹¹ Si veda TAR Lombardia, Milano, 27.7.2004, n. 3188.
- ¹² TAR Lombardia, Milano, n. 3188/2004.
- ¹³ A titolo di esempio, TAR Bolzano, 25.9.2006, n. 363.
- ¹⁴ Naturalmente un rischio di parzialità potrebbe riguardare anche i dipendenti delle pubbliche amministrazioni, per i quali sono infatti previste apposite regole (si pensi, tra tutte, all'art. 6 *bis*, l. n. 241/1990 sul conflitto di interessi); tuttavia, i dipendenti pubblici sono inseriti

in un'organizzazione che, a differenza di un'impresa privata, è istituzionalmente preposta al perseguimento dell'interesse pubblico.

¹⁵ Le SOA (società organismi di attestazione), dietro autorizzazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), attestano il possesso di determinati requisiti in capo alle imprese che intendono eseguire lavori pubblici. Il legislatore qualificava espressamente tale attività come funzione pubblica (art. 40, c. 3, d.lgs. n. 163/2006; il nuovo codice dei contratti pubblici non ripropone espressamente tale qualifica), alla stregua della giurisprudenza prevalente (tra tante, Cons. St., sez. VI, 24.1.2005, n. 128), che considera, di conseguenza, l'attestazione rilasciata dalle SOA come un atto unilaterale avente natura pubblicistica (Cons. St., sez. VI, 14.4.2004, n. 2124, TAR Catania, 17 febbraio 2015, n. 580).

¹⁶ La questione è stata affrontata in *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma*, Rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione (2012). Nel rapporto si pone l'accento sui contrasti che possono sorgere dalla coesistenza tra interesse pubblico e interesse privato nel caso delle SOA: vi si legge, infatti, che «il punto di maggiore criticità del sistema di attestazione è la sua configurazione privatistica, imperniata su società *profit* che competono fra loro per guadagnare quote di mercato, ma la cui attività resta finalizzata all'esercizio di una pubblica funzione».

¹⁷ L'attuale disciplina (art. 84, d.lgs. n. 50/2016) prevede, in materia, un ampio rinvio alle linee guida dell'ANAC: v. *supra*, nt. 5.

¹⁸ Cass., S.U., 29.9.2003, n. 14488.

¹⁹ Si fa riferimento alla disciplina del vecchio codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006) e al suo regolamento di esecuzione e attuazione (d.p.r. n. 207/2010, tuttora vigente). Nondimeno, le riflessioni qui svolte esulano dallo stretto dato positivo e conservano la loro attualità anche dopo l'introduzione del nuovo codice dei contratti pubblici (v. *supra*, nt. 5).

²⁰ Art. 64, c. 1, d.p.r. n. 207/2010.

²¹ Art. 64, c. 3, d.p.r. n. 207/2010.

²² Art. 64, c. 4, d.p.r. n. 207/2010.

²³ Art. 67, d.p.r. n. 207/2010.

²⁴ Art. 65, d.p.r. n. 207/2010.

²⁵ C. cost., 20.5.2013, n. 94.

²⁶ Il giudizio di costituzionalità è stato promosso con tre ordinanze analoghe dello stesso giorno, tra le quali TAR Lazio, Roma, ord. 13.12.2011, n. 9718.

²⁷ Art. 40, c. 3, d.lgs. n. 163/2006.

²⁸ La ragione dei divieti si comprende facilmente, in riferimento all'imparzialità, se si considera che 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 ha voluto evitare che potesse essere lo stesso soggetto (o che potessero essere due soggetti distinti ma legati da partecipazioni azionarie) a rilasciare le certificazioni di qualità e ad accertarne il possesso da parte delle imprese.

²⁹ Come noto, il d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, ha soppresso l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici e trasferito le competenze in materia di vigilanza dei contratti pubblici all'Autorità Nazionale Anticorruzione.

³⁰ Art. 68, c. 2, lett. f), d.p.r. n. 207/2010.

³¹ AVCP, determinazione 23.3.2014, n. 4.

³² L. 20.3.1865, n. 2248, all. E, artt. 3 e 4.

³³ R.d. 17.8.1907, n. 638, art. 22.

³⁴ Almeno nel primo esempio, sembrerebbe potersi parlare addirittura di incompetenza assoluta, poiché vi è, in capo al privato, un difetto di attribuzione e l'atto dovrebbe essere, di conseguenza, nullo alla stregua dell'art. 21 *septies*, l. n. 241/1990.

- ³⁵ È ciò che accade, per esempio, quando una cooperativa edilizia destinataria di un contributo erariale eserciti, nei confronti di un socio, una competenza che la legge assegna al Ministero dei lavori pubblici: con riferimento al potere del Ministero di decretare la decadenza dalla prenotazione o dall'assegnazione di un alloggio nei confronti del socio della cooperativa che abbia compiuto o tentato di compiere speculazione sugli alloggi sociali (art. 105, r.d., 28.4.1938, n. 1165), si veda TAR Lazio, Roma, 13.3.2008, n. 3641, confermata da Cons. St., sez. IV, 17.9.2013, n. 4588. In questa fattispecie, peraltro, analogamente a quanto osservato nella nota precedente, si dovrebbe ricadere in un caso di incompetenza assoluta e, quindi, di nullità dell'atto.
- ³⁶ TAR Lombardia, Milano, n. 3188/2004.
- ³⁷ TAR Lazio, Roma, 4.5.2010, n. 9354: il caso riguardava una nota del responsabile dell'ufficio legale della società Ferrovie dello Stato con la quale veniva comunicato alla società ricorrente la decisione di non proseguire la trattativa privata per l'affidamento di alcuni lavori.

Riferimenti bibliografici

- Allegretti U. 1965, *L'imparzialità amministrativa*, Cedam, Padova.
- Casetta E. 1997, *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Utet, Torino: 243-257.
- Cerulli Irelli V. 1999, "Atti amministrativi" di soggetti privati e tutela giurisdizionale: a proposito della legge Merloni, in *Gior. dir. amm.*, V (11): 1062-1065.
- Fabri A. 2000, *L'ambito della materia dei servizi pubblici nella giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, XVIII (4): 1007-1085.
- Follieri E. 2007, *I vizi di legittimità dell'azione amministrativa della stazione appaltante privata*, in *Urb. e app.*, XI (3): 384-386.
- Giannini M.S. 1966, *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enc. dir.*, XV, Giuffrè, Milano: 685-686.
- Giliberti B. 2013, *Il merito amministrativo*, Cedam, Padova.
- Maltoni A. 2005, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Giappichelli, Torino.
- 2007, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Giuffrè, Milano: 570-595.
- Marzuoli C. 2002, *Carta europea dei diritti fondamentali, «amministrazione» e soggetti di diritto: dai principi sul potere ai diritti dei soggetti*, in Vettori G. (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Cedam, Padova: 255-271.
- 2011, *Note in punto di vizi dell'atto "amministrativo" del soggetto privato*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Editoriale Scientifica, Napoli: 527-542.
- Mattarella B.G. 2012, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, LXII (1): 1-37.
- Scoca F.G. 2002, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, VI, Giuffrè, Milano: 75-112.
- Sorace D. 2010, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Giuffrè, Milano: 46-103.
- Spasiano M.R. 2012, *Il principio di buon andamento*, in M. Renna *et al.* (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano: 117-139.
- Zanobini G. 1920, *L'esercizio privato delle Funzioni e dei Servizi Pubblici*, Società editrice libraria, Milano.

PARTE QUARTA

I MODELLI ORGANIZZATIVI MINIMI D'INTEGRAZIONE

TRA LEGGI DI UNIFICAZIONE DEL 1865 E LEGGE EUROPEA SUL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

Francesco de Leonardis

SOMMARIO – 1. Il procedimento amministrativo come elemento di unificazione nelle leggi del 1865. 2. Il procedimento amministrativo come strumento di integrazione sul piano del diritto internazionale: il caso dell'energia. 3. Il procedimento amministrativo come strumento di integrazione nel diritto europeo: dall'enunciazione alla definizione del contenuto dei principi dell'azione amministrativa. 4. Il contenuto del principio di legalità nella giurisprudenza nazionale (i venti corollari). 5. Il necessario contributo 'nazionale' alla codificazione europea.

1. Il procedimento amministrativo come elemento di unificazione nelle leggi del 1865

Centocinquanta anni fa nel salone dei Cinquecento di Palazzo Vecchio, a Firenze, il Parlamento del Regno d'Italia approvava la legge 20 marzo 1865, n. 2248 con la quale entravano in vigore i sei allegati, da A ad F, che venivano poi chiamati leggi di unificazione amministrativa.

Nessuno degli allegati si occupava specificamente di procedimento amministrativo sia perché la nozione di procedimento a quel tempo non era ancora stata sviluppata sia perché le materie oggetto di disciplina dei vari allegati erano perlopiù legate ad aspetti organizzativi o a discipline di settore: l'allegato A, composto da 252 articoli si occupava di organizzazione locale e provinciale (il titolo I conteneva norme sulla divisione del territorio del Regno e autorità governative, il titolo II sull'amministrazione comunale, il titolo III sull'amministrazione provinciale, il titolo IV con le disposizioni comuni all'amministrazione comunale e provinciale e l'ultimo titolo con le disposizioni transitorie); l'allegato B conteneva le norme sulla tutela della sicurezza pubblica ed era costituito da 123 articoli (il titolo I di tale allegato si occupava di ordinamento del personale di pubblica sicurezza, il titolo II di disposizioni di pubblica sicurezza, il titolo III si occupava di pene e il titolo IV di disposizioni transitorie); l'allegato C con le norme in materia di sanità pubblica era costituito da 33 articoli e si occupava dell'amministrazione sanitaria, dei consigli di sanità, delle attribuzioni dei consigli sanitari e del consiglio superiore nonché delle attribuzioni dei Sindaci; l'allegato D con le norme sul Consiglio di Stato comprendeva 27 articoli, disciplinava l'assetto del Consiglio di Stato con funzioni tipicamente consultive (Travi, 2012: 19); l'allegato E costituito da 16 articoli e ancora in vigore

e recante le norme sull'abolizione del contenzioso amministrativo e, infine, l'allegato F con la disciplina dei lavori pubblici costituito da 382 articoli (il titolo I di tale allegato si occupava delle attribuzioni del Ministero dei Lavori pubblici relative alle opere pubbliche, il titolo II delle strade ordinarie, il titolo III sulle acque soggette a pubblica amministrazione, il titolo IV su porti, spiagge e fari, il titolo V sulle strade ferrate, il titolo VI sulla gestione amministrativa ed economica dei lavori pubblici, il titolo VII sull'ordinamento generale del servizio del genio civile, il titolo VIII sulle disposizioni generali e transitorie).

Nonostante la mancanza di norme direttamente rivolte a disciplinare l'azione amministrativa analizzando tali allegati emerge, però, con chiarezza che numerose sono le disposizioni che si occupano di norme *lato sensu* procedurali.

Tra le leggi di unificazione deve essere *in primis* considerata la legge 25 giugno 1865, n. 2359 sul procedimento di espropriazione per pubblica utilità che, se pur adottata due mesi dopo la legge n. 2248 contenente i sei allegati, e pur con tutti i limiti che sono stati messi in evidenza («la vecchia legge del 1865, pur tanto celebrata, non offre affatto ai privati proprietari quelle garanzie che costoro a ragione si attendono da una legge dello Stato. Essa non è infatti disciplina del potere di espropriazione, ma solo disciplina di un procedimento»: Pototschnig, 1969: 51), è stata, addirittura, considerata come l'archetipo o il modello della legge sul procedimento.

Il legislatore del 1865 in relazione alla materia allora più sensibile (in quel momento storico si trattava di 'costruire' la rete stradale del nostro paese e una serie di opere di pubblica utilità) sentì, dunque, la necessità di definire una procedura unica, valida per tutto il territorio nazionale in modo tale che le amministrazioni di allora potessero agire in modo omogeneo e, a tal fine, adottò una legge generale sull'espropriazione.

Non è certo un caso che gli organizzatori del convegno sul centenario delle leggi sull'unificazione abbiano a tale legge dedicato uno degli undici volumi degli atti del convegno: proprio in una delle relazioni di allora si legge testualmente che «deve riconoscersi che la legge del 1865, nel suo contenuto originario, cioè anche prima delle sue modificazioni, fu improntata a criteri rispondenti a tecnica giuridica ed ha costituito un modello per una costruzione sistematica del procedimento amministrativo, che ha consentito, sul piano del diritto positivo, precisazioni circa i poteri amministrativi e circa la distinzione tra i requisiti di esistenza e di esercizio degli stessi ai fini della discriminazione delle giurisdizioni» (Rossano, 1969: 92).

Ma i riferimenti 'procedimentali' della legislazione del 1865 non si rinven-
gono solo nella legge sull'espropriazione ma si trovano qua e là anche nei vari allegati soprattutto in materia di partecipazione, di contraddittorio e, come diremmo oggi, di anticorruzione.

In primo luogo nell'allegato sui lavori pubblici contenuto nei citati atti del congresso celebrativo del centenario si trova una delle primissime norme sulla partecipazione, l'art. 134, in cui si afferma che le domande per derivazioni di acque pubbliche dovranno essere pubblicate, che su di esse «saranno intese le osservazioni degli interessati» e che si «procederà in contraddittorio». Come è facile evincere si tratta dei medesimi obblighi di pubblicazione, di valutazione e di partecipazione in contraddittorio che saranno codificati un secolo più avanti dalla legge n. 241/1990.

L'affermazione del principio del contraddittorio si trova anche nell'allegato B in materia di pubblica sicurezza sia in via generale (l'art. 13 stabiliva che «il Consiglio delibererà sentito personalmente l'imputato nelle sue difese» per le ipotesi di «infrazioni delle guardie alle leggi e regolamenti»). Da tale norma discendeva il principio generale per il quale un soggetto non poteva essere sanzionato senza essere stato prima sentito) sia con riferimento alle ipotesi, che oggi potrebbero dirsi superate (ma che invece sono di estrema attualità), di ammonizione agli oziosi e vagabondi¹.

Sempre nell'allegato B troviamo quelle che potremmo definire come le prime norme anticorruzione: l'art. 20 stabiliva che «per l'esercizio delle loro funzioni, oltre a quanto viene loro retribuito dallo Stato, gli ufficiali ed agenti di pubblica sicurezza non possono ricevere alcun compenso o corrispettivo o regalo sotto qualsiasi forma. L'accettazione di una retribuzione o regalo, la transazione sopra un verbale, il rifiuto di compiere i loro doveri o l'omissione volontaria dei medesimi, danno sempre luogo alla destituzione, salve le relative azioni penali». La severità del legislatore di allora sul punto è estrema: l'accettazione della regalia conduceva direttamente alla destituzione!

Se, dunque, appare corretto, come ha fatto la dottrina che ha analizzato tali leggi, da ultimo, in via generale, in occasione del convegno tenutosi a Firenze per il centenario dalla loro entrata in vigore, legare lo sforzo unificatorio *in primis* al carattere 'organizzativo' delle stesse, non sarebbe altrettanto corretto negare che l'omogeneità delle normative di azione abbia contribuito, in modo altrettanto incisivo, all'unificazione amministrativa del nostro paese.

Ed è proprio il dato di fatto per cui per ottenere l'unificazione o la coesione o l'integrazione tra realtà amministrative diverse appaiono ugualmente necessarie le norme che riguardano l'organizzazione e quelle che si riferiscono all'azione che costituisce il punto di avvio della presente analisi.

2. Il procedimento amministrativo come strumento di integrazione sul piano del diritto internazionale: il caso dell'energia

La conclusione per cui l'integrazione si realizza anche attraverso il procedimento appare particolarmente interessante se riferita ai giorni nostri: mentre

centocinquanta anni fa si trattava di operare una *reductio ad unitatem* degli Stati preunitari e delle loro amministrazioni in modo da costituire uno Stato nazionale unico – si parlava infatti di unificazione; oggi la tendenza è quella di agire al fine di operare un riavvicinamento tra i sistemi amministrativi dei vari Stati nazionali, per realizzare, se non una vera e propria unificazione, quanto meno una maggiore coesione o ‘integrazione’ a livello internazionale ed europeo.

Ed è chiarissimo oggi, come era chiaro nel 1865, almeno ad un’analisi più approfondita, che tale processo di integrazione non possa non prendere in considerazione le norme sull’azione amministrativa al fine di renderle omogenee.

Se le amministrazioni dei vari paesi potessero concludere i procedimenti negli stessi tempi, se i costi e gli oneri amministrativi fossero gli stessi, se fossero previste le stesse garanzie per i cittadini, i vantaggi per le imprese che volessero operare nell’uno o nell’altro degli Stati europei sarebbero incalcolabili. In altre parole una disciplina omogenea dell’azione amministrativa nei vari paesi potrebbe costituire una forte spinta all’integrazione dei mercati e sarebbe certamente auspicata da coloro che volessero fare investimenti nel continente europeo.

Ebbene, che non si tratti solo di aspirazioni utopistiche e lontane dal diritto positivo, lo dimostra l’analisi del settore dell’energia, ambito nel quale, da una decina d’anni, sono iniziate a comparire norme della cui portata dirimpante la dottrina non sembra aver preso ancora piena consapevolezza.

Il Trattato multilaterale sulla Carta dell’Energia siglato nel 1994 dopo tre anni di intensi negoziati (e che riunisce 49 paesi tra cui i paesi dell’ex Unione Sovietica, i paesi dell’Europa centrale e orientale, il Giappone, l’Australia e gli Stati membri dell’Unione europea), che è legalmente vincolante e che deriva dalla Carta europea dell’Energia del 1991 (che era, invece, legalmente non vincolante), costituisce il primo trattato multilaterale della storia che si occupa contemporaneamente di commercio, di protezione degli investimenti e di regole di transito, nonché di procedure vincolanti, su base multilaterale, in materia di composizione delle vertenze.

Ebbene proprio le norme in esso contenute, relative ad uno specifico settore economico e adottate fondamentalmente nell’interesse degli investitori, sembrano legittimare una piena omogeneizzazione delle regole di azione, ossia una disciplina unitaria sul piano del procedimento. Solo, infatti, l’adozione di regole comuni di azione amministrativa consente di realizzare quella protezione degli investimenti che costituisce uno degli obiettivi essenziali del Trattato dell’Energia.

Dal combinato disposto dell’art. 1, par. 5 della Carta per il quale costituiscono «esempi di attività economica nel settore dell’energia [...] la costruzione e l’esercizio di impianti di generazione di energia, compresi quelli eolici e quelli alimentati da altre fonti energetiche rinnovabili» e dell’art. 10 del Trattato sulla Carta dell’Energia per cui «ciascuna parte Contraente, in conformità al dispo-

sto del presente Trattato incoraggia e crea condizioni stabili, eque, favorevoli e trasparenti per gli investitori di altre Parti contraenti che effettuano investimenti nella sua area» si può ritenere che discenda un vero e proprio obbligo per gli Stati nazionali di dotarsi di una disciplina procedimentale omogenea per la costruzione e l'esercizio di impianti di energia.

Una effettiva protezione degli investimenti richiede norme procedurali omogenee per il rilascio delle autorizzazioni volte alla costruzione di impianti di generazione di energia essendo necessario «incoraggiare e creare condizioni stabili, eque, favorevoli e trasparenti per gli investitori»².

La protezione degli investimenti comporta, addirittura, che le regole omogenee di azione debbano valere per le amministrazioni dei vari livelli: la Carta stabilisce, infatti, che «le parti contraenti hanno l'obbligo di prendere tutte le misure opportune per far sì che le autorità statali, come le giunte provinciali e le autorità locali, osservino le norme dell'ECT. Se omettono di farlo possono essere costrette a seguire la procedura di composizione di vertenza internazionale».

Sulla base di tali norme non è inverosimile pensare che prima o poi una società (o una persona fisica) si attiverà per richiedere all'organo deputato alla risoluzione arbitrale delle controversie (che è l'International Centre for Settlement of Investment Disputes, un'organizzazione che fa capo alla World Bank) un risarcimento del danno per il fatto che in un determinato Paese non vi siano procedure amministrative omogenee, rapide e trasparenti e che, soprattutto, il giudice arbitrale possa darle ragione (a quanto risulta una controversia di questo tipo potrebbe essere quella che vede contrapposto il nostro Paese alla società Blusun SA, Jean Pierre Lecorcier e Michael Stein instaurata il 21 febbraio 2014).

Dal diritto internazionale sembra emergere, quindi, la conclusione per cui per alcune specifiche tipologie di procedimenti si potrebbe nel prossimo futuro vedere un'armonizzazione delle discipline nazionali 'imposta' dagli accordi internazionali.

3. Il procedimento amministrativo come strumento di integrazione nel diritto europeo: dall'enunciazione alla definizione del contenuto dei principi dell'azione amministrativa

A livello europeo si sta facendo un passo ulteriore: l'esigenza di regole amministrative omogenee costituisce il presupposto che ha indotto il Parlamento europeo da una parte e un gruppo di studiosi di vari paesi dall'altra ad attivarsi con specifici progetti al riguardo (Cassese, 2014: 1133; Chiti, 2014: 677; Mattarella, 2012: 537; Napolitano, 2014: 879).

In primis il Parlamento europeo ha chiesto alla Commissione con la Risoluzione del 15 gennaio 2013 di presentare una proposta di regolamento in

materia di procedimenti amministrativi: tale risoluzione recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto dell'Unione europea in materia di procedimenti amministrativi è stata approvata a seguito delle attività iniziate nel 2011 da un gruppo di lavoro istituito presso la Commissione giuridica del Parlamento europeo e con essa il Parlamento ha chiesto alla Commissione di presentare sulla base dell'art. 298 T.F.U.E. una proposta di regolamento in materia di procedimenti amministrativi.

In secondo luogo il gruppo RENEUAL (acronimo di *Research Network on EU Administrative Law* la cui nascita risale al giugno 2009 e che vede coinvolti professori di una quindicina di università europee) ha elaborato un progetto di legislazione generale sul procedimento amministrativo che sta portando all'attenzione degli studiosi e delle istituzioni europee (della Cananea, Urania Galetta, 2016).

Sebbene non sia chiaro se le due proposte siano in concorrenza o se possano sostenersi reciprocamente (Chiti, 2014: 677), l'idea di fondo è quella di pervenire ad una codificazione sul procedimento amministrativo che possa valere per tutti i paesi europei.

Ed infatti, a differenza del caso che si è riferito nel paragrafo precedente, che si riferisce ad un ambito specifico (l'energia) e a procedimenti specifici (quelli per la costruzione e la gestione delle centrali), i due citati progetti si riferiscono ad una codificazione generale di regole sull'azione amministrativa.

Ebbene se si guarda a tali tentativi di codificazione alla luce dell'esperienza della legislazione del 1865 non si potrebbe non darne un giudizio positivo: come a suo tempo una disciplina procedimentale omogenea, soprattutto in materia di espropriazione, ha certamente favorito la coesione e l'omogeneità tra le amministrazioni dei vari Stati preunitari, è ragionevole ritenere che oggi una codificazione del procedimento europea possa favorire la coesione e l'armonizzazione tra i vari Stati nazionali.

Non si possono, però, non evidenziare una serie di criticità sia dal punto di vista formale (non appare questa la sede per occuparsi della norma dei Trattati sulla base della quale tale disciplina omogenea dovrebbe essere adottata) (della Cananea, Urania Galetta, 2016: Libro I, 12) sia, soprattutto, dal punto di vista sostanziale.

Quando le condizioni normative (ma anche culturali) in cui si muovono le amministrazioni dei vari paesi sono così diverse appare realisticamente percorribile una disciplina unitaria? Come si può pretendere lo stesso termine di conclusione del procedimento da un'amministrazione svedese e da una greca? Come si possono applicare le stesse regole di partecipazione ad un'amministrazione tedesca e una italiana? Come si possono unificare istituti come la conferenza di servizi che sono conosciuti solo in alcuni ordinamenti?

In secondo luogo una codificazione europea di dettaglio comporterebbe una 'cristallizzazione' o un 'irrigidimento' che ci riporta ai dibattiti che hanno preceduto l'emanazione della legge n. 241/90 nel nostro Paese (com'è noto un progetto di disciplina generale di azione amministrativa venne elaborato già nel 1946 e verrà ripresentato con modifiche fino alla sua ultima edizione del 1973 Galloni, Ballardini, Cossiga ed altri) (Pastori, 1989: 36): già allora si era messo in evidenza che una disciplina procedimentale dettagliata finirebbe per «cristallizzare la varietà di forme e di tipi dell'attività amministrativa, comprimendo la libertà di forme e di tipi dell'attività amministrativa che occorre, invece, salvaguardare, contro rigidità ed ipostatizzazioni, delle quali a tacer d'altro, rapidamente deriverebbe l'inevecchiamento e l'obsolescenza dell'intera disciplina» (Torchia, 1993: 73).

Se a livello nazionale è stato rilevato che «la sempre più articolata tipologia dell'azione amministrativa – come attività autoritativa, di prestazione ed erogazione, consensuale, di regolazione, per citare solo un po' alla rinfusa, i tipi principali – mal si presta alla individuazione a priori di forme e regole uniformi e renda sicuramente impossibile la tipizzazione normativa di schemi e strutture procedimentali» (Torchia, 1993: 74), ciò sembrerebbe valere a maggior ragione quando si confrontano amministrazioni di diversi paesi europei con culture assolutamente diverse.

Sembrano, quindi, riproporsi le ragioni per le quali una disciplina sul procedimento per quasi mezzo secolo non è riuscita a vedere la luce nel nostro paese: da una parte vi era chi riteneva che la Costituzione avesse cambiato il modo di qualificarsi dell'amministrazione e dei poteri di cui è manifestazione e per questi la disciplina appariva inutile per migliorare, o piuttosto si potrebbe dire, per trasformare i rapporti tra cittadini e amministrazione (si potrebbe riassumere tale posizione con la frase «la Costituzione ha già detto tutto e non è necessario altro!»), e, dall'altra, vi era chi riteneva che solo la variegata molteplicità delle discipline di intervento poteva regolare l'amministrazione, e, dunque, una disciplina legificata «risultava addirittura dannosa al fine dello sviluppo delle stesse forme di azione amministrativa» (Torchia, 1993: 37) (si potrebbe sintetizzare questa seconda posizione nell'affermazione: «un'unica disciplina valida per tutte le amministrazioni sarebbe troppo rigida!»).

Tali criticità potrebbero essere superate se si sostenesse che la codificazione europea del procedimento debba limitarsi a trattare dei principi dell'azione senza entrare in norme di dettaglio (così, ad esempio, ha certamente più senso affermare che l'amministrazione spagnola e quella francese devono rispettare il principio di imparzialità o quello del contraddittorio, piuttosto che debbano avere gli stessi termini di conclusione del procedimento...).

È ben vero che una disciplina che contenga principi e regole troppo generali rischia di essere generica, astratta, non precettiva e talmente sfumata da non

avere forza sufficiente (Torchia, 1993: 74) però potrebbe essere un primo passo per arrivare ad una codificazione completa che richiede cambiamenti culturali che necessitano indubbiamente di tempi di metabolizzazione assai lunghi.

Si tratterebbe, quindi, di adottare un'impostazione cronologicamente gradualista e di partire dall'elencazione (si sottolinea volutamente il termine 'elencazione') più o meno lunga con la quale, non a caso, si aprono le due proposte di codificazione dell'azione amministrativa per arrivare a una vera e propria codificazione del contenuto dei principi.

La risoluzione del 2013 contiene nove principi di azione: 1) il principio di legalità³; 2) il principio di non discriminazione o di parità di trattamento⁴; 3) il principio di proporzionalità⁵; 4) il principio di imparzialità⁶; 5) il principio di coerenza o di tutela delle legittime aspettative⁷; 6) il principio del rispetto della vita privata⁸; 7) il principio di equità⁹; 8) il principio di trasparenza¹⁰; 9) il principio di efficienza o di servizio¹¹.

Nel progetto RENEUAL che suddivide il testo della legge sul procedimento amministrativo europeo in vari *books* si legge nel primo libro che «public authorities are bound in administrative procedures by the rule of law, the right to good administration and other related principles of EU administrative law. In the interpretation and development of these model rules regard, should be had especially to equal treatment and non-discrimination, legal certainty, fairness, objectivity and impartiality, participation, proportionality, protection of legitimate expectations, transparency, and due access to effective remedies. Public authorities shall have regard to efficiency, effectiveness and service orientation. Within European administrative procedures due respect must be given to the principles of subsidiarity, sincere cooperation, and clear allocation of responsibilities».

In tale norma, che costituisce il preambolo della legge vengono citati sedici principi: 1) il principio di legalità; 2) il principio del diritto ad una buona amministrazione; 3) principio di uguaglianza o di non discriminazione; 4) il principio della certezza del diritto; 5) il principio dell'oggettività; 6) il principio dell'imparzialità; 7) il principio di partecipazione; 8) il principio di proporzionalità; 9) il principio del legittimo affidamento; 10) il principio di trasparenza; 11) il principio dell'effettività; 12) il principio di efficienza; 13) il principio di orientamento al servizio, 14) il principio di sussidiarietà; 15) il principio di leale collaborazione; 16); il principio di chiara allocazione delle responsabilità.

Ebbene una lettura attenta di entrambe le elencazioni dimostra che tutti i principi citati sono già vigenti e sanciti espressamente dal diritto europeo: alcuni di essi sono enunciati nel Trattato UE (l'art. 9 si riferisce al principio di uguaglianza, l'art. 10 al principio di partecipazione e l'art. 11 alla trasparenza); altri principi sono citati nell'art. 41 della Carta di Nizza 18 dicembre 2000 (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)¹² (Galetta, 2010 e 2005; Trimarchi,

2011: 537), della quale il Trattato di Lisbona ha riconosciuto natura giuridica vincolante¹³ (che, a sua volta, contiene un catalogo di principi); altri ancora negli artt. 42 e 8 della stessa Carta che fanno riferimento espressamente al diritto di accesso ai documenti e alla protezione dei dati personali.

A differenza, quindi, di quanto è avvenuto nell'ordinamento nazionale in cui la codificazione dell'azione amministrativa è avvenuta nel contesto di una Costituzione che conteneva poche e scarse norme sui principi, nel diritto europeo (ma lo stesso accade in alcune delle Costituzioni più recenti come quella della Grecia nel 1975, del Portogallo nel 1976 e della Spagna nel 1978) una eventuale mera codificazione dell'elencazione dei principi apparirebbe confermativa di quanto già contenuto nei Trattati o negli atti aventi pari valore giuridico come la Carta di Nizza.

L'argomento della presenza dei principi di azione amministrativa nelle norme 'costituzionali' europee potrebbe, addirittura, essere utilizzato per dimostrare l'inutilità di una codificazione di principi: dato che la necessità di norme primarie è inversamente proporzionale all'esistenza di norme di carattere costituzionale, si potrebbe pervenire alla conclusione che una legge europea sul procedimento che si limitasse all'enunciazione dei principi dell'azione amministrativa potrebbe considerarsi inutile.

In un sistema con norme costituzionali dettagliate come quello europeo, in cui tutti i principi sono già sanciti, una codificazione di livello ordinario sarebbe da considerarsi una sorta di inutile doppione.

La tesi che si vuole provare a sostenere è, però, che una codificazione dei principi se finalizzata alla definizione del 'contenuto' di tali principi sarebbe, invece, assai utile.

A ben vedere, infatti, se la codificazione dei principi in una legge europea non si limitasse all'enunciazione di essi (che, come si è detto, è già presente anche se in modo randomico nella legislazione europea superprimaria) ma provvedesse all'elaborazione del 'contenuto' di tali principi potrebbe avere una portata innovativa e interessante e potrebbe rappresentare un primo *step* di una codificazione più generale.

In altre parole ancora, il punto essenziale non sarebbe tanto l'enunciazione del principio – che già c'è – ma la 'definizione del contenuto' dello stesso che, invece, costituirebbe un'operazione effettivamente nuova, utile e produttiva.

Ma come procedere all'enunciazione del contenuto dei principi? Per rispondere a questo interrogativo sembra corretto partire dalle definizioni di contenuto dei principi già contenute nelle legislazioni nazionali. Così, ad esempio, il legislatore nazionale del nostro paese ha provveduto a definire il contenuto di due principi, quello di motivazione e quello di precauzione.

Il principio di motivazione viene definito nell'art. 3 della legge generale sull'azione amministrativa e si chiarisce che motivazione significa rappresentazione

dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che hanno condotto un'amministrazione alla decisione; il principio di precauzione viene definito nell'art. 301 d.lgs. n. 152/2006 (unico tra i principi ambientali) chiarendo che esso «concerne il rischio che comunque possa essere individuato a seguito di una preliminare valutazione scientifica obiettiva».

Si tratta di punti di approdo – ma non sono gli unici – che, ad esempio, potrebbero essere tenuti presente dall'opera del codificatore europeo dei principi di azione.

Ma ancor più importante e determinante per pervenire alla definizione del contenuto dei principi appaiono, da una parte, l'analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia (soprattutto per quel che riguarda i principi di chiara derivazione comunitaria come quello di proporzionalità e di legittimo affidamento¹⁴) e, dall'altra, l'analisi della giurisprudenza nazionale dei vari paesi.

Ed infatti, guardando, ad esempio, al nostro sistema nazionale è ben vero che è il legislatore costituzionale e primario a enumerare i principi dell'azione amministrativa¹⁵, ma è anche vero che, la definizione di ogni singolo principio si deve fondamentalmente all'opera continua e incessante della giurisprudenza.

Una fondamentale linea di ricerca per individuare il contenuto essenziale dei vari principi europei potrebbe essere, dunque, proprio quella di partire dall'analisi di tale giurisprudenza.

4. Il contenuto del principio di legalità nella giurisprudenza nazionale (i venti corollari)

Al fine di chiarire la metodologia di tale tipo di analisi che potrebbe ovviamente essere estesa a tutti i vari principi di azione si prenda ad esempio il principio di legalità ossia la *rule of law* che viene citato come primo principio nel progetto di codificazione europea.

Si tratta di quello che nell'ordinamento comunitario europeo viene considerato come «il principio dei principi»¹⁶ (Baruffi, 2001: 18; Flogaitis, 1998: 655; Tesauro, 1999: 1; Angiolini, 2000: 23) e per il quale «l'esplicazione dell'autorità deve trovare il proprio fondamento positivo, oltre che il proprio limite negativo, in una previa norma» (Angiolini, 2000: 23; Bassi, 2001; Bin, 1998; Cammeo, 1914; Carlassarre, 1989; Cavallo Perin, 1990; Cerulli Irelli, 2008; Corso, 2011: 3; Crisafulli, 1984: 56 e 1962: 132; Fois, 1963; Merusi, 2007; Rescigno 1995: 246; Romano, 1999: 111; Romano Santi, 1947; Satta, 1969; Sorace, 2007: 419; Sordi, 2008: 1; Sorrentino, 2001; Travi, 1995; Zanobini, 1995).

La prima parte dell'art. 1 della nostra legge generale sull'azione amministrativa, per cui «l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge», ne contiene un'esplicita (se pur parziale) affermazione.

Orbene dall'analisi della giurisprudenza nazionale che si è formata in quasi venticinque anni di applicazione della legge generale sull'azione amministrativa si possono ricavare una ventina di corollari (ovviamente si tratta di un numero destinato a modificarsi man mano che si procede ad ulteriori raffinazioni del principio) in ordine alla applicazione di tale principio che potrebbero essere tenuti presenti nell'elaborazione del contenuto del principio a livello europeo.

Un primo corollario è che l'amministrazione (e i soggetti privati esercenti attività amministrative)¹⁷ può *esercitare esclusivamente i poteri che le sono attribuiti dalla legge*¹⁸ e che le restrizioni ai diritti sono solo quelle nominate e concretamente poste in base alla legge¹⁹.

Un secondo corollario del principio di legalità è che l'amministrazione *può imporre restrizioni ai privati solo sulla base della legge*: così, ad esempio, in materia di divieto di fumo, l'amministrazione non può imporre a soggetti privati doveri di vigilanza, di ammonizione e di segnalazione senza apposita base legislativa²⁰.

Un terzo corollario è che, almeno in via generale e non senza qualche eccezione²¹, l'amministrazione *deve sempre dar conto della norma attributiva del potere che da essa viene esercitato*: conseguentemente, i provvedimenti in cui l'autorità amministrativa non abbia dato conto dell'esistenza e della corretta applicazione delle disposizioni da cui ha tratto la legittimazione ad adottare quel determinato provvedimento devono essere considerati illegittimi²².

Un quarto corollario è che ove non vi sia corrispondenza tra il provvedimento e la legge può essere esercitato il *potere di autotutela dell'amministrazione*: così, nell'ipotesi in cui l'amministrazione ravvisi che il potere esercitato non trovi fondamento in una norma, se sussistono i presupposti specifici, deve provvedere ad utilizzare gli specifici poteri di autotutela e ciò, nonostante vi siano circolari con indicazioni contrarie²³. Ovviamente, nell'esercizio dei poteri di autotutela da parte della p.a. valgono i limiti stabiliti dalle norme sulla revoca e sull'annullamento d'ufficio²⁴.

Dal principio di legalità discende la regola del divieto della pubblica amministrazione di incidere unilateralmente, *con effetto retroattivo*, su situazioni soggettive di privati, in difetto di norma di legge che autorizzi l'amministrazione a provvedere in tal senso (quinto corollario)²⁵. Il principio di irretroattività, inoltre, è stato ritenuto applicabile anche alle circolari ministeriali²⁶.

Dal principio di legalità discende il principio *tempus regit actum* che impone l'esplicazione della funzione amministrativa secondo la norma vigente al tempo in cui la funzione si esplica (sesto corollario)²⁷. Il principio *tempus regit actum* è stato ritenuto applicabile anche all'ipotesi in cui in conseguenza di un ritardo dell'amministrazione nel provvedere sia intervenuta nel frattempo una normativa meno favorevole per il privato. Anche in questo caso l'amministrazione dovrà provvedere sulla base di tale normativa²⁸.

Il principio di legalità è stato utilizzato in giurisprudenza per giustificare la sindacabilità in sede giurisdizionale, prevalentemente sotto eventuali profili di eccesso di potere, di provvedimenti connotati da elevata discrezionalità come gli atti di alta amministrazione di nomina dei dirigenti (settimo corollario). La giurisprudenza ha ribadito l'esigenza della verifica dell'osservanza di un minimo di regole di diritto in difetto delle quali verrebbe meno ogni garanzia insita nel principio di legalità dell'azione amministrativa. La mancanza di predisposizione di criteri viene ritenuta sintomatica del vizio di eccesso di potere²⁹.

Il principio di legalità esige che ogni provvedimento amministrativo debba essere *costantemente sorretto da una norma valida* (ottavo corollario). Pertanto, se la norma viene meno per effetto di una pronuncia della Corte costituzionale o per altra disposizione legislativa, l'amministrazione è tenuta ad esercitare i propri poteri di autotutela. Così, devono essere annullati i provvedimenti amministrativi illegittimi, perché emessi in applicazione di una norma poi dichiarata incostituzionale dalla Corte costituzionale e per ciò stesso, eliminata *ex tunc* dall'ordinamento, dispiegando le sentenze della Corte costituzionale i loro effetti anche nei confronti delle posizioni giuridiche non esaurite³⁰ ed è legittimo il provvedimento col quale l'amministrazione, una volta cessata l'efficacia di una norma dichiarata incostituzionale, fa retroagire gli effetti della sentenza a quei rapporti non ancora esauriti che trovavano nella norma la loro regolamentazione³¹.

L'amministrazione deve utilizzare i propri poteri in relazione agli specifici fini per i quali tali poteri le sono stati attribuiti (nono corollario)³². Si è così chiarito che ad ogni interesse pubblico va correlato uno specifico potere in capo all'amministrazione in modo da determinare, in esito al procedimento, un giudizio di coerenza tra potere esercitato e risultato concretamente perseguito nel contesto della medesima fattispecie. Pertanto, è illegittimo l'atto della procedura che abbia perseguito un fine diverso da quello cui era preordinato il potere esercitato³³.

Il principio di legalità esige che la p.a. interpreti la legge nel senso più favorevole al privato (decimo corollario): l'amministrazione, ad esempio, non può ampliare le fattispecie di esclusione da una gara rispetto a quelle previste specificamente dalla legge³⁴ e nell'incertezza della portata precettiva delle regole di gara, specie quando venga disposta una esclusione, va fatta applicazione del principio ermeneutico che privilegia una interpretazione più favorevole tra quelle possibili, allo specifico fine di tutelare l'interesse dell'amministrazione al più ampio confronto concorrenziale³⁵. Ancora si è affermato che le norme di legge e di bando, che disciplinano i requisiti soggettivi di partecipazione alle gare pubbliche, devono essere interpretate nel rispetto del principio di tipicità e tassatività delle ipotesi di esclusione, che di per sé costituiscono fattispecie di restrizione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost., oltre che dal trattato comunitario³⁶.

Il principio di legalità esige che nel dubbio tra due alternative, ambedue possibili, si scelga nel senso più favorevole per il privato (undicesimo corollario). Così, nel dubbio tra la concessione di tutela restitutoria o risarcitoria, *in primis* deve essere concessa tutela restitutoria o ripristinatoria, essendo la tutela risarcitoria patrimoniale sussidiaria rispetto alla prima³⁷. A fronte di clausole incerte, di dubbio significato nel bando di gara pubblica trova corretta applicazione il principio di massima partecipazione alle procedure selettive e deve prevalere l'interpretazione che sia meno favorevole a formalità inutili³⁸.

Un dodicesimo corollario dell'applicazione del principio di legalità è che quando sono possibili interpretazioni alternative l'amministrazione deve dare la prevalenza all'interpretazione dell'atto amministrativo che risulti espressione di un potere concretamente esercitabile, in quanto previsto da fonti normative vigenti³⁹.

Il principio di legalità costituisce il fondamento del *divieto di introduzione di discipline derogatorie a quelle previste dalla legge* (tredicesimo corollario): la p.a. appaltante non può dettare nel bando di gara, ai fini della produzione della documentazione richiesta, una disciplina diversa e derogatoria rispetto a quella prevista da specifiche norme di legge⁴⁰. Nelle procedure indette per l'aggiudicazione di appalti pubblici le cause di incompatibilità con l'incarico di componente della commissione di gara previste dalla legge vanno applicate con criteri di stretta interpretazione giuridica, coerenti con la materia che, per sua natura, è regolata da un principio di stretta legalità. Di conseguenza, la titolarità di una carica in una compagine societaria appartenente al medesimo gruppo di uno dei concorrenti non è di per sé sufficiente a configurare una situazione di incompatibilità a carico del membro della Commissione, laddove non si comprovi l'esistenza di una concreta commistione di interessi fra i due soggetti⁴¹.

Il principio di legalità comporta la regola dell'irretroattività degli atti amministrativi (quattordicesimo corollario). Così si è affermato che nell'ambito dell'azione amministrativa vige la regola generale dell'irretroattività, espressione del principio di legalità e dell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici, la quale impedisce all'amministrazione di incidere unilateralmente e con effetto *ex ante* sulle situazioni soggettive del privato, ed opera, a maggior ragione, in presenza di provvedimenti con valenza regolamentare, quali sono gli atti di determinazione delle tariffe dovute per i servizi locali⁴² e che il comportamento deve essere sottoposto alla legge vigente al momento del suo verificarsi con conseguente inapplicabilità della disciplina previgente meno favorevole⁴³.

Il principio di legalità comporta anche che *la p.a. non possa trasformare in pendentori i termini considerati ordinatori dalla legge* o, comunque, inserire termini non previsti (quindicesimo corollario). Sempre in materia di appalti, giurisprudenza costante afferma che il divieto di aggravamento del procedimento esclude che il termine per la presentazione delle giustificazioni, anche se formalmen-

te qualificato come perentorio dall'amministrazione, abbia effettivamente tale carattere⁴⁴. In difetto di espressa comminatoria di legge, la violazione di un termine ordinatorio (fissato nell'interesse della sola p.a. precedente e all'esclusivo scopo di rendere possibile l'istruttoria) «non ridonda in illegittimità del provvedimento, trattandosi al più di un vizio della istanza e non del provvedimento»⁴⁵. Con riguardo, invece, al potere dell'amministrazione di introdurre autonomamente termini per lo svolgimento di attività procedimentale, si è affermato che è interdetto all'amministrazione di introdurre termini procedurali che non siano strettamente correlati al perseguimento del pubblico interesse⁴⁶.

Sempre in relazione al tempo del procedimento il principio di legalità comporta che si possa procedere alla proroga dei termini solo in casi eccezionali e per cause di forza maggiore⁴⁷ (sedicesimo corollario).

Il principio di legalità comporta, poi, l'illegittimità di moratorie (diciassettesimo corollario). Conseguentemente, incorre nella violazione del principio costituzionale di tutela della libertà di iniziativa economica privata e del principio di stretta legalità, il Comune che sospenda ogni decisione riguardo alle richieste di autorizzazione all'installazione di impianti pubblicitari in attesa dell'adozione del piano generale degli impianti non essendo tale rifiuto a provvedere supportato da una disposizione (legislativa o regolamentare) idonea a denegare quanto richiesto⁴⁸. Si è affermato altresì che la mancanza del piano regolatore per l'installazione di impianti eolici non può impedire la realizzazione sul territorio comunale di siffatti impianti, atteso che una tale interpretazione verrebbe a sospendere *sine die* le richieste di autorizzazione in tale settore ponendosi in contrasto con il principio fondamentale del decreto legislativo n. 387/2003, che esige la conclusione del procedimento in centottanta giorni⁴⁹.

Il principio di legalità comporta che l'amministrazione non può modificare la disciplina procedimentale prevista dalla legge o aggravare il procedimento (diciottesimo corollario). Così una norma contenuta in un mero atto amministrativo – avente tra l'altro soltanto funzione di organizzazione interna dell'amministrazione dei beni culturali e ambientali – non può innovare le sovrastanti disposizioni legislative che disciplinano il procedimento finalizzato all'eventuale annullamento delle autorizzazioni ambientali emesse dalle amministrazioni a ciò delegate o subdelegate⁵⁰. Si è anche ritenuto che «il principio di legalità e di conseguente tipicità dei provvedimenti amministrativi esclude che possano essere inseriti nella sequenza procedimentale provvedimenti non espressione di poteri tipici previsti dalla legge»⁵¹.

Il principio di legalità esige che *le norme speciali o eccezionali non possano essere applicate analogicamente* (diciannovesimo corollario): il carattere eccezionale della norma che prevede termini dimezzati per i processi aventi ad oggetto opere pubbliche non consente di estenderla in via analogica ad opere private, in

quanto la disposizione speciale riguarda soltanto le opere riferibili alla p.a., anche nella sua nozione allargata, derivante dall'inclusione tra le amministrazioni aggiudicatrici di soggetti aventi formale natura privata⁵². Si è affermato anche che l'intervento sostitutivo costituisce un potere eccezionale, la cui previsione in caso di inerzia o inadempimento di atti dovuti è insuscettibile di interpretazione analogica, dovendosi derogare all'ordine legale delle competenze legislativamente stabilite ed incidendo sulla sfera di autonomia costituzionalmente garantita⁵³.

Il ventesimo corollario del principio di legalità attiene alla materia delle fonti e postula la necessità che i contenuti degli statuti comunali siano conformi alla disciplina legislativa in materia di organi di governo e di funzioni fondamentali⁵⁴. Il principio di necessaria correlazione tra norma fondante e il provvedimento trova una deroga nel caso di decreti legge non convertiti. Per tale ipotesi, infatti, la giurisprudenza non prevede l'automatica disapplicazione dell'atto⁵⁵. Così si è affermato che il provvedimento emanato in applicazione di un decreto legge decaduto non può ritenersi nullo, o comunque emanato in carenza di potere; esso pertanto, va eseguito fino a quando non venga annullato in sede amministrativa, o in sede giurisdizionale, a seguito d'impugnativa⁵⁶ e che le disposizioni contenute nei decreti-legge sono cogenti fino dalla data in cui entrano in vigore, per cui l'eventuale omessa conversione con legge non produce la caducazione automatica degli atti che, doverosamente, ne hanno fatto applicazione, ma ne determina eventualmente l'illegittimità, sicché essi conservano piena efficacia finché non vengano rimossi o attraverso gli ordinari mezzi d'impugnazione ovvero, sussistendone i presupposti, in sede di autotutela⁵⁷.

In conclusione sembra che un'analisi dettagliata della giurisprudenza nazionale del tipo di quella che si è indicata per il principio di legalità (magari mettendo a confronto i risultati con quelli degli altri paesi) potrebbe essere utile al codificatore europeo al fine di definire il contenuto di ognuno dei principi europei.

5. Il necessario contributo 'nazionale' alla codificazione europea

In conclusione nella codificazione del procedimento europeo occorre muoversi con grande cautela, nei tempi giusti perché si possano metabolizzare culturalmente i cambiamenti epocali che impone una tale omogeneità delle regole e per fasi successive e a tal fine i ruoli della dottrina e della giurisprudenza nazionale non sembra possano essere trascurati nella costruzione di un sistema europeo.

E dunque, ritornando a dove eravamo partiti, ossia alla legislazione del 1865, il monito che sul punto arriva dalla dottrina di allora (si tratta di Jacini, di Scolari e di De Gioannis Giaquinto) appare di particolare attualità.

Stefano Jacini con riferimento alle leggi sull'unificazione del 1865 rilevava che spinti dalla necessità di dar vita ad una nazionalità italiana «si abborracciò in fretta

un'amministrazione calata sulle orme della francese e della belga, intesa allo scopo di far sparire le vestige delle divisioni precedenti, senza verificare se si armonizzava con abitudini immutabili e con le migliori tradizioni del pensiero italiano» (Jacini, 1879: 61; Traniello, 1969: 447 sgg.): non possiamo cadere nello stesso errore di imporre dall'alto e in tempi che non consentano la giusta metabolizzazione culturale codificazioni che non si armonizzino con le culture diverse dei vari paesi. Ciò, come si è visto, non significa, però, che si debba rinunciare alla codificazione.

Neppure possiamo ritenere che la cultura giuridica nazionale non sia in grado di dare un contributo determinante a tale opera di codificazione: lo «spirito d'imitazione» e la prassi di «copiare gli ordini e le leggi» veniva criticata anche nell'opera *Del diritto amministrativo* pubblicata a Pisa nel 1866 da Scolari in cui si afferma testualmente «quanto alla sostanza della riforma amministrativa sarebbe gravissimo danno e pericolo che durasse lo spirito d'imitazione, per cui nel passato e nei particolari Stati guardavasi a Francia e Germania per copiare gli ordini o le leggi».

Senza arrivare alle conclusioni 'nazionalistiche' di De Gioannis Giaquinto che nella sua prolusione del 1863, dal significativo titolo *Nuovo diritto amministrativo d'Italia uniformato al carattere nazionale e necessità di emanciparne la posizione teorica dalle influenze prevalente de' metodi stranieri*, scriveva «io mi propongo parlarvi della suprema necessità di formare un diritto amministrativo di carattere nazionale, e di emanciparne lo studio dalle influenze prevalente dei metodi stranieri» (Benvenuti, Miglio, 1969: 117), va valorizzato il contributo essenziale che la dottrina e la giurisprudenza del nostro paese possono dare alla codificazione del procedimento europeo.

Nell'occuparsi di una codificazione dei 'contenuti' dei principi del procedimento amministrativo il legislatore europeo dovrà dunque tenere sempre a mente che «il diritto amministrativo è quella tra le scienze che più risente nel suo svolgimento l'impronta dello spirito nazionale di ciascun popolo [...]. Se il genio ed il carattere di razza che ispirano una nazione imprimono il loro segnale e danno una forma determinata a tutti i diversi rami della civilizzazione di un popolo [...], maggiormente l'influenza di questo carattere si fa sentire nell'ordinamento amministrativo, che esprime la vita intima della nazione (così niuno negherà che il selfgovernment inglese, poggiante sull'ordinamento di una forte aristocrazia e quello americano che si fonda sulla più completa democrazia non siano l'espressione del genio nazionale di quelle due nazioni, nella stessa guisa che la centralizzazione esprime il carattere del popolo francese. Da ciò nasce il bisogno nell'esaminare le opere di scienza amministrativa scritte nelle principali nazioni, di metterle a raffronto non pure con lo sviluppo che in quelle nazioni è avuto il diritto amministrativo come legge, ma eziandio col genio nazionale di ciascun popolo)» (Manna, 1876: 70).

Era questo che voleva dire Scolari a proposito delle leggi del 1865 quando affermava che essendo «nuova la impresa che abbiamo tra mani» essa non avrebbe potuto essere condotta «a buon fine senza che c'ispiriamo alle tradizioni del genio nazionale e cerchiamo dentro di noi quella forza e sapienza che furono dalla tristizia degli eventi sopraffatte ma non distrutte» (Benvenuti, Miglio, 1969: 116).

De Gioannis Giaquinto nella sua prolusione del 1863 scriveva: «noi italiani siamo sì poveri della ragione nostra che non sapremo attingere se non sulle pagine delle legislazioni straniere o cercheremo la istoria nostra negli annali de' francesi o dei britanni? No, o Signori. Le leggi non sono che la coscienza nazionale tradotta in generale comando. Or consultate voi, o Signori, la coscienza della Nazione italiana: essa ripugna ai sistemi stranieri della pubblica amministrazione. Nel sistema francese domina troppo l'onnipotenza dello Stato: v'ha troppo di ingerimento, di dommatismo, di unità assorbente, troppo di sindacato, sotto a cui la vita individua sparisce [...]. Nel sistema Inglese ed Americano domina troppo, abbenché, in diverse proporzioni, la onnipotenza dell'individuo: v'ha troppo di autonomia locale, troppo di disformità e di azione individua, e sto per dire forza centrifuga [...]. Lo spirito italico è tutto essenzialmente informato ad un principio medio, armonicamente temperato, fra l'elemento individuale e concedetemi la frase giobertiana, dialettico tra l'elemento individuale e sociale. E cotesta forma, o Signori, dee improntarsi al sistema amministrativo della nuova Italia, se vogliamo sia desso consentaneo al principio dinamico della vita nazionale».

È facile prevedere che se le proposte sul procedimento europeo, e segnatamente quelle sulla definizione del contenuto dei principi di azione, terranno ben presenti la lezione che ci arriva dalla legislazione del 1865 e della dottrina ad essa coeva – e da quanto si legge la direzione appare questa – i risultati sicuramente non tarderanno ad arrivare.

Note

- ¹ Ai sensi dell'art. 70 nel caso di contestazioni agli oziosi e vagabondi, questi dovevano essere sentiti prima di essere ammoniti «a darsi immediatamente a stabile lavoro» e, solo successivamente, in base all'art. 71, se non avessero trovato stabile lavoro, eventualmente «arrestati e tradotti avanti all'autorità giudiziaria per essere puniti a norma del Codice penale».
- ² Nello stesso ECT si trovano poi anche altre norme di carattere procedurale come quella per cui il principio di pubblicità deve essere osservato necessariamente nei vari ordinamenti: nelle premesse dell'ECT al punto v) si legge testualmente che «le parti contraenti devono pubblicare le leggi, i regolamenti, le decisioni amministrative di portata generale e creare uffici incaricati di rispondere alle richieste di informazioni sulla normativa vigente in queste materie da parte del Governo, dei potenziali investitori o anche di altre parti interessate (comprese le singole persone). Questa condizione è importante, in quanto, com'è noto, la legislazione di buona parte delle economie in transizione è sempre stata confusa. E il primo modo di accertamento della legge consiste nel garantire la coesione e la coerenza delle decisioni rendendole di pubblico dominio».
- ³ «L'amministrazione dell'Unione agisce secondo la legge e applica le norme e le procedure previste dalla legislazione dell'Unione. I poteri amministrativi sono basati sulla legge e il loro contenuto è conforme alla legge. Le decisioni prese o le misure adottate non sono mai arbitrarie e non perseguono finalità che non sono basate sul diritto o non sono motivate dall'interesse pubblico».
- ⁴ «L'amministrazione dell'Unione evita qualsiasi discriminazione ingiustificata tra le persone basata sulla nazionalità, il genere, la razza, il colore della pelle, l'origine etnica o sociale, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale. Le persone che si trovano nella stessa situazione sono trattate nello stesso modo. La differenza di trattamento è giustificata unicamente dalle caratteristiche oggettive della materia in questione».
- ⁵ «L'amministrazione dell'Unione adotta decisioni riguardanti i diritti e gli interessi delle persone solo laddove ciò sia necessario e in misura proporzionale all'obiettivo perseguito. Nell'adottare decisioni, i funzionari garantiscono un giusto equilibrio tra gli interessi dei singoli e l'interesse generale. In particolare, non impongono oneri amministrativi o economici eccessivi rispetto al beneficio atteso».
- ⁶ «L'amministrazione dell'Unione è imparziale e indipendente. Si astiene da qualsiasi azione arbitraria che abbia effetti negativi sulle persone e da qualsiasi trattamento preferenziale, quali che ne siano i motivi. L'amministrazione dell'Unione è tenuta ad agire sempre nell'interesse dell'Unione e per il bene pubblico. Nessuna azione è condizionata da interessi (anche finanziari) personali, familiari o nazionali o da pressioni politiche. L'amministrazione dell'Unione assicura il giusto equilibrio tra gli interessi delle diverse tipologie di cittadini (imprese, consumatori e altro)».
- ⁷ «L'amministrazione dell'Unione è coerente nel proprio comportamento e segue le normali prassi amministrative, che sono rese pubbliche. Qualora esistano motivi legittimi per discostarsene in casi specifici, occorre fornire valide motivazioni. Vanno rispettate le legittime e ragionevoli aspettative che le persone possono avere alla luce delle modalità con le quali l'amministrazione dell'Unione ha agito in passato».
- ⁸ «L'amministrazione dell'Unione rispetta la vita privata delle persone in conformità del regolamento (CE) n. 45/2001. L'amministrazione dell'Unione si astiene dal trattare i dati personali per fini non legittimi o dal trasmettere tali dati a terzi non autorizzati».
- ⁹ «Deve essere rispettato come principio giuridico fondamentale, indispensabile per creare un clima di fiducia e prevedibilità nelle relazioni fra gli individui e l'amministrazione».
- ¹⁰ «L'amministrazione dell'Unione è aperta. Essa documenta le procedure amministrative e tiene un registro aggiornato della corrispondenza in entrata e in uscita, dei documenti ricevuti

- nonché delle decisioni e delle misure adottate. È opportuno che tutto il materiale fornito dagli organi consultivi e dalle parti interessate sia reso disponibile al pubblico. Le richieste di accesso ai documenti sono trattate in conformità dei principi e limiti generali di cui al regolamento (CE) n. 1049/2001».
- ¹¹ «Gli interventi da parte dell'amministrazione dell'Unione sono disciplinati da criteri di efficienza e di servizio pubblico. I membri del personale informano il pubblico sulle modalità con le quali viene trattata una questione di loro competenza».
- ¹² Questa norma rubricata *Diritto ad una buona amministrazione* dispone che «ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione [...]».
- ¹³ Per l'art. 6 T.U.E., infatti, la «Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [...] ha lo stesso valore giuridico dei trattati».
- ¹⁴ È stato rilevato, infatti, che lo stesso articolo 41 della Carta di Nizza rappresenta il portato di quelle garanzie enunciate nel corso del tempo da parte dei giudici UE nella loro giurisprudenza e che erano ormai assunte al rango di principi generali del diritto UE (già da tempo, infatti, nell'ambito dell'ordinamento europeo si parlava dei doveri di diligenza e di efficienza imposti alle amministrazioni dell'Unione): Trib. CE, 17.2.1998, T 105/96, *Pharos*, in *Racc.*, 1998, p. II-285, punto 55.
- ¹⁵ Così l'art. 97 Cost. richiama i principi di imparzialità e di buon andamento; l'art. 1 della legge n. 241/1990 menziona i principi di efficacia, di economicità, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza e gli altri principi del diritto europeo; altre discipline di settore, come il codice dei contratti pubblici o il c.d. codice dell'ambiente richiamano altri principi.
- ¹⁶ Corte Giust., 23.4.1986, C-294/83, *Les Verts*, in *Racc.*, 1986, 1339 sgg., punto 23.
- ¹⁷ Con riferimento alla concessione di poteri espropriativi al soggetto privato che devono comunque essere conformi alla legge e non impedire la responsabilità dell'amministrazione si v. Cons. Stato, IV, 21.8.2013, n. 4229.
- ¹⁸ In base al principio della legalità amministrativa, ogni provvedimento è espressione di un potere riconosciuto all'amministrazione da una norma specifica, a prescindere dalle indicazioni e qualificazioni formali contenute nell'atto: Cons. Stato, VI, 17.2.1999, n. 173. In base al noto principio di legalità ogni provvedimento è espressione di un potere riconosciuto all'amministrazione da una norma specifica: Cons. Stato, VI, 3.3.1993, n. 214; TAR Molise, 28.5.2010, n. 227. Occorre una disposizione normativa che attribuisca alla pubblica amministrazione il potere/dovere di emanare atti amministrativi: TAR Puglia, Lecce, II, 24.2.2009, n. 293. Il principio di legalità assolutamente esclude che l'ordine dell'autorità possa incidere sulle libertà personali in assenza dei presupposti normativi e al fine di espungere dal territorio talune manifestazioni di irregolarità sociale e malcostume: TAR Lombardia, Milano, III, 22.6.2010, n. 2115. Il principio di legalità impone la conformità del provvedimento alle norme che disciplinano l'azione amministrativa per la singola fattispecie: Cons. Stato, III, 15.10.2013, n. 5017.
- ¹⁹ Cons. Stato, VI, 9.1.2014, n. 23.
- ²⁰ TAR Lazio, Roma, III, 1.8.2005, n. 6068; Cons. Stato, V, 7.10.2009, n. 6170.
- ²¹ In altri casi, al contrario, si è ritenuto che il principio di legalità esige la conformità sostanziale del comportamento dell'amministrazione alle norme di azione previste dall'ordinamento, ma non anche la puntuale indicazione delle fonti che disciplinano l'esercizio del potere: Cons. Stato, VI, 17.2.1999, n. 173.
- ²² Cons. Stato, VI, 19.1.2011, n. 362; TAR Lombardia, Brescia, I, 16.2.2011, n. 300; nonché TAR Puglia, Lecce, II, 6.5.2005, n. 2697, avente ad oggetto un caso di diniego a installazione di ripetitore di telefonia mobile motivato con riferimento a ragioni estetiche.
- ²³ TAR Friuli Venezia Giulia, 26.10.1998, n. 1173. Analogamente, Cons. Stato, VI, 17.1.2008, n. 106 per cui è «pacifico in giurisprudenza che per gli atti che esplicano effetti giuridici ripetuti nel tempo il principio di legalità impone all'Amministrazione il loro adeguamento

in ogni momento al quadro normativo di riferimento». In tali ipotesi l'interesse pubblico all'esercizio dell'autotutela è *in re ipsa* e si identifica nella cessazione di ulteriori effetti *contra legem* e Cons. Stato, IV, 10.12.2010, n. 8729 per il quale «per gli atti che esplicano effetti giuridici permanenti o ripetuti nel tempo, il principio di legalità impone all'amministrazione il loro adeguamento in ogni momento al quadro normativo di riferimento».

- ²⁴ Nel caso, ad esempio, di potere di autotutela esercitato dopo un considerevole lasso di tempo, l'amministrazione deve applicare il principio di ragionevolezza (secondo cui l'amministrazione, in presenza di posizioni consolidate e frutto di vizi meramente formali, deve debitamente considerare l'affidamento suscitato nell'amministrato sulla regolarità della sua posizione) che, qualora vengano in rilievo contrastanti interessi di terzi o superiori interessi pubblici, dovrà essere temperato con quello secondo cui gli atti che esplicano effetti giuridici ripetuti nel tempo devono essere adeguati in ogni momento al quadro normativo di riferimento in ossequio al principio di legalità: Cons. Stato, IV, 16.4.2010, n. 2178; Cons. Stato, VI, 18.8.2009, n. 4958.
- ²⁵ Cons. Stato, VI, 1.12.1999, n. 2045; TAR Toscana, Firenze, II, 25.8.2010, n. 4892. Dalla giurisprudenza nazionale sono state ritenute illegittime, pertanto, alcune delibere di Asl che determinavano di non remunerare integralmente le prestazioni specialistiche, di diagnosi strumentale e di laboratorio, già fornite da strutture accreditate e professionisti operanti nel settore sanitario: TAR Puglia, Lecce, II, 6.11.1999, n. 745.
- ²⁶ Cons. Stato, IV, 26.11.2001, n. 5949.
- ²⁷ Cons. Stato, VI, 29.9.2010, n. 7187 in materia di licenze per istituti di vigilanza; TAR Piemonte, Torino, II, 18.12.2010, n. 4594 riferita all'individuazione della vigilanza e della capacità reddituale ai fini del rilascio del permesso di lavoro del cittadino extracomunitario; TAR Lazio, I, 3.12.2010, n. 35278 relativa alla cessazione del rapporto di servizio; TAR Lombardia, Milano, III, 26.5.2009, n. 3839; TAR Lombardia, Brescia, 25.7.2005, n. 785.
- ²⁸ TAR Lombardia, Brescia, 22.4.1997, n. 486.
- ²⁹ Cons. Stato, VI, 18.12.2001, n. 6274; Cons. Stato, IV, 28.12.2000, n. 7048; Cons. Stato, IV, 1.9.1998, n. 1139; Cons. Stato, IV, 9.11.1995, n. 898; TAR Campania, I, 9.3.2006, n. 2803; TAR Puglia, II, 15.5.2006, n. 1759.
- ³⁰ TAR Puglia, Lecce, II, 11.2.2010, n. 550; TAR Emilia Romagna, Bologna, I, 12.3.1993, n. 116.
- ³¹ TAR Sardegna, 3.4.1993, n. 258. Le sentenze della Corte costituzionale hanno efficacia retroattiva relativamente ai rapporti ancora pendenti, intendendosi per tali quelli che sul piano sostanziale non sono stati definiti con provvedimenti amministrativi ormai inoppugnabili o quelli che, sul piano processuale, non hanno trovato conclusione mediante sentenza passata in giudicato o, ancora, quelli rispetto ai quali non è decorso il termine di prescrizione o di decadenza per l'esercizio dei diritti ad essi relativi: TAR Campania, Napoli, I, 7.4.2008, n. 1927; Cons. Stato, IV, 21.7.2000, n. 4035; TAR Campania, Napoli, III, 27.3.2000, n. 875; TAR Basilicata, 27.9.1995, n. 543.
- ³² Conseguentemente, è stata dichiarata illegittima l'ordinanza sindacale che disponeva la delocalizzazione di un'industria insalubre utilizzando il potere d'ordinanza in materia di sanità pubblica, previsto dall'art. 50 T.U.E.L., che avrebbe postulato invece l'ordine di immediata chiusura dello stabilimento: Cons. Stato, V, 19.4.2005, n. 1794.
- ³³ Cons. Stato, V, 15.10.2009, n. 6332; Cons. Stato, IV, 1.2.2000, n. 530; TAR Campania, Napoli, V, 18.9.2008, n. 7153.
- ³⁴ TAR Lazio, Roma, III, 25.5.2005, n. 4171, concernente una fattispecie in materia di esclusione per collegamento e controllo societario.
- ³⁵ Cons. Stato, V, 18.1.2011, n. 329.
- ³⁶ Cons. Stato, V, 21.5.2010, n. 3213.
- ³⁷ Cons. Stato, IV, 22.10.2004, n. 6959; nonché Cons. Stato, IV, 10.12.2009, n. 7744, concernente una fattispecie in tema di esproprio.

- ³⁸ Cons. Stato, V, 16.12.2010, n. 8946.
- ³⁹ TAR Lazio, Latina, 23.11.1991, n. 492.
- ⁴⁰ TRGA Trentino Alto Adige, Trento, 27.1.1994, n. 2, riguardante una fattispecie di esclusione da una gara di una ditta per avere allegato alla domanda di partecipazione un documento conforme alle prescrizioni legislative in materia ma non anche ad una clausola del bando.
- ⁴¹ TAR Piemonte, Torino, I, 14.1.2011, n. 26.
- ⁴² TAR Toscana, II, 25.8.2010, n. 4892.
- ⁴³ Cons. Stato, II, 2.5.2000, n. 412.
- ⁴⁴ TAR Lazio, Roma, II, 28.1.2009, n. 2420; Cons. Stato, V, 19.4.2006, n. 521.
- ⁴⁵ Cons. Stato, VI, 16.2.2011, n. 993.
- ⁴⁶ Cons. Stato, V, 29.8.2006, n. 5047.
- ⁴⁷ Cons. Stato, V, 17.1.2011, n. 201; Cons. Stato, VI, 10.10.2002, n. 5443.
- ⁴⁸ TAR Calabria, 10.4.2008, n. 529; TAR Abruzzo, L'Aquila, 31.1.2005, n. 44; TAR Toscana, Firenze, III, 27.10.2000, n. 2205.
- ⁴⁹ Cons. Stato, V, 26.2.2010, n. 1139.
- ⁵⁰ TAR Lazio, II, 14.7.2000, n. 1348.
- ⁵¹ TAR Puglia, Lecce, III, 3.4.2007, n. 1502.
- ⁵² Cons. Stato, VI, 3.6.2002, n. 3096. Nel senso che nessuna restrizione degli spazi di libertà possa essere disposta se non in base ad una norma di legge (fattispecie in materia di sicurezza) cfr. Cons. Stato, VI, 7.2.2014, n. 586.
- ⁵³ TAR Basilicata, 16.4.2010, n. 204. Per altra giurisprudenza poi predicare l'operatività della regola pretoria della 'sanatoria giurisprudenziale', e cioè consentire la legittimazione postuma di opere originariamente e sostanzialmente abusive, significa tradire il principio di legalità, rinveniente dagli artt. 23, 24, 97, 101 e 113 Cost., oltre che dall'art. 1 comma 1, l. n. 241 del 1990; il principio di imparzialità, rinveniente dall'art. 97 Cost., oltre che dall'art. 1 comma 1, l. n. 241 del 1990; i principi di buon andamento e di efficacia, rinvenienti dall'art. 97 Cost., oltre che dall'art. 1 comma 1, l. n. 241 del 1990; i principi di proporzionalità e di ragionevolezza, rinvenienti, rispettivamente, dall'ordinamento comunitario e dagli artt. 3 e 97 Cost., in quanto si estenderebbe l'ambito oggettivo di applicazione di un istituto (permesso di costruire in sanatoria) al di là della fenomenologia (abusi edilizi meramente formali) in rapporto alla quale quest'ultimo è stato enucleato e commisurato dal legislatore: TAR Campania, Napoli, VIII, 10.9.2010, n. 17398.
- ⁵⁴ TAR Lombardia, Milano, III, 6.5.2004, n. 1622.
- ⁵⁵ Un provvedimento amministrativo per sua natura autoritativo, adottato sulla base di leggi amministrative di un settore e i cui effetti sono determinati anche da un decreto legge, non perde tale sua natura e i suoi effetti per il solo fatto che il decreto *de quo* non sia stato convertito; pertanto, l'avvenuta decadenza del decreto consente alla p.a. di modificare o revocare il provvedimento che continua a produrre i suoi effetti fino alla sua rimozione in sede amministrativa o giurisdizionale, essendo escluso il potere di disapplicazione d'ufficio: Cons. Stato, V, 2.7.2001, n. 3594.
- ⁵⁶ TAR Abruzzo, L'Aquila, 23.10.1997, n. 53; TAR Toscana, I, 21.1.1998, n. 27.
- ⁵⁷ Cons. Stato, V, 19.5.1998, n. 633.

Riferimenti bibliografici

- Angiolini V. 2000, *Legalità dell'amministrazione interna e comunitaria*, in *Amministrazione e legalità*, Giuffrè, Milano: 23 sgg.
- Baruffi M.C. 2001, *La tutela dei singoli nei procedimenti amministrativi comunitari*, Giuffrè, Milano.
- Bassi N. 2001, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Giuffrè, Milano.
- Benvenuti F, Miglio G. (a cura di) 1969, *L'unificazione amministrativa ed i suoi protagonisti*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Neri Pozza, Vicenza.
- Bin R. 1998, *Capire la Costituzione*, Laterza, Roma-Bari.
- Cammeo F. 1914, *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, Padova.
- Carlassare L. 1989, *Legalità (principio di)*, in *Enc.giur.*
- Cassese S. 2014, *Una legge sul procedimento amministrativo europeo*, in *Giorn. dir. amm.*, 12: 1133 sgg.
- Cavallo Perin R. 1990, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Giuffrè, Milano.
- Cerulli Irelli V. 2008, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, Atti del 53° convegno di studi amministrativi, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Varenna, 20-22 settembre 2008.
- Chiti E. 2014, *Adelante con juicio: la prospettiva di una codificazione del procedimento europeo*, in *Giorn. dir. amm.*, 7: 677 sgg.
- Corso G. 2011, *Il principio di legalità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano: 3 sgg.
- Crisafulli V. 1962, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. cost.*: 132 sgg. — 1984, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Cedam, Padova.
- della Cananea G., Urania Galetta D. (a cura di) 2016, *Codice Renewal del procedimento amministrativo dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Flogaitis 1998, *La notion de principe de légalité*, in *R.E.D.P.*: 655 sgg.
- Fois S. 1963, *La riserva di legge*, Giuffrè, Milano.
- Galetta D.U. 2005, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della Pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3.
- 2010, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 3.
- Jacini S. 1879, *I conservatori e l'evoluzione naturale dei partiti politici in Italia*, Brigola, Milano.
- Manna G. 1876, *Principi di diritto amministrativo* (III ed.), Jovene, Napoli.
- Mattarella B.G. 2012, *The concrete options for a law on administrative procedure bearing on direct EU administration*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*: 537 sgg.
- Merusi F. 2007, *Sentieri interrotti di legalità*, il Mulino, Bologna.

- Napolitano C. 2014, *EU Administrative procedures presenting and discussing the Renewal draft model rules*. Resoconto del convegno Renewal Bruxelles, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4: 879 sgg.
- Pastori G. 1989, *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Considerazioni introduttive*, in Atti del convegno XXXII di Varenna del 1986, Giuffrè, Milano.
- Pototschnig U. 1969, *L'espropriazione per pubblica utilità*, in F. Benvenuti, G. Miglio (a cura di), *L'unificazione amministrativa ed i suoi protagonisti*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Neri Pozza, Vicenza.
- Rescigno G.U. 1995, *Sul principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*: 246 sgg.
- Romano A. 1999, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*: 111 sgg.
- Romano S. 1947, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano.
- Rossano M. 1969, *Il procedimento di espropriazione*, in U. Pototschnig, *L'espropriazione per pubblica utilità*, in F. Benvenuti, G. Miglio (a cura di), *L'unificazione amministrativa ed i suoi protagonisti*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Neri Pozza, Vicenza: 92 sgg.
- Satta F. 1969, *Principio di legalità e pubblica amministrazione dello Stato democratico*, Cedam, Padova.
- Sorace D. 2007, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*: 419 sgg.
- Sordi B. 2008, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Dir. amm.*: 1 sgg.
- Sorrentino F. 2001, *Lezioni sul principio di legalità*, Giappichelli, Torino.
- Tesoro G. 1999, *Eguaglianza e legalità nel diritto comunitario*, in *Dir. un. eur.*, 1: 1.
- Torchia L. 1993, *I modelli di procedimento amministrativo*, in Id. (a cura di), *Il procedimento amministrativo: profili comparati*, Cedam, Padova: 73 sgg.
- Traniello F. 1969, *Stefano Jacini e l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia (1864-1867)*, in *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, vol. I, Neri Pozza, Vicenza: 447 sgg.
- Travi A. 1995, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*: 19.
- 2012, *Lezioni di giustizia amministrativa* (X ed.), Giappichelli, Torino.
- Trimarchi M. 2011, *L'art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali e la disciplina dell'attività amministrativa in Italia*, in *Dir. amm.*: 537 sgg.
- Zanobini G. 1995, *L'attività amministrativa e la legge (1924)*, ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano.

I MODELLI ORGANIZZATIVI E LA COAMMINISTRAZIONE

Filippo D'Angelo

SOMMARIO – 1. Premessa. 2. L'unificazione amministrativa tra Stato nazionale e integrazione europea 2.1 L'evoluzione delle funzioni amministrative nell'ordinamento dell'Unione europea. 3. I modi tradizionali di organizzazione e di svolgimento dell'amministrazione europea: l'esecuzione diretta e l'esecuzione indiretta. 3.1 Le diverse forme di esecuzione congiunta e la pluralità dei modelli organizzativi attuali. 4. In particolare: la coamministrazione delle politiche europee. 4.1 Gli elementi sostanziali del modello. 5. Relazioni organizzative, rapporti intersoggettivi, coamministrazione. 6. Il fondamento organizzativo della coamministrazione: coordinate ricostruttive. 7. Coamministrazione e integrazione procedimentale. 7.1 La funzione del procedimento amministrativo (ripercorrendo una tesi di Mario Nigro). 8. Coamministrazione e principio di cooperazione nel diritto europeo.

1. Premessa

Il presente contributo, incentrato sui procedimenti europei di coamministrazione e sul loro rilievo sul versante organizzativo, si inserisce nel solco delle riflessioni svolte dalla dottrina pubblicistica in correlazione al centocinquantesimo anniversario della legge di unificazione amministrativa nazionale 20 marzo 1865, n. 2248.

L'evento di cui quest'anno si celebra la ricorrenza offre lo spunto per ripercorrere non solo l'evoluzione dell'organizzazione amministrativa italiana, ma anche lo sviluppo dell'amministrazione europea: quest'ultima infatti, in analogia con quanto avvenuto in altri ordinamenti contemporanei, ha gradualmente perso la propria originaria fisionomia unitaria ed è ora contraddistinta dalla frammentazione dei modelli organizzativi degli apparati pubblici (Guarino, 1970: 17).

In questa prospettiva i procedimenti di coamministrazione forniscono un'esatta rappresentazione del fenomeno appena descritto: essi infatti, come a breve si vedrà, costituiscono una delle manifestazioni del pluralismo organizzativo che è oramai conseguenza del processo, non ancora interrotto, di integrazione amministrativa europea.

2. L'unificazione amministrativa tra Stato nazionale e integrazione europea

Una breve premessa storica appare necessaria per introdurre il tema oggetto del presente studio.

All'indomani dell'unità politica nazionale, dichiarata ufficialmente il 17 marzo 1861 con la proclamazione di Vittorio Emanuele II re d'Italia, il Parlamento

subalpino si trovò dinanzi al problema dell'unificazione giuridica della penisola italiana. Ad esso pose rimedio nel 1865: non solo emanando alcuni codici di diritto comune¹, ma mettendo anche mano alla disciplina organica dei principali ambiti del diritto amministrativo dell'epoca (Astuti, 1963: 93).

Questo secondo obiettivo, come noto, venne realizzato con un'unica legge approvata d'urgenza dal Governo per l'imminenza del terzo conflitto con l'impero austriaco: la legge 20 marzo 1865, n. 2248 che dagli allegati A fino a F raggruppò in un codice di diritto pubblico sei normative riferite ad altrettanti settori cruciali per l'unificazione amministrativa del regno italoico².

Come ha correttamente rilevato Feliciano Benvenuti nella seduta di apertura del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione³, la «legge del 1865 non può essere considerata soltanto come un fatto di legislazione (per il che una celebrazione sarebbe eccessiva anche trattandosi di una legge che abbia un secolo di vita); essa va considerata come un fatto politico, nel senso più alto della espressione, tale cioè da aver improntato di sé non soltanto lo sviluppo di una normazione ma, più profondamente, lo sviluppo del modo di essere, cioè di pensare e di agire, di tutta la nazione» (Benvenuti, 1969: 345).

Dunque una legge che, nell'ottica ricostruttiva appena delineata, svolse una funzione di unificazione non solo giuridica, ma anche culturale e sociale.

A distanza di quasi cento anni dalla promulgazione della legge del 1865 l'Italia è stata coinvolta in un secondo movimento di unificazione, stavolta a carattere sovranazionale: l'Unione europea (Anchieri, 1961: 20). Il cui iniziale obiettivo, esplicitato nel preambolo del Trattato di Roma del 25 marzo 1957, era quello «porre le fondamenta di un'unione sempre più stretta fra i popoli europei»⁴.

Si tratta di una formula programmatica che è stata riprodotta sia nel preambolo del Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992, sia nel preambolo del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 nei seguenti termini: «segnare una nuova tappa nel processo di integrazione europea intrapreso con l'istituzione delle Comunità europee».

Attualmente appare innegabile che l'ordinamento europeo svolga una costante funzione di unificazione attraverso atti che avvicinano, completano e spesso sostituiscono le legislazioni dei vari paesi membri. Quel che ne deriva è un effetto di integrazione giuridica che, sin dall'apparizione della Comunità europea sullo scenario internazionale⁵, ha affondato le sue radici nella condivisione dei valori culturali e sociali, prima ancora che territoriali, degli Stati europei (Chabod, 1961: 172).

In questo modo sembra essersi avverato un antico auspicio di Dante Alighieri. Il quale, dopo aver lungamente esortato all'unità politica dell'Italia⁶, quasi preconizzò la visione di un'Europa unita sotto l'egida di un'organizzazione sovranazionale.

zionale in grado di conciliare i popoli con le proprie leggi: «Poscia che Costantin l'aquila volse contr'al corso del ciel, ch'ella seguio dietro a l'antico che Lavina tolse, cento e cent' anni e più l'uccel di Dio ne lo stremo d'Europa si ritenne, vicino a' monti de' quai prima uscìo; e sotto l'ombra de le sacre penne governò 'l mondo li di mano in mano, e, sì cangiando, in su la mia pervenne. Cesare fui e son Iustiniano, che, per voler del primo amor ch'ì' sento, d'entro le leggi trassi il troppo e 'l vano»⁷.

E non pare dubbio che il compito di espungere dalle leggi «il troppo e 'l vano» – cioè di adottare misure di «armonizzazione» delle legislazioni degli Stati membri⁸ – spetti ora all'Unione europea e al diritto prodotto dai suoi organi istituzionali (Giannini, 1988: 11).

2.1 L'evoluzione delle funzioni amministrative nell'ordinamento dell'Unione europea

Nell'ambito delle misure volte ad assicurare un effetto di «armonizzazione» hanno da tempo assunto notevole importanza le norme europee dettate per uniformare i diritti amministrativi nazionali.

Ciò ha permesso di pervenire alla conclusione, oramai condivisa in sede interpretativa, secondo cui uno dei maggiori ambiti in cui si svolge il potere di integrazione dell'Unione europea sia proprio il diritto amministrativo degli Stati che ad essa aderiscono.

Risponde tuttavia a un'opinione altrettanto diffusa il fatto che in origine gli aspetti amministrativi dell'Unione europea siano stati poco valorizzati dai Trattati fondativi, così cagionando un ritardo nello sviluppo di un sistema amministrativo comune (Gasparri, 1967: 305).

Deponeva in tal senso l'art. 5, co. 3 del Trattato di Parigi del 1951 che aggiungeva alle istituzioni comunitarie di dotarsi di un «sistema amministrativo ridotto», cioè di un'amministrazione priva di compiti di diretta gestione, quasi a sottolineare la dimensione anzitutto politica (ed economica) dell'accordo internazionale che aveva dato vita alla Comunità europea (Benvenuti, 1961: 10).

I segni di un primo cambiamento hanno cominciato a intravedersi dopo l'adozione del Trattato di Roma del 1957 che assegnava alla Commissione importanti funzioni di amministrazione attiva in materia di tutela della concorrenza nel mercato unico⁹ o di esecuzione del bilancio comunitario¹⁰.

I caratteri amministrativi della Comunità europea hanno poi cominciato lentamente a emergere nei successivi anni di attività dell'istituzione: da un lato con il maggior ricorso a strumenti di diritto amministrativo per regolare i processi decisionali interni alla Commissione¹¹; dall'altro col graduale incremento del sistema dei comitati.

La definitiva inversione si è tuttavia avuta col Trattato di Maastricht del 1992 che, seguendo gli indirizzi dell'Atto Unico Europeo¹², ha esteso le competenze comunitarie in settori del diritto pubblico tradizionalmente riservati agli apparati esecutivi nazionali. In questo modo si è registrato un autentico 'decollo amministrativo' dell'ordinamento europeo¹³.

Attualmente si può quindi affermare che il diritto europeo (cioè i Trattati istitutivi dell'Unione e la normativa che da essi promana) incida in modo cospicuo sul diritto amministrativo nazionale perché disciplina campi di attività che riguardano direttamente o indirettamente l'attività della pubblica amministrazione (Greco, 2005: 251).

Per realizzare i propri obiettivi istituzionali l'Unione europea non si affida solo agli strumenti legislativi, ma ricorre anche alla capacità operativa di un ingente numero di amministrazioni sovranazionali (come la Commissione e le agenzie europee) e nazionali. Ne viene che nel diritto europeo gli effetti giuridici non sono prodotti soltanto da norme di rango primario, ma sono spesso mediati da specifici atti amministrativi che incidono nella sfera giuridica dei destinatari (Benvenuti, 1996: 481).

Al pari delle funzioni legislative (e di quelle giurisdizionali) anche le funzioni amministrative sono strumenti imprescindibili per lo svolgimento delle competenze dell'Unione europea. Esse possono esplicarsi nei modi più vari: dichiarazioni di volontà, di scienza e di giudizio; atti materiali; comportamenti positivi o negativi. L'amministrazione europea può, ad esempio, erogare finanziamenti a privati e disporre il recupero coattivo¹⁴; sanzionare comportamenti anticoncorrenziali¹⁵; esercitare poteri di vigilanza¹⁶; concedere o sospendere autorizzazioni¹⁷. Si tratta di attività che nel loro complesso non divergono (anche se non vi è totale coincidenza) da quelle poste in essere dalle amministrazioni nazionali (Morelli, 1954: 4).

Le funzioni amministrative europee presentano tuttavia anche caratteristiche proprie: sono enumerate, cioè trovano sempre il loro fondamento in una norma dei Trattati o del diritto derivato; sono in genere connesse alle funzioni normative tanto da rendere complessa la distinzione tra amministrazione e legislazione nell'ordinamento europeo; risentono del ruolo ibrido della Commissione¹⁸; sono di regola suddivise tra le istituzioni europee e gli Stati membri in virtù del principio di attribuzione *ex art. 5 T.U.E.*, anche se tendono sempre più spesso a essere esercitate in forma congiunta¹⁹.

Proprio il profilo caratteristico da ultimo segnalato – e cioè il coinvolgimento degli apparati pubblici nazionali nei procedimenti amministrativi europei – consente di pervenire all'oggetto del presente studio: il fenomeno giuridico della 'coamministrazione' come modello organizzativo delle funzioni amministrative dell'Unione europea.

3. I modi tradizionali di organizzazione e di svolgimento dell'amministrazione europea: l'esecuzione diretta e l'esecuzione indiretta

Lo studio dei profili organizzativi dei procedimenti di coamministrazione richiede di esaminare anzitutto i tradizionali modi di organizzazione e svolgimento delle funzioni amministrative a livello europeo. Sul piano metodologico le osservazioni che ci si accinge a esporre saranno necessariamente concise dato che su di esse si registra oramai ampia convergenza in dottrina.

In base all'originario disegno istituzionale dell'Unione europea – che risale al Trattato di Roma del 1957 e che è stato riprodotto nei successivi Trattati di Maastricht del 1992 e di Lisbona del 2007 – l'esecuzione del diritto sovranazionale avviene per mezzo dell'amministrazione europea o delle amministrazioni nazionali: le due ipotesi corrispondono alle categorie dell'amministrazione diretta e dell'amministrazione indiretta dell'Unione europea.

Scendendo nel dettaglio l'amministrazione indiretta (o decentralizzata) costituisce il modello più risalente di svolgimento delle funzioni amministrative europee. Nella sua struttura fondamentale essa implica che le amministrazioni nazionali eseguano, con un grado più o meno ampio di autonomia, le norme prodotte dalle istituzioni sovranazionali. Si ha così una divaricazione tra la disciplina della funzione e la successiva fase applicativa (Monnet, 1976: 546).

Ancora oggi l'amministrazione indiretta sembra essere il modello organizzativo attraverso cui deve ricevere attuazione la maggior parte delle politiche dell'Unione europea. Lo si deduce, in particolare, dall'art. 291 T.F.U.E. che ha rimarcato il dovere degli Stati membri di eseguire il diritto derivato dai Trattati fondativi: gli «Stati membri adottano tutte le misure di diritto interno necessarie per l'attuazione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione».

Per contro l'amministrazione diretta (o centralizzata) è quella posta in essere dagli apparati esecutivi dell'Unione²⁰. Essa consiste in un'espressa attribuzione di competenze in favore dell'amministrazione europea e trova il proprio fondamento in specifiche disposizioni dei Trattati istitutivi o del diritto derivato.

È da sottolineare come l'esecuzione diretta rappresenti un modello organizzativo non meno rilevante dell'esecuzione per mezzo degli Stati membri. Ciò si evince dall'art. 17 T.U.E. per cui la Commissione «esercita funzioni di coordinamento, di esecuzione e di gestione, alle condizioni stabilite dai trattati»: la norma appare di particolare importanza poiché conferma l'obbligo primario degli Stati membri di attuare il diritto dell'Unione, ma riconosce al contempo l'esistenza di una sfera di poteri esecutivi appartenenti all'amministrazione europea al cui vertice è collocata la Commissione²¹.

Tra le due ipotesi brevemente illustrate non manca comunque un elemento di continuità che consiste in ciò: che in entrambe lo svolgimento dell'attivi-

tà amministrativa è volto a realizzare in via principale le finalità dell'Unione europea. Si tratta dunque di modelli organizzativi che hanno una vocazione funzionale, essendo deputati a perseguire interessi sovranazionali.

3.1 Le diverse forme di esecuzione congiunta e la pluralità dei modelli organizzativi attuali

Ciò detto la prevalente elaborazione dottrinale opportunamente riconosce che, in tempi più recenti, il diritto amministrativo europeo ha saputo spingersi oltre il rigido binomio formato dai modelli organizzativi dell'amministrazione diretta e dell'amministrazione indiretta: categorie considerate oramai da sole non più sufficienti a descrivere compiutamente la mutata consistenza del processo di integrazione europea.

Difatti nell'attuale fase di espansione dell'ordinamento dell'Unione europea, in cui i legami con i diritti amministrativi nazionali sono divenuti più numerosi e complessi, uno spazio non marginale è occupato dalle forme di esercizio 'congiunto' delle funzioni tra le amministrazioni nazionali e quelle europee: da modelli di azione cioè che richiedono la contestuale partecipazione di più soggetti, spesso con diversa estrazione ordinamentale, che cooperano per realizzare le finalità dell'Unione (Shmidt-Aßmann, 2003: 474).

Anche tale osservazione riscuote oramai largo consenso in sede interpretativa. A titolo di esempio si possono ricordare le ipotesi in cui l'amministrazione europea asserva ai propri scopi gli uffici nazionali²²; l'introduzione di procedimenti a carattere transnazionale che collegano le amministrazioni di più Stati membri²³; la previsione di procedimenti amministrativi disciplinati dal diritto europeo, ma con fasi che si svolgono in ambito nazionale e in ambito sovranazionale²⁴; la creazione di organismi collegiali formati da rappresentanti nazionali e da funzionari della Commissione²⁵; la creazione di reti comuni con funzioni regolatorie²⁶; l'istituzione di agenzie europee con competenze specialistiche in determinati settori che intrecciano relazioni funzionali con le corrispondenti autorità nazionali²⁷; l'istituzione di autorità indipendenti europee²⁸.

L'esistenza di una pluralità di modelli organizzativi pubblici – sia istituzionali, sia procedurali – conferma la correttezza della conclusione secondo cui l'Unione europea costituisce attualmente un ordinamento multipolare che realizza la piena integrazione amministrativa di tutti i soggetti, nazionali e sovranazionali, che agiscono al suo interno.

Tale connessione è agevolata, in particolare, dal principio di c.d. «cooperazione amministrativa» che a seguito della ratifica del Trattato di Lisbona permette all'Unione europea di «sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri» per garantire la «attuazione effettiva del diritto dell'U-

nione»²⁹. Com'è stato giustamente evidenziato la cooperazione amministrativa consiste in un principio di carattere generale che induce la connessione degli apparati pubblici nazionali e europei per dare piena attuazione al diritto dell'Unione.

Il concetto di cooperazione amministrativa sta alla base dell'art. 197, co. 1 T.F.U.E. secondo cui la «attuazione effettiva del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri, essenziale per il buon funzionamento dell'Unione, è considerata una questione di interesse comune»; e dell'art. 298, co. 1 secondo cui «nell'assolvere i loro compiti le istituzioni, organi e organismi dell'Unione si basano su un'amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente».

Conseguentemente l'esercizio congiunto delle funzioni europee dà vita a sistema composito in cui si riscontrano molteplici formule organizzative e in cui gli uffici amministrativi europei e nazionali concorrono a eseguire le norme dell'Unione in conformità a un principio generale di cooperazione amministrativa. L'effetto che ne scaturisce è quello dell'integrazione di tutte le amministrazioni pubbliche, nazionali e sovranazionali, che operano in ambito europeo in un'ottica di convergenza e aggregazione.

4. In particolare: la coamministrazione delle politiche europee

È in questo specifico contesto ordinamentale che va appunto collocato il modello organizzativo qui considerato: la coamministrazione nei settori di interesse comune. Questa espressione vale a compendiare svariati procedimenti che vedono congiuntamente per protagoniste le amministrazioni nazionali e quelle europee³⁰.

Con questo termine la dottrina indica infatti il fenomeno per cui una funzione è attribuita sia all'amministrazione europea sia all'amministrazione nazionale in modo che l'attività dell'una divenga essenziale per l'altra e possa essere assicurato un raccordo fra il momento della decisione e il momento dell'esecuzione. In tal caso si crea una contitolarità della competenza fra l'amministrazione europea e quella nazionale (Torchia, 1997: 850).

Come esempio di procedimento di coamministrazione si può brevemente illustrare la disciplina dei fondi strutturali che, come noto, sono volti a rafforzare la coesione economica, sociale e territoriale all'interno dell'Unione europea³¹. La materia è attualmente disciplinata dal regolamento 1303/2013 che reca disposizioni comuni per i Fondi strutturali e di investimento europei e da alcuni regolamenti di dettaglio³².

La politica europea dei fondi strutturali si svolge tramite una complessa sequenza procedimentale che coinvolge a vario titolo attori collocati a livello nazionale e sovranazionale (Predieri, 1996: 69).

Il procedimento per l'assegnazione dei fondi è il seguente.

Esso si basa anzitutto su un Quadro strategico comune allegato al regolamento 1303/2013 che assicura il «coordinamento» della gestione dei fondi con le politiche dell'Unione³³. In questa fase preliminare gli Stati membri sono tenuti a predisporre un Accordo di partenariato per selezionare le autorità pubbliche e le parti private chiamate ad attuare i programmi di finanziamento europeo³⁴. L'accordo è immediatamente sottoposto all'esame della Commissione che lo approva con decisione dopo avervi apportato tutte le modifiche ritenute necessarie. Il programma così elaborato fissa le priorità, l'ambito applicativo delle misure di sostegno e il tasso di finanziamento accordato a livello europeo³⁵.

Dopo l'adozione dell'accordo gli Stati membri sono tenuti a redigere un Programma operativo che dev'essere parimenti approvato dalla Commissione con apposita decisione³⁶. Il programma serve a indicare gli obiettivi tematici, le priorità di investimento e le dotazioni finanziarie disponibili. Esso individua anche le autorità amministrative nazionali chiamate a gestire le fasi operative dell'assegnazione dei fondi³⁷.

Appare perciò evidente che in questa prima fase la Commissione ricopre un ruolo preponderante nell'approvazione dei programmi, svolgendo compiti di indirizzo (e quindi di natura provvedimentale) di concerto con gli Stati membri.

La responsabilità della successiva fase esecutiva è invece affidata alle amministrazioni nazionali secondo il principio per cui gli «Stati membri sono responsabili della preparazione e dell'esecuzione dei programmi»³⁸. In questa fase spetta anzitutto alle autorità nazionali assegnare i finanziamenti europei ai beneficiari individuati tramite apposite procedure selettive. La Commissione, per parte sua, conserva il potere di provvista dei fondi che possono essere disimpegnati solo su domanda dell'ente di gestione nazionale. Da ciò consegue che anche nella fase esecutiva sono previste forme di raccordo tra i due livelli amministrativi coinvolti nella procedura di attuazione dei fondi strutturali.

Lo stesso avviene nella fase terminale di controllo in cui le autorità nazionali vigilano sulla corretta destinazione dei finanziamenti europei e, in caso di irregolarità³⁹, possono sospenderli o revocarli anche su invito della Commissione⁴⁰.

L'esempio appena riportato permette di comprendere il fondamento del modello della coamministrazione: la scansione procedimentale tra la fase di decisione in cui la Commissione approva i programmi operativi, e la fase di esecuzione in cui le autorità nazionali attuano gli indirizzi sovranazionali nell'ambito della politica di coesione sociale. In questo modo l'amministrazione europea e l'amministrazione nazionale, pur agendo in momenti diversi, finiscono per svolgere una funzione comune (Franchini, 2012: 174).

In particolare, il rapporto che ne consegue consiste in ciò: che la competenza viene attribuita a due soggetti diversi che agiscono in stretta connessione e in rapporto di reciproca necessità. La funzione amministrativa, pur coordinata, viene

suddivisa sul piano delle competenze e le relazioni tra l'autorità europea e quelle nazionali assumono carattere procedimentale per realizzare un obiettivo unitario.

Nel modello della coamministrazione, in definitiva, per effetto di un'espressa previsione normativa accade che la competenza esecutiva in ordine a un determinato potere viene trasferita formalmente dal livello europeo a quello nazionale. Ciò permette di coordinare fra loro segmenti amministrativi eterogenei: da un lato quello europeo che stabilisce e approva i principi generali della materia; dall'altro quello nazionale che realizza in concreto le decisioni dell'Unione (Franchini, 1993: 216).

4.1 Gli elementi sostanziali del modello

Sul piano funzionale i procedimenti di coamministrazione presentano alcuni elementi costitutivi che è necessario brevemente esaminare.

La dottrina li ha da tempo enucleati.

Il primo di essi riguarda il rapporto che si instaura tra le autorità amministrative nazionali e quelle europee. Si prenda ancora una volta il caso dei fondi strutturali: da un lato vi è la Commissione che prestabilisce i criteri generali per stanziare i contributi e perciò si occupa della fase decisionale; dall'altro vi sono le amministrazioni nazionali che sono incaricate di erogare i finanziamenti e quindi di svolgere una funzione esecutiva. Per conseguenza il potere d'indirizzo è riservato alla Commissione, mentre quello di attuazione compete alle amministrazioni nazionali. La funzione è unica, ma ripartita tra più soggetti che agiscono in stretta connessione: cioè in un regime di contitolarità della competenza (Sciullo, 1985: 178).

Il secondo tratto distintivo della coamministrazione attiene invece agli obiettivi che l'istituto si prefigge di conseguire. Nei procedimenti in esame si assiste infatti allo svolgimento congiunto di attività che, pur essendo espressione di un'identica funzione, sono ripartite tra più soggetti per perseguire un fine realizzabile grazie al loro reciproco intervento. La contitolarità della funzione obbedisce perciò a un'esigenza ben precisa: conseguire uno scopo comune sia all'Unione europea, sia agli Stati membri. In questa prospettiva le amministrazioni nazionali si pongono come parti necessarie dei procedimenti di coamministrazione dato che senza di esse l'Unione europea non potrebbe realizzare le proprie decisioni (de Pretis, 2008: 52).

Terza caratteristica della coamministrazione è la predeterminazione normativa della funzione: ne è prova l'esempio appena citato dei fondi strutturali in cui vi è una norma europea che affida espressamente a un'autorità nazionale il compito di eseguire gli obiettivi prestabiliti a livello sovranazionale (Cassese, 1991: 770).

L'ultima caratteristica dell'istituto concerne la peculiare posizione delle amministrazioni nazionali: da un lato esse agiscono per conto delle istituzioni eu-

ropee, esercitando i poteri esecutivi loro conferiti; dall'altro rimangono incardinate nell'organizzazione amministrativa interna. In questo modo finiscono per avere duplice natura: nazionale ed europea.

5. Relazioni organizzative, rapporti intersoggettivi, coamministrazione

Le considerazioni che hanno preceduto tracciano un quadro generale che consente a questo punto di approfondire la struttura organizzativa della coamministrazione come modello attuativo delle funzioni amministrative europee.

In tal senso l'indagine deve seguire una duplice linea direttiva.

Da un lato deve verificare se i procedimenti in esame possono condividere elementi di analogia con talune formule organizzative elaborate negli ordinamenti amministrativi contemporanei, tra cui quello italiano. Dall'altro deve tenere presente che i profili organizzativi della coamministrazione vanno pur sempre inquadrati nella prospettiva dell'integrazione tra ordinamenti a cui tende l'Unione europea come istituzione pubblica complessa.

Veniamo al primo aspetto.

Sul piano delle relazioni organizzative la coamministrazione sembra anzitutto condividere alcuni elementi di affinità con il concetto di decentramento amministrativo che, come noto, determina uno spostamento di funzioni dal centro alla periferia per assicurare efficienza e continuità all'azione amministrativa (Romano, 1950: 14).

Ora non vi è dubbio che esigenze di decentramento della funzione amministrativa europea ricorrano anche nei procedimenti di coamministrazione che si fondano sulla distribuzione delle competenze tra differenti uffici e, in particolare, sull'assegnazione di compiti esecutivi all'amministrazione nazionale. In questa prospettiva risulta abbastanza evidente l'analogia tra i due istituti.

Senonché tra il modello della coamministrazione e il decentramento amministrativo si frappone un elemento differenziale che non deve essere trascurato.

Nel decentramento amministrativo, infatti, il trasferimento di competenze implica di norma che l'organo periferico sia al contempo munito anche di una sfera non esigua di autonomia decisionale (Roversi Monaco, 1970: 122).

Nei procedimenti di coamministrazione simile evenienza sembra ricorrere solo in parte atteso che le scelte sostanziali sono perlopiù elaborate a livello sovranazionale e gli uffici nazionali, pur avendo la responsabilità di un importante segmento della funzione amministrativa europea, sono chiamati a svolgere in proprio un'attività esecutiva munita di autonomia decisionale nei limiti in cui deve risultare coerente con gli indirizzi impartiti a livello europeo. Ciò è dimostrato proprio dal caso dei fondi strutturali dove l'esecuzione delle politiche dell'Unione importa che l'amministrazione nazionale possa decidere di am-

mettere i beneficiari ai finanziamenti nei limiti sanciti dai programmi approvati dalla Commissione.

Sotto altro profilo è possibile richiamare la nozione di avvalimento – o, più correttamente, di utilizzo di uffici altrui – che designa una relazione tra due organizzazioni in cui la prima utilizza le strutture della seconda per svolgere le proprie funzioni (Benvenuti, 1956: 977).

Tale situazione sembra apparentemente ricorrere anche nella coamministrazione atteso che l'Unione europea sceglie in un certo senso di avvalersi delle strutture amministrative degli Stati membri per eseguire le proprie decisioni, e quindi utilizza soggetti esterni alla propria organizzazione.

Nonostante ciò tra le due figure emerge anche una notevole differenza: nel caso della coamministrazione – lo si è detto – si produce un mutamento nell'ordine delle competenze e a un'unica titolarità della funzione si sostituisce una titolarità condivisa; questa eventualità non pare ricorrere nell'avvalimento ove la titolarità del potere rimane in capo al soggetto ausiliato che si limita ad utilizzare le strutture dell'ente ausiliario per svolgere le proprie funzioni.

Nella medesima prospettiva merita un cenno anche l'istituto della delegazione in base al quale l'esercizio di una funzione amministrativa viene trasferita per un tempo determinato dal soggetto delegante al soggetto delegato sulla base di criteri direttivi predefiniti. Il rapporto di delegazione implica che gli atti di svolgimento della funzione siano imputati al delegato che ne risponde verso i terzi. Per parte sua il delegante conserva il potere di controllo verso il delegato e può revocare in ogni tempo la delega conferita (Miele, 1962: 909).

Ebbene alcuni tratti della delegazione amministrativa sembrano ricorrere anche nelle ipotesi di coamministrazione: in tal caso infatti l'amministrazione sovranazionale sembra delegare, anche se in senso lato, gli uffici nazionali a svolgere un segmento della funzione amministrativa europea, cioè quello esecutivo.

Quel che tuttavia manca è il carattere dispositivo del rapporto organizzativo in esame, ossia il potere del delegante di dirigere l'attività del delegato e soprattutto di revocare la delega. Tale eventualità non trova spazio nel modello della coamministrazione dove viceversa la competenza esecutiva è stabilmente assegnata alle amministrazioni nazionali da apposti atti legislativi europei.

Quest'ultima osservazione porta conseguentemente a dubitare che nelle ipotesi di coamministrazione si possa instaurare un rapporto di stabile gerarchia tra l'amministrazione europea e quella nazionale.

In tal caso difetta la fungibilità che connota in genere lo schema della disposizione per gradi e che implica poteri di ordine, sorveglianza e sostituzione in capo all'organo sovraordinato (Amorth, 1936: 52). La coamministrazione sembra più spesso dare luogo a un rapporto paritario atteso che il comportamento

delle amministrazioni nazionali è limitato positivamente dalla normativa europea che assegna loro la responsabilità della funzione esecutiva e riserva alle istituzioni sovranazionali poteri eventuali di vigilanza.

6. Il fondamento organizzativo della coamministrazione: coordinate ricostruttive

A nostro avviso l'analisi svolta nel precedente paragrafo permette di pervenire alla seguente conclusione: e cioè che nel caso della coamministrazione le relazioni tra l'amministrazione europea e quella nazionale presentano alcuni tratti riscontrabili nelle tradizionali formule di organizzazione delle figure soggettive pubbliche elaborate negli ordinamenti amministrativi contemporanei, tra cui quello italiano.

Nei procedimenti di coamministrazione si possono effettivamente riscontrare tracce di schemi organizzativi non nuovi in tali sistemi.

Dal punto di vista strutturale appare infatti innegabile l'analogia tra gli esempi appena citati e l'istituto della coamministrazione: il quale, come è stato giustamente osservato, si fonda sull'uso di soggetti esterni in modo che l'autorità procedente, attraverso il ricorso a terzi, possa realizzare un'attività organizzativa per disciplinare l'esercizio delle proprie funzioni (Scoca, 2005: 300).

Tuttavia è parimenti evidente come l'osservazione appena riferita non possa spingersi oltre una soglia solo descrittiva.

Difatti l'analisi svolta nel precedente paragrafo ha evidenziato come i rilevati elementi di analogia non permettano di identificare la coamministrazione con nessuna delle figure organizzative finora esaminate.

La conclusione che da ciò si può trarre è che la coamministrazione è un istituto sostanzialmente trasversale; che non si presta a essere incluso in schemi teorici predefiniti e presenta caratteri che talvolta coincidono, talaltra divergono da quelli individuati con riferimento alle classiche relazioni organizzative tra pubblici poteri.

Un istituto che, in altre parole, sembra sfuggire a una rigida schematizzazione.

Conseguentemente per dimostrare la possibile incidenza della coamministrazione sul piano dell'organizzazione amministrativa appare opportuno concentrare l'attenzione sull'elemento che più di ogni altro sembra qualificare l'istituto sotto l'aspetto strutturale: il procedimento inteso come strumento di unificazione dinamica dell'amministrazione nazionale e dell'amministrazione europea.

Di questa circostanza, del resto, la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea non ha mai dubitato. Da tempo il giudice sovranazionale ha infatti rilevato come il tratto distintivo della coamministrazione risieda proprio nel fatto che essa dà vita a un «procedimento unico» che implica la «ripartizione delle competenze fra le autorità nazionali e le istituzioni comunitarie»⁴¹.

7. *Coamministrazione e integrazione procedimentale*

Il che ci conduce al secondo aspetto.

Ciò che si vuole infatti sottolineare è che la coamministrazione è un fenomeno giuridico che sembra collocabile più agevolmente all'interno di una dinamica di tipo procedimentale in cui si innestano profili di integrazione amministrativa particolarmente significativi.

Si tratta cioè di un modello complesso in cui il procedimento amministrativo non rappresenta solo una scansione consecutiva di atti rivolti a uno scopo finale, ma diviene anche uno strumento di raccordo fra amministrazioni che hanno diversa estrazione ordinamentale.

Nella coamministrazione, in sostanza, il procedimento non esprime solo lo svolgimento dinamico della funzione amministrativa, ma possiede anche una valenza organizzativa poiché obbedisce a una esigenza di cooperazione in senso lato.

Questa conclusione pare evincersi dal fatto che la coamministrazione si fonda su una ripartizione di compiti tra soggetti collegati: da un lato l'amministrazione sovranazionale che esercita la potestà decisionale; dall'altro le amministrazioni nazionali che svolgono i compiti esecutivi conseguenti (Cassese, 1988: 160).

Si pensi, ad esempio, al regolamento 966/2012 che disciplina il procedimento di formazione del bilancio dell'Unione europea. Qui la regola generale è che la redazione del bilancio spetta alla Commissione che è tenuta a eseguirlo «sotto la propria responsabilità»⁴². Tuttavia, ai sensi dell'art. 55, co. 1, lett. b), la Commissione può anche scegliere di eseguire il bilancio attraverso una «gestione concorrente» in base alla quale, ferma restando la propria competenza decisionale, i «compiti d'esecuzione sono delegati agli Stati membri» secondo lo schema appena descritto⁴³.

Oppure si consideri la procedura di autorizzazione all'immissione in commercio di prodotti geneticamente modificati⁴⁴: la direttiva europea 2001/18 incarica l'autorità nazionale di svolgere un'istruttoria preliminare sulla domanda di autorizzazione ad essa pervenuta; superata positivamente questa fase il fascicolo è subito notificato alla Commissione e alle corrispondenti autorità degli altri Stati membri che devono esprimere il loro parere; in caso di valutazione positiva l'autorità nazionale è tenuta a rilasciare l'autorizzazione in conformità alla decisione adottata a livello europeo⁴⁵.

Volendo quindi trarre una conclusione che possa avere rilevanza sul piano organizzativo si potrebbe affermare che la coamministrazione tenda propriamente a realizzare un coordinamento operativo.

Cioè uno specifico rapporto collaborativo tra amministrazioni collocate su differenti piani ordinamentali che dà vita a un'attività ordinata secondo un «disegno unitario in vista di un risultato di interesse comune» (Sandulli, 1989: 242).

7.1 La funzione del procedimento amministrativo (ripercorrendo una tesi di Mario Nigro)

L'osservazione espressa a conclusione del precedente paragrafo dev'essere meglio chiarita.

È noto che il coordinamento, nelle sue linee essenziali, è l'effetto (o, per meglio dire, il risultato) di un disegno organizzativo finalizzato ad assicurare unità all'azione amministrativa. Nel coordinamento è insita l'idea della cooperazione volta a conferire contenuto coerente e organico all'attività di vari soggetti pubblici (Bachelet, 1957: 28).

La funzione di coordinamento presuppone perciò un principio di armonizzazione dei compiti assegnati a differenti figure soggettive autonome e impone doveri di collaborazione per realizzare finalità comuni. In questo senso il coordinamento è un mezzo per ordinare la complessità sociale e per frazionare il potere pubblico (Marongiu, 1969: 624).

Sul piano procedimentale il coordinamento pone poi in risalto due elementi convergenti: il primo è un elemento formale che consiste nel collegamento dinamico degli atti adottati dai soggetti coordinati in funzione di un certo risultato; il secondo è invece un elemento sostanziale che si coglie nell'indefettibilità del collegamento (o, se si vuole, della collaborazione) come criterio organizzativo delle funzioni pubbliche.

Ebbene simili caratteristiche sembrano ricorrere anche nella coamministrazione che in quest'ottica consente effettivamente di realizzare un coordinamento operativo tra soggetti appartenenti a ordini giuridici differenti, ma al tempo stesso integrati (Leanza, 1985: 220).

Si consideri di nuovo il regolamento europeo sui fondi strutturali 1303/2013: esso si prefigge il dichiarato obiettivo di «migliorare il coordinamento e armonizzare l'attuazione dei fondi che forniscono sostegno nell'ambito della politica di coesione»⁴⁶, nonché di «agevolare il coordinamento settoriale e territoriale dell'intervento dell'Unione nell'ambito dei fondi SIE e con altre politiche e altri strumenti pertinenti dell'Unione»⁴⁷. A tal fine esso richiede agli Stati membri e alla Commissione di «cooperare per garantire il coordinamento e la coerenza delle modalità di programmazione dei fondi SIE» per la loro attuazione a livello nazionale⁴⁸.

In questa prospettiva appare evidente che il procedimento è lo strumento – organizzativo – che può assicurare il coordinamento tra l'amministrazione europea e quella nazionale: difatti per realizzare i programmi finanziati dall'Unione, sebbene la Commissione abbia la responsabilità di gestire le risorse stanziare, l'esecuzione dei singoli interventi spetta alle amministrazioni nazionali. Sono queste che ricevono le domande di finanziamento, svolgono l'istruttoria sulla base dei criteri stabiliti dagli atti normativi europei, erogano gli aiuti eco-

nomici e vigilano sul rispetto degli impegni connessi. Pur se l'insieme di questi interventi è di competenza dell'Unione, ed è da questa disciplinato e finanziato, sono gli organismi statali d'intervento a disimpegnare in concreto i fondi per la coesione sociale.

La peculiare funzione del procedimento reca quindi con sé un effetto di particolare rilievo che consiste in ciò: che la condivisione della competenza e il necessario coordinamento tra i due livelli organizzativi pongono l'amministrazione europea e quella nazionale sul medesimo piano; esse sono perciò interconnesse nello schema particolare della coamministrazione; e lo sono perché concorrono, ognuna per la propria parte, a realizzare la stessa funzione amministrativa considerata nel suo insieme (Scoca, 2002: 84).

Tale osservazione induce ad affermare che la coamministrazione sia una modello di svolgimento dell'azione amministrativa europea che ha una particolare connotazione: qui infatti il procedimento svolge anche una funzione organizzativa e permette di coordinare l'amministrazione europea e l'amministrazione nazionale verso un fine condiviso.

Del resto l'attitudine al coordinamento degli apparati pubblici è un attributo che per definizione appartiene alla capacità ordinatrice del procedimento amministrativo.

Lo ricorda una nota e ancora attuale ricostruzione teorica: il «procedimento amministrativo, da una parte, è attività, o forma di attività, dall'altra ed insieme è coordinazione (azione coordinata) di uffici (cioè, di competenze, d'interessi), quindi organizzazione» (Nigro, 1966: 124). Tutto ciò accade perché il valore primario del procedimento è anzitutto organizzativo: esso infatti «non si limita a legare gli atti e i fatti in una serie progrediente verso un risultato finale, ma cuce dinamicamente soggetti (in senso ampio) e interessi, in una trama che è anzitutto organizzativa» (Nigro, 1980: 273).

È dunque nella prospettiva che tende a valorizzare la funzione anche organizzativa del procedimento amministrativo che la coamministrazione sembra effettivamente trovare la propria ideale collocazione all'interno delle dinamiche dell'organizzazione pubblica nazionale così come conformata dal processo di integrazione europea.

8. Coamministrazione e principio di cooperazione nel diritto europeo

Conclusivamente sembra allora possibile osservare come la coamministrazione sia un modello organizzativo caratterizzato dalla simultanea partecipazione di soggetti nazionali e sovranazionali che vengono coordinati attraverso meccanismi procedurali diretti a favorire l'esecuzione congiunta delle funzioni europee (Sciullo, 2013: 117).

L'effetto che ne consegue non è privo di importanza sul piano ordinamentale: si realizza in questo modo una più stretta connessione tra i centri nazionali e le istanze sovranazionali, entrambi inclusi in una attività funzionalizzata che è frutto del coordinamento tra amministrazioni che appartengono a ordinamenti diversi.

È per questa ragione che il modello organizzativo qui considerato richiede l'impiego di uno strumento flessibile, per l'appunto il procedimento: l'unico in grado di conciliare la posizione delle amministrazioni coordinate.

In questa prospettiva la coamministrazione altro non è che una manifestazione del principio di «cooperazione amministrativa» come precipitato del più generale principio di «leale cooperazione»⁴⁹; con ciò intendendo l'insieme delle azioni volte a «sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri»⁵⁰ per garantire la «attuazione effettiva del diritto dell'Unione»⁵¹.

Un effetto che vale a riaffermare la moderna funzione di unificazione svolta dal diritto amministrativo europeo.

Note

- ¹ Per la precisione sei codici: tre di nuova produzione (civile, procedura civile, marina mercantile e navigazione) e tre derivati dal sistema sabauda (commercio, penale, procedura penale).
- ² I settori dell'organizzazione comunale e provinciale, della sicurezza pubblica, della sanità pubblica, dell'ordinamento del Consiglio di Stato, del contenzioso amministrativo, dei lavori pubblici.
- ³ Svoltosi presso il Palazzo Vecchio di Firenze il 10 ottobre 1965.
- ⁴ Che ha istituito la Comunità Economica Europea (CEE) e la Comunità Europea dell'Energia Atomica (EURATOM).
- ⁵ La prima Comunità europea è stata quella del Carbone e dell'Acciaio (CECA) istituita col Trattato di Parigi del 18 aprile 1951.
- ⁶ Il riferimento è a una celebre terzina della Commedia che vale la pena riportare per esteso: «Ahi serva Italia, di dolore ostello, nave senza nocchiere in gran tempesta, non donna di province, ma bordello!» (*Purg.*, VI, 75-78).
- ⁷ *Par.*, VI, 1-12.
- ⁸ Art. 2 T.F.U.E.
- ⁹ Art. 90 T.C.E.E.
- ¹⁰ Art. 205 T.C.E.E.
- ¹¹ Ciò soprattutto grazie all'introduzione della procedura di c.d. *habilitation* che consentiva ai commissari europei – entro «certi limiti e in presenza di determinate condizioni» (così Corte di Giustizia CE, sentenza *Azko Chemie BV e Azko Chemie UK Ltd. c. Commissione delle Comunità Europee*, in causa 5/85) – di delegare ai singoli funzionari il potere di adottare «misure di gestione o amministrazione chiaramente definite» (art. 27 del regolamento interno della Commissione europea adottato nel 1975).
- ¹² Siglato il 17 febbraio 1986.
- ¹³ Alle originarie competenze previste dall'art. 3 del Trattato del 1957 ne sono state aggiunte altre nei settori dei trasporti, dell'energia, delle telecomunicazioni, dell'ambiente, della cultura, della ricerca scientifica e tecnologica, del turismo, dello sviluppo, della politica economica, monetaria e sociale, della politica estera, della giustizia civile e penale, della sicurezza interna, dell'immigrazione.
- ¹⁴ Come previsto, ad esempio, dal regolamento 614/2007 in materia ambientale (art. 12).
- ¹⁵ Art. 20 del regolamento 1/2003 sulla tutela della concorrenza nel mercato unico.
- ¹⁶ Artt. 101 e 102 T.F.U.E.
- ¹⁷ Art. 53 del regolamento 178/2002 sulla sicurezza alimentare.
- ¹⁸ A cui sono affidati poteri non solo esecutivi, ma anche di iniziativa legislativa e di vigilanza (art. 17 T.F.U.E.).
- ¹⁹ Come lascia intendere Cons. Stato, Sez. V, 4 agosto 2015, n. 3854.
- ²⁰ Anzitutto la Commissione, ma anche le agenzie, i comitati e le autorità indipendenti europee.
- ²¹ Infatti il già citato art. 291, § 1 T.F.U.E. precisa che «allorché sono necessarie condizioni uniformi di esecuzione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione» gli Stati membri «conferiscono competenze di esecuzione alla Commissione».
- ²² Come previsto dal regolamento 178/2002 sulla sicurezza alimentare (art. 23).
- ²³ È il caso dei procedimenti per la spedizione oltre frontiera dei rifiuti di cui al regolamento 1013/2006.
- ²⁴ Si pensi alla procedura di assegnazione del marchio di qualità ecologica ai sensi del regolamento 1980/2000.
- ²⁵ Come, ad esempio, il comitato per la protezione della denominazione di origine e delle indicazioni geografiche istituito dal regolamento 2081/1992 (art. 15).
- ²⁶ Come quella avviata nel settore delle telecomunicazioni col Gruppo dei regolatori europei per le reti e i servizi di comunicazione elettronica istituito con la decisione della Commissione 2002/627.

- ²⁷ Come previsto dal regolamento 3294/1994 che ha istituito un osservatorio comune per la lotta alla droga.
- ²⁸ Come il Garante europeo per la protezione dei dati personali istituito col regolamento 45/2001.
- ²⁹ Art. 6 T.F.U.E.
- ³⁰ Il riferimento ai procedimenti di coamministrazione e, più in generale, ai procedimenti composti compare al § 4, punto 4 del Libro I del codice ReNEUAL sui principi generali del procedimento amministrativo europeo. Qui si definisce «composto» il procedimento amministrativo in cui le autorità europee e quelle nazionali hanno «funzioni distinte e interdipendenti».
- ³¹ Art. 174 T.F.U.E.
- ³² Regolamento 1299/2013 sulla cooperazione territoriale europea; regolamento 1300/2013 per il Fondo di coesione; regolamento 1301/2013 per il Fondo europeo di sviluppo regionale; regolamento 1302/2013 sul gruppo europeo di cooperazione territoriale; regolamento 1304/2013 per il Fondo sociale europeo; regolamento 1305/2013 per il Fondo di sviluppo rurale; regolamento 508/2014 per il Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca.
- ³³ Art. 10.
- ³⁴ Art. 14.
- ³⁵ Art. 16.
- ³⁶ Art. 26.
- ³⁷ Art. 27.
- ³⁸ Art. 4, co. 4.
- ³⁹ Artt. 47 e 78.
- ⁴⁰ Art. 85.
- ⁴¹ Così C.G.U.E. 3 dicembre 1992, in causa C-97/91, *Oleificio Borelli*, punto 10.
- ⁴² Artt. 38 e 53.
- ⁴³ Art. 59, co. 1.
- ⁴⁴ Artt. 13 e 14 della direttiva 2001/18/CE.
- ⁴⁵ In questo senso Corte di giustizia UE, 21 marzo 2000, in causa C-6/99.
- ⁴⁶ Considerando 2; art. 1.
- ⁴⁷ Considerando 16; art. 4.
- ⁴⁸ Considerando 27; art. 26.
- ⁴⁹ Art. 4 T.U.E.
- ⁵⁰ Art. 6 T.F.U.E.
- ⁵¹ Art. 197 T.F.U.E.

Riferimenti bibliografici

- Amorth A. 1936, *La nozione di gerarchia*, Vita e Pensiero, Milano.
- Anchieri E. 1961, *La formazione storica della Comunità europea*, in *Le Comunità Europee*, I, Milano: 20 sgg.
- Astuti G. 1963, *L'unificazione amministrativa del Regno d'Italia*, in *Atti del XL congresso di storia del Risorgimento*, Roma: 93 sgg.
- Bachelet V. 1957, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Giuffrè, Milano.
- Benvenuti F. 1956, *L'organizzazione impropria della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4: 977 sgg.
- 1961, *La C.E.C.A., «ordinamento sovrano»*, in *Ordinamento della Comunità europea del carbone e dell'acciaio*, I, Cedam, Padova: 10 sgg.
- 1969, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, in F. Benvenuti, G. Miglio (a cura di), *L'unificazione amministrativa ed i suoi protagonisti*, in *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza: 345 sgg.
- 1996, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Cedam, Padova, 1996.
- Cassese S. 1988, *Poteri divisi: amministrazione europea e amministrazioni nazionali*, in *Studi in ricordo di Enzo Capaccioli*, Milano: 160 sgg.
- 1991, *Il sistema amministrativo europeo e la sua evoluzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3: 770 sgg.
- Chabod F. 1961, *Storia dell'idea d'Europa*, Laterza, Bari.
- de Pretis D. 2008, *Procedimenti amministrativi nazionali e procedimenti amministrativi europei*, in G. Falcon (a cura di), *Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario*, Cedam, Padova: 52 sgg.
- Franchini C. 1993, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Cedam, Padova.
- 2012, *Le nozioni di amministrazione indiretta e di coamministrazione nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano: 174 sgg.
- Gasparri P. 1967, *Politica ed amministrazione nell'ordinamento delle Comunità europee*, in *Studi in onore di Antonio Segni*, II, Milano: 305 sgg.
- Giannini M.S. 1988, *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, in G. Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, I, Cedam, Padova: 11 sgg.
- Greco G. 2005, *Diritto europeo e diritto amministrativo nazionale*, in L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, il Mulino, Bologna: 251 sgg.
- Guarino G. 1970, *Sulla utilizzazione di modelli differenziati nella organizzazione pubblica*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano: 17 sgg.

- Leanza U. 1985, *La partecipazione italiana al Fondo europeo di sviluppo regionale nell'ottica del giurista*, in L.F. Picchio (a cura di), *Incentivi C.E.E. per la riforma delle strutture economiche*, Cedam, Padova: 220 sgg.
- Marongiu G. 1969, *Gerarchia amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano: 624 sgg.
- Miele G. 1962, *Delega (dir. amm.)*, XI, Milano: 909 sgg.
- Monnet J. 1976, *Memoires*, Paris.
- Morelli G. 1954, *Appunti sulla Comunità europea del carbone e dell'acciaio*, in *Riv. dir. internaz.*: 559 sgg.
- Nigro M. 1966, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano.
- 1980, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2: 273 sgg.
- Pavone C. 1964, *Problemi dell'unificazione amministrativa*, in *Amministrazione centrale e amministrazione periferica: da Rattazzi a Ricasoli (1859-1866)*, Milano: 5 sgg.
- Predieri A. 1996, *Europeità dei fondi strutturali: compendio e metafora*, in A. Predieri (a cura di), *Fondi strutturali e coesione economica e sociale nell'Unione europea*, Giuffrè, Milano: 69 sgg.
- Romano S. 1950, *Decentramento amministrativo*, in *Enc. giur. it.*, 1894, IV, parte I, anche in *Scritti minori*, II, Milano: 14 sgg.
- Roversi Monaco F.A. 1970, *Profili giuridici del decentramento nell'organizzazione amministrativa*, Cedam, Padova: 122 sgg.
- Sandulli A.M. 1989, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Jovene, Napoli.
- Sciullo G. 1985, *Il Fondo europeo di sviluppo regionale: primi risultati di una ricerca*, in L.F. Picchio (a cura di), *Incentivi C.E.E. per la riforma delle strutture economiche*, Cedam, Padova: 178 sgg.
- 2013, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, Giappichelli, Torino.
- Scoca F.G. 2002, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, agg. VI, Milano: 84 sgg.
- 2005, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, il Mulino, Bologna: 300 sgg.
- Shmidt-Aßmann E. 2003, *Forme di cooperazione europea*, in *Dir. amm.*, 3: 474 sgg.
- Torchia L. 1997, *Diritto amministrativo nazionale e diritto comunitario: sviluppi recenti del processo di ibridazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5: 850 sgg.

'AL SERVIZIO DELL'INTEGRAZIONE': IL FUNZIONARIO PUBBLICO EUROPEO

Barbara Gagliardi

SOMMARIO – 1. La burocrazia professionale nella formazione degli Stati d'Europa. 2. La burocrazia come strumento d'integrazione. 3. L'unificazione amministrativa del Regno d'Italia. 4. L'Unione europea nel *continuum* istituzionale con le amministrazioni nazionali. 5. L'integrazione delle burocrazie nazionali europee: gli elementi di una cultura comune. 6. Lo *status* come elemento di una cultura comune: i diritti e obblighi dei funzionari europei. 7. I diritti del 'lavoratore-funziionario' nell'ordinamento europeo. 8. Il servizio della 'nazione' e l'adeguatezza del funzionario pubblico europeo. 9. Gli strumenti d'integrazione amministrativa dell'Unione europea: concorso pubblico e mobilità a supporto della capacità amministrativa.

1. La burocrazia professionale nella formazione degli Stati d'Europa

Da tempo si è evidenziato come il processo che ha condotto alla comparsa degli Stati nazionali abbia potuto affermarsi anche grazie all'istituzione di un corpo burocratico al servizio del re-sovrano e poi del popolo-sovrano, di cui è caratteristica essenziale la professionalità (Stumpo, 1987: 432-435; Ferrone, 1993: 159; Maravall, 1972: 86-87; Vicens Vives: 1972, 230).

Gli apparati amministrativi professionali assicurano l'effettività d'azione dei governi e s'impongono di necessità in ragione delle esigenze di leva militare e di imposizione fiscale determinate dai conflitti che in epoca moderna lacerano l'Europa. Si affermano progressivamente come elemento del modello 'legale' o 'razionale' dello Stato, cui è essenziale un corpo di funzionari dotati di una preparazione specialistica, selezionati con prove di qualificazione a contenuto standardizzato e destinati in modo esclusivo e continuativo all'esercizio delle funzioni d'amministrazione (Weber, 1980: 147).

I 'corpi' dell'amministrazione – che si tratti dei *letrados* di Spagna, dei commissari e intendenti francesi e piemontesi, dei commissari e *Beamte* prussiani o della 'nobiltà di servizio' russa – si caratterizzano per i diversi ritmi di formazione, come per una peculiare organizzazione, legittimazione, provenienza sociale. Variano altresì le relazioni con i gruppi di potere preesistenti, talora progressivamente sostituiti, altre volte integrati nelle nuove compagini amministrative.

Nelle differenti esperienze si colgono tuttavia essenziali caratteri comuni: la professionalizzazione, l'affermazione di una cultura di riferimento e la progressiva specializzazione, l'elaborazione di un'etichetta e di un cerimoniale che – con pari importanza – concorrono a forgiare l'identità di appartenenza dei funzionari.

Con la professionalizzazione sono elaborati sistemi di reclutamento meritocratici e obiettivi (concorsi o esami professionali), con cui è avviata una 'carriera' che assorbe tutta la capacità lavorativa del singolo, nel presente (esclusività dell'impiego pubblico) come nel futuro (stabilità). La cultura di riferimento è segnata dal titolo di studio superiore che diviene requisito per l'accesso al ruolo, ma trova espressione altresì nel consolidarsi di valori peculiari che si traducono nel riconoscimento di diritti e obblighi di *status*.

Insieme, la professionalizzazione e l'affermazione di una cultura 'propria' favoriscono l'emergere di un senso di appartenenza che si esprime e rafforza con le onorificenze a riconoscimento del servizio prestato (onorariato, emeritato), ma anche con la liturgia dei riti e dei luoghi del potere, la cui solennità è celebrazione del 'servizio della nazione' (Legendre, 1999: 15; Kessler, 2005: 277).

Nei ruoli d'alta amministrazione emergono nuovi gruppi sociali 'borghesi' favoriti dall'iniziale venalità delle cariche (Francia), talora la borghesia 'nobilitata' si giustappone alla nobiltà di corte e fondiaria secondo un processo di 'aristocratizzazione dell'amministrazione pubblica' (Spagna, Stati italiani pre-unitari). In altri casi (Prussia, Russia) è l'aristocrazia ad assolvere a un ruolo di primo piano in qualità di 'nobiltà di servizio' (Legendre, 1992: 454; Pagès, 1973: 241; Vicens Vives, 1972: 239; Di Simplicio, 1987: 538; Meriggi, 2002: 138; Corni, 1986: 456; Breuilly, 2004: 69).

Indipendentemente dal modello di Stato e di amministrazione prescelto, dal grado di centralizzazione degli apparati, o ancora dalla provenienza sociale dei singoli, le nuove funzioni assunte dai governi centrali impongono una specializzazione crescente, che segna l'emergere di saperi propri, sviluppati sul campo e ancor più nelle università e nei centri di istruzione d'ispirazione religiosa, talora in apposite 'scuole' di formazione.

La professionalizzazione dell'esercito, cui afferiscono altresì le prime 'scuole' (politecnici, scuole per cadetti: Ferrone, 1993: 157), funge da modello per l'amministrazione civile e per gli istituti di formazione a essa rivolti, divenuti particolarmente famosi in alcune tradizioni nazionali. Talora le prime iniziative di formazione *ad hoc* si rivolgono ai funzionari delle colonie e solo in un secondo tempo a quanti prestano servizio nell'amministrazione della madrepatria (Mill, 1861: 260; Vicens Vives, 1972: 230-232).

All'epoca vi era chi si aspettava che la selezione meritocratica dei funzionari avrebbe esercitato una spontanea – e benefica – influenza su università e scuole, secondo un circolo virtuoso che immagina i centri di formazione superiore in accesa competizione per fornire i migliori candidati ai concorsi, con un generalizzato miglioramento della qualità che avrebbe indotto – a propria volta – migliori *performances* amministrative (Mill, 1984: 209). L'obiettivo di ciascuna università di affermarsi quale 'fucina' dei vincitori delle selezioni – per accrescere

re il proprio prestigio e attrarre iscrizioni – avrebbe dovuto spontaneamente tradursi in formazioni 'mirate' e maggiormente rispondenti ai bisogni dell'amministrazione. Per l'effetto, quest'ultima avrebbe potuto attingere a 'viva' di candidati meglio formati e perciò capaci di assicurare il buon andamento dell'amministrazione (art. 97, co. 2°, Cost.), e cioè l'efficienza, efficacia ed economicità della sua azione.

Altre volte è esplicito l'appello alle Università perché si facciano carico della formazione «politico e amministrativa» utile ad assicurare allo Stato la «capacità degli uomini che utilizza» (Laboulaye, 1839: 521).

Il medesimo processo di crescita numerica e professionalizzazione burocratica si ritrova negli Stati italiani preunitari: nel Regno di Sardegna e ancora prima del ducato sabaudo, ove l'evoluzione prende le mosse e trova il suo modello di riferimento ancora una volta nell'esercito (Ferrone, 1993: 166), così come nel Lombardo-Veneto, nel Regno di Napoli e delle due Sicilie, nel Granducato di Toscana e negli altri Stati minori, esperienze tutte ove progressivamente si viene ad affermare una «burocrazia degli uffici» e una «borghesia del diritto» (Stumpo, 1987: 451). Un'impronta particolare segna forse il solo Stato Pontificio, anche in ragione della composizione 'aristocratico-clericale' dell'élite al potere, cui è stato imputato il ritardo nel processo di professionalizzazione del relativo apparato burocratico (Meriggi, 2002: 141-147).

2. *La burocrazia come strumento d'integrazione*

In epoca moderna l'istituzione di una burocrazia professionale al servizio del sovrano non è soltanto uno strumento di razionalizzazione dell'amministrazione, ma è al tempo stesso veicolo di affermazione dell'identità nazionale.

Il diritto dei *cittadini* di accedere ai pubblici impieghi in condizioni di eguaglianza trova il proprio archetipo nella Francia rivoluzionaria, ove la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 (art. VI) afferma che «tous les Citoyens [...] sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents».

L'enunciazione è ripresa dalla maggior parte delle Costituzioni europee¹ e dà fondamento a uno di quei diritti di libertà «risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» che «fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali» (art. 6, § 3, T.U.E.).

È proprio la correlazione tra professionalizzazione dell'apparato burocratico e sentimento d'appartenenza nazionale a caratterizzare l'esperienza europea, contro ad alcune delle più note tradizioni d'oriente (Turchia, Cina), che – pur avendo nel tempo elaborato raffinati sistemi di reclutamento e di selezione del

personale su base meritocratica – considerano i funzionari «parti anonime di un'organizzazione puramente tecnica», i quali, a garanzia dell'imparzialità del loro operato, non debbono essere originari del luogo in cui prestano servizio, né instaurare particolari legami con le comunità ivi stabilite (Maravall, 1972: 87; Miller, 1941: ch. IV; Balazs, 1971: 20).

L'estraneità è sinonimo d'indipendenza anche nell'esperienza dei comuni medioevali europei, ove il podestà, al pari dei suoi più stretti collaboratori, doveva «provenire da altra terra, e non delle più vicine», né poteva «mangiare o bere con alcun cittadino, dormire a casa d'alcuno, ricever mutui, comodati, doni od altri vantaggi di qualche rilevanza» (Giriodi, 1897: 286; Ziller, 1988: 33).

È con l'affermarsi dello Stato nazionale come forma tipica di organizzazione del potere politico, che l'accesso agli impieghi pubblici diviene in Europa attributo dello *status* di cittadinanza, diritto *politico* che è tale perché – come lo status di *civis optimo iure* degli antichi (Crifò, 2000: 34; Costa, 2005: 9-10) – consente di partecipare all'organizzazione economico-sociale della *polis*, con ciò segnando i confini di un'identità che si è venuta prevalentemente costruendo per differenza, come strumento di chiusura rispetto a ciò che è altro (Algotino, 2005: 417).

La riserva ai cittadini si correla al sentimento di 'appartenenza' alla collettività di cui le istituzioni sono espressione, che è fondamento altresì del dovere di fedeltà a questi imposto².

L'accesso esclusivo dei cittadini ai pubblici uffici trova un modello di riferimento nell'organizzazione dell'esercito moderno che non è più mercenario, ma popolare e poi di leva. E ciò non solo perché le guerre richiedono un numero crescente di uomini in ragione di scontri che sono sempre più tra popoli e non tra sovrani (Legendre, 1992: 207), ma anche perché il «sacro dovere di difesa della patria»³ può portare sino all'estremo sacrificio della vita. Non si tratta pertanto di un 'contratto di ingaggio' a prestazioni corrispettive che può essere compensato dalla mercede riconosciuta alle compagnie al soldo di nobili e sovrani medioevali; occorre qualcosa di più, un 'sentimento' che – si dice – è «spontaneo, disinteressato e indisponibile, come quello che lega un uomo al luogo in cui è nato», sicché i sovrani possono riuscire ad assicurare l'efficace difesa dei loro regni solo con il supporto di quanti li popolano (de Tocqueville, 1835: 67).

In Europa dunque lo *status* di cittadino si concretizza anzitutto nel diritto di accesso in condizioni di eguaglianza al servizio (civile) della Nazione, ma anche nell'obbligo – forse del pari 'politico' – di prestare servizio (militare) nell'esercito.

È noto da tempo che l'accesso ai ruoli dell'amministrazione è veicolo di rafforzamento dell'identità nazionale e ha dunque carattere inclusivo, completandosi nel suo reciproco, cioè l'esclusione dello straniero.

Non è un caso che dalla metà del XIX secolo politiche ispirate alla teoria della c.d. *representative bureaucracy* (Kingsley, 1944) si ritrovino in molti degli Stati plurinazionali o comunque segnati dalla presenza di importanti minoranze linguistiche, sociali, etniche o religiose come Libano, India, Canada, Belgio, Sudafrica, Stati Uniti, e così via. Il diritto di accesso si traduce in vere e proprie 'quote' riservate alle minoranze (*affirmative actions*), oppure fonda strumenti e politiche utili a incentivarne e a rafforzarne le candidature (c.d. *diversity management*), con ciò superando e circoscrivendo la logica meramente meritocratica in nome d'integrazione e pace sociale (Caielli, 2008: 3; Rosenbloom, Dolan, 2006: 154; Gagnon, Turgeon, Champlain, 2006: 301).

Le norme volte ad assicurare che le amministrazioni accolgano afroamericani e *latinos* negli Stati Uniti, i *dalit* o intoccabili in India, cristiani e musulmani in Libano, così come la disciplina dei ruoli linguistici in Belgio, intendono assicurare che l'amministrazione sia uno 'specchio della Nazione' capace di rifletterne – ad ogni livello – tutte le componenti, assolvendo al ruolo identitario che al tempo stesso è presupposto dell'efficacia della sua azione.

Le stesse politiche di inclusione delle minoranze – che siano etniche, religiose, linguistiche ecc. – investono l'istruzione superiore, e cioè i luoghi di apprendimento ed elaborazione di quel sapere specialistico che è requisito d'accesso e di legittimazione all'esercizio delle funzioni d'amministrazione.

Quote e altre politiche di sostegno sociale 'mirato' integrano in parziale deroga i criteri d'accesso secondo il merito, perseguendo logiche autonome, talora dette di 'merito sociale' (Claisse, Meininger, 1994: 73-74), che concorrono a realizzare l'ulteriore presupposto di legittimazione dell'amministrazione dato dall'identificazione con il suo apparato. La 'rappresentatività' della burocrazia – specie se di *front-line* – stempera infatti la contrapposizione e rende l'amministrato più disponibile ad una cooperazione – o non opposizione – all'esercizio di un pubblico potere che non sente 'diverso da sé'.

3. L'unificazione amministrativa del Regno d'Italia

Si è evidenziato come l'Italia unita sia arrivata al 'decollo amministrativo' solo in coincidenza con l'industrializzazione d'inizio novecento e con l'urbanizzazione e crescita della domanda di servizi pubblici che ne sono presupposto e conseguenza (Melis 2015: 110 e 1996: 12; Cassese, 1977: 25).

È solo in questa fase che giunge a compimento il processo di professionalizzazione della burocrazia, con definitiva generalizzazione – nel testo unico sugli impiegati civili dello Stato del 1908 – del reclutamento per concorso⁴. Parallelamente si afferma la laurea quale requisito di accesso per gli impieghi superiori⁵, con ciò superandosi una tradizione contraria e attenta a scongiurare il

rischio di discriminare i non laureati «per motivi di insufficienza di mezzi pecuniari od altra ragione indipendente dal merito personale» (Calandra, 1978: 28).

Lo stesso testo unico sugli impiegati civili dello Stato segna la specialità del rapporto rispetto alla *locatio operarum* disciplinando «le condizioni ed i modi con cui gli uffici pubblici sono conferiti, come ci si può avanzare e le cause per cui si perdonano», secondo l'auspicio formulato quasi trent'anni prima da Silvio Spaventa, che vi aveva colto uno dei requisiti d'imparzialità dell'amministrazione necessari per proteggere la «libertà del popolo italiano»⁶.

Ai primordi dell'unificazione la burocrazia è di dimensioni modeste rispetto alle coeve esperienze europee, è retta da un'élite in prevalenza piemontese e fortemente compenetrata con i vertici politici; solo in esigua parte è reclutata per concorso e in ogni caso manca di una formazione preliminare specifica a beneficio di un addestramento che è essenzialmente 'sul campo', attraverso il c.d. 'volontariato' (Melis, 2015: 92; Gustapane, 1997: 22).

Tuttavia è proprio a livello del personale burocratico che si realizza, all'indomani della proclamazione del Regno di Italia, l'unificazione dell'amministrazione sabauda con quelle del Regno delle due Sicilie e degli altri Stati preunitari, attraverso il diretto reclutamento negli organici dell'una di molto del personale delle altre, favorito dalla progressiva uniformazione *ex lege* delle condizioni di impiego, e cioè di stipendi, disponibilità, aspettative, congedi, cumuli di impieghi e pensioni (Cassese, 2014: 54).

La nuova amministrazione del Regno d'Italia si viene in breve tempo a comporre di circa cinquantamila unità di personale, assumendo dimensioni che pur rimangono lontane dagli standard europei oltreché della mera sommatoria di quelli degli Stati preesistenti (Sandulli, Vesperini, 2011: 47)⁷.

La crescita dell'amministrazione unitaria è realizzata con l'assorbimento diretto – corretto da una limitata selezione – dei funzionari dei vecchi Stati (specie borbonici: Cassese, 1977: 70), che si giustappongono alle circa dieci-undicimila unità del Regno di Sardegna, oltre che a nuovi elementi già impiegati in governi provvisori e luogotenenze. Il tutto avviene all'insegna della continuità con l'eredità piemontese, che determina gli stili di lavoro e assicura la copertura dei ruoli di vertice (Astuti, 1966, 56; Calandra, 1978: 88).

L'unificazione dell'amministrazione si fa dunque prevalentemente 'sul terreno', Ministero per Ministero, accogliendo nelle fila della burocrazia sabauda anzitutto *liberali e patrioti* già vittima di discriminazione negli Stati preunitari e che avessero «offerto i loro servizi nelle successive guerre per l'indipendenza italiana»⁸, poi gli altri funzionari, con un obiettivo che inizialmente è di piena utilizzazione degli organici delle amministrazioni preesistenti⁹.

Quanti non possono essere immediatamente ricollocati perché sovrannumerari sono posti in disponibilità o in aspettativa, spesso trasferiti in altre province del

Regno previa attribuzione di un'indennità correlata a distanza, modo di viaggio, stato della famiglia e stipendio¹⁰. Si innova così rispetto alla legislazione sabauda ove era scarsa la mobilità del personale anche perché tutti i costi erano a carico del singolo (Calandra, 1978: 33); con lo spostamento della capitale a Firenze e Roma speciali indennità di residenza sono riconosciute a quanti si trasferiscano, anche ove si tratti di «uscieri o inservienti»¹¹. Per facilitare i trasferimenti e l'unificazione dei ruoli sono adottate le nuove piante organiche dei ministeri¹² e censiti gli effettivi disponibili, quindi sono 'pareggiati' gradi, stipendi e indennità¹³.

La circolazione del personale è strumento di riorganizzazione delle amministrazioni, ma è altresì veicolo di unificazione delle burocrazie preesistenti e di formazione di un'identità nazionale, se è vero che gli spostamenti da nord a sud degli impiegati configurano una sorta di «percorso di formazione» utile, anzitutto, a conoscersi reciprocamente e a superare l'iniziale diffidenza (Melis, 2004: 20-21). Progressivamente si forma un «piccolo esercito» di prefetti, intendenti di finanza e maestri che si 'italianizza' sempre più, favorendo l'unificazione linguistica e culturale del paese (Astuto, 2014: 79; Sepe, 1996: 148, 154).

Si afferma così un modello di integrazione che passa anzitutto attraverso l'unificazione delle amministrazioni, e per esse degli uomini, nell'amministrazione civile come in quella militare, all'insegna di una continuità con l'amministrazione sabauda che viene meno ove si tratti di realizzare l'amalgama del personale favorendone la mobilità. Ai margini del processo rimangono gli enti locali, il cui personale è solo in parte interessato dalla professionalizzazione, non foss'altro perché gli amministratori locali ne temono gli strumenti (anzitutto il concorso pubblico), considerato foriero di indesiderati limiti all'«assoluta "libertà" del comune di assumere e licenziare» (Pinelli, 1994: 330)¹⁴.

Nello stesso periodo si procede ad «assemblare e coagulare centottantamila uomini» provenienti dagli Stati preunitari in un unico esercito comandato – prevalentemente – dagli ufficiali piemontesi. L'assorbimento di larga parte degli uomini già in servizio si combina all'introduzione della leva obbligatoria, che è veicolo dell'identità nazionale oltreché strumento di una seppur minima alfabetizzazione ed educazione specialmente per i giovani del Meridione (Cammarano, 1995: 42): nelle 'Scuole reggimentali per l'istruzione primaria, la ginnastica e gli elementi di arte militare' si insegna infatti a leggere e scrivere, e chi non ha imparato non è congedato (Tobia, 1995: 489; Sandulli, Vesperini, 2011: 47).

Se gli ufficiali piemontesi prevalgono numericamente e impongono un modello di lavoro, di organizzazione e sinanco uno stile di vita, l'integrazione non è assente nemmeno ai livelli superiori della gerarchia militare e coinvolge gli ufficiali degli Stati preunitari e – in misura minore – i volontari dell'esercito garibaldino, salvo poi procedersi a successive epurazioni di quanti dimostrino una scarsa capacità di adattamento (Melis, 2015: 101).

Certo l'integrazione degli uomini degli Stati preunitari negli apparati del Regno non si realizza senza resistenze e – si è rilevato – è spesso insufficiente a fronte del perdurare dell'egemonia piemontese nei ruoli di comando, egemonia che è più netta in taluni settori (diplomazia), meno in altri (magistratura, amministrazione della pubblica istruzione, prefettura), e in cui da tempo si è colto un ostacolo alla provvista dei più capaci di ogni Regione e con essa all'efficienza dell'amministrazione (Melis, 1996: 44; Astuto, 2014: 76).

Solo in epoca giolittiana si raggiunge un maggior equilibrio geografico, anche in ragione di quel processo d'industrializzazione che è stato individuato tra le cause di modernizzazione dell'amministrazione e che in seguito sarà uno dei fattori della c.d. 'meridionalizzazione' del pubblico impiego (Cassese, 1977: 81). Alla domanda di servizi pubblici risponde la crescita dell'amministrazione e con essa quella – per numero e professionalità – degli impiegati pubblici, che dal 1900 al 1915 passano da 90 mila a 300 mila, collocandosi specialmente nei servizi come ferrovie, genio civile, poste e telegrafi (Melis, 2015: 140).

4. L'Unione europea nel continuum istituzionale con le amministrazioni nazionali

L'ordinamento dell'Unione europea coglie la capacità di integrazione della burocrazia nel c.d. principio 'dell'equilibrio geografico' che ispira la disciplina sui funzionari delle istituzioni: assunzioni e promozioni¹⁵ debbono avvenire «su una base geografica quanto più ampia possibile tra i cittadini degli Stati membri»¹⁶ perché il corpo burocratico sia al massimo grado rappresentativo dei popoli e delle rispettive tradizioni amministrative.

Il principio trova un limite insuperabile in quello meritocratico, che impone anzitutto la selezione di impiegati «dotati delle più alte qualità di competenza, efficienza e integrità», e non può comunque tradursi nella fissazione di 'quote nazionali' o di riserve a beneficio di provenienze geografiche determinate, pena la violazione del prevalente principio di non discriminazione in ragione della nazionalità (art. 18, T.F.U.E.)¹⁷.

A una rappresentanza tendenzialmente omogenea delle componenti nazionali negli organici della funzione pubblica europea corrisponde una disciplina giuridica (statuto dei funzionari) che è stata detta «realmente europea» poiché capace di coniugare in una sintesi il modello continentale di pubblico impiego con elementi originali della cultura anglosassone (Oberdoff, 2014a: 291).

I funzionari dell'Unione sono infatti retti da uno statuto definito unilateralmente dalle istituzioni (art. 336, T.F.U.E.), sono nominati per concorso in un impiego che è di 'carriera', conseguono le promozioni per anzianità e merito e sono tenuti a obblighi che ne riflettono lo *status* di servitori dell'interesse generale: lealtà all'Unione (art. 11, Statuto), 'dignità' nel comportamento (art. 12,

Statuto), esclusività della prestazione (art. 11 bis e 12 *ter*, Statuto), obbedienza gerarchica (art. 21, Statuto), residenza nel luogo di servizio (art. 20, Statuto).

Allo stesso tempo le evoluzioni più recenti hanno portato ad una contrattualizzazione ‘strisciante’, segnata dalle deroghe al principio del concorso – già di per sé ispirato al modello peculiare delle ‘liste di riserva’ (Ban, 2010: 10; Franchini, 2013: 268) – e dall’aumentare di agenti contrattuali con svariate denominazioni e funzioni (agenti temporanei, contrattuali, locali, consiglieri speciali, esperti, esperti nazionali distaccati, stagisti, lavoratori interinali ecc.).

Non si tratta tuttavia di una burocrazia realmente rappresentativa o comunque capace di svolgere un ruolo identitario, anche in ragione del tipo di funzioni esercitate – prevalentemente di regolazione – cui corrisponde un esiguo numero di addetti (circa 40.000 persone solo alla Commissione: Stirn, 2012: 144), talora descritti come freddi ‘tecnocrati’, lontani e insensibili alle esigenze della popolazione.

Non può tacersi peraltro come lo stesso principio dell’equilibrio geografico sia stato spesso usato in chiave di ‘spartizione’ di ruoli di potere tra i singoli Stati membri, per assicurare un’influenza su uffici e settori strategici per gli interessi nazionali (es. gli uffici economico-finanziari per la Germania, la pesca per la Danimarca, le politiche agricole per l’Italia ecc.: Franchini, 2013: 277; Blumann, 2000: 133), e ciò malgrado l’espressa esclusione di qualsiasi rappresentanza nazionale in capo ai funzionari dell’Unione (artt. 7 e 27, Statuto), che viceversa sono al servizio esclusivo dell’«interesse pubblico europeo».

Un numero esiguo di funzionari che non ha conosciuto nel tempo variazioni proporzionate all’aumentare delle competenze dell’Unione, e ciò proprio in ragione del modello d’integrazione prescelto, che si fonda su una crescente compenetrazione tra amministrazioni europee e amministrazioni nazionali. L’«amministrazione indiretta», poi definita amministrazione a rete, coamministrazione o ‘amministrazione integrata’ (v. R. Cavallo Perin, *L’organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l’integrazione europea*, in questo volume; Chirulli, 2015: 155; Ziller, 2014: 327; Franchini, 2014: 335; Saltari, 2007: 255) – vede le une elaborare politiche e decisioni nel raccordo con le altre, cui è rimessa la relativa esecuzione in un *continuum* istituzionale ove tutte, seppur formalmente separate, agiscono quali organi di uno stesso apparato o ‘sistema’, quello – appunto – europeo.

Si è così detto che le amministrazioni dei paesi membri agiscono «sotto a un doppio cappello» (Porchia, 2008: 44) o in un rapporto di ‘doppia agenzia’, ove le competenze attribuite dall’ordinamento nazionale si sommano a quelle derivanti dall’ordinamento dell’Unione, che talora condiziona direttamente l’organizzazione amministrativa anche imponendo la costituzione di uffici o enti *ad hoc*.

Il modello europeo d’integrazione non si caratterizza dunque per l’unificazione delle amministrazioni dei singoli paesi membri, con sottoposizione del

personale a uno statuto unitario come è si è visto per l'esperienza italiana, ma piuttosto per l'integrazione nella separazione, ove gli organi dell'una e delle altre agiscono in un 'doppio' rapporto d'immedesimazione che non impone il superamento delle specificità delle tradizioni amministrative nazionali, pur favorendone la convergenza.

All'amministrazione europea integrata corrisponde una *burocrazia europea* che a questo punto non coincide più esclusivamente con i funzionari delle istituzioni dell'Unione, ma ricomprende tutti coloro che esercitano funzioni 'europee', che ciò avvenga nell'ambito delle amministrazioni nazionali, o di quelle dell'Unione.

È una burocrazia europea siffatta a poter costituire uno strumento d'integrazione dei cittadini dell'Unione, purché capace di rappresentare tutte le componenti nazionali e le corrispondenti tradizioni amministrative e burocratiche, o meglio, ciò che alle stesse vi è di comune, che si tratti dei saperi di riferimento, o di quei diritti e obblighi direttamente riconducibili allo *status* di funzionario che del pari sono espressione della 'cultura' europea del servizio della nazione.

5. L'integrazione delle burocrazie nazionali europee: gli elementi di una cultura comune

L'analisi delle tradizioni burocratiche nazionali consente di evidenziare – anche ad una prima lettura – elementi riconducibili a una cultura comune, che emerge, senza esserne oscurata, nelle evoluzioni peculiari alle singole esperienze europee, anche in ragione di scambi e influenze reciproche che si sono perpetuati nel tempo.

Cultura comune che sembra in particolare segnata dalla predominanza del diritto, rispetto a cui fa eccezione forse solo il Regno Unito, ove la tradizione di riferimento è la cultura classica appresa nelle più prestigiose università del paese, secondo l'idea di John Stuart Mill di un reclutamento in ragione di «powers and habits of mind», piuttosto che degli «acquirements», che da soli sono «little more than a dead weight if there is no ability to turn them to use» (Mill, 1984: 209).

Anche nel Regno Unito non mancano i tentativi di elaborare una cultura professionale capace di superare la critica rivolta ai *civil servants* di essere dei *gifted amateurs* (Page, 1990: 40; Lowe, 2011, 50; Pilkington, 1999: 20): anzi, alla Compagnia britannica delle Indie Orientali si deve una delle prime esperienze di sistematizzazione del *merit system* per l'accesso al collegio di Haileybury, ove i futuri funzionari coloniali apprendevano elementi di cultura generale ma anche conoscenze giuridiche e linguistiche (Blunt, 1938: 35).

È tuttavia il continente che sviluppa con maggiore impeto la 'cultura dell'amministrazione', intesa sin dal cameralismo prussiano come strumento al servi-

zio del principe per il superamento dell'ordinamento fondato sui Ceti, dunque per una modernizzazione dell'organizzazione del potere (Schiera, 1968: 206; Möller, 2000: 244-245).

Le scienze camerali – intese in origine come 'scienze della tassazione', successivamente comprensive di elementi di scienza dell'amministrazione, scienze delle finanze, economia politica ecc. – arretrano in Prussia innanzi all'affermarsi del c.d. *juristenmonopol* che sin dal 1879 impone la laurea in giurisprudenza come requisito d'accesso ai posti dirigenziali (Vincent, 2006: 17).

Prima ancora il cameralismo ispira la Francia del XIX secolo ove il tentativo ripetuto di istituire scuole e 'facoltà d'amministrazione' (Laboulaye, 1839: 578) – in cui sia dato largo spazio al diritto, ma anche alle scienze politiche e dell'amministrazione, come alla statistica, economia politica, geografia politica ecc. – sfocia infine nell'*École libre de Sciences Politiques* (1871) e quindi nell'*École nationale d'Administration* (1945). Quest'ultima, per propria parte, è stata assunta a modello in Italia con la Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione, (poi Scuola Nazionale della Pubblica Amministrazione), come nel Regno Unito con il *Civil Service College*, in Grecia con la corrispondente Scuola Nazionale e nell'Unione europea con la Scuola Europea d'Amministrazione.

Il diritto predomina nella formazione della burocrazia spagnola, a partire dai *letrados del Siglo de Oro* (1400-1500), che sono diplomati nelle Università di Salamanca, Valladolid e Alcalá de Henares (Alba Tercedor, 2012: 41).

In Italia è invece il c.d. 'decollo amministrativo' dei primi del '900 a consacrare definitivamente la cultura giuridica, in continuità con la tradizione che da tempo individuava nella facoltà di Giurisprudenza la «sede di preparazione alla dimensione pubblica» (Cammарano, 1995: 29). La definitiva affermazione del diritto come cultura di riferimento avviene a discapito specialmente delle professioni tecniche (statistici, geografi, ingegneri), di cui si avvia un inarrestabile declino capace di oscurare le pur importanti esperienze – di rilevanza anche internazionale – maturate a fine '800 (Cassese, 1977: 19-23; Sepe, 1996: 154-158).

L'apporto della formazione giuridica nella definizione della cultura di riferimento del funzionario pubblico europeo acquista una rinnovata evidenza per effetto del processo di costruzione europea, che si realizza anzitutto con l'integrazione e progressiva armonizzazione – diretta o indiretta – degli ordinamenti nazionali.

La preminente «dimensione giuridica» dell'integrazione europea determina – come noto – l'emergere di un *diritto pubblico europeo* (Auby, Dutheil de la Rochère, 2014: 23; Stirn, 2012: 51) che investe direttamente l'esercizio delle funzioni attribuite alle amministrazioni nazionali, secondo un'intensità crescente che nel tempo ha saputo coinvolgere la disciplina delle attività economiche (tutela della concorrenza, circolazione di merci, capitali e servizi, servizi d'inte-

resse economico generale), come l'organizzazione e l'approvvigionamento delle amministrazioni (appalti pubblici), l'erogazione dei servizi all'utenza (servizio universale, tutela dei consumatori) e sinanco l'esercizio delle funzioni di autorità (giustizia, cooperazione di polizia).

Il diritto pubblico – o amministrativo – europeo si afferma inevitabilmente come cultura di riferimento del *funzionario pubblico europeo*, così come sin dal XIX secolo il diritto amministrativo ha assunto al ruolo di sapere proprio della burocrazia professionale di molti paesi d'Europa. A esso si affiancano con pari importanza i saperi economico-finanziari, resi sempre più necessari in chiave di tecnica dalla crisi economica e dalle politiche di contenimento del debito imposte dalle istituzioni europee (Banca centrale europea) e internazionali (Fondo monetario internazionale).

Per l'esercizio delle attività d'amministrazione sono tuttavia necessari – oggi come allora – anche altri saperi, che rivestono pari importanza per l'accesso ai ruoli della burocrazia: quelli delle altre scienze sociali, quelli 'tecnici' (ingegneria, architettura, statistica, medicina),

I tempi recenti sono segnati dal riconoscimento dell'opportunità offerta dalle nuove tecnologie, e anzitutto della c.d. *Information Communication Technology* (ITC), che fonda una – ancora insufficiente – riaffermazione delle professionalità tecniche, con la creazione di posti negli organici e prima ancora il conferimento di incarichi e contratti di collaborazione.

Tali conoscenze – che si tratti di quelle giuridiche o di quelle c.d. 'tecniche' – sono parte integrante dei programmi dei concorsi e dei percorsi di formazione rivolti ai funzionari come dei *curricula* universitari, ove il processo d'integrazione europea favorisce ulteriormente il riavvicinamento delle culture nazionali.

Gli obblighi di riconoscimento dei titoli di studio e delle qualifiche professionali, ancor più la tendenziale armonizzazione nell'articolazione dei cicli di studio (processo di Bologna), negli obiettivi (strategia di Lisbona per un'Europa della conoscenza, *Europa 2020*) e talora anche nei contenuti dei diplomi universitari (disciplina delle professioni sanitarie) assurgono a elementi costitutivi di un *sistema europeo d'istruzione superiore* capace di divenire luogo primario di formazione – anche – dei funzionari pubblici d'Europa, come le università sono state un tempo a supporto della professionalizzazione dei funzionari pubblici nazionali.

L'Unione è chiamata a supportare le stesse scuole e università quali punti di una *rete o sistema* europeo d'istruzione (art. 165, § 1, T.F.U.E.), cui i cittadini europei debbono poter accedere in condizioni di parità¹⁸ e ove si affermano standard minimi per un'istruzione di qualità che possa offrire una risposta alla crisi economica (Cavallo Perin, 2013: 165).

Capacità di risposta alla crisi economica che nella specie trova attuazione nell'elaborazione e selezione dei saperi utili all'emergere di una 'professionali-

tà europea' dei funzionari quale misura dell'adeguatezza all'esercizio dell'attività amministrativa e di rafforzamento della capacità delle stesse amministrazioni.

6. *Lo status come elemento di una cultura comune: i diritti e obblighi dei funzionari europei*

La 'cultura di riferimento' delle burocrazie nazionali non si esaurisce nelle conoscenze utili all'esercizio delle funzioni, ma comprende diritti e obblighi derivanti dallo *status* di funzionario pubblico, che nella tradizione europea segnano la specialità rispetto al lavoro nell'impresa (Cavallo Perin, Gagliardi, 2014: 327).

Ovunque si ritrovano elementi di un'etica pubblica' (Merloni, Cavallo Perin, 2009: 15, 147) che si traduce in 'obblighi permanenti' capaci di investire la condotta dei funzionari nell'esercizio delle attività come nella vita privata, imponendosi non solo a coloro che sono in servizio, ma anche a quanti vogliono accedere ai pubblici impieghi o ne siano cessati (Jean-Pierre, 1999: 6).

Così i funzionari pubblici sono tenuti a obblighi di 'fedeltà' o 'lealtà' nei confronti del potere costituito, che – pur conoscendo diverse declinazioni nelle tradizioni nazionali – evidenziano un fondamento comune sin da Carlo Magno, che pretendeva dai cittadini il giuramento di fedeltà a simbolo di una relazione 'prioritaria' ed esclusiva con il sovrano, perciò incompatibile con vincoli verso organizzazioni diverse (confraternite, congreghe), suscettibili di sfociare in cospirazioni, non a caso dette 'congiure' (Barbero, 2006: 164).

L'obbligo di fedeltà si specifica nella disciplina delle incompatibilità e del divieto di cumulo d'impieghi¹⁹, così come negli obblighi d'imparzialità, talora declinati come 'neutralità' (Regno Unito, Polonia²⁰, Germania) e 'laicità' (Francia)²¹. La neutralità importa il divieto di appartenere a partiti politici, o anche solo l'obbligo di denunciare l'appartenenza, al pari del divieto di sciopero che in alcune tradizioni è considerato insuperabile in quanto «principio tradizionale del rapporto d'impiego professionale»²². La laicità s'intende anzitutto come divieto di proselitismo, che a sua volta si traduce in quello di manifestare la propria appartenenza religiosa indossandone in modo *evidente* i simboli (es. *dijab*)²³.

All'obbligo di fedeltà si correlano più ampiamente doveri di una condotta esemplare e ispirata all'*onore*²⁴, al decoro e a una moralità che è segno e portata della *dignità* acquisita (Camus, 2015: 541).

L'onore e la *disciplina* nell'esercizio delle funzioni implicano obblighi differenziali che contraddistinguono il funzionario rispetto agli altri cittadini, segnandone lo *status* con norme di comportamento la cui rilevanza raggiunge i terzi, utenti o amministrati (Cavallo Perin, Gagliardi, 2014: 327), secondo un assunto che è indifferente alle pur diffuse riforme nel senso della 'contrattualiz-

zazione' o 'privatizzazione' del rapporto (Italia, Svezia, Paesi Bassi, e in minor misura Spagna, Francia, Grecia: per una panoramica: De Becker, 2011: 949).

Lo *status* del funzionario ne fonda al contempo i diritti, il primo dei quali si è già ricordato e coincide con l'accesso ai ruoli in condizioni d'eguaglianza, senz'altra discriminazione che quella per 'virtù e talenti'²⁵.

Il diritto all'eguaglianza meritocratica' investe tutta la carriera, traducendosi in quello di accedere alle promozioni secondo esami e concorsi, con correlato obbligo dell'amministrazione-datore di lavoro di approntare adeguati sistemi di valutazione delle c.d. *performances*.

L'obbligo d'imparzialità si correla al diritto alla 'permanenza'²⁶ o 'stabilità' dell'impiego, la c.d. *tenure* della tradizione giuridica anglosassone, che è garanzia e tutela del funzionario da ingerenze indebite (Cassese, 2007: 11).

Alla stabilità si giustappone il diritto alla 'protezione' da parte dell'amministrazione nei confronti di terzi, ivi compreso il diritto a essere tenuti indenni dalle azioni giurisdizionali occasionate dall'esercizio delle funzioni, ferma restando la responsabilità individuale del funzionario nei casi più gravi (dolo e colpa grave)²⁷.

Lo *status* è inoltre tradizionalmente fondamento dei diritti a contenuto patrimoniale: della retribuzione che in origine non è corrispettivo, ma indennità correlata all'esercizio delle funzioni, così come della pensione, che sin dalla Rivoluzione francese intende consentire a chi è stato al servizio della Nazione di ritirarsi dalla vita attiva in condizioni consone alla dignità ricoperta²⁸, secondo quello che talora è definito come *Alimentationsprinzip* (Germania)²⁹.

7. I diritti del 'lavoratore-funzionario' nell'ordinamento europeo

Sul versante dei diritti l'ordinamento europeo esercita un effetto di armonizzazione e ravvicinamento delle tradizioni nazionali che trova fondamento nei principi posti dai Trattati, in chiave anzitutto di realizzazione del mercato interno e poi sempre più in una dimensione di tutela dei diritti fondamentali delle persone, cui concorre altresì la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Stirn, 2012: 144).

Così gli ordinamenti nazionali sono obbligati a dare attuazione al principio di libera circolazione dei lavoratori permettendo l'accesso dei cittadini dell'Unione a tutti i posti d'impiego che non comportino esercizio di pubblico potere (art. 45, T.F.U.E.)³⁰. Il principio di non discriminazione concorre all'effettività del diritto di circolazione con il divieto di irragionevoli requisiti nei concorsi, ove l'ordinamento dell'Unione sanziona tutti quelli che celino discriminazioni in ragione della nazionalità (residenza, requisiti linguistici)³¹, ma anche le violazioni del principio di non discriminazione in ragione di età, sesso, religione³².

È tutto il c.d. diritto 'sociale' europeo che nell'imporre indiscriminatamente a datori di lavoro pubblici e privati, produce un effetto di armonizzazione degli ordinamenti nazionali, da ultimo emerso con particolare evidenza nella disciplina del lavoro a tempo determinato, ove è affermato il diritto alla stabilizzazione nel posto di lavoro³³, o comunque a una tutela assistita da sanzioni effettive anche nei confronti dell'amministrazione-datore di lavoro³⁴.

L'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo concorre nel plasmare le tradizioni giuridiche nazionali, imponendo il riconoscimento del diritto dei funzionari a una tutela giurisdizionale effettiva ('equo processo', art. 6 CEDU)³⁵, come del diritto di sciopero³⁶ e dei diritti sindacali³⁷.

Ne deriva un'ulteriore convergenza degli ordinamenti nazionali secondo un modello che talora è stato avvertito come in violazione della tradizione, perché l'applicabilità indifferenziata delle norme europee a funzionari pubblici e lavoratori 'privati' rischia di oscurare le specificità di *status* che contrassegnano i primi (Aubin, 2010: 722).

Più correttamente si ricorda come l'ordinamento europeo è indifferente all'adozione di norme di diritto pubblico o privato nella disciplina dei rapporti d'impiego dei dipendenti pubblici, e anzi accoglie come propri principi generali i diritti di libertà «risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» (art. 6, T.U.E.), tra cui quelli riconducibili allo *status* dei funzionari pubblici, determinandone una 'rilettura' talora apparsa 'innovativa' (Oberdoff, 2014: 1276).

8. Il servizio della 'nazione' e l'adeguatezza del funzionario pubblico europeo

Gli ordinamenti degli Stati europei pongono i funzionari al servizio 'della nazione'³⁸, 'del popolo'³⁹, 'dell'interesse pubblico'⁴⁰ o 'dell'interesse generale'⁴¹. È il 'servizio della collettività', comunque declinato, a imporre ai singoli requisiti professionali e morali che segnano la misura dell'*adeguatezza*⁴² all'esercizio delle funzioni, ponendosi come elemento costitutivo dell'*'idoneità'* a garantire lo svolgimento⁴³ (Cavallo Perin R. 2014: 40) e dell'*adeguatezza* professionale o morale delle amministrazioni in quanto organizzazioni composte da uffici (risorse umane e strumentali). Adeguatezza che nel lessico europeo coincide con l'*administrative capacity* che la stessa Unione è chiamata a supportare per la migliore attuazione del proprio ordinamento (art. 197, § 2, T.F.U.E.).

Capacità morale e ancor più professionale da intendersi non in senso assoluto, ma correlata agli interessi affidati alle cure delle organizzazioni e dunque alle competenze a queste attribuite. L'esercizio di competenze definite dall'ordinamento europeo non è in tal senso indifferente alla definizione della capacità e adeguatezza dei funzionari delle amministrazioni nazionali, presupponendo l'individuazione di requisiti minimi omogenei, capaci di tener conto del livello

di complessità delle competenze attribuite e al tempo stesso di attingere a quella tradizione culturale comune che si è qui voluta richiamare.

La necessaria verifica dell'adeguatezza dei funzionari ha luogo anzitutto mediante concorsi ed esami professionali che tengano conto della dimensione europea delle competenze, nel senso che debbono necessariamente comportare la verifica delle conoscenze a tal fine necessarie, ma anche evitare discriminazioni in ragione della nazionalità che divengono a maggior ragione irragionevoli.

In tal senso il principio del concorso pubblico assume in sede europea una doppia valenza, che richiama le tradizioni nazionali ove è garanzia dei principi di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione e al tempo stesso del diritto dei cittadini di accedere ai pubblici uffici in condizione d'eguaglianza⁴⁴.

Nell'ordinamento dell'Unione sono il principio di buona amministrazione e il correlato diritto fondamentale dei cittadini dell'Unione «a che le questioni che li riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole» (art. 41, co. 1°, Carta dir. fond. UE) che trovano garanzia nel concorso in ragione dell'idoneità di questo a garantire la capacità professionale e morale delle organizzazioni a tal fine necessarie. Allo stesso tempo è garanzia del diritto dei cittadini europei di accedere in condizioni di eguaglianza ai corpi dell'amministrazione europea integrata, nell'esercizio di un diritto politico che richiama il *jus activae civitatis* degli antichi.

9. Gli strumenti d'integrazione amministrativa dell'Unione europea: concorso pubblico e mobilità a supporto della capacità amministrativa

È lo stesso ordinamento dell'Unione a individuare lo «scambio di informazioni e di funzionari pubblici» quale strumento utile a implementare la capacità delle amministrazioni nazionali (art. 197, § 2, T.F.U.E.), con ciò favorendo una mescolanza di nazionalità – e dunque di esperienze e stili di lavoro – che oltre a essere veicolo di integrazione è strumento d'innovazione.

Se l'esigenza di scambiare informazioni determina l'istituzione di appositi *network* plurinazionali (es. SOLVIT, *Public Procurement Network*, *European Network of Ombudsmen* ecc.), lo scambio di funzionari si realizza anzitutto attraverso il concorso che è strumento d'integrazione perché necessariamente 'aperto al pubblico' ove la platea degli interessati non si riduce più ai soli cittadini nazionali, ma è estesa a tutti i cittadini europei.

A tal fine esso deve essere capace di assicurare un reclutamento ispirato ai principi di parità di trattamento, non discriminazione e proporzionalità, garantendo a tutti gli interessati parità di *chances* per il tramite di valutazioni ispirate a criteri esclusivamente meritocratici. Requisiti di accesso e criteri di valutazione non debbono celare discriminazioni dissimulate, favorendo irragionevol-

mente chi abbia una determinata provenienza geografica (o nazionale), ove la misura della ragionevolezza è data dalla correlazione con le caratteristiche del posto messo a concorso e le mansioni ad esso attribuite. Così requisiti linguistici particolarmente severi (livello madrelingua, conoscenza di una lingua minoritaria) possono giustificarsi per posti a contatto con il pubblico, non per mansioni di *back office*⁴⁵, mentre è senz’altro irragionevole la richiesta di un determinato titolo di studio senza ammettere equipollenze con quelli rilasciati da diversi istituti di formazione⁴⁶.

Alla mescolanza di provenienze e professionalità concorre del pari la mobilità dei funzionari, permanente o temporanea che sia, da un’amministrazione nazionale all’altra, così come da queste verso le amministrazioni europee, anche nel quadro di programmi finalizzati all’*institution building* dei paesi di nuova adesione (programma PHARE⁴⁷, Karolus⁴⁸ ecc.).

Sono del pari gli strumenti esistenti negli ordinamenti nazionali a consentire una mobilità non solo temporanea: così in Italia l’avviso di mobilità è ineludibile presupposto del concorso pubblico⁴⁹, secondo una previsione che non stupisce ritrovare nello Statuto dei funzionari dell’Unione europea (art. 29).

In Italia la norma è stata sinora intesa come rivolta ai soli funzionari delle amministrazioni nazionali, fermo restando l’obbligo di incentivare e favorire le esperienze presso le amministrazioni europee, internazionali o di altri paesi membri⁵⁰. La mobilità da un’amministrazione all’altra presuppone che tutte, seppur declinate al plurale, siano considerate parti di un unico insieme o sistema, secondo un costrutto cui si fa da tempo ricorso per descrivere i rapporti tra Stato e Ministeri, ove tante persone giuridiche distinte (ministeri) sono intese quale parti di un tutto (Stato) in ragione anzitutto dell’unitarietà del relativo bilancio (v. Cavallo Perin cit.).

Il medesimo costrutto può essere riproposto nei rapporti tra amministrazioni nazionali ed europee, ove tutte – come anticipato – sono parte di un’unica rete o sistema amministrativo, rafforzando così il fondamento della mobilità dalle une alle altre come strumento di crescita professionale e d’innovazione delle istituzioni.

La mobilità trova un presupposto legittimante nel pregresso superamento di un concorso pubblico, che è presupposto legittimante in ragione del summenzionato carattere di verifica dell’adeguatezza culturale del funzionario europeo, oppure anche solo perché, come rilevato dal giudice dell’Unione, è irragionevole imporre a un funzionario che abbia già superato una simile selezione nel paese di origine, di sottoporvisi nuovamente in quello di destinazione, senza che i titoli e l’esperienza ivi acquisita siano tenuti in alcuna considerazione⁵¹.

Note

- ¹ Tra le molte, oltre alla Costituzione italiana (art. 51), si vedano quella spagnola del 1978, art. 23, co. 2°: «(los ciudadanos) tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes», art. 103, co. 3°: «La ley regulará [...] el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad»; la Legge Fondamentale della Repubblica Federale Tedesca (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), art. 33, co. 2°: «Ogni Tedesco ha, secondo le proprie qualità, attitudini e capacità specifiche, parità di accesso ad ogni pubblico ufficio»; la Costituzione dei Paesi Bassi (*Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden*) art. 3: «All Dutch nationals shall be equally eligible for appointment to public service»; quella del Portogallo, art. 47, co. 2°: «2. Todos os cidadãos têm o direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso»; quella ungherese, art. XXIII: «Every Hungarian citizen shall have the right to hold public office according to his or her aptitude, qualifications and professional competence»; quella del Belgio, art. 10: «les Belges sont égaux devant la loi; seuls ils sont admissibles aux emplois civils et militaires».
- ² Oltre alla Costituzione italiana (art. 54, co. 1°), si vedano tra le altre la Legge Fondamentale della Repubblica Federale Tedesca, art. 5, co. 3°: «la libertà d'insegnamento non esime dalla fedeltà alla Costituzione», e art. 33, n. 4, ove per i gli appartenenti al pubblico servizio si richiama il «rapporto di fedeltà di diritto pubblico»; la Costituzione polacca (art. 82), quella del Portogallo, art. 225°, co. 2°, ove si richiamano l'«unidade nacional» accanto ai «laços de solidariedade entre todos os portugueses».
- ³ Si veda la Costituzione italiana (art. 52), ma anche la Costituzione ungherese, art. XXXI, co. 1°: «All Hungarian citizens shall be obliged to defend the country», quella del Portogallo, art. 276, co. 1°: «A defesa da Pátria é direito e dever fundamental de todos os portugueses»; della Norvegia, art. 119: «As a general rule every citizen of the State is equally bound to serve in the defence of the country for a specific period, irrespective of birth or fortune».
- ⁴ L. 25.6.1908, n. 290 (*Sullo stato giuridico degli impiegati civili*), art. 5, co. 1°, n. 5°; r.d. 22.11.1908, n. 693 (*che approva il testo unico delle leggi sullo stato degli impiegati*), art. 3.
- ⁵ Benché già i decreti attuativi della l. 7.7.1876, n. 3212 dividessero il personale in categorie in ragione del titolo di studio.
- ⁶ S. Spaventa, *Per la Giustizia nell'Amministrazione*, discorso tenuto il 7 maggio 1880 nella sede dell'Associazione costituzionale di Bergamo, <<http://www.giustizia-amministrativa.it>>.
- ⁷ Es. r.d. 1.1.1861 (*Aumento della pianta numerica degl'Impiegati del ministro dell'Interno*), in *Celerifera*, 2394-2395, r.d. 6.11.1861 (*Nuova pianta del Personale del Ministero degli Affari Esteri*); r.d. del 21.12.1861 (*Pianta organica e Quadro di riporto del Personale del Ministero dei Lavori Pubblici*), in *Celerifera*, 241-245; r.d. 8.3.1861 (*Aggiunta alla pianta numerica del Ministero di Agricoltura, Industria e Commercio*), in *Celerifera*, 525-528; r.d. 5.1.1861 (*Nuova pianta numerica del personale dell'amministrazione centrale delle Finanze*), in *Celerifera*, 433-435.
- ⁸ V. ad es. l. 7.7.1876, n. 3213 (*Legge riguardante la reintegrazione dei gradi militari a coloro che li perdettero per causa politica...*), art. 1; prima ancora: r.d. 12.3.1862 che equiparava gli impiegati assunti da Garibaldi a quelli dei regni preunitari: *Agl'Impiegati dell'abolita Segreteria Generale della Dittatura del generale Garibaldi nelle Provincie Napoletane sono applicate le disposizioni contenute nel R.D. del 21 ottobre 1861*.
- ⁹ Sono conseguentemente bloccate le nuove assunzioni: circolare Min. Interno, 7.2.1862, n. 15 (Div. I).
- ¹⁰ Circolare 23.1.1861 (*Norme per la concessione delle indennità di tramutamento agl'Impiegati*); Circolare Ministero dell'Interno 24.2.1863, n. 49 (*Direzioni riguardo agl'Impiegati che sono traslocati da una ad un'altra Provincia*), in *Celerifera*, 941-942.
- ¹¹ R.d. 21.2.1865, n. 2165; l. 7.7.1876, n. 3212, art. 7.

- ¹² Vedi *supra*, nt. 7.
- ¹³ R.d. 21.10.1861 (*col quale sono mutati i nomi e pareggiati i gradi, gli stipendi e le indennità dei funzionari amministrativi delle varie provincie*).
- ¹⁴ Per le prime affermazioni del principio del concorso nell'ordinamento locale: r.d. 12.2.1911, n. 297 (*Approvazione del regolamento per la esecuzione della legge comunale e provinciale*), art. 94, «per la nomina del segretario e degli impiegati del Comune quando non possa provvedersi per promozione»; r.d. 30.12.1923, n. 2839 (*Riforma della legge comunale e provinciale*), art. 36; r.d. 3 marzo 1934, n. 383, art. 223.
- ¹⁵ C. giust., 7.2.1990, C-343/87, *Culèn c., Commissione*.
- ¹⁶ Art. 27, Statuto dei funzionari, di cui al Reg. Euratom, CECA, CEE n. 2278/69 e s.m.i.
- ¹⁷ Cfr. C. giust., 30.6.1983, C-85/82, *Schloh c. Consiglio*; C. giust., 4.3.1964, C-15/63, *Lassalle c. Parlamento europeo*; si vedano anche: C. giust., 28.3.1968, C-33/67, *Kurrer c. Consiglio*; C. giust., 4.4.1974, C-115/73, *Serio c. Commissione*; Trib. Funz. Pubbl. UE, 29.6.2011, F-7/07, *Angioi c. Commissione*; Trib. UE, 13.9.2010, T-156/07 e T-232/07, *Spagna c. Commissione* e T-166/07 e T-285/07, *Italia c. Commissione*; C. giust., 15.3.2005, C-160/03, *Spagna c. Eurojust*; C. giust., 27.22.2012, C-566/10 P, *Italia c. Commissione*; Trib. UE, 3.2.2011, T-205/07, *Italia c. Commissione*.
- ¹⁸ C. giust., 13.4.2010, C-73/08, *Bressol et a. c. Gouvernement de la Communauté française*; C. giust., 7.7.2005, C-147/03, *Commissione c. Austria*; C. giust., 1.7.2004, C-65/03, *Commissione c. Belgio*.
- ¹⁹ Oltre alla Costituzione italiana (art. 98), si vedano quella del Portogallo, art. 269, co. 4° e 5°: «4. Não é permitida a acumulação de empregos ou cargos públicos, salvo nos casos expressamente admitidos por lei. 5. A lei determina as incompatibilidades entre o exercício de empregos ou cargos públicos e o de outras actividades»; Art. 103 Cost. spagnola: «La ley regulará [...] el sistema de incompatibilidades»; in Francia loi n. 83-634 du 13 juillet 1983, art. 25.
- ²⁰ Art. 153 Cost. polacca: «A corps of civil servants shall operate in the organs of government administration in order to ensure a professional, diligent, impartial and politically neutral discharge of the State's obligations».
- ²¹ Art. 1, Cost. francese del 1958: «La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale»; Préambolo della Cost. del 1946, confermato da quella del 1958: «L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État».
- ²² Art. 33, n. 5, Legge fondamentale della Repubblica Federale Tedesca: «I rapporti giuridici di servizio pubblico devono essere regolati tenendo conto dei principi tradizionali del rapporto d'impiego professionale»; cfr. BVerwG 27.2.2014 – 2 C 1/1.
- ²³ In Francia: *code de l'éducation*, art. L141-5, L141-5-1, L141-6. All'opposto in Germania: BVerwG 27.1.2015, 1 BvR 471/10, 1 BvR 181/10.
- ²⁴ Art. 54, co. 2°, Cost. italiana, ma anche art. 8, Conv. Onu contro la Corruzione (convenzione di Merida), adottata con ris. 58/4 dell'Assemblea Generale del 31.10.2003.
- ²⁵ Cfr. *supra*, nt. 1.
- ²⁶ Art. 33, n. 4, Legge fondamentale della Repubblica federale tedesca: «L'esercizio di poteri sovrani dev'essere normalmente affidato, come funzione *permanente*, ad appartenenti al pubblico servizio»; art. 103, co. 4°, Cost. della Grecia.
- ²⁷ Così art. 34, Legge fondamentale Germania: «Se alcuno, nell'esercizio di un ufficio pubblico affidatogli, manca al suo dovere di ufficio nei riguardi di un terzo, la responsabilità in linea principale tocca allo Stato o all'Ente presso cui egli presta servizio. In caso di premeditazione o di grave negligenza è salvo il regresso. Per l'azione di risarcimento dei danni e per il regresso non può essere esclusa la giurisdizione ordinaria»; in Italia v. d.p.r. 10.1.1957, n. 3, art. 22 e l. 14.1.1994, n. 20, art. 1.
- ²⁸ Loi des 3-22.8.1790, *concernant les pensions, gratifications et autres récompenses nationales*.
- ²⁹ Da ultimo : BVerfG 14.2.2012-2 BvL 2/10.

- ³⁰ Da ultimo C. giust., 10.9.2014, C-270/13, *Havalandidis c. Casilli*.
- ³¹ Sui requisiti linguistici: C. giust., 5.2.2015, C-317/14, *Commissione c. Belgio*; C. giust., 6.6.2000, C-281/98, *Angonese c. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*; C. giust., 28.11.1989, C-379/87, *Groener c. Minister for Education and the City of Dublin Vocational Education Committee*; sulla residenza: C. giust., 26.10.2006, C-192/05, *Tas-Hagen e Tas c. Raadskamer WUBO van de Pensioen- en Uitkeringsraad*; C. giust., 22.5.2008, C-499/06, *Nerkowska c. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Koszalinie*; C. giust., 10.9.2009, C-269/07, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*.
- ³² Fra le molte: C. giust., 13.11.2014, C416/13, *Vital Perez c. Ayuntamiento de Oviedo* (età); C. giust., 30.9.2004, C-319/03, *Bribeche c. Ministre de l'Intérieur et a.*; C. giust., 11.1.2000, C-285/98, *Kreil c. Germania*; C. giust., 30.6.1988, *Commissione c. Francia* (tutte su sesso).
- ³³ In Francia: Loi n. 2005-843 du 26.7.2005, *portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique*.
- ³⁴ Da ultimo: C. giust., 26.11.2014, C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, *Mascolo e a. c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*.
- ³⁵ Per tutte: CEDU, Camera grande, 19.4.2007, *Vilho Eskelinen et a. c. Finlandia*; da ultimo CEDU, sez. II, 27.5.2014, *Baka c. Ungheria*.
- ³⁶ CEDU, sez. III, 6.11.2009, *Yapi-Yol Sen c. Turchia*.
- ³⁷ Da ultimo: CEDU, sez. II, 26.5.2015, *Altun c. Turchia*; CEDU, sez. II, 24.3.2015, *Sezer c. Turchia*.
- ³⁸ Art. 98, Cost. Italiana.
- ³⁹ Art. 103 T, Cost. Greca.
- ⁴⁰ Art. 269, co. 1°, Cost. del Portogallo: «No exercício das suas funções, os trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e outras entidades públicas estão exclusivamente ao serviço do interesse público, tal como é definido, nos termos da lei, pelos órgãos competentes da Administração».
- ⁴¹ Art. 103, co. 1°, Cost. della Spagna: «la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales».
- ⁴² Art. 118, Cost. italiana.
- ⁴³ Cfr. l. 15-3-1997 n. 59, co.3°, lett. g.
- ⁴⁴ Vedi *supra*, nt. 1.
- ⁴⁵ Vd. *supra*, nt. 32.
- ⁴⁶ C. giust., 9.9.2003, C-285/01, *Burbaud c. Ministère de l'Emploi et de la solidarité*.
- ⁴⁷ Reg. (CEE) n. 3906/89 del Consiglio, del 18.12.1989, *relativo all'aiuto economico a favore della Repubblica di Ungheria e della Repubblica popolare di Polonia*, poi esteso ai candidati dei Balcani occidentali.
- ⁴⁸ Decisione 92/481/CEE del Consiglio, del 22.9.1992, *per l'adozione di un piano d'azione per lo scambio, tra le amministrazioni degli Stati membri, di funzionari nazionali incaricati dell'applicazione della normativa comunitaria necessaria per il completamento del mercato interno*.
- ⁴⁹ D.lgs. 30.3.2001, n. 165, art. 30, co. 2 *bis*.
- ⁵⁰ D.lgs. n. 165/2001, art. 32.
- ⁵¹ C. giust., 9.9.2003, C-285/01.

Riferimenti bibliografici

- Alba Tercedor C. 2012, *Les élites administratives en Espagne: vieilles inerties et nouveaux défis*, in *Revue française d'administration publique*: 1-41.
- Algostino A. 2005, *L'ambigua universalità dei diritti. Diritti occidentali o diritti della persona umana?*, Jovene, Napoli.
- Astuti G. 1966, *L'unificazione amministrativa del Regno d'Italia*, Morano, Napoli.
- Astuto G. 2014, *L'amministrazione italiana. Dal centralismo napoleonico al federalismo amministrativo* (II ed.), Donzelli, Roma.
- Aubin E. 2010, *Les catégories du droit de la fonction publique*, in J.-B. Auby (diretto da), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, LGDJ, Paris: 721-738.
- Auby, J.-B., Dutheil de la Rochère, J. (dir.) 2014, *Traité de droit administratif européen* (II ed.), Bruylant, Bruxelles.
- Balazs E. 1971, *La bureaucratie céleste. Recherches sur l'économie et la société de la Chine traditionnelle*, trad. it. *La burocrazia celeste: ricerche sull'economia e la società della Cina nel passato*, il Saggiatore, Milano.
- Ban C. 2010, *La réforme du processus de dotation en personnel dans les institutions de l'Union européenne: comment se débarrasser de la vache sacrée*, in *Revue Internationale de Sciences Administrative*, LXXVI (1): 18.
- Barbero A. 2006, *Carlo Magno* (III ed.), Laterza, Roma-Bari.
- Blumann C. 2000, *Le droit de la fonction publique*, in *Droits nationaux, droit communautaire, influences croisées, en hommage à Louis Dubois*, XX (123), La documentation française, Paris.
- Blunt E. 1938, *The I.C.S., The Indian Civil Service*, Faber & Faber limited, London.
- Breuilly J. 2004, *The formation of the first German nation-state, 1800-1871*, trad. it. *La formazione dello Stato nazionale tedesco*, il Mulino, Bologna.
- Caielli M. 2008, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, Jovene, Napoli.
- Calandra P. 1978, *Storia dell'amministrazione pubblica in Italia*, il Mulino, Bologna.
- Cammarano F. 1995, *La costruzione dello stato e la classe dirigente*, in G. Sabbatucci, V. Vidotto (a cura di), *Storia d'Italia. 2. Il nuovo stato e la società civile, 1861-1887*, Laterza, Roma-Bari: 3-112.
- Camus A. 2015, *La dignité de la fonction publique*, in *Revue française de droit administratif*: 541-549.
- Cassese S. 1977, *Questione amministrativa e questione meridionale. Dimensioni e reclutamento della burocrazia dall'unità ad oggi*, Giuffrè, Milano.
- 2007, *L'ideale di una buona amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- 2014, *Governare gli italiani. Storia dello Stato*, il Mulino, Bologna.
- Cassese S., Pellew J. (a cura e sotto la direzione di), *Le système du mérite – The merit system*, Institut International des Sciences Administratives, Bruxelles.
- Cavallo Perin R. 2013, *La crisis del estado de bienestar. El papel del Derecho Administrativo*, in J.L. Piñar Mañas (a cura di), *Crisis económica y crisis del estado de bienestar. El papel del Derecho Administrativo*, Editorial Reus, Madrid: 147-170.

- 2014, Relazione conclusiva al Convegno *Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove direttive*, Roma, Palazzo Spada, 14 maggio 2014, in <<http://www.ius-publicum.com>>.
- Cavallo Perin R., Gagliardi B. 2014, *La dirigenza pubblica al servizio degli amministrati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 309-336.
- Chirulli P. 2015, *Amministrazioni nazionali ed esecuzione del diritto europeo*, in L. De Lucia, B. Marchetti, il Mulino, Bologna: 145-170.
- Chiti E. 2013, *La costruzione del sistema amministrativo europeo*, in M.P. Chiti (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano: 45-88.
- Claisse A., Meininger M.C. 1994, *Fonctions publiques en Europe*, LGDJ, Paris.
- Consito M. 2012, *L'immigrazione intellettuale. Verso un mercato unico dei servizi intellettuali*, Jovene, Napoli.
- Corni G. 1986, *La nascita dello stato prussiano*, in N. Tranfaglia, M. Firpo (diretto da), *La storia: L'Età Moderna, Stati e società*, Giappichelli, Torino: 453-478.
- Costa P. 2005, *Cittadinanza*, Laterza, Roma-Bari.
- Crifò G. 2000, *La cittadinanza tra antico e moderno*, Laterza, Roma-Bari.
- De Becker A. 2011, *The legal status of public servants or public employees: comparing the regulatory frameworks in the United Kingdom, France, Belgium and the Netherlands*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, XXXII (4): 949-989.
- De Lucia L., Marchetti B. (a cura di) 2015, *L'amministrazione europea e le sue regole*, il Mulino, Bologna.
- Di Simplicio O. 1987, *Istituzioni e classi sociali: l'egemonia nobiliare*, in N. Tranfaglia, M. Firpo (diretto da), *La storia: L'Età Moderna, I quadri generali*, Giappichelli, Torino: 527-551.
- Dreyfus F. 2000, *L'invention de la bureaucratie, Servir l'État en France, en Grande-Bretagne et aux États-Unis (XVIIIe-XXe siècle)*, La Decouverte, Paris.
- Ferrone V. 1993, *I meccanismi di formazione delle élites sabaude. Reclutamento e selezione nelle scuole militari del Piemonte nel Settecento*, in P. Alatri (a cura di), *L'Europa tra Illuminismo e Restaurazione, Scritti in onore di Furio Diaz*, Bulzoni, Roma: 157-200.
- Franchini C. 2013, *L'organizzazione amministrativa dell'Unione europea*, in M.P. Chiti (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano: 256-288.
- Gagliardi B. 2012, *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso*, Jovene, Napoli.
- Gagnon A.G., Turgeon L., Champlain O. 2006, *La bureaucratie représentative au sein des états multinationaux*, in *Revue française d'administration publique (RFAP)*, II (118): 301 sgg.
- Giriodi L.M. 1987, *I pubblici uffici e la gerarchia amministrativa*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Società Editrice Libreria, Milano, 1897: XXX.
- Gustapane E. 1997, *Il sistema dei concorsi pubblici: le origini, l'evoluzione*, in A. Varni, G. Melis (a cura di), *Le fatiche di Monsù Travet. Per una storia del lavoro pubblico in Italia*, Rosenberg & Sellier, Torino: XL.

- Jean-Pierre D. 1999, *L'éthique du fonctionnaire civil: son contrôle dans les jurisprudences administrative et constitutionnelle françaises*, LGDJ, Paris.
- Kessler M.C. 2005, *L'esprit de corps dans les grands corps de l'Etat en France*, in G.J., Guglielmi, C. Haroche (diretto da), *Esprit de corps, démocratie et espace public*, LGDJ, Paris: 277 sgg.
- Kingsley D.J. 1944, *Representative Bureaucracy*, Yellow Springs, Ohio.
- Laboulaye E.R.L. 1839, *De l'enseignement et du noviciat administratif en Allemagne*, in *Revue de législation et de jurisprudence*.
- Legendre P. 1992, *Trésor historique de l'État en France*, Fayard, Paris.
- 1999, *Miroir d'une Nation. L'École Nationale d'Administration*, Paris.
- Lowe R. 201, *The Official History of the British Civil Service, Reforming the Civil Service, Volume 1: The Fulton years, 1966-1981*, Routledge, London and New York.
- Maravall J.A. 1972, *Le origini dello Stato moderno*, in E. Rotelli, P. Schiera (a cura di), *Lo Stato moderno*, vol. I. *Dal Medioevo all'età moderna*, il Mulino, Bologna: 69-90.
- 1984, *Potere, onore, élites nella Spagna del secolo d'oro*, il Mulino, Bologna.
- Melis G. 1996, *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)*, il Mulino, Bologna.
- 2004, *Gli impiegati pubblici*, in G. Melis (a cura di), *Impiegati*, Rosenberg & Sellier, Torino.
- 2013, *La fuga dall'amministrazione. Ascesa e declino dei tecnici nell'amministrazione dell'Italia unita*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 469-487.
- 2015, *Fare lo Stato per fare gli Italiani*, il Mulino, Bologna.
- Meriggi M. 2002, *Gli stati italiani prima dell'Unità*, il Mulino, Bologna.
- Merloni F., Cavallo Perin R. 2009, *Al servizio della Nazione*, Maggioli, Rimini.
- Mill J.S. 1861, *Considerations on representative government*, London.
- 1984, *Reform of the Civil Service (1854)*, in *Essays on Equality, Law and Education*, Toronto and Buffalo.
- Miller B. 1941, *The Palace School of Muhammad the Conqueror*, Harvard University Press.
- Möller H. 2000, *Stato assoluto e Stato nazionale. La Germania dal 1763 al 1815*, il Mulino, Bologna (ed. orig. *Fürstenstaat der Bürgernation*, Deutschland, 1763-1815).
- Oberdoff H. 2014a, *La fonction publique de l'Union européenne*, in J.B. Auby, J. Duheil de la Rochère (diretto da), *Traité de droit administratif européen* (II ed.), Bruylant, Bruxelles: 291-307.
- 2014b, *L'influence du droit de l'Union européenne sur la fonction publique française*, in J.B. Auby, J. Duheil de la Rochère (diretto da), *Traité de droit administratif européen* (II ed.), Bruylant, Bruxelles: 1261-1280.
- Page E.C. 1990, *Political authority and bureaucratic power*, trad. it. *Burocrazia, amministrazione, politica*, il Mulino, Bologna.
- Pagès G. 1973, *La venalità degli uffici nell'antica Francia*, in E. Rotelli, P. Schiera (a cura di), *Lo Stato moderno*, vol. II, *Principi e ceti*, il Mulino, Bologna.
- Pilkington C. 1999, *The Civil Service in Britain today*, Manchester University Press, Manchester and New York.

- Plantié C. 1993, *La ripartizione per nazionalità dei funzionari nella Cee: qualche verità poco nota*, in *Dir. com. e degli scambi internazionali*: 289 sgg.
- Pinelli C. 1994, *Il 3° comma dell'art. 97, L'accesso ai pubblici impieghi*, in *La Pubblica Amministrazione, Art. 97-98, Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Zanichelli, Bologna-Roma.
- Porchia O. 2008, *Principi dell'ordinamento europeo. La cooperazione pluridirezionale*, Zanichelli, Bologna.
- Romano A. 2009, *Alcune considerazioni sul valore legale delle lauree universitarie: note storiche e prospettive*, in *Annali di Storia delle Università italiane*, 13: 2 sgg.
- Rosenbloom D.H., Dolan J. 2006, *La bureaucratie représentative*, in *Revue française d'administration publique (RFAP)*, II (118): 254 sgg.
- Saltari L. 2007, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Giuffrè, Milano.
- Sandulli A., Vesperini G. 2011, *L'organizzazione dello Stato unitario*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*: 47-95.
- Sauron J.L. 2014, *Les réseaux d'administrations nationales et de l'Union européenne*, in J.-B. Auby, J. Dutheil de la Rochère (diretto da), *Traité de droit administratif européen* (II ed.), Bruylant, Bruxelles: 401-413.
- Schiera P.A. 1968, *Il Cameralismo e l'Assolutismo tedesco, Dall'Arte di Governo alle Scienze dello Stato*, Giuffrè, Milano.
- Sepe S. 1996, *Burocrazia e apparati amministrativi: evoluzione storica e prospettive di riforma*, Giuffrè, Milano.
- Stumpo E. 1987, *L'organizzazione degli stati: accentramento e burocrazia*, in N. Tranfaglia, M. Firpo (diretto da.), *La storia: L'Età Moderna, I quadri generali*, Giappichelli, Torino: 431-457.
- Stirn B. 2012, *Vers un droit public européen*, Montchrestien, Paris.
- Tobia B. 1995, *Una cultura per la nuova Italia*, in G. Sabbatucci, V. Vidotto (a cura di), *Storia d'Italia*, vol. 2. *Il nuovo stato e la società civile*, Laterza, Roma-Bari: 489 sgg.
- Tocqueville A. (de) 1835, *De la démocratie en Amérique I* (II partie), XIII ed.
- Vicens Vives J. 1972, *La struttura amministrativa statale nei secoli XVI e XVII*, in E. Rotelli, P. Schiera (a cura di), *Lo Stato moderno*, vol. I. *Dal Medioevo all'età moderna*, il Mulino, Bologna: 221-245.
- Vincent M.-B. 2006, *Serviteurs de l'Etat: les élites administratives en Prusse de 1871 à 1933*, Belin, Paris.
- Weber M. 1980, *Wirtschaft und Gesellschaft* (ed. orig. 1922-1956), trad. it. *Economia e società*, vol. IV, Edizioni di Comunità, Milano.
- Ziller J. 1988, *Egalité et mérite. L'accès à la fonction publique dans les États de la Communauté européenne*, Bruylant, Bruxelles.
- 2014, *Les concepts d'administration directe, d'administration indirecte et de co-administration et les fondements du droit administratif européen*, in J.-B. Auby, J. Dutheil de la Rochère (sous la direction de), *Droit administratif européen* (II ed.), Bruylant, Bruxelles: 327-400.

MODELLI ORGANIZZATIVI D'INTEGRAZIONE EUROPEA:
IL DIRITTO DI ASILO E LA LIBERA CIRCOLAZIONE
(DELL'ASILANTE)

Manuela Consito

SOMMARIO – 1. La libera circolazione dello straniero come moderna affermazione dello *ius migrandi*. 2. La circolazione dello straniero nel codice civile dell'Italia unita. 3. La disciplina della condizione giuridica dello straniero e l'organizzazione dei confini tra afflitti di universalismo ed esigenze di sicurezza e ordine pubblico. 4. L'integrazione europea, i controlli alle frontiere e la *responsabilité de protéger* come obbligo di protezione a carico degli Stati. 5. La *refugee roulette* quale misura del processo di integrazione europea.

1. La libera circolazione dello straniero come moderna affermazione dello ius migrandi

La radice del diritto degli individui a circolare liberamente nello spazio geografico è espressione del peregrinare quale naturale disposizione dell'uomo che manifesta l'idea dei popoli «come soggetti dinamici, che agiscono sulla base dello *ius societatis et communicationis*» (Langella, 2007, 183; De Vitoria, 1952: *Sectio tertia*). Ne è traduzione lo *ius peregrinandi*, cioè il naturale diritto degli individui a relazionarsi e a creare rapporti sociali, economici, giuridici e politici che come tale preesiste al potere politico del quale dunque non necessita riconoscimento (Meccarelli, Palchetti, Sotis, 2012: 8, 9). Esso è posto a fondamento del successivo espresso riconoscimento del naturale diritto di ogni uomo alla libertà proprio delle dichiarazioni settecentesche¹, in forza del quale l'emigrare è «un diritto che risulta dal diritto stesso di vivere» (Grossi, 1905: 123) poiché «non è niente più giudizioso ritenere gli uomini prigionieri in un paese, di quello che non lo sia volerveli far nascere. Tutte le leggi contro le emigrazioni sono inique: ciascuno ha il diritto di andare a stabilirsi dove crede di star meglio, ed è star meglio il sussistere con minori difficoltà. Si vuol egli forse con quel divieto conservare il numero di abitanti che il paese vuole mantenere? ebbene: non vi si riuscirà. Quando s'impedisce ad una popolazione esuberante di uscire dalla porta delle frontiere, essa corte di per la porta del sepolcro» (Say, 1836: 181).

Altro è lo *ius migrandi* poiché è il risultato della sovranità dello Stato come diritto alla circolazione nel quadro di un ordine internazionale, di cui è manifestazione il *beneficium emigrationis* inteso come diritto di emigrare anzitutto per l'esercizio della religione per quanti non avessero predicato una confessione reli-

giosa «ricevuta, o che non avessero ottenuta una tolleranza individuale» (Ruffini, 1992: 131; Böckenförde, 2006: 270; Grassi, 1910: 103 sgg.).

L'emigrare trova perciò origine *in primis* dalla guerra e dalla persecuzione religiosa, ove la religione diviene anzi il primo criterio di misura della lealtà nel processo di costruzione degli Stati-nazione, al termine del quale la nozione di migrante-rifugiato si amplia sino a ricomprendere chi ha perso una patria ed è nell'impossibilità di trovarne una nuova poiché è «escluso dall'intera famiglia delle nazioni, dall'umanità» divenendo così apolide (Arendt, 1978: 406; Sassen, 1999: 23).

La difesa degli interessi nazionali verso l'esterno rafforza la dicotomia tra *ius peregrinandi* e *ius migrandi*. Solo ove espressione del primo la libertà di circolazione verso Stati terzi può ritenersi appieno enunciazione di una disposizione naturale dell'uomo, *ius gentium naturalis*, trovando invece tutela come diritto fondamentale della persona nei soli limiti della sovranità che la pone ove la si correli allo *ius migrandi* (Contuzzi, 1898: 1013)².

È in tale ultima accezione che la libertà di ogni individuo di lasciare qualsiasi paese incluso il proprio troverà riconoscimento anzitutto nell'ordinamento internazionale a partire dalla *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*³.

Le esigenze di protezione della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico, della sanità o della moralità pubbliche⁴, ovvero degli altrui diritti e libertà⁵ proprie del paese di immigrazione ne divengono dunque argine delineandone i confini che trovano definizione in conseguenti limitazioni amministrative nonché nella necessità di una distinzione tra gli stranieri in ragione del collegamento più o meno intenso con lo Stato (Benedetti, 2010, 25).

2. La circolazione dello straniero nel codice civile dell'Italia unita

Lo *ius migrandi* è declinato nel primo codice civile dell'Italia unita come diritto a non essere indebitamente limitati nella propria capacità di movimento (Grossi, 1905: 124; Galizia, 1967: 486; Brunialti, 1900: 611).

Per lo straniero esso diviene diritto di entrare nel territorio di uno Stato diverso da quello di origine «portandosi e fissando la propria sede nel luogo ove i suoi interessi lo possono chiamare» (Rannelletti, 1904: 999) cui consegue il riconoscimento della c.d. libertà di locomozione e di scelta del domicilio – oggi diremmo di circolazione e soggiorno – cui è connaturale la facoltà di portarsi da un luogo all'altro di uno Stato e anche al di fuori di esso (Galizia, 1967: 526 sgg.). A ciò gli Stati sono tratti dallo stesso bisogno di rendere possibile e agevolare «quella larga cooperazione tra i vari popoli, che sola può portare al raggiungimento del massimo benessere umano. Solo l'assistenza mutua e la cooperazione possono far conseguire all'uomo una migliore soddisfazione dei propri biso-

gni, siano fisici siano psichici. Gli interessi tra i vari popoli sono ormai così collegati tra loro e interdipendenti, che non è possibile ammettere uno Stato chiuso in un superbo ed egoistico isolamento, fuori dalla vita comune, vietante in maniera generale e permanente a qualsiasi straniero di passare i confini del proprio territorio e fissarvi la propria sede» (Rannelletti, 1904: 999).

Così nella prima codificazione dell'Italia unita lo straniero è posto in una posizione giuridica eguale a quella del cittadino poiché individuo titolare dei diritti di libertà civile intesi nell'ampio senso della piena disponibilità del proprio essere⁶ con norma che vuole essere il risultato del convergere della dottrina della «comunità internazionale» del Savigny e dei principi filosofici dell'universalismo e del cosmopolitismo con quelli economici liberali (Storti Storchi, 1993: 504, 506; Saredo, 1873: 154, 155; Gianzana, 1884: 111 sgg.; Astengo *et al.*, 1866: 110 sgg.).

Vi trova evocazione il risalente e generale dovere dello Stato di ammettere lo straniero e tollerarne la presenza a fronte del carattere eccezionale dell'espulsione cui è sotteso un generale divieto di rifiutare «una dimora fissa a stranieri che cacciati dalla loro patria cerchino un asilo» (Von Pufendorf, 1934: 246).

Il diritto all'ingresso e al soggiorno dello straniero si afferma *ivi* come vero diritto soggettivo, pur nei limiti della derivazione dall'ordinamento giuridico pubblico che lo pone. Non viene infatti negato allo Stato di poter porre condizioni al soggiorno dello straniero che devono essergli tuttavia portate a conoscenza nel momento in cui egli venga ammesso sul territorio, in attuazione del principio generale per il quale quando il transito e il soggiorno sono *d'une utilité innocente* o avvengono *pour de justes causes* non possono essere rifiutati salvo sussistano particolari e importanti ragioni (De Vattel, 1753: § 230, 89; Benedetti, 2010: 25).

L'enunciato riconoscimento appare dunque circoscritto dalla possibilità per l'ordinamento sovrano, a tutela degli interessi propri e dei propri rappresentati, di sottoporre a talune condizioni l'entrata e il soggiorno degli stranieri sul proprio territorio, con minaccia e ordine di espulsione come sanzione della violazione delle medesime. Vi rientrano i divieti di immigrazione per talune classi di stranieri ove l'immigrazione sia superiore alle forze economiche del paese, o per ragioni di diversità di costumi e natura che potrebbero causare dissidi con la popolazione locale, per motivi di guerra, per motivi di polizia o, ancora, per ragioni di protezione del lavoro indigeno contro la concorrenza di altri popoli più attivi, più sobri, con minori bisogni da soddisfare (Rannelletti, 1904: 1000; Galizia, 1967: 491; Di Martino, 2010: 226).

La disposizione del codice civile unitario può in ogni caso dirsi essere l'espressione dell'espansione del pensiero liberale che, per quanto ora di interesse, si traduce nel tentativo di offrire un'effettiva realizzazione ai principi di solidarietà tra i popoli e le nazioni con scelta certo tesa alla promozione sia a level-

lo politico che economico-commerciale del neonato Stato italiano in un contesto internazionale (Cannizzaro, Caligiuri, 2006: 252).

Ciò poiché un più agevole riconoscimento dei diritti civili allo straniero è inteso come un incentivo agli scambi commerciali e ai trasferimenti di capitale sul territorio nazionale, a fronte dell'attesa garanzia di una pari tutela del cittadino italiano all'estero.

L'assunto appare poi storicamente sconfessato risultando in una posizione di inferiorità dei cittadini italiani attesa la persistenza della clausola di reciprocità negli ordinamenti stranieri unita a forme di progressivo protezionismo nazionale che pose l'Italia in una condizione di svantaggio negli scambi commerciali, a voler tacere del rafforzamento della politica coloniale di taluni Stati europei, della nota crisi economico-finanziaria del 1929 e della successiva nascita di nazionalismi sfociati nei due conflitti mondiali (Storti Storchi, 1993: 502, 503).

3. La disciplina della condizione giuridica dello straniero e l'organizzazione dei confini tra afflitti di universalismo ed esigenze di sicurezza e ordine pubblico

Il disposto del primo codice civile unitario si colloca nel più ampio quadro del diritto dell'ospitalità (Kant, 1885; Saraceni, 2012) ed è un'eccezione che «colpisce» (Bascherini, 2007: 65) per l'ampia equiparazione che pone tra straniero e cittadino ove la condizione giuridica del primo – cioè di colui che è privo della cittadinanza dello Stato ospite⁷ – trova nell'ordinamento italiano una successiva involuzione (Ruggeri, 2011: 9, nt. 30; Bascherini: 2007, 69, 86) anzitutto nel quadro di un bilanciamento rispetto alle prerogative statali in tema di espulsione, che risultano sempre confermate e a fronte delle quali si giunge a negare l'esistenza di limiti di carattere internazionale pur riconoscendosi al contempo la sussistenza di – quantomeno – un interesse dello straniero all'ingresso e al soggiorno in Italia con conseguente possibile tutela avverso il provvedimento espulsivo di fronte alla di lì a poco prossima giurisdizione amministrativa (Rannelletti, 1904: 999; Nascimbene, 1988: 11, 12; Bascherini, 2007: 68; Savino, 2012: 74, 80; Consito, 2016: 26, 50, 51)⁸.

L'ideale universalismo posto dal codice civile unitario del 1865 sin dagli esordi convive dunque con coeve discipline speciali dedicate allo straniero di cui sono regolati il soggiorno e l'allontanamento secondo profili penali e di pubblica sicurezza. Misure di espulsione possono essere adottate verso quanti risultino oziosi, vagabondi, abbiano commesso reati contro la proprietà o siano comunque «d'attitudine sospetta⁹», trovando in tal senso conferma nella successiva disciplina crispina¹⁰ (Barile, 1967: 15; Galizia, 1967: 495; Brunialti, 1900: 611, 656).

A voler tacere, per l'economia del presente lavoro, della condizione giuridica degli stranieri nelle colonie italiane – distinti in europei, assimilati agli europei e

assimilati agli indigeni (Santi Romano, 1918: 128; Borsi, 1937: 223) – l'essere straniero diviene poi condizione espressa di sospetta pericolosità per la sicurezza pubblica con il T.U. di pubblica sicurezza del 1931 nel quale apposite norme regolano il soggiorno e le misure di allontanamento in un contesto che intende disciplinare una vera e propria 'polizia degli stranieri' secondo quella che viene definita come la celebrazione più pura del sospetto (Barile, 1967: 13; Galizia, 1967: 536 sgg.; Isacco, Salvarezza, 1867: 319)¹¹.

È per espressa previsione delle disposizioni preliminari al codice civile del 1942 che viene riproposta la previsione dei codici preunitari per cui «lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità e salve le disposizioni contenute in leggi speciali¹²», in forza del quale lo straniero gode dei diritti civili propri del cittadino solo nel caso in cui il godimento del medesimo diritto sia garantito al cittadino italiano nel Paese di origine del primo¹³.

La disposizione apre a possibili differenze di trattamento poiché non consente un generale riconoscimento di una posizione di uguaglianza dello straniero al cittadino italiano atteso che il legislatore ben può accordare al primo un trattamento meno favorevole¹⁴ di quello garantito al secondo, anzitutto per ragioni economiche (Cianci, 2007: 201 sgg.).

Non è dunque casuale che se ne veda il raggio d'azione progressivamente ridotto in ragione della garanzia minima derivante dalle norme di diritto internazionale e da quelle costituzionali¹⁵ (Martelli, 2013: 635; Galizia, 1967: 539) che affermano il godimento di diritti fondamentali di carattere universale¹⁶ senza dimenticare il dovere di solidarietà¹⁷ (artt. 2, 3, 10, co. 2, Cost.¹⁸), con una ancor più marcata attenuazione a seguito degli sviluppi del processo di integrazione europea.

4. L'integrazione europea, i controlli alle frontiere e la responsabilità de protégér come obbligo di protezione a carico degli Stati

La penetrazione tra norme sul trattamento dello straniero e norme internazionali di tutela dei diritti umani comporta da tempo una tendenza a riconoscere – ora accanto ora in sostituzione della disciplina speciale sullo straniero – uno *status* di diritti fondamentali che si riferisce all'individuo in quanto tale, ove il criterio della cittadinanza non può rilevare come distintivo di uno *status* giuridico differenziato (Savino, 2012: 35; Cannizzaro, Caligiuri, 2006: 253; Cassese, 1974: 478 sgg.)

Ciò si disvela nella sua massima espressione in caso di immigrazione involontaria ove la migrazione giunge ad affermarsi quale vero e proprio diritto soggettivo azionabile nei confronti dello Stato di ingresso, dunque quale pretesa

all'ingresso e al soggiorno, cui corrisponde un insieme di obblighi da parte di quest'ultimo verso esuli e rifugiati – siano essi tali per motivi economici, politici o umanitari – diversi da quelli verso gli immigrati c.d. volontari.

Vi si esprime una *responsabilité de protéger* (Benedetti, 2010: 25; Savino, 2012: 37 nt. 95) che fonda un obbligo di protezione a carico degli Stati a garanzia del diritto umano di asilo – per la prima volta enunciato a livello di Unione europea nella Carta dei diritti fondamentali di Nizza¹⁹ – a favore di quanti vedano impedito nello Stato di origine o di provenienza l'effettivo esercizio delle libertà democratiche, cui si affiancano la protezione in favore dei rifugiati²⁰, la protezione sussidiaria e la protezione per motivi umanitari²¹ (art. 10, co. 3 Cost. italiana; Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, artt. 18, 19; T.F.U.E., artt. 78 §§ 1 e 2, 79 §§1 e 2).

Tutti *status* questi che importano – pur nei limiti dell'accertamento delle condizioni per il riconoscimento – il diritto alla permanenza sul territorio del Paese ospite cui consegue la massima estensione nel godimento dei diritti civili in favore di uno straniero²². È su tali presupposti che si fonda il divieto di espulsione o del respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione (divieto di espulsione relativo); così per le donne in stato di gravidanza, i conviventi con parenti o con il coniuge di nazionalità italiana e per i minori (divieto di espulsione assoluto)²³.

Un diritto all'ingresso e al soggiorno che si vede garantito pur nel limite della permanenza delle condizioni di persecuzione, di rischio di un danno grave o della vita e, più in generale, di ragioni umanitarie che impongono una protezione dell'individuo (Benhabib, 2006: 108 sgg.) e che diviene dunque positivizzazione del diritto umano di ospitalità e del correlato dovere di solidarietà con riemersione di quell'obiettivo di un'effettiva realizzazione dei principi di uguaglianza e solidarietà tra i popoli e le nazioni di cui già al codice civile italiano del 1865 di cui è oggi traduzione il dovere di solidarietà internazionale degli Stati²⁴ che supera la primigenia e restrittiva solidarietà tra correligionari.

Se ne ritrova oggi una moderna declinazione nella disciplina dell'Unione europea di definizione dei controlli alle frontiere, ove ciascuno Stato membro è chiamato alla gestione delle proprie frontiere esterne non solo nell'esercizio del potere di controllo dell'accesso al proprio territorio ma ancor più dell'accesso all'intero spazio Schengen, dunque a tutela degli interessi degli altri Stati membri e come «servizio per conto» dell'Unione europea²⁵ (Savino, 2012: 32), quasi a porsi in una linea di continuità ideale con l'ordinamento unitario italiano nello svolgimento di funzioni non dissimili da quelle che erano allora proprie dei prefetti.

L'Unione europea a fronte del riconoscimento dell'asilo e dello *status* di rifugiato emerge infatti come 'unica'²⁶ nei suoi confini, che sono quelli dell'Europa dei ventotto e che vanno dunque oltre le identità nazionali (Benhabib, 2006: 134).

È del resto su tali medesimi presupposti che si fonda oggi per ogni straniero che sia anche cittadino europeo la libertà di cercare un lavoro, di lavorare, di stabilirsi o di prestare servizi in qualunque Stato membro dell'Unione europea²⁷, ove è financo improprio «l'uso del termine "straniero" con riguardo ai cittadini di altri Stati dell'Unione stessa, per la medesima ragione per cui il diritto da quest'ultima prodotto non può considerarsi diritto "altro" rispetto a quello interno» (Ruggeri, 2011: 3, 4).

Libertà che trova declinazione come diritto di ogni persona da far valere in condizioni di non discriminazione²⁸ rispetto ai cittadini dello Stato di destinazione in forza anche della Convenzione europea dei diritti dell'uomo²⁹, nonché della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 15) e dell'affermata immediata precettività della norma (art. 6 T.F.U.E.³⁰).

5. *La refugee roulette quale misura del processo di integrazione europea*

Il diritto dello straniero o dell'immigrazione può in generale dirsi un diritto derogatorio, di disciplina del rapporto dialettico tra stranieri e Stato, tra sovranità statale e persone³¹ che solo in talune eccezioni sono *ex se* titolari di un diritto soggettivo all'ingresso, alla circolazione, al soggiorno in un determinato Stato³².

È cioè un insieme di norme dirette a disciplinare il fenomeno della migrazione, cioè di quella situazione anzitutto di fatto che per il solo cittadino diviene diritto alla libera circolazione sino alla sua massima espressione quale libero allontanamento volontario – temporaneo o permanente – dal territorio nazionale ed eventuale suo successivo libero rientro (espatrio ed emigrazione, rimpatrio: artt. 16, 35 co. 4, 120 co. 1 Cost.: Galizia, 1967: 486, 495, 523 sgg., 539, 560).

È con la Carta costituzionale che la protezione della sovranità statale, da un lato, e l'esigenza della garanzia di diritti indipendenti dallo *status* di cittadinanza, dall'altro, hanno condotto, accanto all'affermazione – quale prerogativa esclusiva di ogni Stato sovrano – della protezione delle proprie frontiere attraverso la regolamentazione dei flussi migratori³³ a difesa dell'integrità nazionale³⁴, all'enucleazione di una disciplina dello straniero funzionale alla regolamentazione dello *status* dei singoli individui in forza dell'esigenza del rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo, intesi volta a volta come diritti civili, sociali, personali e familiari³⁵ (artt. 2 e 3 Cost.; Benhabib, 2006: 135).

Una simile tensione dicotomica può ora essere ritrovata nella disciplina europea di riferimento ove, ferma restando la competenza degli Stati per l'ingresso e il soggiorno degli stranieri c.d. migranti 'volontari' sul proprio territorio e

sulla disciplina delle eventuali connesse misure di integrazione dei cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti³⁶, la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo è posta tra gli obiettivi dell'Unione europea a garanzia delle migrazione "involontaria", alla cui realizzazione è teso lo sforzo normativo di tutte le sue istituzioni (art. 2 e 3 T.U.E.)³⁷.

Emerge una differenza anzitutto di situazioni di fatto e di connesse valutazioni giuridiche assunte come rilevanti dagli ordinamenti nazionali e da quello comunitario, tutte fondate su quella che viene ancora considerata la basilare distinzione tra il cittadino e lo straniero, cioè la circostanza che, mentre il primo ha con lo Stato un rapporto di solito originario e comunque permanente³⁸, il secondo ne ha uno acquisito e generalmente temporaneo³⁹.

Ciò poiché l'appartenenza dell'individuo alla sovranità nazionale per chi nasce cittadino fonda un vincolo costituzionale di fedeltà (artt. 9, 54, co. I Cost.), che si pone invece come scelta di fedeltà, di giuramento formale a quell'identità per lo straniero che vuole divenire cittadino⁴⁰.

Solo circoscritte ipotesi derivanti da contingenze fattuali legate a eventi bellici o naturali, che importano una condizione di immigrazione involontaria, fondano la migrazione quale vero e proprio diritto riconosciuto dall'ordinamento dell'Unione europea a fronte del dovere di ospitalità di cui si è detto.

L'immigrazione emerge qui quale fulcro del processo di integrazione europea, non potendo revocarsi in dubbio come proprio la migrazione sia il primo e principale fondamento dell'integrazione.

Quel ruolo unificatore proprio del legislatore e delle burocrazie che ha visto il sorgere di ordinamenti sovrani unitari – tra cui il medesimo ordinamento italiano della fine del secolo XIX – può ritrovarsi ora nella disciplina dell'immigrazione degli aventi titolo alla protezione internazionale che vede l'introduzione di norme a effetto unificatore.

Si pensi alla disciplina comune per il riconoscimento di una qualifica unica per quanti abbiano diritto di rifugio e di protezione sussidiaria⁴¹ e per il consolidamento di un sistema unico europeo di asilo, che registra ora una progressiva apertura a vantaggio anche dei migranti volontari che siano soggiornanti di lungo periodo⁴².

Può dirsi questa essere la manifestazione di una politica di integrazione dell'Unione europea in favore di quanti provengono da Paesi terzi il cui primo ingresso sul territorio Ue avvia un processo di c.d. 'comunitarizzazione' (Galetta, 2010: 1149; Di Martino, 2007: 491) capace in potenza di condurre a una piena inclusione.

È anzi questo il vero punto di misura della forza dell'integrazione, ove l'assunto che vuole assicurata pari protezione ai migranti involontari nel territorio dell'Unione trova garanzia e limite nell'assetto amministrativo degli Stati membri.

Quantomeno per la migrazione involontaria il processo di integrazione europea può dirsi esito dell'innesto tra una disciplina dell'Unione europea tesa alla coesione e una pluralità di differenti modelli nazionali di tutela amministrativa non sempre capaci di dare piena soddisfazione ai diritti del migrante.

Alla pretesa universalità – anche geografica – dei diritti dell'asilante si oppone infatti l'organizzazione amministrativa degli Stati membri, ove è l'efficienza organizzativa dello Stato di c.d. primo accesso la vera garanzia del godimento dei diritti in astratto riconosciuti, poiché a questi spetta l'esame della domanda di protezione.

Se è pur vero che l'integrazione europea si fonda sulla richiesta di assicurare il «rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani», che diviene una vera e propria presunzione legale di conformità per gli Stati membri (T.U.E. artt. 2, 7, 49) è del pari vero che carenze sistemiche riscontrate in talune procedure nazionali possono importare il riscontro di un'inefficienza di fatto (Von Bogdandy, Ioannidis, 2014: 75, 91; Consito, 2016: 246).

Così è per le procedure di asilo e le condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo ove «gravi difficoltà di funzionamento» registrate da uno Stato membro incompatibili con le esigenze di effettiva tutela dei diritti fondamentali, poiché idonee a tradursi nel rischio di un trattamento disumano e degradante, rivelano carenze di taluni sistemi di tutela amministrativa nazionale capaci di ridisegnare la distribuzione delle responsabilità e delle competenze tra Stati⁴³ secondo una linea che potrebbe dirsi di c.d. 'giuridificazione' del processo di integrazione (Weiler, 1981: 267).

Il riscontro di fatto di quella che può definirsi una *roulette* del richiedente asilo (o *refugee roulette*) – ove l'accesso a qualsivoglia Stato membro non è garanzia di un trattamento uniforme secondo standard comuni europei – importa infatti il venir meno della presunzione di conformità con una conseguente redistribuzione delle responsabilità tra gli Stati.

Duplici è l'effetto di sistema ove il migrante è sottratto a un sistema riconosciuto come inefficiente e lo Stato membro deficitario è sottratto – sinché perdura la situazione di inefficienza sistemica – all'obbligo di presa in carico del migrante (Von Bogdandy, Ioannidis, 2014: 93).

In tal senso si colloca e si comprende la definizione della competenza dell'Unione europea individuata nello sviluppo di una politica comune in materia di asilo e «fondata sulla solidarietà tra Stati membri ed equa nei confronti dei cittadini dei paesi terzi» (T.F.U.E., art. 67).

Ma forse può anche comprendersi l'ulteriore competenza in materia di «cooperazione amministrativa» (T.F.U.E., art. 6), che è limitata a un'azione di sostegno, coordinamento e completamento dell'azione degli Stati membri nel senso

che all'Unione compete di porre in essere ciò che gli Stati non possono rappresentare, cioè la definizione di una rete d'insieme delle istituzioni nazionali investite delle funzioni in tema di asilo (similmente a quanto si è detto a riguardo dei sistemi sanitari ed educativi: Cavallo Perin, 2013: 169) piuttosto che un intervento in via sostitutiva in ragione del principio di sussidiarietà (T.U.E. art. 5).

In tale contesto si colloca l'istituzione dell'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo, organo dell'Unione europea con personalità giuridica, la cui funzione è il sostegno alla cooperazione pratica tra gli Stati membri in materia di asilo, attraverso l'organizzazione, la promozione e il coordinamento di attività utili a consentire lo scambio di informazioni e l'individuazione e la condivisione delle migliori prassi fra gli Stati stessi, oltre all'assistenza ai medesimi ove siano sottoposti a particolare pressione secondo un'ottica di aiuto nella gestione della crisi⁴⁴ (Galetta, 2010: 1152 sgg.; De Pretis, 2012: 2, 4).

Similmente possono leggersi talune proposte quali la definizione di un trattamento congiunto delle domande di protezione⁴⁵ in un'ottica di sostegno e armonizzazione dei sistemi nazionali di asilo, lo sviluppo di procedure per il distacco dei funzionari, la ricollocazione⁴⁶ quale possibile risposta a un intento di riallocazione delle responsabilità nonché l'istituzione di un fondo dedicato (FAMI – Fondo asilo, migrazione e integrazione) il cui obiettivo è il sostegno a una gestione efficace e integrata dei flussi migratori nell'UE tenendo contemporaneamente conto del principio di solidarietà e di condivisione della responsabilità⁴⁷.

Note

- ¹ *Constitution montagnarde du 24 juin 1793*, art. 120.
- ² Una prima legge organica sull'immigrazione si registra in Francia con la *loi fondamentale du 3.12.1849*.
- ³ *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, 10.12.1948, art. 13, co. 2; così il *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, 16.12.1966, New York, art. 12, co. 2; CEDU, Protocollo n. 4, art. 2, § 2, art. 3, § 2.
- ⁴ Institut de Droit International, *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers proposées par l'Institut de droit International et adoptées par lui à Genève*, 9.9.1892, Considerando 1.
- ⁵ *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, cit., art. 12, co. 1.
- ⁶ Codice civile del Regno d'Italia, art. 3.
- ⁷ Institut de Droit International, *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers proposées par l'Institut de droit International et adoptées par lui à Genève*, cit., Chapitre Premier; CEDU, DH/Esp./Misc./(1962) 11, 9.3, p. 505; Acquis di Schengen - *Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni*, 14.6.1985, art. 1; d.lgs. 25.7.1998, n. 286, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, art. 1, co. 1.
- ⁸ L. 31.3.1889, n. 5992, *Costituzione di una nuova sezione del Consiglio di Stato per la giustizia amministrativa e modifica di alcuni articoli della l. 20 marzo 1865, allegato D*.
- ⁹ Artt. 435, 436, 439 e 446 Cod. pen. del 1859 circa, tra l'altro, l'espulsione dello straniero; l. 13.11.1859, n. 3720, *Legge sulla Pubblica sicurezza*, art. 72, che istituisce il «foglio di via obbligatorio per ripatriare» per quanti non sappiano dare contezza di sé e sono rinvenuti fuori del circondario nel quale sono domiciliati; r.d. 24.6.1860, n. 4152, *Regolamento circa il rimpatrio degli indigenti*; l. 20.3.1865, n. 2248, *Legge per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia*, Allegato B, *Pubblica sicurezza*, art. 73; *Regolamento di Pubblica Sicurezza*, 18.5.1865, art. 86.
- ¹⁰ R.d. 30.6.1889, n. 6144, *Testo unico della legge di pubblica sicurezza coordinata col codice penale*, artt. 90, 92, che prevedevano rispettivamente l'espulsione, la repulsione e l'internamento.
- ¹¹ R.d. 18.6.1931, n. 773, *Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza*, artt. 142-152, 157; r.d. 6.5.1940, n. 635, *Approvazione del regolamento per l'esecuzione del testo unico 18 giugno 1931-IX, n. 773, delle leggi di pubblica sicurezza*, artt. 261, 271.
- ¹² *Disposizioni sulla legge in generale*, art. 16, co. 1.
- ¹³ Per un esempio di previsione costituzionale del principio di reciprocità v. la Costituzione greca, art. 28, co. 1.
- ¹⁴ C. cost., 26.6.1969, n. 104; C. cost. 23.7.1974, n. 244.
- ¹⁵ L. 27.12.1956, n. 1473, *Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità*, artt. 1, 2; C. cost., 16.5.2008, n. 148; C. cost., 26.5.2006, n. 206; C. cost., ord. 31.10.2007, n. 361; C. cost., 21.11.1997, n. 353.
- ¹⁶ C. cost., 23.11.1967, n. 120; C. cost., n. 104/1969, cit.
- ¹⁷ C. cost., n. 120/1967, cit.; C. cost. n. 104/1969, cit.; C. cost., 4.1.1977, n. 46; C. cost., 15.6.1979, n. 54; C. cost., 26.6.1997, n. 203; C. cost., 17.7.2001, n. 252; C. cost., 2.12.2005, n. 432; C. cost., 6.10.2006, n. 324.
- ¹⁸ D.lgs. n. 286/1998, cit., art. 2, co. 1 e 2; d.p.r. 31.8.1999, n. 394, *Regolamento recante norme di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell'articolo 1, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286*, art. 1, co. 1 e 2.
- ¹⁹ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, artt. 18 e 19.

- ²⁰ *Convenzione sullo Statuto dei rifugiati*, 28.7.1951, Ginevra; l. 24.7.1954, n. 722, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951*.
- ²¹ D.lgs. n. 286/1998, cit., art. 5, co. 6 e art. 20. Direttiva 2001/55/CE *sulla protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati provenienti da Paesi non appartenenti all'Unione europea e che non possono fare rientro nel Paese d'origine*, per l'ordinamento italiano: il d.lgs. 7.4.2003, n. 85; Direttiva 2003/09/CE *sulle condizioni minime di accoglienza dei richiedenti asilo e rifugiati*, ora Direttiva 2013/33/UE, per l'ordinamento italiano: d.lgs. n. 30.5.2005, n. 140; Direttiva 2004/83/CE *sull'attribuzione della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale*, c.d. 'direttiva qualifiche', ora Direttiva 2011/95/UE, per l'ordinamento italiano: d.lgs. 9.11.2007, n. 251; Direttiva 2005/85/CE *sulle norme minime applicate nei vari Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato*, ora Direttiva 2013/32/UE c.d. 'direttiva procedure', per l'ordinamento italiano: d.lgs. 25.1.2008, n. 25; d.lgs. 18.8.2015, n. 142, *Attuazione della Direttiva 2013/33/UE recante norme relative dell'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della Direttiva 2013/32/UE recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale*.
- ²² Cass., S.U. 19.5.2009, n. 11535; Cass., S.U. 9.9.2009, n. 19393.
- ²³ D.lgs. n. 286/1998, cit., art. 19; Trib. Sorveglianza Torino, ord. 28.3.2012, n. 2011/6959.
- ²⁴ *Convenzione sullo Statuto dei rifugiati*, 28.7.1951, Ginevra, *Atto finale della Conferenza dei plenipotenziari delle Nazioni Unite sullo Status dei rifugiati e apolidi, Raccomandazione D*.
- ²⁵ Commissione UE, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and social committee and the Committee of the Regions, Communication on Migration*, COM (2011) 248, 4.5.2011, 7. V. a riguardo il c.d. Regolamento Frontex: Regolamento (CE), 2007/2004 del Consiglio, 26 ottobre 2004, *che istituisce un'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea* ora abrogato dal Regolamento 2016/1624/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, 14.9.2016 di istituzione della Guardia Costiera e di frontiera europea; Regolamento 656/2014/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, 15.5.2014, *recante norme per la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea*; Regolamento (UE) n. 1052/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, 22.10. 2013, *che istituisce il sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (Eurosur)*.
- ²⁶ T.F.U.E., art. 77, § 1 e art. 78, § 1. Per il c.d. Sistema comune europeo d'asilo (CEAS) v. Direttiva 2001/55/CE *sulla protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati provenienti da Paesi non appartenenti all'Unione europea e che non possono fare rientro nel Paese d'origine*; Direttiva 2003/09/CE *sulle condizioni minime di accoglienza dei richiedenti asilo e rifugiati*, ora Direttiva 2013/33/UE, 26.6.2013, *recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione)*; Direttiva 2004/83/CE *sull'attribuzione della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale* ora Direttiva 2011/95/UE, 13.12.2011, *recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta*; Direttiva 2005/85/CE *sulle norme minime applicate nei vari Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato* ora Direttiva 2013/32/UE, 26.6.2013, *recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione)* v. anche il c.d. 'sistema Dublino' finalizzato alla determinazione di norme procedurali di coordinamento tra gli Stati membri il cui criterio sotteso è quello della unicità della domanda, secondo cui il cittadino di un Paese terzo o l'apolide può presentare una sola domanda di protezione internazionale in uno degli Stati membri dell'Unione europea che diviene l'unico competente all'esame dell'istanza, senza

- che il richiedente possa in seguito ad una decisione negativa o nelle more del procedimento avanzare una nuova istanza in un altro Stato membro: *Convenzione di Dublino sulla determinazione dello Stato competente per l'esame della domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle Comunità europee*, 15 giugno 1990 (c.d. 'Procedimento Dublino'), per l'ordinamento italiano v. l'avvenuta ratifica con l. 23.12.1992, n. 523; v. poi Regolamento (CE) n. 343/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio, 18.2.2003 *sullo stato membro responsabile all'esame di una domanda di asilo* (c.d. 'Dublino II'), oggi abrogato dal Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, 23.6.2013, (c.d. 'Dublino III'), entrato in vigore il 1.1.2014; v. inoltre Regolamento EURODAC (CE) n. 2725/2000 del Consiglio, 11.12.2000, *che istituisce l'«Eurodac»* per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione della convenzione di Dublino e ora il Regolamento (UE) n. 603/2013 del Parlamento e del Consiglio, 26.6.2013, entrato in vigore il 20.7.2015. Commissione UE, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Quinta relazione annuale sull'immigrazione e l'asilo (2013)*, COM(2014) 288, 22.5.2014, 12, 15.
- ²⁷ Commissione UE, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Quinta relazione annuale sull'immigrazione e l'asilo (2013)*, COM(2014) 288, 22.5.2014, 12, 15.
- ²⁸ Direttiva 2004/38, 29.4.2004, *relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE*, art. 24, par. 1.
- ²⁹ C. eur. dir. uomo, 27.7.2004, n. 55480/00 e 59330/00, *Sidabras and Džiautas c. Lithuania*; C. eur. dir. uomo, Sez. I, 28.5.2009, *Bigaeva c. Grecia*.
- ³⁰ T.F.U.E., art. 6; ma già in via interpretativa si vedano: C. giust., 18.12.2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*; C. giust., 11.12.2007, C-438/05, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet e a.*; C. giust., 13.3.2007, C-432/05, *Unibet (London) Ltd e a. c. Justitiekanslern*; C. giust., 27.6.2006, C-540/03, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea*. Per alcune applicazioni meno risalenti v. *ex multis*: C. giust., 19.7.2012, C-451/11, *Dülger c. Wetteraukreis*; C. giust., 26.4.2012, C-92/12 PPU, *Health Service Executive c. S. C. e a.*; C. giust., 15.11.2011, C-256/11, *Dereci e a. c. Bundesministerium für Inneres*. Per l'applicazione da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo per tutte: C. eur. dir. uomo, 23.2.2012, n. 27765/09, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 7.7.2011, n. 23459/03, *Bayatyan c. Armenia*; C. eur. dir. uomo, 30.6.2005, n. 45036/98, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda*; C. eur. dir. uomo, 11.7.2002, n. 28957/95, *Goodwin c. Regno unito*. Nella giurisprudenza italiana: C. cost., 4.7.2008, n. 251; C. cost., 24.10.2007, n. 349; C. cost., 23.11.2006, n. 394; C. cost., 23.5.2006, n. 393; C. cost., 11-24.4.2002, n. 135. Per il periodo successivo a Lisbona: C. cost., 14.4.2010, n. 138; C. cost., 12.3.2010, n. 93; C. cost., 28.1.2010, n. 28. Per la rilevanza nel solo diritto dell'Unione europea: C. cost., 11.3.2011, n. 80.
- ³¹ Institut de Droit International, *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers proposées par l'Institut de droit International et adoptées par lui à Genève*, cit., Considerando 2.
- ³² Institut de Droit International, *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers proposées par l'Institut de droit International et adoptées par lui à Genève*, cit., artt. 6, 12.
- ³³ T.F.U.E., art. 79 co. 1 e 5.
- ³⁴ C. cost. n. 244/1974, cit.
- ³⁵ C. cost. 10.4.2001, n. 105.
- ³⁶ T.F.U.E., art. 79, co. 4.
- ³⁷ Direttiva 2008/115/CE *in tema di rimpatrio di cittadini di Paesi terzi*; Direttiva 2003/86/CE *relativa al diritto al ricongiungimento familiare*.
- ³⁸ C. cost. n. 244/1974, cit.
- ³⁹ C. cost. n. 104/1969, cit.; C. cost. n. 148/2008, cit.

- ⁴⁰ L. 5.2.1992, n. 91, *Nuove norme sulla cittadinanza*, art. 10, che impone il giuramento di fedeltà alla Repubblica e di osservanza alla Costituzione e alle leggi dello Stato come condizione di efficacia del decreto di concessione della cittadinanza italiana.
- ⁴¹ Nel diritto dell'Unione europea si assiste oggi al passaggio da un sistema di definizione di soli standard minimi comuni di protezione alla determinazione di livelli normativi uniformi tra gli Stati membri per una disciplina comune completa: Direttiva 2011/95/UE, cit., per l'ordinamento italiano: d.lgs. 21.2.2014, n. 18; Direttiva 2013/32/UE, cit.
- ⁴² Direttiva 2003/109/Ce, 25.11.2003, *relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo*, artt. 4 e 14; per l'Italia v. d.lgs. 8 gennaio 2007, n. 3, *Attuazione della direttiva 2003/109/CE relativa allo status di cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo*.
- ⁴³ C. eur. dir. uomo, 7.3.2000, *T.I. c. the United Kingdom*; C. eur. dir. uomo, 2.12.2008, *K.R.S. c. the United Kingdom*; C. eur. dir. uomo, 21.1.2011, *M.S.S. c. Belgium and Greece*; C. eur. dir. Uomo, 2.4.2013, *Mohammed Hussein c. the Netherlands and Italy*; C. eur. dir. uomo, 18.6.2013, *Halimi c. Austria and Italy*; C. eur. dir. Uomo, 18.6.2013, *Abubeker c. Austria and Italy*; C. eur. dir. uomo, 6.6.2013, *Mohammed c. Austria*; C. eur. dir. uomo, 5.12.2013, *Sharifi c. Austria*; C. eur. dir. uomo, 7.5.2014, *Safaii c. Austria*; C. eur. dir. uomo, 3.7.2014, *Mohammadi c. Austria*; C. eur. dir. uomo, 21.10.2014, *Sharifi and Others c. Italy and Greece*; C. eur. dir. Uomo, 4.11.2014, *Tarakhel c. Switzerland*; C. eur. dir. uomo, 11.12.2014, *AL.K. c. Greece*; C. eur. dir. uomo, 11.12.2014, *Mohamad c. Greece*; C. eur. dir. uomo, 13.1.2015, *A.M.E. c. the Netherlands*; C. giust., 19.4.2007, *Commission des Communautés européennes c. République hellénique*, C-72/06, C. giust., ord. 22.10.2008, *Commission des Communautés européennes c. République hellénique*, C-130/08; C. giust., 21.12.2011, C-411/10, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department e C-493/10 M.E. e altri c. Refugee Applications Commissioner and Minister for Justice, Equality and Law Reform*.
- ⁴⁴ Regolamento (UE) n. 439/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio. 19.5.2010, *che istituisce l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo*.
- ⁴⁵ Commissione UE, *Comunicazione sul rafforzamento della solidarietà all'interno dell'UE in materia di asilo*, COM(2011) 835, 10.
- ⁴⁶ Commissione UE, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Quinta relazione annuale sull'immigrazione e l'asilo (2013)*, COM(2014) 288, 22.5.2014, 7.
- ⁴⁷ COM(2011) 751, 15.11.2011, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il Fondo asilo e migrazione*; Commissione UE, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Quinta relazione annuale sull'immigrazione e l'asilo (2013)*, COM(2014) 288, 22.5.2014, 19, 20. Quasi il 90% della sua dotazione totale (3.137 milioni di EUR) si prevede sia erogato tramite programmi nazionali che coprono l'intero periodo 2014-2020.

Riferimenti bibliografici

- Alexy R. 2012, *Teoria dei diritti fondamentali*, il Mulino, Bologna.
- Arendt H. 1978, *Le origini del totalitarismo. II. L'imperialismo*, Giuffrè, Milano.
- Astengo G., De Foresta A., Gerra L., Spanna O., Vaccarone G.A. 1866, *Codice civile del Regno d'Italia confrontato con gli altri codici ed esposto nelle fonti e nei motivi*, Firenze-Torino.
- Astone F., Manganaro F., Romano Tassone A., Saitta F. (a cura di) 2009, *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, Rubbettino, Soveria Mannelli.
- Barile P. 1967, *La pubblica sicurezza. Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Neri Pozza, Vicenza.
- 1984, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna.
- Bascherini G. 2007, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Jovene, Napoli.
- Benedetti E. 2010, *Il diritto di asilo e la protezione dei rifugiati nell'ordinamento comunitario dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, Cedam, Padova.
- Benhabib S. 2006, *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Raffaello Cortina, Milano.
- Böckenförde E.W. 2006, *Stato, costituzione, democrazia: studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano.
- Borsi U. 1937, *Corso di diritto coloniale*, Padova.
- Brunialti A. 1900, *Il diritto costituzionale e la politica nelle scienze e nelle istituzioni*, vol. II, Torino.
- Cannizzaro E., Caligiuri A. 2006, *Art. 10*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Giuffrè, Milano: 252 sgg.
- Cassese A. 1975, *Art. 10*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Roma-Bologna: 474 sgg.
- Castellazzi S. 2010, *La condizione giuridica dello straniero*, in V. Gasparini Casari, G. Cordini, *Il diritto dell'immigrazione*, vol. I, Mucchi, Modena: 141 sgg.
- Cavallo Perin R. 2013, *Crisis del Estado de Bienestar. El Papel del Derecho Administrativo*, in Piñar J.L. Mañas (a cura di), *Crisis económica y crisis del Estado de Bienestar. El Papel del Derecho Administrativo*, Madrid: 147 sgg.
- Cianci A.G. 2007, *Soggetto straniero e attività negoziale. Il principio di reciprocità e la sua dimensione attuale nel diritto privato*, Giuffrè, Milano.
- Consito M. 2014, *L'immigrazione tra pluralismo valoriale e multiculturalismo*, in *Fenomenologia e società*: 64 sgg.
- 2016, *La tutela amministrativa del migrante involontario. Richiedenti asilo, asilanti e apolidi*, Jovene, Napoli.
- Contuzzi F.P. 1895-1898a, *Voce Espulsione degli stranieri*, in *Digesto italiano*, X, Torino: 1008 sgg.
- 1895-1898b, *Voce Emigrazione*, in *Digesto italiano*, X: 346 sgg.
- Corsi C. 2001, *Lo Stato e lo straniero*, Cedam, Padova.

- D’Orazio G. 1994, *Condizione dello straniero e ‘società democratica’ (sulle ‘ragioni’ dello Stato)*, Cedam, Padova.
- De Pretis D. 2012, *L’immigrazione nel diritto dell’Unione europea*, in <<http://www.giustamm.it>>.
- De Vattel E. 1753, *Le droit de gens ou principes de la loi naturelle appliquée à la conduite des affaires des nations et de souverains*, Leide.
- De Vitoria F. 2005, *De indiis recenter inventis et de iure belli hispanorum in barbaros relationes (1539), Sectio tertia* (ed. orig. Tübingen, Mohr 1952), Laterza, Roma-Bari.
- Di Martino A. 2010, *Il territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Giuffrè, Milano.
- Di Martino C. 2007, *La convivenza tra culture*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, il Mulino, Bologna: 491 sgg.
- Galetta D.U. 2010, *Il diritto di asilo in Italia e nell’Unione europea oggi: fra impegno a sviluppare una politica comune europea, tendenza all’“esternalizzazione” e politiche nazionali di gestione della c.d. “emergenza immigrazione”*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*: 1449 sgg.
- Galizia M. 1967, *La libertà di circolazione e soggiorno: dall’unificazione alla Costituzione repubblicana*, in P. Barile (a cura di), *La pubblica sicurezza. Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Neri Pozza, Vicenza: 483.
- Gianzana S. 1884, *Lo straniero nel diritto civile italiano. Commento agli artt. 6-12 disp. Preliminari, art. 3 c.c. e relativi artt. 105-107, 941-950 c.p.c.*, vol. I, Torino.
- Grassi G. 1910, *Lo Stato e l’individuo. Rapporto di diritto pubblico*, Roma.
- Grossi V. 1905, *Emigrazione*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo Trattato completo di Diritto amministrativo*, vol. IV, pt. II, Milano: 119.
- Grosso E. 1997, *Le vie della cittadinanza. Eterogeneità dei principi, pluralità delle forme*, Cedam, Padova.
- 1999, Voce *Straniero*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. XV, Torino: 156 sgg.
- 2006, Voce *Straniero (status dello)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. VI, Milano: 5787 sgg.
- Isacco V., Salvarezza C. 1867, *Commentario della Legge sulla Pubblica Sicurezza e del relativo Regolamento*, Firenze.
- Kant I. 1885, *Per la pace perpetua: progetto filosofico*, prima traduzione italiana a cura di Massoni A., Milano.
- Langella S. 2007, *Teologia e Legge naturale. Studio sulle lezioni di Francisco de Vitoria*, Brigati, Genova.
- Martelli A. 2013, *La condizione giuridica dello straniero*, in L. Mezzetti (a cura di), *Diritti e doveri*, Giappichelli, Torino: 635 sgg.

- Meccarelli M., Palchetti P., Sotis C. (a cura di) 2012, *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di inclusione*, Eum, Macerata.
- Moroza della Rocca P. 2011, voce *Immigrato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. VI, Torino.
- Nascimbene B. 1988, *Lo straniero nel diritto italiano*, Giuffrè, Milano.
- Rannelletti O. 1904 *La polizia di sicurezza*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. IV, pt. I, Milano: 999.
- Romano S. 1918, *Corso di diritto coloniale*, Roma.
- Ruffini F. 1992, *La libertà religiosa: storia dell'idea*, Torino, 1901, poi Giuffrè, Milano.
- Ruggeri A. 2011, *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri*, in *Riv. ass. it. cost. (AIC)*, 2: 1 sgg.
- Say J.B. 1836, *Corso completo d'Economia politico-pratica*, trad. dal francese, t. III, parte V, cap. VI, Palermo.
- Saraceni G. 2012, *Ospitalità. Un valore giuridico fondamentale*, Cedam, Padova.
- Saredo G. 1873, *Del godimento e dell'esercizio dei diritti civili*, in *La Legge*, III (13), 154.
- Sassen S. 1999, *Migranti, coloni, rifugiati. Dall'emigrazione di massa alla fortezza Europa*, Feltrinelli, Milano.
- Savino M. 2012, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrative dei flussi migratori*, Giuffrè, Milano.
- Storti Storchi C. 1993, *Il ritorno alla reciprocità di trattamento. Profili storici dell'art. 16 c.1 disp. prel. del codice civile del 1942*, in *I cinquant'anni del codice civile*, Atti del Convegno di Milano 4-6 giugno 1992, vol. II, Milano.
- Von Bogdandy A., Ioannidis M. 2014, *Systemic deficiency in the rule of law: What it is, what has been done, what can be done*, in *Common Market Law Review*: 59 sgg.
- Von Pufendorf S. 1934, *De jure naturae et gentium libri octo* (riprod. Fotografica dell'ed. 1688, I, Oxford), I, III.

L'INTEGRAZIONE ORGANIZZATIVA EUROPEA NEL SETTORE DEGLI APPALTI PUBBLICI

Silvia Ponzio

SOMMARIO – 1. L'integrazione tra ordinamenti giuridici, economica e organizzativa nel settore appalti pubblici all'epoca dell'unificazione nazionale. 2. I principi europei e nazionali in materia di appalti pubblici per la creazione di un mercato interno. 3. Le barriere giuridiche e linguistiche come limite alla partecipazione transfrontaliera alle gare pubbliche. 4. I nuovi modelli di cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici europee.

1. L'integrazione tra ordinamenti giuridici, economica e organizzativa nel settore appalti pubblici all'epoca dell'unificazione nazionale

La disciplina degli appalti pubblici offre un modello di integrazione fra ordinamenti nazionali ed europeo, con la definizione di principi e l'adozione di direttive rivolte agli Stati membri che sembrano trovare giustificazione nella sempre crescente rilevanza economica del settore¹ – che fonda l'obiettivo volto alla realizzazione di un mercato interno con una integrazione economica tra gli Stati membri – nonché nelle peculiarità che derivano dalla natura giuridica pubblica di uno dei contraenti (Cianflone, 1950: 1, 167, 244; Zanobini, 1942: 172; Miele; 1953, 45; Cammeo, 1914: II, 886 e III, 1266; Racca, 2000). Dalle leggi sull'unificazione amministrativa emerge chiara la nozione di 'appalto di opere pubbliche' mentre la natura giuridica pubblica dell'opera rileva sia sul piano soggettivo poiché la stessa è «eseguita dallo Stato o da altro ente pubblico» sia oggettivo in relazione all'impiego dell'opera o alla destinazione della stessa ad un pubblico servizio ovvero al perseguimento di un fine proprio dell'ente pubblico anche solo rivolto a consentire l'esercizio di una funzione amministrativa (Cianflone, 1950: 1; Zanobini, 1942: 172; Cavallo Perin, 2014), con conseguenti deroghe al diritto comune dei contratti per la scelta delle controparti contrattuali che dalle leggi di contabilità permangono negli ordinamenti nazionale ed europeo².

Il processo di integrazione (economica) europea è di interesse per le assonanze che presenta con quello che ha coinvolto gli ordinamenti giuridici degli Stati preunitari sin dalla prima metà dell'Ottocento con la proposta di istituzione di una «lega doganale»³ per la creazione di «un blocco economico omogeneo di Stati italiani, dotato di un forte dinamismo economico e politico» (Martina, 1974: 154 sgg.) che avrebbe dovuto favorire l'istituzione di una confederazione

italiana (si v. *ex multis*: Lorenzetti, 66; Pirri, 1948: 183 e 214; Quazza, 1953: 357-370; Gentili, 1914: 563-639; Gentili, 1915; Pellicciari, 2000). Con l'unificazione nazionale l'integrazione tra Stati preunitari assume una connotazione in parte differente individuando il presupposto costitutivo in un'unificazione in prevalenza di tipo politico o diplomatico-militare ove l'innovazione e la modernizzazione istituzionale oltre alla costruzione di un nuovo contesto giuridico e amministrativo sembrano qualificarsi come elementi rivolti ad assicurare il miglioramento della vita economico-sociale del Paese e dunque assurgere a presupposto di un'integrazione (anche) economica, in cui peculiare rilievo hanno assunto gli appalti pubblici strumentali alla realizzazione del programma di opere (pubbliche) sul territorio nazionale (Pescosolido, 2011: 1; Sandulli, 1967: 64) e, nell'evoluzione successiva, le modalità organizzative per la gestione degli stessi.

La significativa rilevanza delle operazioni da compiere e del patrimonio amministrato ha richiesto disposizioni speciali per l'affidamento dei contratti dello Stato quale «ente morale *sui generis*» (Rostagno, 1887: 35; Bononi, 1898-1900: 422), integrate dalla disciplina delle formalità dei contratti e dei pubblici incanti delle leggi sulla contabilità pubblica⁴ (Caranta, 2004: 28; Benedetti, 1999: 17 sgg.), e sotto differente profilo si è posta a fondamento di riorganizzazioni amministrative che hanno determinato l'istituzione di aziende autonome statali poste sotto la vigilanza del Ministero e dotate di autonomia finanziaria ovvero di altre forme di decentramento organico prive di autonomia di bilancio, per assicurare strutture adeguate all'adempimento delle funzioni attribuite⁵ (compresa quella contrattuale), comunque funzionali a garantire il compimento del programma di opere pubbliche (es. Cassa del Mezzogiorno: su cui Tracanna, 1976: 420 sgg.).

Se l'integrazione tra ordinamenti giuridici degli Stati preunitari viene attuata con l'iniziale estensione dei codici sardi alle province annesse seguita da un più ampio coinvolgimento del Parlamento del neo-istituito Stato unitario, parimenti e ancor prima l'unificazione tra amministrazioni contribuisce alla definizione della struttura amministrativa del Regno d'Italia con l'estensione del modello organizzativo sardo-piemontese, fortemente accentrato, con l'attribuzione di ampie competenze ai Ministeri⁶ e l'affermazione di un limitato autogoverno provinciale e comunale⁷ (Giannini, 1967: 1 sgg.; Amorth, 1968: 11 sgg.). Nel settore dei lavori pubblici dalle leggi sull'unificazione amministrativa ciò si traduce in una iniziale concentrazione delle relative competenze in capo al Ministero dei lavori pubblici⁸, o perché «ricadenti dell'immediata azione operativa»⁹ di tale amministrazione e volte alla progettazione, direzione e manutenzione delle opere o alla polizia dei beni o poiché sottoposte all'alta vigilanza o alla direzione della stessa e alla sua azione di polizia, nel caso di opere di competenza degli enti territoriali minori o di strade ferrate in concessione (Sandulli, 1967: 22). La scelta evidenzia, secondo taluni, l'obiettivo di realizzare una unificazione amministrativa ac-

canto a quella legislativa perseguita con la «legge per l'unificazione amministrativa del regno d'Italia»¹⁰ (Roehrsen, 1967: 285), che attribuisce alla giurisdizione del giudice ordinario l'intera materia dei contratti della pubblica amministrazione¹¹ e disciplina le opere pubbliche¹² anche sotto il profilo relativo alla stipulazione ed esecuzione dei relativi contratti, dunque dalla «deliberazione di creare l'opera sino all'approvazione del collaudo» con lo scioglimento del rapporto contrattuale¹³ (Roherssen, 1967: 286; Cuneo, 1921: 1 sgg.; Racca, Yukins, 2014: 1-7).

Già prima delle leggi sull'unificazione amministrativa la significativa ingerenza del Governo in particolare nell'attività di Comuni e Province rivolta alla realizzazione di opere stradali (Sandulli, 1967: 15) trova fondamento nelle esigenze di coordinamento della spesa, al fine di impedire che «fra tanta necessità di opere pubbliche si sciupino le forze economiche delle popolazioni in lavori meno utili a fronte di altri indispensabili e urgenti» e assicurare che «tutte le parti del Regno raggiungano quel grado di benessere particolare e generale, a cui hanno diritto» concorrendo in eguale misura a sostenere i pesi dei pubblici servizi. L'affermazione sottende alla necessità di assicurare una programmazione (coordinata) dunque a tutela dell'efficienza e della qualità della spesa pubblica, ma pare costituire anche il presupposto di una effettiva unificazione territoriale cui è strumentale il regolare andamento delle opere pubbliche su tutto il territorio nazionale che favorisce la creazione di un mercato nazionale degli appalti pubblici di lavori perciò ponendosi a fondamento di una integrazione economica che oggi si ritrova nell'ordinamento dell'Unione europea in particolare nell'obiettivo volto alla creazione di un mercato interno¹⁴, cui contribuisce una integrazione tra amministrazioni pubbliche nazionali ed europee ancor prima che tra imprese, che apre a forme di cooperazione dal lato della domanda non ignote già all'epoca dell'unificazione nazionale. Si pensi alle competenze attribuite a consorzi idraulici e marittimi nella materia delle acque interne e delle opere marittime per la cura delle relative opere, nonché alle più generali disposizioni sui consorzi comunali e provinciali introdotte con la stessa legge sui lavori pubblici del 1865¹⁵, per l'esercizio congiunto di funzioni pubbliche. Nella legge sulle opere pubbliche l'istituzione e la disciplina di consorzi facoltativi o obbligatori tra province ovvero tra comuni è volta alla costruzione, sistemazione e conservazione delle strade provinciali o comunali e delle opere che le corredano (consorzi stradali)¹⁶, istituiti per l'adempimento delle funzioni dei soggetti consorziati in capo ai quali permane la proprietà delle opere (Miele, Stancanelli, 1961: IX, 411). D'interesse risulta anche la disciplina dei consorzi di irrigazione che consente a Comuni e Province «soli o associati ad altri comuni o ad altre province» di intraprendere opere di derivazione delle acque per l'irrigazione, parificati, per espressa volontà legislativa, ai consorzi disciplinati dalle leggi in materia di opere di irrigazione (Golda Perini, 1967: 269)¹⁷. L'istituzione del consorzio determi-

na l'insorgere di un'obbligazione all'adempimento dei compiti per cui lo stesso è stato istituito, tra cui la stipulazione dei contratti di appalto con applicazione di norme e principi che regolano la selezione del contraente (Lentini, 1950: 8; Romano, 1988: VIII, 3). L'evoluzione successiva conduce oltre ad una disciplina generale dell'istituto al ricorso a tale strumento per l'assolvimento di funzioni settoriali¹⁸ e specifiche: i consorzi fra enti territoriali¹⁹, i consorzi per l'utilizzazione delle acque pubbliche (Pernigotti, 1958: 431)²⁰, i consorzi di bonifica²¹, i consorzi fra istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza²², i consorzi di bacino imbrifero montano²³. Il modello consortile come forma di aggregazione delle funzioni pubbliche sembra aver contribuito allo sviluppo economico e sociale del Paese (Golda Perini, 1967: 271) e se ne è evidenziata la peculiare rilevanza per i comuni di piccole dimensioni che in ragione di risorse finanziarie e professionali limitate singolarmente avrebbero potuto «malamente o nient' affatto adempiere» (Miele, Stancanelli, 1961: 410, in cui si richiama la costituzione di consorzi tra comuni compresi nel medesimo bacino imbrifero per l'esecuzione di opere di sistemazione montana ed in genere per favorire il progresso economico e sociale delle relative popolazioni). I consorzi amministrativi tra enti pubblici, in particolare tra enti pubblici territoriali (Romano, 1988: 1) e, più in generale le forme di coordinamento e cooperazione tra soggetti pubblici differenti talora su base volontaria, talaltra coattiva²⁴ preludono nell'ordinamento nazionale e in quello dell'Unione europea alla realizzazione di un'integrazione organizzativa che può costituire il presupposto del corretto ed efficiente esercizio di pubbliche funzioni, segnatamente della funzione appalti. L'impostazione trova oggi conferma nelle previsioni che dapprima hanno limitato la capacità contrattuale dei comuni non capoluogo di provincia²⁵ – limitazione poi estesa a tutte le stazioni appaltanti nella disciplina di attuazione delle nuove direttive europee sugli appalti pubblici²⁶ – in ragione della tipologia e importo del contratto affidato e che richiedono di verificare l'adeguatezza (qualificazione) degli acquirenti pubblici (v. R. Cavallo Perin, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, in questo volume), aprendo a forme di cooperazione per l'aggregazione della domanda pubblica anche a livello europeo volte ad assicurare l'effettività dei principi della contrattazione pubblica.

2. I principi europei e nazionali in materia di appalti pubblici per la creazione di un mercato interno

L'analisi dei principi relativi alla contrattazione pubblica che si sono affermati nell'ordinamento dell'Unione europea è d'interesse per la rilevata convergenza con quelli noti sin dalla seconda metà dell'Ottocento nel nostro ordinamento (Racca, 2000: 191; Carosi, Di Carlo, 2007: 147; Buscema, 1979; Barettoni

Arleri, 1980; Ledda, 1982). Si evidenzia, allora come oggi, l'esigenza di contrastare e prevenire fenomeni corruttivi e 'immoralità' delle amministrazioni pubbliche e si individuano nella concorrenza leale tra operatori economici nell'ambito delle gare pubbliche e nella trasparenza delle relative procedure gli strumenti capaci di assicurare l'efficienza della spesa e contrastare la diffusione dell'illegalità (Racca, 2000: 191), rafforzando nei cittadini la fiducia nelle istituzioni pubbliche e nella correttezza (e moralità) di funzionari pubblici che le rappresentano e per le quali agiscono e garanti dell'imparzialità²⁷. L'integrazione tra gli ordinamenti europeo e nazionali è stata favorita anzitutto dall'elaborazione di un diritto europeo che si fonda sui principi 'di una cultura del diritto amministrativo' comune agli Stati membri e che ritorna agli ordinamenti nazionali influenzandone le tradizioni giuridiche, l'evoluzione delle società e il sistema di azione dei pubblici poteri (Auby-Dutheil de la Rochere, 2014: 1283; Cavallo Perin, 2014: 41; Merusi, 2013; Racca, Ponzio, 2015).

Nella legislazione statale di contabilità per lungo tempo oggetto di tutela è stato «l'interesse pubblico soggettivo nell'amministrazione» (Cavallo Perin, Racca, 2013; Romano, 1998: 1 sgg.) e i principi di concorrenza e pubblicità negli appalti pubblici sono risultati strumentali a garantire la dignità (dei funzionari) dell'amministrazione pubblica non solo dall'abuso ma altresì dal sospetto «di cui l'idea si allontana quando gli appalti siano deliberati sotto gli occhi delle popolazioni e sotto lo stimolo della libertà degli incanti» (Vita Levi, 1876), evitando indebiti favoritismi e assicurando il miglior impiego delle pubbliche risorse. Inoltre le correlate esigenze di tutela dell'amministrazione pubblica come 'parte debole' nell'ambito del rapporto contrattuale con gli operatori economici hanno favorito un'interpretazione della disciplina di selezione del contraente come posta nell'esclusivo interesse delle amministrazioni pubbliche e come limite alla loro autonomia a tutela dei principi di 'moralità' e di ordine pubblico. Ne è derivata la qualificazione delle relative norme come norme d'azione con una iniziale esclusione, nella prospettiva della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, del sindacato quantomeno da parte della giurisdizione (Racca, 2000: 180 e 305; Salandra, 1904: 329). La capacità contrattuale del soggetto pubblico (Miele, 1953: 45; Cianflone, 1950: 167) è stata tradizionalmente assoggettata a «speciali norme e formalità stabilite da leggi e regolamenti» o capitolati d'onere – come atti volti a definire gli obblighi, i pesi e gli impegni che il contraente accetta con la stipulazione del contratto – che si concentrano sulla controparte contrattuale a garanzia dell'affidabilità morale e per salvaguardare le amministrazioni pubbliche dalle inadempienze delle imprese aggiudicatrici che pregiudicano la corretta esecuzione dell'opera o del servizio (Cuneo, 1921: 101; Cianflone, 1950: 244; Cammeo, 1914: II, 886 e III, 1266; Ponzio, 2006: 2; De Cupis, 1967: 270 sgg.; Cattaneo, 1967: 12; Racca, 2000: 180)²⁸.

Tale tradizionale interpretazione ha aperto a significative possibilità di deroga della regola della gara pubblica ed oscurato talora la *ratio* della disciplina europea sugli appalti pubblici che a partire dagli anni cinquanta del secolo scorso ha individuato tra gli obiettivi prioritari sottesi alla definizione di principi e di una disciplina di coordinamento comuni agli Stati membri la creazione di un mercato interno nell'ambito del quale il principio di concorrenza²⁹ è stato individuato come strumento capace di assicurare una più ampia partecipazione, anche transfrontaliera agli appalti pubblici e di favorire la realizzazione del processo di «costruzione europea» (Chiti, 1993; Amato, 1998: 14 sgg.; Racca, 2003: 46; Racca, 2012: 2649; Massera, 2006: 1390). Nell'ordinamento dell'Unione europea la disciplina europea sugli appalti pubblici è interpretata come posta nell'interesse del mercato e della concorrenza (Romano, 1998: 1 sgg. e 1999: 3324) per favorire lo sviluppo delle imprese più efficienti. La tutela della concorrenza e del mercato e delle posizioni soggettive degli operatori economici non esclude e anzi si integra con i principi costituzionali di buon andamento e imparzialità (art. 97, I Cost.) che costituiscono il fondamento del contrasto a comportamenti scorretti posti in essere dai contraenti privati in tal modo assicurando il corretto utilizzo delle risorse pubbliche, senza tuttavia trascurare l'interesse pubblico alla qualità delle prestazioni a beneficio dei cittadini (Cavallo Perin, Racca, 2013: 6).

L'integrazione nell'Unione europea è stata perseguita anzitutto attraverso i principi che, in quanto tali, sono immediatamente applicabili negli ordinamenti giuridici degli Stati membri e perciò a tutti i contratti pubblici a prescindere da tipologia e importo, poiché capaci, pur con differente intensità, di incidere sul mercato interno³⁰. La cogenza e l'efficacia normativa dei principi europei in ambito economico anche per gli ordinamenti interni degli Stati membri giunge in talune prospettazioni, a qualificare gli stessi come valori comuni dell'ordinamento europeo, perciò capaci di limitare l'autonomia degli ordinamenti giuridici nazionali nel recepimento e nella corretta attuazione del diritto europeo, favorendo l'integrazione tra gli stessi, in un contesto in cui i principi stessi assurgono a parametro di validità delle discipline nazionali aventi ad oggetto le procedure di scelta del contraente (Cavallo Perin, 2000: 41 sgg.). Rilevano, in particolare, la libera circolazione delle merci³¹, la libertà di stabilimento³² e la libera prestazione di servizi³³, nonché i principi che da essi si desumono e che sono stati oggetto di elaborazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia quali la parità di trattamento (Cavallo Perin, Racca, 2013: 6)³⁴, che richiama, in particolare, il divieto di discriminazione in base alla nazionalità³⁵ e che assurge a presupposto logico-giuridico di una partecipazione transfrontaliera agli appalti pubblici, il mutuo riconoscimento e la proporzionalità posti a presidio dell'oggettività nella selezione dei contraenti e nella valutazione delle offerte in conformi-

tà alle previsioni dei documenti di gara, sanzionando con l'illegittimità le clausole discriminatorie e limitative della partecipazione (Sandulli, 1998: 108 sgg.; Galetta, 1998, 2006: 1106 e 2013: 501 sgg.; Scoca, 2010: 289 sgg.; Cognetti, 2011: 110 sgg.; Ponzio, 2011: 2464 sgg.; Racca, Cavallo Perin, 2013: 30-35)³⁶. Presupposto di una corretta attuazione di tali principi sono ancora la concorrenza tra operatori economici e la trasparenza delle procedure di selezione del contraente³⁷ che assicurano le migliori condizioni contrattuali evitando esclusioni non proporzionate dalle trattative precontrattuali (Racca, 2000; Ponzio, 2013, 1085; Racca, Cavallo Perin, 2013: 31-35), ove è proprio la disciplina della concorrenza nell'ordinamento dell'Unione Europea a mutare la natura giuridica «delle norme che disciplinano i contratti con la pubblica amministrazione da norme d'azione a norme di relazione» (Cavallo Perin, 2011: 11).

Per assicurare l'effettività dei principi richiamati e l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza (Arrowsmith, 2014: 150-215)³⁸, l'Unione europea ha perseguito sin dalle prime direttive europee (Bovis, 2007: 17 sgg.)³⁹ anche l'obiettivo di un'integrazione economica degli Stati membri con la definizione per gli appalti sopra soglia di disposizioni di coordinamento delle procedure nazionali di selezione dei contraenti, dapprima nel settore degli appalti pubblici di lavori⁴⁰ e successivamente per quelli di forniture e servizi⁴¹ e per i c.d. settori esclusi⁴², che progressivamente si sono rivolte a perseguire obiettivi di semplificazione e modernizzazione delle procedure di scelta del contraente per l'effettività dei richiamati principi⁴³. Parallelamente le istituzioni europee hanno proceduto all'introduzione di strumenti di ricorso efficaci e tempestivi esperibili in caso di violazione della disciplina degli appalti pubblici per garantirne l'effettività, e tali da assicurare non solo la correzione delle procedure o l'annullamento degli atti lesivi, ma altresì la tutela risarcitoria, riconoscendo in capo alle imprese interessate posizioni soggettive direttamente tutelate e perciò sottratte alla disponibilità degli Stati membri e delle amministrazioni pubbliche⁴⁴. Sicché proprio la previsione del rimedio risarcitorio ha inciso sia sulla giurisprudenza della Corte di Cassazione⁴⁵ sia sulla riforma della giustizia amministrativa giungendo all'estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con il progressivo riconoscimento in capo ai partecipanti alle gare pubbliche dell'esistenza di diritti alla correttezza precontrattuale, superando il sistema tradizionale di tutela giurisdizionale che per lungo tempo aveva ritenuto pienamente soddisfattiva la tutela di annullamento offerta dal giudice amministrativo che poteva, a differenza del giudice ordinario, assicurare una sorta di risarcimento in forma specifica, cui faceva da corollario l'individuazione di posizioni giuridiche di interesse legittimo non solo in capo ai partecipanti, ma anche in capo all'aggiudicatario e altresì dopo la stipula del contratto per adempiere agli obblighi derivanti dalla disciplina europea in materia di ricorsi (Racca, 2012: 2650). Il sistema fonda-

to dalle c.d. ‘Direttive ricorsi’ pare tuttavia avere determinato in taluni ordinamenti, a differenza di altri, una proliferazione dei ricorsi, con un riconoscimento, talvolta anche troppo generoso del risarcimento del danno evidenziando la mancata integrazione europea (Racca, 2003: 38 sgg.; Sandulli, 2010: 67-102 e 2012: 31-56; Ponzio, 2013: 1085; Racca, 2015: 500-502).

3. Le barriere giuridiche e linguistiche come limite alla partecipazione transfrontaliera alle gare pubbliche

Se in linea teorica l’integrazione dei principi nazionali ed europei e la disciplina comune europea, peraltro limitata alla fase di scelta del contraente, si sono posti a fondamento di un coordinamento tra le legislazioni degli Stati membri⁴⁶ e di un diritto europeo degli appalti pubblici, a quasi mezzo secolo dall’emanazione della prima direttiva in materia pare ancora possibile constatare le difficoltà nell’affermazione di un effettivo mercato interno degli appalti pubblici ove le barriere giuridiche e linguistiche costituiscono ancora un significativo ostacolo alla partecipazione transfrontaliera⁴⁷ (Racca, Cavallo Perin, 2011: 193-215).

L’apertura dei mercati ha progredito secondo percorsi differenti a livello nazionale e locale, pur rivelando ancora gravi limiti, come evidenziato ad esempio dal significativo ammontare dei contratti sottratti alla disciplina europea⁴⁸. Il recepimento del diritto europeo degli appalti pubblici nei differenti Stati membri caratterizzati da differenti usi o prassi normative e giurisprudenziali ha ostacolato il superamento delle peculiarità dei singoli ordinamenti giuridici limitando la semplificazione e consentendo talora prassi elusive dei principi europei. Il recepimento delle nuove direttive ha costituito l’occasione per attuare una semplificazione anzitutto normativa con l’armonizzazione delle disposizioni relative agli oneri amministrativi dei ventotto Stati membri che sono anche in numero maggiore considerando i livelli regionali e locali, limitando il ricorso al *goldplating*⁴⁹ che introducendo oneri e adempimenti ulteriori rispetto a quelli previsti dalle norme europee può tradursi nel rischio di distorsione del sistema a danno delle imprese corrette e dei cittadini (Racca, 2015: 489-512; Salvi, Sarpi, 2014: 982 sgg.) e costituire una barriera alla partecipazione transfrontaliera.

La semplificazione normativa è stata attuata con il nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016) affidando l’attuazione a decreti ministeriali e a linee guida dell’Autorità Nazionale Anticorruzione e non ad un regolamento, per favorire l’evoluzione del sistema, in tal modo rafforzando i poteri di vigilanza e sanzionatori dell’Autorità Nazionale Anticorruzione e favorendo la ‘qualità della regolazione’ ove la certezza delle regole può assicurare corretta amministrazione – con lo sviluppo delle migliori pratiche favorito dallo scambio di in-

formazioni tra amministrazioni aggiudicatrici – e prevenzione del contenzioso per un sistema di contratti pubblici integro ed efficiente⁵⁰.

Le nuove direttive europee sui contratti pubblici individuano come prioritarie, soprattutto in tempi di crisi economica, le esigenze di efficienza, integrità e trasparenza nelle funzioni pubbliche (e delle relative organizzazioni) e di qualità della contrattazione pubblica, per favorire una crescita dell'economia europea (Giovannini, 2014: 4), intelligente, sostenibile e inclusiva⁵⁰ con un più efficiente impiego di risorse e finanziamenti pubblici⁵¹. Gli appalti pubblici sono definiti come 'strumenti basati sul mercato' capaci di assicurare il perseguimento degli obiettivi indicati, assicurando il corretto confronto concorrenziale ma soprattutto l'impiego di modelli organizzativi di acquisto pubblico dotati di professionalità adeguate e capaci di attuare strategie innovative che involgano il lato della domanda, superando la ancora diffusa frammentazione delle amministrazioni aggiudicatrici e dei contratti pubblici in Europa. L'attribuzione della capacità contrattuale negli ordinamenti degli Stati membri⁵² ad oltre 250.000 amministrazioni aggiudicatrici (in Italia: 37.000)⁵³, ha infatti sino ad oggi impedito una migliore articolazione della domanda pubblica che ove correttamente orientata al perseguimento di esigenze ambientali, sociali o legate alla tutela della salute (Edler, Georghiou, 2007, 949-963; Racca, 2010: 165-178), può stimolare l'innovazione e gli investimenti degli operatori economici dei mercati di riferimento, favorendo la concorrenza e nuove opportunità di lavoro.

Sin dalla definizione del libro verde e della consultazione per la definizione dei nuovi testi delle direttive sui contratti pubblici, sono stati avviati numerosi progetti per la sperimentazione di appalti innovativi per lo sviluppo di nuovi prodotti o il miglioramento di quelli esistenti assicurando efficienza, qualità e sostenibilità della contrattazione pubblica⁵⁴ prefigurando nuovi modelli organizzativi per l'acquisto pubblico e procedure di selezione del contraente innovative (Racca, 2014b: 10), mediante cooperazioni transnazionali tra amministrazioni aggiudicatrici (in particolare tra centrali di committenza) o con la definizione di documenti di gara comuni (Racca, 2010: 1727-1746; Arrowsmith, 2014: 527-528 e 535-540) capaci di superare, attraverso lo sviluppo di procedure aggregate, i modelli di acquisto tradizionale da parte delle singole amministrazioni aggiudicatrici anche in ragione dei rischi connessi allo sviluppo di progetti innovativi.

4. I nuovi modelli di cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici europee

A cento anni dall'unificazione amministrativa si constatava l'efficienza della rete stradale, autostradale e ferroviaria, delle opere portuali e di quelle idrauliche, dell'utilizzazione delle acque a scopi irrigui e di forza motrice come cor-

relata alla «funzionalità dell'organizzazione amministrativa e all'elevato livello tecnico degli organi attivi e consultivi» (Sandulli, 1967: 70), con ciò richiamando la capacità delle organizzazioni come essenziale all'adempimento (corretto ed efficiente) delle funzioni affidate. L'esigenza di strutture organizzative pubbliche capaci di assicurare professionalità, integrità ed efficienza e la corretta attuazione principi europei nell'esercizio di una rinnovata funzione appalti, si ritrova ai giorni nostri, in un contesto in cui la spesa relativa ai contratti pubblici in Europa raggiunge quasi il 14% del PIL⁵⁵, nel 2012⁵⁶ e si richiede di superare i modelli di gara tradizionale svolti dalla singola amministrazione aggiudicatrice (Racca, 2015: 491), evitando l'eccessiva proliferazione di soggetti giuridici (consorzi, unioni di comuni, stazioni uniche appaltanti e centrali uniche di committenza) che non sempre assicura risorse adeguate all'esercizio della funzione appalti con il rischio di una sommatoria di gare o di una ulteriore moltiplicazione di enti non adeguati all'innovativo esercizio della funzione.

La nuova direttiva europea sugli appalti pubblici disciplina nuovi istituti giuridici per favorire la semplificazione e l'innovazione delle procedure di selezione del contraente e la realizzazione del mercato interno degli appalti pubblici. Si prefigurano modelli di aggregazione della domanda pubblica e di cooperazione transfrontaliera e transnazionale tra amministrazioni aggiudicatrici che attuano il principio di cooperazione amministrativa definito dal Trattato sul funzionamento dell'unione Europea per «sostenere gli sforzi degli Stati membri volti a migliorare la loro capacità amministrativa di attuare il diritto dell'Unione»⁵⁷ (Cavallo Perin, Racca, in corso di pubblicazione; Cavallo Perin, Racca, 2016: 1457 e sgg. e 1479 e sgg.), in un contesto in cui rileva un sistema integrato di amministrazioni (Chiti, 2012: 19 sgg.) prima ancora delle esigenze di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri (Cortese, 2012: 168). Le forme di cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici individuano il proprio fondamento giuridico nell'istituto degli accordi tra amministrazioni⁵⁸, che, come è possibile desumere in via interpretativa dai principi europei e dalle norme dei Trattati possono svilupparsi anche tra amministrazioni di Stati membri differenti, individuando un livello di aggregazione adeguato oltre quello nazionale (Cavallo Perin, Racca, in corso di pubblicazione, parr. 1 e 4; Cavallo Perin, Racca, 2016: 1457 e sgg. e 1479 e sgg.).

Forme di cooperazione transfrontaliera tra amministrazioni pubbliche risultano di particolare interesse per gli appalti pubblici, ove come da taluni osservato, l'obiettivo volto alla piena realizzazione del mercato interno non può unicamente riguardare «il lato dell'offerta» assicurando la più ampia partecipazione delle imprese alle gare indette da una qualsiasi amministrazione ubicata in uno qualsiasi degli Stati membri, ma deve involgere altresì il lato della domanda (Cavallo Perin, 2014). La Corte di Giustizia ha da tempo aperto⁵⁹ alla coo-

perazione orizzontale, non istituzionalizzata, tra amministrazioni differenti per garantire congiuntamente l'esecuzione di compiti di interesse pubblico che tutte le parti della cooperazione sono istituzionalmente chiamate a svolgere. Non pare potersi escludere che tale cooperazione, che si affianca a quella di tipo verticale (strutturale o istituzionalizzata) che determina l'istituzione di un soggetto giuridico (Cavallo Perin, 2011: 119-135; Cavallo Perin, Casalini, 2009: 227-241; Casalini, Cavallo Perin, 2006: 51-97; Casalini, 2003), possa intervenire tra amministrazioni di Stati membri differenti contribuendo al superamento delle barriere nazionali dal lato della domanda e prefigurando un modello di integrazione non solo più normativo, ma anche organizzativo.

L'aggregazione della domanda a livello europeo rileva per i significativi benefici per il mercato interno in termini di economie di scala (attesi anche gli obiettivi di *spending review* che si impongono alle amministrazioni pubbliche) nonché in relazione all'interesse pubblico allo sviluppo di più ampie professionalità nell'esercizio della funzione appalti (Cortese, 2011: 140 e 141; Cavallo Perin, 2014)⁶⁰.

Rileva il principio di adeguatezza delle organizzazioni pubbliche (art. 118, c. I, cost.; Cavallo Perin, 2014; Cavallo Perin 2015) cui si richiede di assicurare il corretto svolgimento delle funzioni affidate che si traduce negli appalti pubblici nella necessità di assicurare una capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria degli enti pubblici, per l'attuazione di strategie di contrattazione pubblica corrette e innovative⁶¹. Ciò è speculare a quanto da tempo si richiede alle organizzazioni private con la dimostrazione del possesso di una capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria per stipulare contratti con la pubblica amministrazione e che ammette forme di cooperazione tra le stesse per partecipare alle gare pubbliche (Cavallo Perin, 2014).

Ancora di recente si sono evidenziate numerose le difficoltà di ordine giuridico, riferite in particolare a «conflitti tra diverse disposizioni nazionali»⁶², e pratico (barriere linguistiche) nell'effettuare acquisti presso le centrali di committenza (Racca, 2014c: 225 sgg.)⁶³; di altri Stati membri o nell'aggiudicazione congiunta di appalti pubblici a livello europeo. Tale possibilità è ora esplicita nella nuova direttiva sugli appalti pubblici anzitutto nella previsione in base alla quale uno Stato membro non può vietare amministrazioni aggiudicatrici di fruire delle attività offerte da centrali di committenza ubicate in altro Stato membro con disposizione che attua il principio generale dell'ordinamento dell'Unione europea di tutela della concorrenza per la realizzazione del mercato interno che rileva in particolare per gli appalti sovranazionali (Racca, 2014 e 2015; Racca, Ponzio, 2016: 380 sgg.; Ponzio, 2014). Si afferma dunque come 'libera' l'adesione all'attività di centralizzazione delle committenze realizzata da centrali d'acquisto di altri Stati membri e in tal senso sono state recepite le disposizioni eu-

ropee nel Regno Unito ed in Francia – come in altri ordinamenti dell’Unione europea – a differenza dell’ordinamento italiano ove si è ammesso il ricorso a centrali di committenza ubicate in altri Stati membri solo ove le stesse svolgano attività di grossista perciò fortemente limitando i benefici che possono derivare al mercato interno dalla specializzazione per settori merceologici e dal coordinamento mediante la messa a disposizione di accordi quadro alle amministrazioni locali, nazionali ed europee che solo la reciprocità e la cooperazione transnazionale possono garantire (Racca, 2017: 179).

Si disciplina⁶⁴ inoltre la cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici di differenti Stati membri per l’aggiudicazione di appalti, la conclusione di accordi quadro, o la gestione di sistemi dinamici di acquisizione che apre ad interessanti configurazioni ove intervenga non tra singole amministrazioni aggiudicatrici, bensì tra centrali di committenza (Ponzio, 2014: 11; Racca, 2014: 225-254), quali strutture di aggregazione della domanda pubblica capaci di assicurare un più ampio utilizzo di strumenti contrattuali (accordi quadro) e dei più innovativi strumenti tecnologici per una più ampia trasparenza dell’intero ciclo del contratto pubblico (Racca, Yukins, 2014: 2-3). Presupposto di tale cooperazione è la definizione degli elementi essenziali del rapporto giuridico, in linea con le previsioni già previste negli ordinamenti giuridici nazionali, in un accordo tra le stesse⁶⁵ avente ad oggetto l’individuazione delle responsabilità delle parti e delle disposizioni nazionali applicabili⁶⁶, che successivamente dovranno essere richiamate nei documenti di gara della procedura di aggiudicazione aggregata.

L’attuazione di simili forme di cooperazione determina la messa a disposizione di accordi quadro aggiudicati individualmente ovvero in sinergia tra centrali di committenza che consente alle amministrazioni aggiudicatrici di conseguire significativi risparmi, ma che soprattutto può costituire un’occasione di confronto tra centrali di committenza che può giungere allo sviluppo di un confronto competitivo anche dal lato della domanda (Cavallo Perin, 2014: 40 sgg.). L’assenza di un obbligo all’acquisto o di un’adesione preventiva favoriscono la partecipazione e l’ingresso sul mercato di nuove imprese innovative con l’articolazione degli accordi quadro di lotti differenti per volume, tipologia merceologica e ambito territoriale eventualmente limitando il numero di lotti da aggiudicare allo stesso operatore economico. La previsione della suddivisione dell’appalto in lotti si pone in continuità con il sistema tradizionale di contabilità ove la garanzia maggiore per l’erario veniva individuata nella promozione della concorrenza che trovava fondamento nella pubblicità e nella regola dei pubblici incanti ma anche nell’esigenza di assicurare la più ampia partecipazione e la possibilità «pei privati di assumere l’impresa anche quando non sieno forniti grandi capitali» con la suddivisione delle «grandi imprese» in lotti per favorire la concorrenza (Rostagno, 1886: 36)⁶⁷.

Le soluzioni organizzative per aggiudicare appalti congiunti previste dalle nuove norme europee prefigurano anche la creazione da parte di amministrazioni aggiudicatrici di Stati membri differenti di soggetti cui affidare le competenze di svolgimento della gara pubblica. In particolare si richiamano i gruppi europei di cooperazione territoriale (GECT)⁶⁸ e «altri soggetti istituiti in base al diritto dell'Unione», con previsioni che possono condurre all'istituzione, da parte di *organismi di diritto pubblico*, di soggetti giuridici costituiti come associazioni europee⁶⁹ e capaci di agire come centrali di committenza europee. Per istituire tali soggetti giuridici occorre definire il diritto applicabile alla procedura d'appalto nella legge dello Stato in cui l'organo competente del soggetto congiunto ha la sua sede sociale ovvero in quella dello Stato in cui tale organo svolge la propria attività, che potrà essere applicato per un periodo indeterminato – se ciò è previsto nell'atto costitutivo dell'organo congiunto – ovvero per un periodo di tempo limitato, per talune tipologie di appalto o per singole aggiudicazioni. L'integrazione di tale disciplina con le norme europee in materia di (conflitto di leggi) di diritto internazionale privato⁷⁰, consente alle amministrazioni aggiudicatrici che abbiano istituito tale soggetto congiunto di individuare un diritto diverso da quello nazionale anche per la fase di esecuzione del contratto che, come noto, tradizionalmente non è disciplinata dalle Direttive dell'Unione Europea, favorendo, a partire da una cooperazione amministrativa, l'integrazione degli ordinamenti giuridici (concorrenza tra ordinamenti giuridici: Cavallo Perin, 2014).

Si aprono dunque, nella prospettiva delineata, nuove possibilità di integrazione organizzativa che possono nell'ordinamento europeo svilupparsi nel settore degli appalti pubblici proprio a partire da questi nuovi modelli organizzativi. La collaborazione tra centrali di committenza in Europa potrà favorire, anche attraverso attività di *benchmarking*, la correttezza la qualità e l'integrità dell'attività contrattuale pubblica assicurando, anche grazie ai nuovi strumenti tecnologici, un più diffuso controllo sulla spesa pubblica.

Note

- ¹ Su tali aspetti di veda *infra*.
- ² Su cui si v. *infra* par. 2.
- ³ Il riferimento è alla proposta della Santa Sede del 25.8.1847 (data di avvio dei negoziati), e della firma dei preliminari tra Stato Pontificio, Granducato di Toscana e Regno di Sardegna il 3.11.1847.
- ⁴ R.d. 17.02.1884, n. 2016 e R.D. 4.05.1885, n. 3074. Successivamente: r.d. 18.11.1923, n. 2440 e r.d. 23.05.1924, n. 827.
- ⁵ Le prime forme di decentramento amministrativo sono riconducibili all'organizzazione periferica dei servizi tecnici realizzata mediante gli uffici del genio civile con competenze tecnico-esecutive, di vigilanza e amministrativo contabili, ma privi di poteri deliberativi. Tra le aziende autonome statali poste sotto la vigilanza del Ministero e dotate di autonomia finanziaria si richiama: l'amministrazione ferrovie dello Stato: l. 22.4.1905, n. 137 e l. 7.7.1905, n. 429 e l'azienda autonoma statale della strada (AASS) ai sensi della l. 17.5.1928, n. 1094, poi ANAS (d.lgs. 27.6.1946 e s.m.), per la gestione del servizio pubblico della viabilità. Tra le forme di decentramento organico prive di autonomia di bilancio si richiamano il magistrato delle acque istituito con l. 5.5.1907, n. 257 e s.m.; il magistrato del Po istituito con l. 12.07.1956, con competenza per la sistemazione idraulica del Po.
- ⁶ Cfr. l. 23.3.1853, n. 1483, *Riordinamento dell'amministrazione centrale e della Contabilità generale dello Stato*.
- ⁷ R.d. 7.10.1848, n. 807, *Regio decreto che provvede per l'Amministrazione dei Comuni, delle Province e delle Divisioni amministrative*.
- ⁸ Competenze in materia di realizzazione, conservazione e gestione di opere pubbliche, di amministrazione di beni del demanio naturale, in particolare le acque interne ed opere (non pubbliche) sottoposte alla sua vigilanza. l. 20.3.1865, n. 2248, all. F, *Legge sulle opere pubbliche*.
- ⁹ Strade ordinarie e ferrate dello Stato, acque pubbliche, porti, spiagge e fari, edifici statali destinati a usi pubblici, e per la polizia demaniale relativa a tali beni.
- ¹⁰ L. 20.3.1865, n. 2248, che con i suoi sei allegati relativi alla legge comunale e provinciale (all. A), alla legge di pubblica sicurezza (all. B) e di sanità pubblica (all. C), alla legge sul Consiglio di Stato (all. D) e sul contenzioso amministrativo (all. E) e alla legge sulle opere pubbliche (all. F) «realizza una vera e propria codificazione del diritto pubblico»: v. Camera dei Deputati, *La nascita dello Stato unitario*, Roma 2011, p. 79.
- ¹¹ L. 20.3.1865, n. 2248, Allegato E, *Legge sul contenzioso amministrativo*.
- ¹² L. 20.3.1865, n. 2248, Allegato F, *Legge sulle opere pubbliche*.
- ¹³ Si vedano gli artt. 337 sgg. l. n. 2248/1865, All. F., cit. Si richiamano anche le disposizioni del r.d. 25.05.1895, relativo alla direzione dei lavori alla contabilizzazione e al collaudo degli stessi.
- ¹⁴ Relazione alla Camera dei Deputati dell'allora ministro dei lavori pubblici Manabrea nella presentazione del d.d.l. del 9.5.1864, di conversione del d.l. 21.10.1863, che introduceva talune importanti modifiche in materia di strade ordinarie e acque pubbliche che attenuava per esigenze di coordinamento l'originario decentramento.
- ¹⁵ L. n. 2248 /1865, all. F, in part. artt. 37 e 49 e 50, su cui si v. *infra*.
- ¹⁶ Artt. 37 e 39, l. 2248, allegato F, cit.
- ¹⁷ L. 29.5.1873, n. 1387, art. 10.
- ¹⁸ Pare di interesse il richiamo ai consorzi tra province per la gestione della concessione di costruzione delle strade ferrate: l. 29.6.1873, n. 1475, (riferita alle province venete e di Mantova); quelli per l'espletamento di servizi sanitari: r.d. 1.8.1907, n. 636; consorzi tra province; comuni; tra province e comuni per l'assunzione diretta dei pubblici servizi: T.U. 15.10.1925, n. 2572.

- ¹⁹ R.d. 3.3.1934 n. 383, Approvazione del testo unico della legge comunale e provinciale, artt. 156 sgg. Cass., sez. un., 12.12.1988, n. 6750, «L'ente pubblico economico è caratterizzato dall'esercizio di un'attività di produzione di beni o servizi, analoga a quella di un comune imprenditore, con criteri di economicità ravvisabili nell'almeno tendenziale equivalenza dei ricavi rispetto ai costi. L'indagine al fine di individuarne tali caratteristiche va condotta alla stregua della disciplina legale e statutaria dell'ente che ne determina gli scopi ed i modi dell'attività in maniera stabile e conoscibile dalla generalità dei soggetti con esso in rapporto, restando privi di rilievo elementi fattuali contingenti, relativi alla vita dell'ente, che non si traducano anche in un mutamento normativo e quindi duraturo e conoscibile. Ha perciò natura di ente pubblico non economico (con la conseguenza della giurisdizione del giudice amministrativo per le controversie con i propri dipendenti) il consorzio acquedotti delle Valli del Sele, Calore e Montestella, atteso in particolare, alla stregua del relativo statuto, che esso – compreso fra i consorzi previsti dal r.d. 3 marzo 1934 n. 383 – provvede alla progettazione, alla costruzione ed alla manutenzione, oltre che alla gestione, di acquedotti, reti idriche e reti fognarie operando con il concorso di entrare (come i contributi degli enti consorziati) estranee ad una gestione puramente economica».
- ²⁰ R.d. 11.12.1933, n. 1775, *Testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici*, art. 12, c. II, in cui il ministro dei lavori pubblici, sentito il Consiglio Superiore, può imporre ai concessionari di una derivazione d'acqua di consorziarsi per l'esecuzione di opere pubbliche.
- ²¹ T.U. 13.2.1933, n. 215. Cass., sez. un., 17.5.1991, n. 5520. L'esecuzione di opere dirette all'approvvigionamento idrico di centri urbani è attività estranea alle finalità di bonifica e, comunque, agricole, da ritenere proprie dei consorzi di bonifica ai sensi del r.d. 13.2.1933, n. 215, i quali, pertanto, non hanno titolo per pretendere che alla relativa spesa contribuiscano gli utenti dell'impianto realizzato, proprietari o possessori di immobili siti nel comprensorio consortile, che non abbiano fatto richiesta di tale realizzazione ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 26 della legge 2.6.1961, n. 454.
- ²² R.d. 23.12.1923, n. 2841.
- ²³ L. 27.12.1953, n. 954, art. 1.
- ²⁴ Disposizioni volte a incoraggiare l'istituzione di consorzi per le opere pubbliche stradali, marittime e fluviali oltre che per le opere di bonifica si individuano già nella legislazione preunitaria. Il riferimento è in particolare a: l. Sarda 20.11.1859, n. 3754, *Sull'ordinamento del servizio delle opere pubbliche*.
- ²⁵ Cfr. d.lgs. 12.4.2006, n. 163, art. 33, c. 3 bis, introdotto dall'art. 23, c. 4, legge n. 214 del 2011, poi modificato dall'art. 1, c. 4, legge n. 135 del 2012 e dall'art. 1, c. 343, legge n. 147 del 2013. Il comma è stato infine sostituito dall'art. 9, c. 4, legge n. 89 del 2014. Cfr. anche: l'art. 23 *ter*, comma 1, legge n. 114 del 2014, come modificato dall'art. 8, c. 3 *ter*, legge n. 11 del 2015, poi dall'art. 1, c. 169, della legge n. 107 del 2015. Tale ultima disposizione ha prorogato l'applicazione alle gare bandite dal 1° novembre 2015. I comuni con popolazione superiore a 10.000 abitanti possono procedere autonomamente per gli acquisti di beni, servizi e lavori di valore inferiore a 40.000 euro (possibilità estesa dalla legge di Stabilità del 2016 anche ai comuni con popolazione inferiore a 10.000 ab. Sul punto ANAC, Determinazione n. 3 del 25 febbraio 2015, *Rapporto tra stazione unica appaltante e soggetto aggregatore (centrale unica di committenza) – Prime indicazioni interpretative sugli obblighi di cui all'art. 33, comma 3-bis, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e ss.mm.ii.* ANAC, Determinazione n. 11 del 23 settembre 2015, *Ulteriori indirizzi interpretativi sugli adempimenti ex art. 33, comma 3-bis, decreto legislativo 12 aprile 2006 n.163 e ss.mm.ii.* Si veda ora: ANAC, Comunicato del Presidente del 8 gennaio 2016, ove si precisa che: con l'entrata in vigore della c.d. Legge di stabilità 2016, è estesa anche ai Comuni con popolazione inferiore ai 10.000 abitanti la possibilità di procedere ad acquisti autonomi per importi inferiori a 40.000 euro. Dal 1° gennaio 2016 l'Autorità provvederà a rilasciare il Codice Identificativo Gara – CIG – a tutti i Comuni che procedono all'acquisto di lavori, servizi e forniture sotto l'importo indicato. In ultimo: d.lgs.

18 aprile 2016, n. 50 che ha introdotto il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti che dovrà essere attuato sulla base di criteri e modalità definite con d.p.c.m. Le singole stazioni appaltanti possono procedere direttamente e autonomamente all'acquisizione di beni e servizi di importo inferiore a 40.000 euro e lavori di importo inferiore a 150.000 euro (art. 37, c. 1).

- ²⁶ Direttiva 2014/24/UE del 26.2.2014, § 136. L. 28 gennaio 2016, n. 11, art. 1, lett. bb), in cui si dispone la «razionalizzazione delle procedure di spesa attraverso l'applicazione di criteri di qualità, efficienza, professionalizzazione delle stazioni appaltanti, prevedendo la riorganizzazione delle funzioni delle stazioni appaltanti, con particolare riferimento alle fasi di programmazione e controllo, nonché prevedendo l'introduzione di un apposito sistema, gestito dall'ANAC, di qualificazione delle medesime stazioni appaltanti, teso a valutarne l'effettiva capacità tecnica e organizzativa, sulla base di parametri obiettivi». D.lgs. n. 50 del 2016, cit., artt. 37 e 38.
- ²⁷ Comunicazione della Commissione Europea, 11.3.1998, COM (98) 143, *Gli appalti pubblici dell'Unione Europea*, 1, ove si afferma che l'apertura del mercato può contribuire al superamento dell'inefficienza della spesa, alla prevenzione della corruzione «ingenerando nei contribuenti la certezza di un corretto investimento del loro denaro».
- ²⁸ Si veda r.d. 23.05.1924, n. 827, art. 77. Cons. St., parere 13.06.191, in *Man. Amm.*: 356. La disciplina si ritrova oggi nel d.lgs. 12.04.2006, n. 163, *Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, art. 34 e ss. e d.p.r., 5.10.2010, n. 207, *Regolamento di esecuzione e attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE; nella Direttiva 2014/24/UE, 26.02.2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE; Direttiva 2014/25/UE, 26.02.2014 sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE; Direttiva 2014/23/UE 26.02.2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione*. Cfr. l. 11.02.1994, n. 109, art. 8 e d.lgs. 12.06.2006, n. 163, art. 40 e d.p.r. 5.10.2010, n. 207, artt. 60-96, relativi alla qualificazione per svolgere lavori pubblici. Si v. ora: d.lgs. n. 50 del 2016, artt. 80 e 85.
- ²⁹ T.F.U.E., artt. 119, 120 e 127.
- ³⁰ C. giust., 15.5.2008, C-146/06, *Fendt Italiana Srl c. Agenzia Dogane – Ufficio Dogane di Trento*, in *Foro Amm.* – C.d.S., 2008: 1351; C. giust., 7.12.2000, C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH c. Telekom Austria AG*, in *Foro it.*, 2000, IV: 1; Comunicazione interpretativa Commissione Europea 2006/C/179/02.
- ³¹ T.F.U.E., artt. 28-37.
- ³² T.F.U.E., artt. 49-55.
- ³³ T.F.U.E., artt. 56-62.
- ³⁴ Si evidenzia che i principi fondamentali del trattato e, in particolare il principio della parità di trattamento è di particolare interesse in presenza di un interesse transfrontaliero certo: CGCE, 23.12.2009, C-376/08, *Serrantoni Srl e Consorzio stabile edili Scrl c. Comune di Milano*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2009, 2781; CGCE 15.5.2008, C-146/06, *Fendt Italiana Srl c. Agenzia Dogane – Ufficio Dogane di Trento*, cit.; CGCE 15.5.2008, C-147/06, *SECAP S.p.A.*
- ³⁵ T.F.U.E., art. 18.
- ³⁶ Cons. St., V, 20.4.2015, n. 2001; Cons. St., sez. V, 9.3.2015, n. 1178; Cons. St., sez. V, 7.11.2014, n. 5493; Cons. St., sez. V, 17.6.2014, n. 3093; TAR Lazio, Roma, III, 05.2.2015, n. 2129.
- ³⁷ C. giust., 7.12.2000, C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH c. Telekom Austria AG*, in *Urb. e App.*, 2001, 487, con nota di F. Leggiadro, *Applicabilità delle Direttive comunitarie alla concessione di servizi pubblici*; C. Giust. 18.11.1999, C-257/1998, *Unitron Scandinavia*, in *Racc.* 1999, I, 8291.

- ³⁸ Direttiva 2014/24/UE, cit., cons. n. 1.
- ³⁹ Direttiva 71/305/CEE del 26.6.1971 *che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici*; Direttiva 77/62/CEE del 21.12.1976 *che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di forniture*; Direttiva 92/50/CEE del 18.6.1992 *che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di servizi pubblici*.
- ⁴⁰ Si ricorda tra queste anche la Direttiva 71/304/CE che specifica il divieto di discriminazioni in base alla nazionalità. Direttiva 71/305/CEE, cit., modificata dalla Direttiva 18.7.1989 n. 89/440/CEE.
- ⁴¹ Rispettivamente: Direttiva 92/50/CEE, cit., modificata dalla Direttiva 89/295/CEE.
- ⁴² Direttiva 90/521/CEE del 17.09.1990.
- ⁴³ Direttiva 2014/24/UE del 26.2.2014 *sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE*; Direttiva 2014/25/UE del 26 febbraio 2014 *sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE*; Direttiva 2014/23/UE del 26.2.2014 *sull'aggiudicazione dei contratti di concessione*.
- ⁴⁴ Direttiva 2007/66/CE del 11.12.2007 che modifica le direttive 89/665/CEE (che coordinava le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori) e 92/13/CEE (che coordinava le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni) del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici.
- ⁴⁵ Cass. 500 del 1999. Successivamente per la qualificazione della responsabilità precontrattuale come responsabilità da inadempimento degli obblighi di correttezza si v. *ex multis*: Cons. Stato, sez. V, 23.1.2012, n. 265 in *Foro Amm. C.d.S.*, 2012, 1 119, ove si richiama la possibilità di qualificare l'illegittimità dell'atto come presunzione semplice della colpa dell'amministrazione; Cons. St., sez. V, 8.11.2012, n. 5686 in *Diritto e Giustizia*, 2012; Cons. St., sez. VI, 15.10.2012, n. 5279 *Foro Amm. C.d.S.*, 2012, 10: 2667; Cons. St., sez. V, 31.7.2012, n. 4337 in *Foro Amm. C.d.S.*, 2012, 7-8, 1980; Cons. St., sez. V, 22.2.2010, n. 1038 in *Red. Amm. C.d.S.*, 2012, 02. In tema: G.D. Comperti, *La responsabilità oggettiva per esercizio illegittimo della funzione amministrativa alla ricerca di un modello*, nota a Cons. St., sez. V, 8.11.2012, n. 5686, in *Giur. it.*, 2013: 5. Più di recente si v.: Cons. St., sez. V, 21.4.2016, n. 1599; Cons. St., sez. VI, 15.9.2015, n. 4283, in *Foro amm.*, 2015, 2277; Cons. St., sez. III, 29.7.2015, n. 3748, in *Foro amm.*, 2016, 562.
- ⁴⁶ Direttiva 71/304/CEE del 26.7.1971; Direttiva 2004/18/CE del 31.3.2004, § 2; Direttiva 2014/24/UE del 26.2.2014, § 136.
- ⁴⁷ Commissione UE, Commission staff working paper, *Evaluation Report: Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, cit., I, 134. Cfr.: Rambøll Management, Rambøll study for the EU Commission, *Cross-border procurement above EU thresholds*, 2011, 38. Il rapporto evidenzia che il «50% of public procurement shall be awarded to economic operators established in less than 100 km by the contracting authority». Cfr. anche: Commissione UE, 27.01.2011, *Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, COM(2011) 15 final, 4, che ammonta all'11% considerando le aggiudicazioni in favore di controllate con sede nello Stato Membro dell'amministrazione appaltante: Commissione UE, Commission staff working paper, *Evaluation Report: Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, 27.6.2011, I, XIII. Cfr.: Commissione UE, *Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, COM(2011) 15 definitivo, 27.1.2011, accessibile in <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:it:PDF>>, 4 (12/2016).

- ⁴⁸ Commissione UE, Commission staff working paper, *Evaluation Report: Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, cit., 27: (pari all'80% degli appalti pubblici in Europa), o in quanto di importo inferiore alle soglie che rilevano per l'applicazione della disciplina europea o perché comunque esclusi dall'ambito di applicazione delle Direttive europee.
- ⁴⁹ Commissione UE, *Smart Regulation in the European Union*, COM(2010) 543 final, 8.10.2010. Si veda: Direttiva del PCM del 16.01.2013, *Disciplina sul rispetto dei livelli minimi di regolazione previsti dalle direttive europee, nonché aggiornamento del modello di Relazione AIR, ai sensi dell'articolo 14, comma 6, della legge 28 novembre 2005, n. 246*.
- ⁵⁰ Consiglio di Stato, comm. spec., parere 1 aprile 2016 n. 855.
- ⁵¹ Commissione UE, *Europe 2020 – A strategy for smart, sustainable and inclusive growth*, 3.03.2010.
- ⁵² Direttiva 2014/24/EU, cit., considerando n. 2.
- ⁵³ Commissione UE, Commission staff working paper, *Evaluation Report - Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, cit., Part 1: VI.
- ⁵⁴ Commissione UE, *Evaluation Report: Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, 26.6.2011, SEC(2011) 853 final, I: VI; Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture, segnalazione 12.01.2012, n. 1, in tema di *Misure per la riduzione dei costi amministrativi negli appalti pubblici*, 1.
- ⁵⁵ Direttiva 2014/24/EU, cit., cons. n. 95. «È d'importanza fondamentale sfruttare pienamente il potenziale degli appalti pubblici al fine di realizzare gli obiettivi della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva. In tale contesto, è opportuno ricordare che gli appalti pubblici sono essenziali per promuovere l'innovazione, che è di primaria importanza per la futura crescita in Europa. Tenuto conto delle sensibili differenze tra i singoli settori e mercati, non sarebbe tuttavia opportuno fissare requisiti obbligatori generali per gli appalti in materia ambientale, sociale e di innovazione. Il legislatore dell'Unione ha già fissato requisiti obbligatori in materia di appalti volti ad ottenere obiettivi specifici nei settori dei veicoli per il trasporto su strada (direttiva 2009/33/CE del Parlamento europeo e del Consiglio) e delle apparecchiature da ufficio (regolamento CE n. 106/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio). Inoltre, la definizione di metodologie comuni per il calcolo dei costi del ciclo di vita ha fatto grandi progressi. Pertanto, appare opportuno proseguire su questa strada, lasciando che sia la normativa settoriale specifica a fissare obiettivi e prospettive vincolanti in funzione delle particolari politiche e condizioni vigenti nel settore pertinente, e promuovere lo sviluppo e l'utilizzazione di un approccio a livello europeo per il calcolo dei costi del ciclo di vita in modo da favorire ulteriormente il ricorso agli appalti pubblici a sostegno di una crescita sostenibile».
- ⁵⁶ Commissione UE, *Public Procurement Indicators 2011*, 5.12.2012, ove si legge che «The EU Public Procurement market amount in 2011 reaches 2,405.89 billion of Euro equal to the 19% of the EU GDP».
- ⁵⁷ Commissione UE. *Public Procurement Indicators 2012*, 12.11.2014, dove, la spesa per lavori, servizi e forniture nell'anno 2012 (esclusi i settori regolati dalla Direttiva 2004/17/CE) è stata pari al 13,74% del PIL pari a circa 1769,58 miliardi di euro. Nello stesso anno il valore dei contratti pubblicati sul TED è stato pari a 401,68 miliardi di Euro». Commissione europea – Internal Market, *Public procurement indicators 2009*, 11 novembre 2010, in <http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2009_en.pdf>; sulla base dei dati statistici forniti sia dall'Unione Europea che dall'OECD, l'ammontare totale degli appalti pubblici degli enti locali risulta superiore rispetto a quella delle amministrazioni statali. Tali dati sono stati anche recentemente ripresi dal report presentato da un gruppo di ricerca in materia di appalti pubblici: D. Audet, *Government Procurement: A Synthesis Report*, in <<http://www.oecd.org/dataoecd/1/21/43506020.pdf>>: 151 sgg., in cui si rileva che «procurement by sub-central governments is larger than procurement by central governments by an estimated margin of two to three times depending on the ratios measured. These facts

highlight the importance of sub-central government in procurement policy, and pinpoint the reasons behind the high fragmentation of implementing public procurement processes». Commissione UE – DG internal policies, *The Applicability of Internal Market rules for Inter-Communal Co-operations*, settembre 2006. Si veda anche: Public Procurement Indicators 2015 - DG GROW G4 - Innovative and e-Procurement: 2015 - totale EU 2015.3; percentuale PIL: 13, 7. In Italia l'importo dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ha raggiunto nell'anno 2013 un importo di € 87.061.974.432 di cui 21.747.525.087 per lavori, 38.453.354.615 per servizi e 26.861.094.732 per forniture Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture, Relazione annuale 2013, 22 luglio 2014, 334-3366. Ci si riferisce ai contratti di importo eguale o superiore a 40.000 Euro comunicati all'Osservatorio dei contratti pubblici.

⁵⁸ Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, art. 197.

⁵⁹ Nell'ordinamento giuridico italiano: l. n. 241 del 1990, art. 15.

⁶⁰ C. giust., 9.6.2009, C-480/06, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, Racc. 2009, pag. I-04747, p.to 33

⁶¹ Il principio di cooperazione tra amministrazioni pubbliche è disciplinato dal T.F.U.E. (art. 197) ove si stabilisce che l'Unione può attuare interventi di sostegno e coordinamento anche in settori di competenza degli Stati membri per migliorare, nel perseguimento dell'interesse comune, la capacità amministrativa degli Stati membri di attuare il diritto dell'Unione (v. art. 6 T.F.U.E.).

⁶² L 28 gennaio 2016, n. 11, art. 1, lett. bb), in cui si dispone la «razionalizzazione delle procedure di spesa attraverso l'applicazione di criteri di qualità, efficienza, professionalizzazione delle stazioni appaltanti, prevedendo la riorganizzazione delle funzioni delle stazioni appaltanti, con particolare riferimento alle fasi di programmazione e controllo, nonché prevedendo l'introduzione di un apposito sistema, gestito dall'ANAC, di qualificazione delle medesime stazioni appaltanti, teso a valutarne l'effettiva capacità tecnica e organizzativa, sulla base di parametri obiettivi». Schema di decreto legislativo recante disposizioni per l'attuazione delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, 4 marzo 2016 (sottoposto a parere parlamentare), artt. 37-43.

⁶³ Direttiva 2014/24/UE, cit., cons. 73. «L'aggiudicazione congiunta degli appalti pubblici da parte di amministrazioni aggiudicatrici appartenenti a diversi Stati membri si scontra attualmente con difficoltà specifiche di ordine giuridico riguardanti conflitti tra le diverse disposizioni legislative nazionali. Nonostante il fatto che la direttiva 2004/18/CE consenta implicitamente appalti pubblici congiunti transfrontalieri, le amministrazioni aggiudicatrici si trovano tuttora di fronte a considerevoli difficoltà di ordine giuridico e pratico negli acquisti presso le centrali di committenza in altri Stati membri o nell'aggiudicazione congiunta di appalti pubblici. Al fine di permettere alle amministrazioni aggiudicatrici di sfruttare al massimo il potenziale del mercato interno in termini di economie di scala e di condivisione dei rischi e dei benefici, non da ultimo quando si tratta di progetti innovativi che comportano rischi di entità tale da non poter essere ragionevolmente sostenuti da un'unica amministrazione aggiudicatrice, è opportuno porre rimedio a dette difficoltà. Occorre pertanto stabilire nuove norme in materia di appalti congiunti transfrontalieri al fine di facilitare la cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici e accrescere i vantaggi del mercato interno creando opportunità commerciali transfrontaliere per i fornitori e i prestatori di servizi. Tali norme dovrebbero stabilire le condizioni per l'utilizzazione transfrontaliera delle centrali di committenza e determinare la legislazione applicabile in materia di appalti pubblici, compresa quella applicabile in materia di ricorsi, nei casi di procedure congiunte transfrontaliere, integrando le norme in materia di conflitto di leggi del regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio (1). Inoltre, amministrazioni aggiudicatrici appartenenti a Stati membri diversi dovrebbero poter istituire soggetti giuridici congiunti ai sensi del diritto nazionale o dell'Unione. Occorre stabilire norme specifiche per questa forma di

appalti congiunti. Tuttavia, le amministrazioni aggiudicatrici non dovrebbero avvalersi della possibilità di appalti congiunti transfrontalieri al fine di aggirare le norme obbligatorie di diritto pubblico ad esse applicabili, in conformità del diritto dell'Unione, nello Stato membro in cui sono ubicate. Tali norme potrebbero includere, ad esempio, disposizioni in materia di trasparenza e accesso ai documenti o requisiti specifici per la tracciabilità delle forniture sensibili».

⁶⁴ Si prevedevano la possibilità di utilizzare modelli organizzativi come le centrali di committenza, nonché strumenti contrattuali come accordi quadro, aste elettroniche, sistemi dinamici di acquisizione e sistemi di *e-procurement*.

⁶⁵ Direttiva n. 2014/24/UE, cons. n.ro 73. Cfr. Commissione UE, *Documento di lavoro dei servizi della Commissione UE concernente l'applicazione del diritto UE in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici ("cooperazione pubblico-pubblico")*, 4.10.2011, ove si distingue tra cooperazione per lo svolgimento di compiti di interesse pubblico in senso proprio e affidamento di attività che richiederebbero un confronto competitivo all'interno del mercato.

⁶⁶ Direttiva 2014/24/UE, cit., art. 39, § 4

⁶⁷ Direttiva 2014/24/UE, cit., art. 39, § 4.

⁶⁸ l. 17.2.1884, artt. 3, e 38.

⁶⁹ Direttiva 2014/24/UE, cit., art. 39, § 5.

⁷⁰ Cfr. l'esperienza dell'*European Health Public Procurement Alliance – EHPPA*, associazione di diritto francese costituita nel 2013 al fine di facilitare la cooperazione e lo scambio di informazioni migliorando l'efficienza nella conclusione degli appalti pubblici e valorizzare le professionalità del settore sanitario. Vedi <<http://www.ehppa.com/what-ehppa>> (12/2016).

⁷¹ Direttiva 2014/24/UE, cons. n. 73, che richiama il Regolamento 593/2008/CE, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali cd. Roma I. Direttiva 2014/24/UE, cit., considerando 73: «Al fine di permettere alle amministrazioni aggiudicatrici di sfruttare al massimo il potenziale del mercato interno in termini di economie di scala e di condivisione dei rischi e dei benefici, non da ultimo quando si tratta di progetti innovativi che comportano rischi di entità tale da non poter essere ragionevolmente sostenuti da un'unica amministrazione aggiudicatrice, è opportuno porre rimedio a dette difficoltà. Occorre pertanto stabilire nuove norme in materia di appalti congiunti transfrontalieri al fine di facilitare la cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici e accrescere i vantaggi del mercato interno creando opportunità commerciali transfrontaliere per i fornitori e i prestatori di servizi. Tali norme dovrebbero stabilire le condizioni per l'utilizzazione transfrontaliera delle centrali di committenza e determinare la legislazione applicabile in materia di appalti pubblici, compresa quella applicabile in materia di ricorsi, nei casi di procedure congiunte transfrontaliere, integrando le norme in materia di conflitto di leggi del regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio. Inoltre, amministrazioni aggiudicatrici appartenenti a Stati membri diversi dovrebbero poter istituire soggetti giuridici congiunti ai sensi del diritto nazionale o dell'Unione. Occorre stabilire norme specifiche per questa forma di appalti congiunti». Istituito con Regolamento CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, 5.7.2006, *relativo a un gruppo europeo di cooperazione territoriale (GECT)*, n. 1082/2006, modificato da Regolamento UE n. 1302 del 2013 (in vigore dal 22.06.2014).

Riferimenti bibliografici

- Amato G. 1998, *La nuova costituzione economica*, in G. della Cananea, G. Napolitano (a cura di), *Per una nuova costituzione economica*, il Mulino, Bologna: 14 sgg.
- Amorth A. (a cura di) 1948, *Le province*, in *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Neri Pozza, Vicenza.
- Arrowsmith S. 2014, *Law of Public and Utilities Procurement*, London.
- Auby J.-B., Dutheil de la Rochere J. 2014, *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles.
- Baldi M. 2007, *La concessione di opere pubbliche*, in R. De Nictolis (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Giuffrè, Milano: 147 sgg.
- Barettoni Arleri 1980, *Linee evolutive della contabilità di Stato e degli enti pubblici*, Giuffrè, Milano.
- Benedetti A. 1999, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Giappichelli, Torino.
- Bononi A. 1898-1900, voce *Contratto Amministrativo*, in *Dig. It.*, vol. VIII, pt. 3, Torino: 422 sgg.
- Bovis C. 2007, *The EU Public Procurement Law*, Cheltenham.
- Buscema S. 1979, *Trattato di contabilità pubblica*, Giuffrè, Milano.
- Cammeo F. 1914, *Corso di Diritto Amministrativo*, Padova.
- Caranta R. 2004, *I contratti pubblici* (II ed. 2012), Giappichelli, Torino.
- Carosi A., Di Carlo D. 2007, *Il quadro normativo sui contratti della pubblica amministrazione*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, I, Giappichelli, Torino: 147 sgg.
- Casalini D. 2003, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Jovene, Napoli.
- Casalini D., Cavallo Perin R. 2006, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. Amm.*: 51-97.
- Cattaneo S. 1967, *I Capitolati generali per l'appalto delle opere pubbliche*, in *Riv. giur. edil.*: 12 sgg.
- Cavallo Perin R. 2000, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, in *Dir. Amm.*: 41 sgg.
- 2009, *L'etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministrati alla correttezza dei funzionari*, in F. Merloni, R. Cavallo Perin (a cura di), *Al servizio della nazione, Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Giuffrè, Milano: 147-161.
- 2011, *Il modulo "derogatorio": in autoproduzione o in house providing*, in H. Bonura, M. Cassano (a cura di), *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Giappichelli, Torino: 119-135.
- 2014, *Relazione conclusiva al Convegno Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove direttive*, Consiglio di Stato, Roma, 14 maggio 2014, in <http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/21_05_2015_18_30_Atti_del_Convegno_Consiglio_di_Stato_14_05_2014.pdf> (12/2016).

- Cavallo Perin R., Casalini D. 2009, *Control over In-house Providing Organisations*, in *Public Procurement Law Review*: 227-241.
- Cavallo Perin R., Racca G.M. 2013a, *Commento all'articolo 1 del codice dei contratti pubblici*, in L. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milanofiori Assago: 3-19-
- 2013b, *Commento all'articolo 2 del codice dei contratti pubblici*, in L. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milanofiori Assago: 20-39.
- 2016, *La cooperazione amministrativa europea nei contratti e servizi pubblici*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. comunitario*, 6: 1457-1494.
- (in stampa), *Le modificazioni organizzative negli appalti e servizi pubblici delle pubbliche amministrazioni e l'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Scritti in Memoria del Professore Antonio Romano Tassone*.
- Chiti M.P. 2012, *Introduzione. Lo spazio amministrativo europeo*, in M.P. Chiti, A. Natalini, *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, il Mulino, Bologna: 19-41.
- Cianflone A. 1950, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1.
- Cianflone A., Giovannini G. 2012, *L'appalto di opere pubbliche*, Giuffrè, Milano.
- Cognetti S. 2011, *Principio di proporzionalità: profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Giappichelli, Torino.
- Cortese F. 2011, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, FrancoAngeli, Milano.
- 2012, *Gli strumenti per la cooperazione verticale*, in *Astrid online* e in M.P. Chiti, A. Natalini, *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, il Mulino, Bologna.
- Cuneo A. 1921, *Appalti di opere pubbliche* (II ed.), Milano.
- De Cupis A. 1967, *Legge sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale*, I, Torino.
- De Leonardis F. 2008, *Atti (e regole) dei soggetti concessionari*, in *Dir. Amm.*: 557 sgg.
- Edler J., Georghiou L. 2007, *Public procurement and innovation – Resurrecting the demand side*, in *Research policy*: 949-963.
- Ferrei E. 1901, *L'asta pubblica nei contratti dei comuni*, Torino.
- Galetta D.U. 1998, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- 2006, *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, in *Giorn. Dir. Amm.*: 1106 sgg.
- 2013, *Le principe de proportionnalité*, in J.-B. Auby, J. Dutheil de la Rochère (a cura di), *Droit administratif Européen*, Bruylant, Bruxelles: 501 sgg.
- Galli M. 2003, *Attività contrattuale della Pubblica amministrazione e difetto di potere rappresentativo*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli.
- Gentili F. 1914, *I preliminari della lega doganale e il pro tesoriere Morichini*, in *Rassegna storica del Risorgimento*, luglio-agosto: 563-639.

- 1915, *I negoziati per la Lega Doganale a Modena e Napoli*, in *Rivista d'Italia*, dicembre 1915.
- Giosis F. 2011, *Concessioni di costruzione e gestione di lavori e concessioni di servizi*, *Ius Publicum Network Review*, <http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/14_06_2011_17_33_Giosis_IT.pdf> (12/2016).
- Giovannini G. 2014, Intervento al convegno *Appalti Pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, Consiglio di Stato, Roma, 14 maggio 2014, accessibili in <http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/21_05_2015_18_30_Atti_del_Convegno_Consiglio_di_Stato_14_05_2014.pdf>, 4 (12/2016).
- Ledda F. 1982, *Nuove norme sui contratti pubblici*, in *Studi di onore di Antonio Amorth*, Milano.
- Lorenzetti P. 1992, *Catene d'oro e libertas ecclesiae: i cattolici nel primo risorgimento milanese*, 66.
- Martina G. 1974, *Pio IX (1846-1850)*, vol. I, *Miscellanea Historiae Pontificiae*: 154 sgg.
- Massera A. 2006, *Contratti con la p.a.*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè: 1389-1339.
- Massera A., Simoncini M. 2011, *Fondamenti dei contratti pubblici in Italia*, in *Ius Publicum Network Review*, in <http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/21_02_2011_14_41_Massera.pdf> (12/2016).
- Merusi F. 2013, *Integration between EU law and national administrative legitimacy*, in <<http://www.ius-publicum.com>>, 2.
- Miele G. 1953, *Principi di Diritto Amministrativo*, Padova.
- Miele G., Stancanelli G. 1961, voce *Consorzi amministrativi*, in *Enc. del Dir.*, IX, Varese: 408-414.
- Pellicciari A. 2000, *L'altro Risorgimento. Una guerra di religione dimenticata*, Modena, Piemme.
- Pescosolido G. 2011, *La costruzione dell'economia Unitaria – L'unificazione italiana 2011*, in *Enc. italiana Treccani*, Roma, vol. pubb. con il contributo di Aspen Institute Italia: 407-402.
- Pernigotti U. 1958, voce *Acque pubbliche: consorzi*, in *Enc. del Dir.*, I, Varese: 431 sgg.
- Ponzio S. 2006, *I capitolati negli appalti pubblici*, Jovene, Napoli.
- 2011, *I limiti all'esclusione dalle gare pubbliche e la regolarizzazione documentale*, in *Foro amm. C.d.S.*: 2464 sgg.
- 2013, *Il comportamento contraddittorio nella revoca dell'aggiudicazione di un appalto pubblico: la responsabilità precontrattuale e il danno risarcibile*, in *Urb. e app.*: 1085 sgg.
- 2014, *Joint Procurement and Innovation in the new EU Directive and in some EU-funded projects*, in *Ius Publicum Network Review*, in <http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/20_03_2015_13_12-Ponzio_IusPub_JointProc_def.pdf> (12/2016).

- Quazza G. 1953, *Sull'origine della proposta di Pio IX per la lega doganale, (1846-1847)*, in *Rassegna storica del Risorgimento*, luglio-settembre 1953: 357-370.
- Racca G.M. 2000, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Jovene, Napoli.
- 2003, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, in R. Garofoli, G.M. Racca, M. De Palma, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- 2008, *Le modalità organizzative e le strutture contrattuali delle aziende sanitarie*, in A. Pioggia, M. Dugato, G.M. Racca, S. Civitarese Matteucci (a cura di), *Oltre l'azionalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, Milano: 264-297.
- 2010, *Aggregate models of public procurements and secondary considerations*, in R. Caranta, M. Trybus (a cura di), *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, Copenhagen: 165-178.
- 2012, *Le responsabilità delle pubbliche amministrazioni nella fase che precede la stipulazione del contratto pubblico*, in *Scritti in Onore di Giuseppe Palma, III*, Torino: 2639-2715.
- 2014a, *Le prospettive dell'aggregazione nell'amministrazione dei contratti pubblici*, in *ApertaContrada*, in <<http://www.apertacontrada.it/2014/01/15/le-prospettive-dellaggregazione-nellamministrazione-dei-contratti-pubblici/>>, 1-8 (12/2016).
- 2014b, relazione al convegno *Appalti Pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, Roma, Consiglio di Stato, 14 maggio, in *Ius Publicum Networ Review*, Sez. Reports e documentazione - Contratti della pubblica amministrazione (<http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/18_11_2015_18_40_Atti_del_Convegno_Consiglio_di_Stato_14_05.pdf>) (12/2016).
- 2014c, *Joint Procurement Challenges in the Future Implementation of the New Directives*, in F. Lichère, R. Caranta, S. Treumer (a cura di), *Modernising Public Procurement: the New Directive*, Copenhagen: 225-254.
- 2015, *Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici*, in *Rapporto Italiadecide 2015*, Bologna: 489-512.
- 2017 (in stampa), *La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale*, in Marzuoli C., Torricelli S. (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica, Dalle esternalizzazioni alla contrattazione socialmente sostenibile*: 171-193.
- Racca G.M., Cavallo Perin R. 2014, *Corruption as a violation of fundamental rights: reputation risk as a deterrent against the lack of loyalty*, in G.M. Racca, C.R. Yukins (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruylant, Bruxelles, in <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2461594> (12/2016).
- Racca G.M., Yukins C.R. 2014, *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruxelles.

- Racca G.M., Ponzio S. 2016, *Nuovi modelli organizzativi per il joint procurement e l'innovazione dei contratti pubblici in Europa*, in R. F. Acevedo, P. Valcarcel Fernandez (a cura di), *Compra Pública Agregada*: 373-406.
- Roherssen G. 1967, *I modi di gestione dei lavori pubblici*, in A.M. Sandulli (a cura di), *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Le Opere pubbliche*, 1, *I lavori pubblici*, Neri Pozza, Vicenza: 285 e 286.
- Romano A. 1998, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*: 1 sgg.
- 1999, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi*, nota a Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, I: 3324 sgg.
- Romano S.A. 1988, voce *Consorzi Amministrativi*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma: 1-14.
- Romano Tassone A. 2000, *Sistemi di realizzazione dei lavori pubblici*, in A. Angeletti (a cura di), *La riforma dei lavori pubblici*, Giappichelli, Torino: 412 sgg.
- Rostagno F. 1987, *Contabilità di Stato, Corso Teorico-Pratico sull'attuale sistema contabile del Regno d'Italia*.
- Salandra A. 1904, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino.
- Salvi S., Sarpi F. 2014, *Prima l'uovo o la gallina? La smart regulation nelle decisioni delle istituzioni europee*, *Giorn. Dir. Amm.*, 10: 982 sgg.
- Sandulli A.M. 1967, *I lavori Pubblici*, in A.M. Sandulli (a cura di), *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Le Opere pubbliche*, 1, *I lavori pubblici*, Neri Pozza, Vicenza: 22, 15.
- 1998, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Cedam, Padova.
- 2010, *Il risarcimento del danno*, in G. Greco (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Giuffrè, Milano: 67-102.
- 2012, *Il risarcimento del danno*, in G. Greco (a cura di) *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa. Atti del convegno 20 maggio 2011 – Università degli Studi di Milano*, Milano: 31-56.
- Scoca S.S. 2010, *I principi dell'evidenza pubblica*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Giappichelli, Torino: 289-344.
- Trepte P. 2004, *Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford.
- 2005, *Transparency and Accountability as Tools for Promoting Integrity and Preventing Corruption in Procurement: Possibilities and Limitations*, in OECD Expert Group Meeting on Integrity in Public Procurement, Château de la Muette, Parigi, 20-21 giugno 2005, in <https://bvc.cgu.gov.br/bitstream/123456789/3500/1/transparency_and_accountability_tools.pdf> (12/2016).
- Vita Levi M. 1876, *Della locazione di opere e più specialmente degli appalti*, vol. II.
- Zanobini G. 1942, *Corso di Dir. Amm.*, IV, Giuffrè, Milano.

COMMENTI

PROSPETTIVE DI RIORGANIZZAZIONE
DELLE AMMINISTRAZIONI TERRITORIALI
TRA STATO NAZIONALE E INTEGRAZIONE EUROPEA

Gian Candido De Martin

SOMMARIO – 1. Premessa. 2. La variabile degli enti territoriali nella organizzazione amministrativa nazionale: profili evolutivi. 3. La condizione degli enti territoriali nelle diverse stagioni dell'integrazione europea. 4. Prospettive in chiaroscuro tra policentrismo inattuato e involuzioni neocentralistiche.

1. Premessa

Desidero anzitutto sottolineare, in apertura del mio intervento, l'importanza per la riflessione scientifica di questa ulteriore significativa iniziativa degli amministrativisti fiorentini che – dopo l'organico convegno sul centenario dell'unificazione amministrativa di qualche decennio fa – si (e ci) propongono ora di fare il punto sugli sviluppi dell'amministrazione pubblica italiana tra riforme interne e vicende dell'integrazione europea. Si tratta di un'occasione di analisi a tutto tondo, con una attenzione specifica anche alla ricostruzione storica ed evolutiva dei fatti ed atti considerati, con il respiro e la solidità tipici della scuola giuridica fiorentina (e l'impronta di Paolo Grossi), che mira costantemente ad inquadrare principi e istituti, tenendo conto dei fili rossi che solo la storia del diritto può offrire in modo soddisfacente, così facilitando la ricostruzione di processi e anche l'interpretazione tecnica delle norme.

Nei saggi di questo primo volume si mira, in particolare, a mettere a fuoco lo stato dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche italiane dopo le molteplici trasformazioni intervenute, sia a livello nazionale che legate al processo di integrazione europea, tenendo anche conto delle linee tracciate dalla incisiva relazione introduttiva di Roberto Cavallo Perin, supportata da una vasta gamma di studi preparatori. Il profilo di analisi da approfondire riguarda, in sostanza, la verifica di quali punti di contatto sussistano tra i processi di riorganizzazione amministrativa postunitari, basati tendenzialmente su soluzioni uniformizzanti, volte a rafforzare le strutture del neonato Stato unitario, e le successive trasformazioni, specie quelle dell'ultimo cinquantennio, connesse a vario titolo agli sviluppi dell'integrazione europea.

In tale prospettiva non si può che convenire con l'analisi di Cavallo Perin, laddove si sottolineano anche taluni elementi di parallelismo tra l'unificazione

nazionale realizzata nel 1865 – centrata soprattutto sull’assetto di strutture amministrative statocentriche, centrali e periferiche, caratterizzate da moduli organizzativi mirati a costruire un’amministrazione con tratti fundamentalmente omogenei – e il più recente processo di consolidamento di una integrazione di sistemi nazionali a livello europeo, basato anche in questo caso essenzialmente sull’amministrazione, più che sulle istituzioni politiche, con vicende talora travagliate nei rapporti sia con il diritto amministrativo di marca continentale che con quello anglosassone, tenuto conto della matrice assai diversa delle due concezioni giuridiche sulle regole e sui rapporti amministrativi. Per quanto riguarda il nostro Paese, può dirsi specificamente che sia emerso un diritto amministrativo europeo profondamente intrecciato con il diritto amministrativo nazionale, sul quale ha avuto effetti spesso assorbenti, anche per quanto riguarda l’organizzazione amministrativa, sia pure con varie asimmetrie, specie per taluni settori e servizi pubblici, e comunque per lo più in assenza di discipline generali e unitarie¹.

2. La variabile degli enti territoriali nella organizzazione amministrativa nazionale: profili evolutivi

Tanto premesso, si può aggiungere che una chiave di lettura utile nella valutazione retrospettiva dei processi di unificazione e integrazione appare – come confermato anche da vari saggi di questo volume – quello relativo alle vicende specifiche delle amministrazioni territoriali (comunali e provinciali, e poi anche regionali), che rappresentano una componente e una variabile assai rilevante – e per molti aspetti ineludibile nella fisionomia dello Stato democratico contemporaneo – nel consolidamento degli assetti organizzativi dell’amministrazione pubblica, sia nazionale che europea. È, questa, una prospettiva di analisi che fa emergere tra l’altro il nesso stretto tra determinati assetti organizzativi delle amministrazioni pubbliche e la ragion d’essere e la fisionomia delle istituzioni politiche statuali di cui tali amministrazioni sono espressione o con cui sono connesse: di qui la necessità di un approccio non solo amministrativistico, ma anche – se non anzitutto – costituzionalistico alla questione delle trasformazioni delle organizzazioni amministrative pubbliche, specie di quelle territoriali (per una specifica attenzione al nesso tra Costituzione e amministrazione, v. Benvenuti 1961 e 1965; nonché, tra gli altri, Bachelet, 1965; Berti, 1969; Marongiu, 1974).

È una variabile – quella della condizione e del ruolo delle autonomie territoriali nell’organizzazione amministrativa – che suggerisce, d’altro canto, qualche riflessione sulle diverse culture giuridiche per lo più sottese ai profili dell’organizzazione amministrativa. In tal senso si possono agevolmente percepire conse-

guenze di diverso tipo e impostazione, a seconda che le trasformazioni dell'amministrazione – per semplificare – siano maggiormente legate a concezioni unitarie uniformizzanti, in chiave essenzialmente statocentrica, di regole e assetti dell'amministrazione oppure se siano connesse a prospettive volte a far convivere e valorizzare, pur in un contesto unitario (della Repubblica), una pluralità di organizzazioni autonome, espressione e frutto (anzitutto) dell'articolazione istituzionale e sociale e (quindi) del riconoscimento di un ruolo proprio – e non meramente delegato o decentrato – delle istituzioni comunitarie territoriali infrastatali di vario livello, che costituiscono anche a vario titolo una 'rete' di centri amministrativi riguardanti tutto il territorio nazionale, nell'ambito di un sistema statale policentrico².

Comunque, se si considera questa variabile delle autonomie territoriali, il raffronto tra il processo di unificazione post 1865 e le trasformazioni più recenti, connesse anche all'integrazione europea, non consente di registrare molte assonanze ed induce, piuttosto, ad evidenziare per il sistema italiano l'importanza (almeno potenziale) ed i riflessi delle opzioni costituzionali che dal 1948 in poi hanno inciso, sia pure a fasi alterne e certo non sempre in modo coerente, sull'assetto e sull'organizzazione di tutte le pubbliche amministrazioni, statuali e territoriali.

A voler sintetizzare in poche battute, si può certamente affermare che l'unificazione del 1865 è avvenuta costruendo l'unità attraverso un'organizzazione amministrativa tendenzialmente uniforme e, come già accennato, statocentrica, il cui esito è stato quello dello «Stato amministrativo»³, nel quale le istituzioni locali sono state considerate essenzialmente come sedi di decentramento amministrativo cd. autarchico, ossia enti ausiliari dello Stato, soggetti a penetranti indirizzi e controlli⁴. Anche se si può aggiungere che è progressivamente emerso già allora, in varie circostanze, il valore non trascurabile di taluni spazi di possibile autonomia di scelta, riconosciuti a comuni e province, pur nell'ambito di un ordinamento generale uniforme degli enti locali (v. gli spazi per 'spese facoltative'), cui si sono legate via via anche vicende di autoassunzione di servizi pubblici da parte soprattutto dei comuni, con regolamenti autonomi e non meramente esecutivi: in sintonia, d'altronde, con le nascenti teorie 'rivoluzionarie' di Santi Romano sulla pluralità degli ordinamenti giuridici infrastatali⁵.

Questo modello monolitico-piramidale di Stato amministrativo è stato poi messo in discussione radicale – almeno sulla carta – dal subentro nel 1948 del nuovo ordinamento costituzionale, in cui si delinea nel fondamentale art. 5 una unità policentrica della Repubblica, con il riconoscimento sia dell'autonomia come valore portante da rafforzare il più possibile⁶, sia delle autonomie territoriali, comprese quelle regionali, come istituzioni costitutive della Repubblica e perni dell'amministrazione pubblica, con uno specifico rilievo per quelle più vi-

cine ai cittadini (pur con talune ambiguità nell'originario art. 118 Cost.)⁷. Di qui una prospettiva di possibili, anzi di per sé fisiologiche, differenziazioni dell'organizzazione regionale e locale; di qui anche il problema di un riassetto complessivo dell'amministrazione pubblica coerente con queste innovative scelte costituzionali, sulla scia sia di puntuali e stimolanti studi sulle nuove organizzazioni, che di iniziative riformatrici promosse pure da giuristi sensibili alla nuova impostazione⁸. Non vanno, peraltro ovviamente sottaciuti anche i ritardi, le resistenze e le difficoltà che si sono registrate nelle varie stagioni delle riforme istituzionali e amministrative, a partire dal contrastato processo di regionalizzazione degli anni Settanta, al quale non è seguito finora un riassetto complessivo dell'amministrazione statale, realizzata solo parzialmente con le riforme avviate con la legge delega n. 59/1997, ancorate per la prima volta in modo esplicito al principio di sussidiarietà⁹.

Questa nuova prospettiva è poi stata sancita a livello costituzionale con la riforma del Titolo V del 2001, che rappresenta il tentativo più organico – seppure con qualche ombra – di rovesciare la prospettiva di una pubblica amministrazione essenzialmente statocentrica (o regionocentrica), spostando il baricentro sulle autonomie territoriali locali e rafforzando, in parallelo, il ruolo legislativo regionale.

Si tratta di una prospettiva di riorganizzazione assai complessa, nell'ambito di un sistema *multilevel* che dovrebbe valorizzare le strutture pubbliche più vicine ai cittadini, peraltro da ricondurre ed inquadrare nell'ambito di una cornice unitaria, con la garanzia per tutti i cittadini di livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali, sulla base di un principio di equivalenza, più che di uniformità¹⁰.

L'obiettivo dovrebbe essere comunque quello di dar vita il più possibile ad autonomie responsabili, anzitutto nei confronti delle collettività rappresentate, in base ad alcune scelte di fondo: ruolo essenziale delle amministrazioni locali per le funzioni di prossimità e di area vasta, con riallocazione delle funzioni fondamentali in base ai principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione (art. 118), superando il tradizionale parallelismo tra funzioni legislative e amministrative e assicurando risorse finanziarie, anche autonome, per l'esercizio integrale delle funzioni attribuite (art. 119, c. IV). Inoltre, spazi significativi di autoregolazione, statutaria e regolamentare, riservati a ciascun soggetto di autonomia per organizzare l'esercizio delle funzioni, con un potere normativo locale non più espressione di mera autarchia, ossia tutt'al più integrativo-attuativo della legge, ma con il solo limite dei principi fissati da leggi generali della Repubblica, come espressamente previsto tra l'altro nell'originario art. 128 Cost., suffragato anche e da inequivocche pronunce della giurisprudenza costituzionale, in cui emerge la prevalenza del principio di competenza su quello tradizio-

nale di gerarchia delle fonti, con una lettura potenzialmente nuova del principio di legalità e il superamento di un modello 'leggicentrico'¹¹.

Queste prospettive sono restate però pressoché inespresse per via delle involuzioni neocentralistiche che hanno poi preso il sopravvento (come poi si specificherà), nonostante il processo di integrazione europea sia stato per molti versi in sintonia – o comunque non in conflitto, almeno fino al *fiscal compact* – con questa concezione policentrica delle istituzioni amministrative nazionali, ciò che avrebbe dovuto agevolare una più coerente attuazione sia delle riforme amministrative degli anni '90 che della stessa riforma costituzionale del Titolo V del 2001.

3. La condizione degli enti territoriali nelle diverse stagioni dell'integrazione europea

Comunque, a voler qui brevemente sintetizzare le interrelazioni tra evoluzione dell'ordinamento nazionale e di quello europeo, si possono distinguere tre stagioni dell'integrazione in rapporto al trattamento riservato alle autonomie infrastatali. Una prima fase, sostanzialmente prevalente fino al trattato di Maastricht/1993, può essere qualificata di non interferenza dell'ordinamento comunitario su quelli interni dei singoli Stati membri. Ciò è, d'altra parte, frutto evidente di un approccio 'statalista' e della natura essenzialmente intergovernativa del sistema istituzionale europeo: di qui una sostanziale indifferenza delle istituzioni europee per le articolazioni territoriali interne a ciascuno Stato, considerate mere variabili interne degli ordinamenti nazionali. A fronte di tale indifferenza, non va dimenticato, peraltro, che nel 1985 maturano a livello europeo, sia pure in un contesto diverso dalle istituzioni (allora ancora) comunitarie, alcune scelte assai significative riguardanti la concezione e il ruolo di quelli che, nel nostro ordinamento, sono i comuni e le province: il riferimento è alla Carta europea della autonomia locale – approvata dal Consiglio d'Europa e poi ratificata nel nostro ordinamento con la l. 439 del 1989 –, in cui si sono affermate solide garanzie per le istituzioni territoriali di primo e secondo livello (Merloni, 2012; nonché Boggero, 2014).

Si è poi avuta – anche a seguito dell'affermazione del pur ambiguo principio di sussidiarietà nel Trattato di Maastricht¹² – una seconda fase di progressivo coinvolgimento di Regioni ed enti locali nell'elaborazione ed attuazione delle politiche comunitarie, specie relative alla coesione economica, sociale e territoriale (ex artt. 174-6 T.F.U.E.), con particolare rilievo alle previsioni del fondo europeo di sviluppo regionale e agli spazi aperti a relazioni interistituzionali permanenti¹³. Il ruolo delle autonomie locali e regionali nel contesto europeo si è rafforzato anche a seguito di due altre scelte, dapprima in base al *Libro Bianco sulla Governance* (2001), con cui la Commissione UE si è impegnata ad instaurare un dialogo si-

stematico con i rappresentanti di Regioni ed enti locali sin dalla fase di elaborazione delle politiche, in modo da tener conto delle specificità regionali e locali, nonché successivamente in attuazione della Comunicazione n. 2003/0811, riguardante il *Dialogo con le associazioni degli enti territoriali sull'elaborazione delle politiche europee*, che ha anche delineato i criteri per individuare le associazioni di istituzioni territoriali abilitate a partecipare al dialogo con l'Unione.

Il punto di approdo di questo percorso di valorizzazione della interlocuzione con le istituzioni infrastatali può essere considerato il Trattato di Lisbona, in cui è espressa esplicitamente la rilevanza del sistema delle autonomie locali e regionali nell'ambito dell'Unione, in particolare agli artt. 4, par. 2, e 5, par. 3, quest'ultimo dedicato a sancire una corretta interpretazione del principio sulla sussidiarietà, rafforzata anche dalla successiva enunciazione – all'art. 10, par. 3 – del principio di prossimità, in virtù del quale le decisioni delle istituzioni europee devono essere prese nella maniera il più possibile aperta e vicina ai cittadini¹⁴. In definitiva, dunque, viene riconosciuto a vario titolo in questa fase un rilevante ruolo generale delle autonomie locali nel contesto europeo, finalizzato sostanzialmente a favorire sia la partecipazione dei cittadini alla vita democratica dell'Unione che la coesione politico-territoriale europea¹⁵.

Dopo questa indubbia apertura dell'UE ad un ruolo attivo anche delle amministrazioni territoriali, nel rispetto dell'assetto infrastatale di ciascun ordinamento nazionale, si deve però registrare, almeno per quanto riguarda l'Italia, una netta inversione di rotta, con una intrusione di autorità UE nella organizzazione infrastatale territoriale interna, soprattutto in conseguenza dell'adozione del *fiscal compact* e del connesso patto di stabilità. Di questa recente interferenza UE nell'organizzazione amministrativa interna è esempio significativo, tra l'altro, la 'lettera' della BCE dell'agosto 2011, con cui si è sostanzialmente delineato per l'Italia un intervento conformativo riguardante anche la c.d. semplificazione istituzionale, con l'espressa indicazione della soppressione delle province come misura necessaria di riforma strutturale per contenere i costi pubblici: una vicenda che – oltre a far emergere l'importanza di una 'fonte' UE del tutto atipica (ma assai vincolante, come accade d'altronde di fatto per le 'circolari' nell'ordinamento nazionale!) – denota, per quello che maggiormente rileva in questa sede, anche una certa crisi del diritto amministrativo europeo e la prevalenza di una visione europea basata sull'integrazione economico-finanziaria, piuttosto che sul diritto amministrativo¹⁶.

Questi orientamenti hanno in ogni caso finito per incidere non poco sull'ordinamento istituzionale delle autonomie infrastatali italiane, condizionando e indirizzando in chiave assai poco autonomistica la c.d. legislazione della crisi degli ultimi anni, con vari effetti soprattutto sul ruolo e sull'assetto delle province e dei comuni, oggetti principali delle scelte riformatrici, invero assai con-

troverse (e fonte comunque di non marginali complicazioni attuative) – da ultimo disposte dalla legge n. 56/2014, peraltro (opinabilmente) legittimata dalla Corte costituzionale con la sent. n. 50/2015, nonostante tra l'altro l'evidente contrasto con l'art. 3 della Carta europea dell'autonomia locale¹⁷.

Il trend di queste (spesso confuse) innovazioni (e involuzioni) nelle amministrazioni territoriali, sulle quali è ulteriormente destinata ad incidere per certi versi anche la attuazione della uniformizzante riforma dell'organizzazione amministrativa delineata dalla legge delega n. 124/2015, appare tuttora caratterizzato da molte incertezze sul disegno complessivo, per via di un riformismo amministrativo senza chiari orizzonti e con segnali contraddittori, comunque con evidenti propensioni neocentralistiche¹⁸. Su questa situazione piena di incognite sta poi per calare una riforma costituzionale, che ha limiti evidenti dal punto di vista della coerenza con il fondamentale principio autonomistico dell'art. 5 Cost., il quale viene in vario modo disatteso ed è ben lungi dall'essere considerato un caposaldo del sistema, con modifiche al titolo V di segno sostanzialmente opposto a quelle prefigurate nel 2001, restate finora per lo più inattuato.

4. Prospettive in chiaroscuro tra policentrismo inattuato e involuzioni neocentralistiche

Tirando le fila di quanto accennato – sempre traguardando il tema dallo specifico punto di vista delle autonomie territoriali – il panorama appare certamente in chiaroscuro: accanto al rischio crescente di una deriva che si potrebbe qualificare tecnocratica dell'integrazione europea (di cui il ricordato caso BCE è solo uno degli esempi), si sta consolidando, in ambito nazionale, una nuova stagione di centralismo uniformizzante, sia legislativo che amministrativo. Prevale una visione piramidale, con clausole di supremazia e autonomie sostanzialmente in balia del centro, declina il ruolo politico e legislativo delle Regioni (salvo per quelle speciali, dove l'autonomia è peraltro legata a privilegi finanziari e ad improprie e malintese procedure pattizie, destinate ad essere rafforzate dalla riforma costituzionale in itinere), si ripristina un'autonomia normativa locale del tutto subordinata ad ogni norma formalmente primaria, resta aperto il nodo della riallocazione delle funzioni, specie di area vasta, e della riorganizzazione delle amministrazioni locali e della miriade di enti strumentali infraregionali, inseguendo talora problematiche dimensioni ottimali, con evidenti rischi di riaccanimento e ulteriore amministrativizzazione o 'provincializzazione' delle Regioni. In sostanza, incoerenze di fondo rispetto al principio autonomistico, la cui corretta attuazione dovrebbe anche comportare un riassetto dell'amministrazione volto a valorizzare realmente la prossimità delle scelte, nonché la controllabilità e la partecipazione dei cittadini¹⁹.

A fronte di questa deriva, che mette in discussione sia l'effettività di autentiche autonomie territoriali responsabili che le stesse prospettive di un'integrazione amministrativa europea non tecnocratica, ma fondata sulla valorizzazione del policentrismo *multilevel*, c'è forse anche da chiedersi quale debba o possa essere il contributo dei giuristi alle riforme in una fase così critica. In altre parole, se non si debba mirare a recuperare il percorso di un'integrazione più politico-amministrativa che finanziaria, così rafforzando pure i tratti di un diritto amministrativo europeo, che tenga conto del ruolo (in sé insostituibile) delle autonomie infrastatali dei vari Stati membri.

Ciò dovrebbe tradursi, da un lato, nella salvaguardia della ragion d'essere e dei tratti identitari di tali autonomie, a partire dalla loro veste rappresentativa di collettività territoriali, in sintonia anche con la Carta europea dell'autonomia locale, dall'altro nel considerare e valorizzare le istituzioni locali come istituzioni e amministrazioni anche europee, una sorta di *front office* dell'Europa sul territorio, assicurando in tal modo radici più solide e condivise alla costruzione comune e coinvolgendo più intensamente le comunità locali nel processo di integrazione. È questa, d'altronde, l'unica prospettiva per non perdere di vista i valori fondanti dell'integrazione e, insieme, il substrato policentrico delle istituzioni nazionali. Uno scenario – si può aggiungere – che dovrebbe offrire, soprattutto ai giovani studiosi, stimoli interessanti per nuove riflessioni sulle possibili prospettive di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche coerenti con tale obiettivo, recuperando una corretta cultura dell'autonomia responsabile, da qualche tempo certamente recessiva, anzi in forte declino, come dimostrano – ad avviso di chi scrive – l'inattuazione della riforma del Titolo V e le involuzioni e contraddizioni delle riforme erratiche di questi ultimi anni (sulle difficoltà culturali e contraddizioni attuative dell'opzione costituzionale per le autonomie nel riassetto del sistema repubblicano, rinvio ai miei saggi in De Martin, 2011 e 2012; cfr. anche, da ultimo, Cabiddu, 2016).

Note

- ¹ V., da ultimo, le lucide considerazioni in tal senso di Guido Corso e Guido Greco che hanno ripreso e ribadito, nel convegno in onore di Mario P. Chiti (Roma, novembre 2015), le elaborazioni sviluppate via via in materia da questo ultimo autore, specie nella *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, nonché, da ultimo, nell'*Introduzione* a Chiti, Natalini, 2012: 19 sgg.
- ² Per un raffronto delle due diverse prospettive, cfr. in particolare Berti 1969, nonché De Martin, 1984, e 1998. Può qui aggiungersi che, a fronte della prospettiva policentrica, certo più coerente con la fisionomia della cd. Repubblica delle autonomie delineata dagli artt. 5 e 114 Cost., permane frequentemente una concezione statocentrica degli enti territoriali, che sembra sostanzialmente permeare anche il saggio di Aristide Police in questo volume (*L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e attribuzioni regionali: la parabola dell'eguaglianza*), nel quale si arriva non a caso a criticare fortemente l'attuale assetto costituzionale del Titolo V, il cui obiettivo di rafforzamento delle autonomie e delle amministrazioni territoriali avrebbe finito per mettere in discussione il principio di eguaglianza, e financo quello di legalità. In conseguenza sarebbe senz'altro da condividere anche la riforma costituzionale *in itinere*, laddove mira a ridimensionare il potere legislativo regionale e a ripristinare garanzie di uniformità delle prestazioni amministrative concernenti i diritti civili e sociali. Con riserva di puntualizzare successivamente quelli che – ad avviso di chi scrive – appaiono i profili critici di tale ricostruzione (che sembra in larga misura condivisa anche dal contributo di F. Saitta, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e lo Stato nazionale: i profili evolutivi*, specie laddove valuta 'fallimentare' la gestione degli enti locali dopo la riforma del Titolo V del 2001, giustificando conseguentemente – in modo invero assai sbrigativo – i recenti interventi di ridimensionamento/soppressione delle province e lo scenario di per ora evanescenti enti di area vasta prefigurato a livello intermedio tra comuni e Regioni dalla riforma costituzionale *in fieri*), ci si limita per ora a sottolineare che, invece che postulare interventi di revisione di una riforma costituzionale quasi del tutto inattuata, anzi via via contraddetta da una legislazione ordinaria neocentralista (spesso opinabilmente avallata dal giudice costituzionale, a partire dalla Sent. 303/2003, che ha in pratica rovesciato la prospettiva della sussidiarietà), si dovrebbe finalmente por mano ad interventi organici volti a realizzare o sperimentare concretamente la prospettiva di autonomie realmente responsabili, sia sul piano normativo che amministrativo, in grado di gestire i compiti (nazionali, non statali) riconosciuti o attribuiti a ciascun soggetto autonomo nel rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali fissati dal legislatore.
- ³ L'espressione è di Berti, 1969, la cui interpretazione della fisionomia del sistema amministrativo statocentrico è stata da ultimo ricostruita efficacemente da Allegretti 2007.
- ⁴ Per una ricostruzione dei tratti dell'amministrazione autarchica v. De Martin, 1984 con riferimenti anche alla serie di testi unici sulla legislazione comunale e provinciale, l'ultimo dei quali, risalente al 1934, è stato formalmente abrogato solo nel 2000, con il subentro del T.U.E.L. n. 267, in cui è stata organicamente raccolta la normativa in materia successiva alla Costituzione del 1948, facendo salve comunque molte disposizioni del precedente ordinamento degli Enti locali.
- ⁵ La nuova prospettiva teorica aperta da Romano, 1946, che supera la visione statocentrica degli enti locali, ha una sua genesi proprio nell'analisi della condizione del comune come «unità teleologica», ente rappresentativo degli interessi propri della collettività locale, come emerge dalla sua voce *Il Comune (dir. Ammin.)*, in *Dig. Ital.*, in cui considera anche lo spazio di azione libero e autonomo, conseguente alla previsione di possibili spese facoltative.
- ⁶ Sulla portata e il necessario *favor* per le autonomie nell'interpretazione del principio fondamentale dell'art. 5 Cost., promosso in Assemblea costituente da C. Mortati (di cui Mortati, 1975: 823 sgg.), cfr. la incisiva ricostruzione di Esposito, 1954. Coerenti con questa impostazione appaiono le riforme istituzionali e amministrative degli anni '90, a vario titolo

rilevanti per le autonomie territoriali, a partire da quelle a Costituzione invariata (dalla l. 142/90 alla l. 59/97 e relativi decreti legislativi delegati) fino a quelle prefigurate – in una prospettiva di forte decentramento del sistema, sia sul piano normativo che amministrativo – dalla riforma costituzionale del 2001, peraltro vanificata dalla sua inattuazione, specie per quanto riguarda la riallocazione delle funzioni amministrative e la realizzazione effettiva di autonomie responsabili anche sul piano finanziario, in sintonia con l'essenziale vincolo costituzionale disposto dall'art. 119 IV, con conseguente revisione del sistema dei controlli interni ed esterni.

- 7 Sui limiti e le ambiguità dell'originario art. 118 Cost., laddove si prefigura un tendenziale parallelismo tra funzioni legislative e amministrazioni regionali a fronte del riconoscimento di funzioni proprie a comuni e province in base al terzo comma della stessa disposizione, rafforzato dal principio del successivo art. 128, si rinvia a De Martin 1984. Questa contraddizione è poi superata dalla riforma dell'art. 118 operata con la l. Cost. n. 3/2001, che sancisce il principio di sussidiarietà e postulerebbe – come già ricordato – una riallocazione delle funzioni amministrative a partire da quelle riconoscibili come proprie dei comuni, spostando quindi il baricentro sull'amministrazione locale (più che su quella statale o regionale), senza peraltro con ciò mettere in discussione il principio di eguaglianza sostanziale, stante la esplicita previsione di livelli essenziali (non minimi) delle prestazioni connesse a diritti civili e sociali, riservate al legislatore statale proprio a garanzia della tenuta unitaria del sistema policentrico.
- 8 Si fa riferimento alle iniziative di riforma promosse, in parallelo a specifici studi, da giuristi pubblicisti chiamati a ruoli istituzionali v. Giannini, 1982, nonché Cassese, 1993 e Bassanini, 1996, che da ministro della funzione pubblica ha tra l'altro promosso la l. n. 59/1997, volta ad una organica riforma della p.a.
- 9 Ci si riferisce soprattutto alle (ambiziose) prospettive di riforma generale della p.a. aperte dalle c.d. riforme Bassanini del 1997, con ripensamento e riallocazione anche di una gamma assai ampia di funzioni delle amministrazioni statali, fino ad allora restate sostanzialmente ai margini del processo di decentramento e razionalizzazione del sistema amministrativo, specie all'epoca del processo di regionalizzazione degli anni '70, che non era riuscito ad abbinare la riforma regionale con un riassetto organico e coerente dell'intero sistema amministrativo.
- 10 In effetti, la distinzione tra uniformità ed equivalenza appare indispensabile anche in rapporto alla ragione d'essere e alla portata dei LEP, a fronte della pluralità dei soggetti istituzionali e amministrativi chiamati a gestire prestazioni concernenti diritti civili o sociali. D'altra parte, 'essenziale' non dovrebbe certo essere sinonimo di 'minimo' – pur essendo frequenti le distorsioni interpretative, sia in dottrina che in giurisprudenza (come già rilevato, tra gli altri, da Antonelli, 2006, poi più ampiamente in Antonelli, 2012a con bibl. ivi citata) – né, per altro verso, dovrebbe essere inteso come 'uniforme', come sembra invece opinare Police (cit., par. 6), che menziona anche l'art. 72 della *Grundgesetz*, in cui però si fa riferimento alla necessità di assicurare a tutti, in un sistema federale, «condizioni di vita analoghe», concetto certo più legato all'equivalenza che all'uniformità. Piuttosto, può qui aggiungersi che proprio questo vincolo sostanziale all'eguaglianza in un sistema plurale suggerisce di tener conto dei rischi di disparità di trattamento che possono derivare da forme di specialità regionale malintesa, come appare quella in atto nelle cinque Regioni italiane a statuto speciale, le cui risorse finanziarie ridondano per molti versi – sia pure in forme differenziate – in autentici privilegi, che tra l'altro non vengono messi in discussione, anzi verrebbero in certo modo rafforzati, nella riforma costituzionale *in itinere* (v. De Martin, 2015).
- 11 In tal senso non si può che esprimere una valutazione perplessa sull'impostazione legghicentrica di Police (cit.) che non tiene conto della portata innovativa potenziale del sesto comma del vigente art. 117 Cost. Sul superamento della tradizionale configurazione subordinata (e tutt'al più integrativa) del potere normativo locale, alla luce dapprima dell'art. 117 Cost., come modificata nel 2001: cfr. De Martin, 2005, nonché Di Folco M, 2007.

- ¹² L'ambiguità è legata ad una iniziale formulazione, poi corretta nel Trattato di Lisbona, che poteva consentire l'accentramento unilaterale a livello comunitario di questioni ritenute non suscettibili di essere gestite adeguatamente a livello nazionale: con una ratio per certi versi analoga a quella che ha poi portato, nel contesto italiano, a rovesciare la prospettiva della sussidiarietà in chiave 'ascensionale', invece che quale matrice di decentramento (cfr. Sent. C. cost. n. 303/2003). Su una concezione della sussidiarietà ancorata alle potenzialità del sistema locale, cfr. le riflessioni di Meloni, 2005.
- ¹³ Le varie politiche UE di coesione economica, sociale e territoriale ex artt. 174 e 175 T.F.U.E. hanno incoraggiato in vario modo Regioni ed enti locali degli Stati membri a collaborare, grazie anche al fondo europeo di sviluppo (art. 176), che sostiene programmi di cooperazione transfrontaliera, transnazionale e interregionale.
- ¹⁴ L'art. 5, par. 3, T.U.E. arricchisce in una chiave nuova il principio di sussidiarietà, prevedendo che «nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata e degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione», secondo una formulazione che non si ferma al rapporto tra Unione europea e singoli Stati membri ma coinvolge anche la dimensione locale. Si tratta di una prospettiva rafforzata dalla successiva enunciazione del principio di prossimità, sancito all'art. 10, part. 3, T.U.E., laddove si afferma che le decisioni delle istituzioni europee «sono prese nella maniera il più possibile aperta e vicina ai cittadini», richiamando in tal modo il ruolo fondamentale delle autonomie locali quale canale privilegiato per favorire e sostenere la partecipazione dei cittadini alla vita democratica dell'Unione europea.
- ¹⁵ V. Antonelli 2012b, che puntualizza anche le politiche settoriali che fanno espresso riferimento agli enti locali (artt. 123-125, 170 e 196 T.F.U.E.) o regionali (artt. 13, 96, 167 e 191 T.F.U.E.).
- ¹⁶ Va registrata una influenza di tipici principi (spesso anche di matrice tecnocratica) di fonte europea anche in talune formulazioni introdotte di recente in norme sull'amministrazione nella riforma costituzionale del Titolo V in itinere: in particolare v. l'integrazione prevista all'art. 118 Cost «le funzioni amministrative sono esercitate in modo da assicurare la semplificazione e la trasparenza dell'azione amministrativa, secondo criteri di efficienza e di responsabilità degli amministratori».
- ¹⁷ Per una valutazione critica di questa pronuncia, v. De Martin, Di Folco, 2015, nonché Gambino, 2015a. In tal senso non si possono condividere le ragioni che – secondo Saitta (cit., par. 2) – dovrebbero rendere necessario il riordino del sistema amministrativo locale, eliminando un livello istituzionale/amministrativo pur a fronte della persistenza di una vasta gamma di funzioni di area vasta.
- ¹⁸ Non si può che convenire con il contributo di Cavallo Perin (cit.), laddove sottolinea l'andamento contraddittorio di recenti riforme italiane legate a diritti sociali rilevanti sul piano UE: ad esempio nella sanità si ricentralizza, mentre nell'istruzione la l. 107/2015 sembrerebbe optare per un potenziamento dell'autonomia delle istituzioni scolastiche (previsione peraltro probabilmente destinata a restare sulla carta, come in precedenza, visto il persistente ruolo forte della gestione burocratica ministeriale). Si può comunque aggiungere – rispetto alle considerazioni di Police (cit.) – che le amministrazioni territoriali e le istituzioni scolastiche, se caratterizzate da un'autonomia responsabile (benintesa) nel senso già detto, dovrebbero normalmente mirare a garantire un intervento pubblico e servizi che, seppure adattati ed opportunamente differenziati in relazione al contesto e alle esigenze organizzative e funzionali di ciascuna realtà (come d'altronde espressamente previsto dal sesto comma dell'art. 117 Cost.), non si discostino in modo ingiustificabile dagli obiettivi di eguaglianza sostanziale richiesti da un sistema unitario, imperniato su effettive determinazioni dei LEP, e non sull'assunto che la parità di trattamento sia meglio assicurata, di principio, da organizzazioni

e procedure formalmente uniformi (meglio se statali o in ogni caso da queste disciplinate e controllate), negando quindi proprio il fondamento del principio autonomistico sancito nell'art. 5 Cost. Su queste complesse problematiche di specifico rilievo sono i contributi raccolti in Astone *et al.*, 2006. Cfr. anche De Martin, 2001; Pajno A, 2005; nonché Ruggeri, 2002. D'altra parte, non si può non registrare una tendenza in atto di ridimensionamento delle autonomie e di neocentralismo dilagante, frutto evidente di una cultura dell'autonomia recessiva, su cui può rinviarsi *amplius* a De Martin 2014 e 2016a.

¹⁹ A tale proposito non si può certo convenire con le considerazioni di Police (*cit.*, par. 5), sulla dequotazione dell'eguaglianza in conseguenza del c.d. federalismo asimmetrico, laddove arriva ad affermare che le diseguaglianze crescenti di questi ultimi anni sarebbero frutto della riforma costituzionale del 2001, in realtà restata in larga misura inattuata sia ad opera del legislatore statale (che tra l'altro ha provveduto solo in poche materie a definire i LEP) che sul versante della legislazione regionale, non particolarmente innovativa, anche perché frenata in vario modo dalle tendenze per lo più 'stataliste' della giurisprudenza costituzionale. Quanto ai profili critici della riforma costituzionale in itinere dal punto di vista della coerenza con il (fondamentale) principio autonomistico dell'art. 5 Cost., si rinvia a De Martin, 2016b, nonché a D'Atena, 2015 e Gambino 2015b (con ampia bibliografia sul dibattito riformatore). Inoltre, sulla specialità regionale malintesa nella riforma in questione cfr. la puntuale disamina di Pajno, Rivosecchi, 2016, nonché De Martin, 2015.

Riferimenti bibliografici

- Allegretti U. 2007, *Il pensiero amministrativistico di Giorgio Berti*, in G.C. De Martin (a cura di), *L'amministrazione capovolta. Studi sull'opera di Giorgio Berti*, Cedam, Padova, 11 sgg.
- Antonelli V. 2006, *Per una unità della Repubblica costituita "dal basso"*, in *Giur. Cost.*: 2615 sgg.
- 2012a, *Livelli essenziali, materie trasversali e altri fattori unificanti*, in L. Vandelli, F. Bassanini (a cura di), *Il federalismo alla prova: regole, politiche, diritti nelle Regioni*, il Mulino, Bologna: 385 sgg.
- 2012b, *Una prospettiva europea per le autonomie locali*, in *Le autonomie locali in cammino*, Scritti per G.C. De Martin, Cedam, Padova: 29 sgg.
- Astone F., Calderera M., Manganaro F., Romano Tassone A., Saitta F. (a cura di) 2006, *Le diseguglianze sostenibili nei sistemi autonomistici*, Giappichelli, Torino.
- Bachelet V. 1965, *Profili giuridici dell'organizzazione amministrativa. Struttura tradizionale e tendenze nuove*, Giuffrè, Milano.
- Bassanini F. 1978, *I nuovi poteri delle Regioni e degli enti locali* (con Barbera A.), il Mulino, Bologna.
- Benvenuti F. 1961, *L'amministrazione indiretta*, in *Amm. Civ.*: 169 sgg.
- 1965, *L'ordinamento repubblicano*, III, Marsilio, Venezia.
- Berti G. 1969, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Giuffrè, Milano.
- Boggero G. 2014, *Il diritto all'elezione diretta negli enti locali tra Carta europea dell'autonomia locale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Le istituz. del feder.*, 3: 573 sgg.
- Cabiddu M.A. 2016, *Autonomia e democrazia sostanziale*, in *Astrid rassegna*, 4.
- Cassese S. 1983, *Il sistema amministrativo italiano*, il Mulino, Bologna.
- D'Atena A. 2015, *Luci e ombre della riforma costituzionale Renzi-Boschi*, in *Rivista AIC*, 2.
- De Martin G.C. 1984, *L'amministrazione locale nel sistema delle autonomie*, Giuffrè, Milano.
- 1998, *Autonomie locali e riforma dello Stato*, in *Studi per Giuseppe Guarino*, Cedam, Padova.
- 2001, *Quali autonomie e quale unità della Repubblica*, in G. Berti, G.C. De Martin (a cura di), *Le autonomie territoriali: dalla riforma amministrativa alla riforma costituzionale*, Giuffrè, Milano: 5 sgg.
- 2005, *Autonomie e policentrismo normativo prima e dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Studi per Fausto Cuocolo*, Milano: 391 sgg.
- 2011, *Le Regioni nel sistema nazionale: tensioni e visioni*, in E. Longobardi (a cura di), *Regionalismo e Regioni in Italia (1861-2011)*, Gangemi, Roma: 39 sgg.
- 2012, *La Repubblica delle autonomie: un percorso ancora incompiuto (anche per ragioni culturali)*, in *Studi per Aldo Loiodice*, Napoli.

- 2014, *Il disegno autonomistico disatteso tra contraddizioni e nuovi scenari problematici*, in *Istit. del feder.*: 21 sgg.
- 2015, *L'autonomia e le differenziazioni regionali: i nodi pendenti*, in *Rivista Aic*, 4.
- 2016a, *Prospettive a rischio per la Repubblica delle autonomie*, in F. Mannella (a cura di), *Unità della scienza giuridica. Problemi e prospettive (Giornata di studi per Margherita Raveraira)*, Torino: 173 sgg.
- 2016b, *I chiaroscuri della riforma costituzionale*, in *Amministrazione in cammino*, 21/4/2016.
- De Martin G.C., Di Folco M. 2015, *L'emarginazione del principio autonomistico e lo svuotamento delle garanzie costituzionali per le istituzioni provinciali in una sentenza "politica"*, in *Giur. cost.*: 463 sgg.
- Di Folco M. 2007, *La garanzia costituzionale del potere normativo locale*, Cedam, Padova.
- Chiti M.P., Natalini A. 2012, *Lo Spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, il Mulino, Bologna.
- Esposito C. 1954, *Autonomie locali e decentramento nell'art. 5 della Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova: 81 sgg.
- Gambino G. 2015a, *Nell'attesa (forse vana) della "Carta delle autonomie" il legislatore statale e la Corte costituzionale riscrivono la "geografia ordinamentale" della Repubblica*, in *Astrid Rassegna*, 8.
- 2015b, *Una nuova riforma Costituzionale per il titolo V: soluzione intricata e compromesso difficile fra riassetto istituzionale ed esigenze in conflitto*, in *Osserv. cost. Aic*, novembre 2015.
- Giannini M.S. 1982, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*: 722 sgg.
- Marongiu G. 1974, *Il riordinamento dell'amministrazione pubblica*, Giuffrè, Milano.
- Meloni G. 2005, *L'amministrazione locale come amministrazione generale*, Luiss University Press, Roma.
- Merloni F. 2012, *La tutela internazionale dell'autonomia degli enti territoriali. La carta europea dell'autonomia locale*, in *Scritti per Giuseppe Palma*, II, Giappichelli, Torino.
- Mortati C. 1975, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Cedam, Padova.
- Pajno A. 2005, *Gli 'elementi unificanti' nel nuovo titolo V della Costituzione*, in *L'attuazione del titolo V. Atti del L convegno di scienza dell'amministrazione*, Milano: 257 sgg.
- Pajno S., Rivosecchi G. 2016, *La problematica riforma costituzionale delle autonomie speciali*, in *Astrid rassegna*, 1.
- Romano S. 1946, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze.
- Ruggeri A. 2002, *'Forme' e 'tecniche' dell'unità, tra vecchio e nuovo regionalismo*, in *'Itinerari' di una ricerca sul sistema delle fonti*, I, Giappichelli, Torino: 403 sgg.

CONSIDERAZIONI SULL'EVOLUZIONE DELLA ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA

Franco Gaetano Scoca

SOMMARIO – 1. Unificazione nazionale e integrazione europea. 2. Contenuti organizzativi della legge del 1865. 3. L'organizzazione amministrativa allora e oggi. 4. Stato ed enti territoriali. 5. Le Regioni. 6. La prevista scomparsa delle Province. 7. Episodi di riforma. 8. La molteplicità dei modelli. 9. Compattezza ed autonomie. 10. Idoneità funzionale: le funzioni tecniche. 11. Le funzioni economiche. 12. La vicenda delle privatizzazioni. 13. Il diritto dell'amministrazione pubblica. 14. Conclusioni.

1. Unificazione nazionale e integrazione europea

Ha senso celebrare un evento, per quanto rilevante esso possa essere stato, dopo centocinquanta anni?

Ne ha più d'uno.

In primo luogo si tratta di un evento che segna la unificazione, nei suoi aspetti giuridici, o, meglio, normativi, dello Stato nazionale.

La proclamazione del Regno d'Italia non aveva condotto dappertutto alla unificazione delle discipline precedentemente vigenti negli Stati preunitari. Si erano verificate vicende diverse: la sostituzione repentina della legislazione piemontese a quella precedentemente in vigore, come in Lombardia, nel 1859, e nelle Marche e in Umbria, nel 1860; ovvero la sopravvivenza in larga parte della legislazione anteriore, come in Toscana (in particolare quanto al codice penale, molto avanzato rispetto a quello subalpino: non prevedeva più la pena di morte); la sostituzione progressiva della legislazione prima piemontese poi nazionale a quella dello Stato preunitario, come nelle Province meridionali, nelle quali alcune leggi, in particolare quelle legate al sistema democratico (legge elettorale, legge sulla stampa, ordinamento degli enti territoriali) ed alcune leggi di grande rilievo (ad esempio, i codici penale e di procedura penale) furono introdotte immediatamente dai governi luogotenenziali, ed altre furono introdotte negli anni successivi, fino al 1865.

Tranne eccezioni (una di rilievo riguardò la legislazione penale toscana, che fu mantenuta in vigore fino al 1889, quando andò in vigore il codice Zanardelli), l'ordinamento giuridico fu unificato appunto nel 1865; e, con la legge che viene ricordata, furono disciplinate, in alcune parti in modo originale, l'organizzazione, l'attività e la giustizia amministrative.

Alle Regioni d'Italia, che si unirono al Regno dopo il 1865 (il Veneto nel 1866 e lo Stato della Chiesa nel 1870), fu semplicemente esteso l'ordinamento già unificato.

In secondo luogo la vicenda della unificazione italiana ha profili di somiglianza con la vicenda attuale della integrazione europea: in entrambe, da ordinamenti separati e totalmente autonomi si tende a realizzare un ordinamento unitario; in entrambe il raggiungimento dello scopo è facilitato dalla non eccessiva diversità delle situazioni di partenza. Questa nuova vicenda costituisce un diverso stimolo per ripercorrere, in funzione non solo celebrativa, la vicenda ottocentesca.

Gli studi storici hanno messo in evidenza che le legislazioni degli Stati preunitari italiani non erano profondamente diverse tra loro, in quanto avevano la stessa lontana matrice, l'ordinamento napoleonico, autoritariamente imposto a tutta la penisola, nel tempo della dominazione francese, fino al Congresso di Vienna, e poi sostanzialmente rimasto pressoché inalterato, almeno nella impostazione di fondo, nel periodo della Restaurazione.

Nella vicenda attuale l'unificazione, o, meglio, l'avvicinamento delle legislazioni nazionali avviene sulla base delle (e valorizzando le) tradizioni giuridiche comuni; facendo perno, cioè, per edificare un ordinamento europeo, sui materiali e le ispirazioni di fondo che già sono propri degli (e comuni agli) ordinamenti nazionali.

Le due vicende sono tuttavia diverse sotto molteplici profili.

Nella unificazione nazionale la realizzazione della unità disciplinare fu l'opera di un potere centrale e sovraordinato, esercitato all'ombra della sovranità monarchica; l'unità fu cioè imposta dall'alto, essendo stata esclusa sia la sovranità delle parti frazionarie sia qualsiasi possibilità di intervento degli organi legislativi dei vecchi Stati, dato che tutti tali organi erano stati previamente e definitivamente eliminati. La natura autoritaria della unificazione creò problemi e dissapori, soprattutto laddove l'estensione della legislazione piemontese fu immediata e totale; come, ad esempio, avvenne in Lombardia.

Solo per le Province meridionali, data anche la diversa formula del plebiscito (di annessione all'Italia, e non al Regno di Sardegna), e in particolar modo, il diverso processo di unificazione politica (tra conquista e rivoluzione), si affacciò timidamente l'idea di lasciare ai Parlamenti napoletano e siciliano, che si erano, sia pure tardivamente, convertiti in organi costituzionali, di provvedere dal basso, e in modo razionalmente progressivo, alla unificazione legislativa nell'ambito dell'ordinamento nazionale.

Si trattò della tesi sostenuta da alcuni personaggi di rilievo, non solo meridionali, aperti a soluzioni di tipo federativo, che non ebbe peraltro alcun seguito pratico. La figura di riferimento per tale metodo di integrazione normativa può essere identificata nel filosofo lombardo Giuseppe Ferrari, membro della

Camera dei deputati nella prima legislatura nazionale, che condivideva le idee di Carlo Cattaneo, suo amico di qualche anno più anziano.

Nella vicenda attuale della integrazione europea l'opera di confluenza in un ordinamento comune non esclude affatto la sovranità dei singoli Stati, anzi su di essa si fonda, gli organi centrali europei derivando le loro attribuzioni e i loro poteri dalla volontaria rinuncia e dal trasferimento da parte degli Stati membri. I quali sono sempre nella possibilità di recedere dalla Unione.

Inoltre l'obiettivo non è oggi quello che fu nel passato: non si tratta di realizzare un ordinamento monolitico, che estingua gli ordinamenti statali, ma di creare un ordinamento sovraordinato con attribuzioni delimitate e con influenza ordinante sugli ordinamenti statali; dando quindi per indubbio che tali ordinamenti rimangano con le caratteristiche degli ordinamenti generali e originali. L'integrazione è prevista come parziale, limitata cioè a determinate materie, anche se non è da escludere, e probabilmente è auspicabile, che vengano apprestate in sede comunitaria, discipline comuni su temi generali, nelle forme delle direttive o dei regolamenti, ovvero in forme di semplice suggerimento, alle quali gli Stati possano volontariamente aderire.

Né si può dimenticare la diversa opera di avvicinamento delle normative, che è dovuta all'azione della Corte di Giustizia di Lussemburgo; e, con diverso ambito, alla Corte dei diritti dell'uomo e del cittadino di Strasburgo.

Questo tipo di percorso di integrazione sconta, com'è ovvio che sia, resistenze di singoli Stati, reciproche diffidenze o palesi contrasti, pericoli di recessi unilaterali. Di tutto ciò è prova la situazione attuale: mi riferisco alla grave questione della immigrazione da Paesi asiatici ed africani e al movimento che in Inghilterra propone l'uscita dall'Unione.

2. Contenuti organizzativi della legge del 1865

L'oggetto specifico del mio intervento riguarda l'evoluzione della organizzazione amministrativa nel corso del centocinquantesimo anno.

La prima osservazione da fare è che, quanto all'apparato amministrativo, la legge del 1865 ebbe un rilievo solo parziale: intervenne soltanto sugli enti territoriali minori, il comune e la provincia; e non adottò soluzioni molto diverse da quelle proprie della legislazione piemontese preunitaria, che d'altronde era anche la più recentemente aggiornata. L'organizzazione centrale si era già unificata nel segno della totale piemontesizzazione: i Ministeri di Torino avevano semplicemente esteso la loro competenza all'intero territorio nazionale; né ci fu, né prima né dopo il 1865, una iniziativa di ripensamento dalle fondamenta del sistema di amministrazione per Ministeri. Che tuttora rimane in piedi, sia pure con ovvi e consistenti aggiornamenti.

Quanto al personale, vi sono state difficoltà differenziate per integrare i funzionari amministrativi degli Stati preunitari nella organizzazione complessiva dello Stato unitario; cosicché il processo di integrazione ha avuto una durata molto lunga, e non si è completato se non dopo il trasferimento della capitale a Roma, nel 1870.

Pertanto la evoluzione dei modelli organizzativi nel corso del tempo ha riguardato in modo incisivo, non il livello ministeriale, ma, da un lato, gli enti territoriali minori, e, dall'altro, gli enti c.d. funzionali, che si sono andati affollando nel complessivo panorama organizzativo.

Una seconda osservazione. Risulta evidente la differenza, anche sotto questo profilo, tra la unificazione nazionale e l'integrazione europea: questa seconda vicenda non si è caratterizzata per l'allargamento delle competenze territoriali degli organi centrali di uno Stato-guida, ma si è sviluppata con la creazione di nuovi organi della Unione e con l'assunzione di personale proveniente dagli Stati membri, secondo misure, almeno in astratto, predefinite e proporzionate.

Inoltre nella esperienza della integrazione europea si è tenuto conto del criterio della sussidiarietà, ignoto alla unificazione nazionale, svoltasi sotto la dominanza di teorie centralistiche; criterio che, insieme a quello della adeguatezza, è transitato soltanto di recente tra i principi fissati nella nostra Costituzione.

3. L'organizzazione amministrativa allora e oggi

Nel prendere in considerazione gli aspetti organizzativi del processo evolutivo, mi corre anzitutto l'obbligo di riconoscere e sottolineare il valore degli studi preparatori di settore e delle relazioni di sintesi.

Da tali contributi si ricava con dovizia di particolari il ripetersi cadenzato delle modificazioni dell'apparato organizzativo nei diversi settori dell'amministrazione: modificazioni rese necessarie dalla variazione e dall'incremento delle funzioni attribuite, nel tempo, alla pubblica amministrazione, ovvero (talvolta) dovute alla fervida, e non sempre razionalmente condivisibile, iniziativa del legislatore. A volte le riforme rendono la prova che ci può essere discrasia tra le (buone) intenzioni, pubblicamente espresse, del legislatore e la disciplina (inadeguata) che, alla fine del procedimento legislativo, risulta concretamente posta in vigore.

Si vuol dire che, dal punto di vista della critica storica, accanto a riforme positivamente valutabili, corrispondenti ad effettive esigenze di riorganizzazione, si collocano innovazioni ingiustificate o superficialmente studiate, rispondenti ad indirizzi contingenti e prive di agganci con la realtà, ovvero mal realizzate, frutto di compromessi, e pertanto fonti di inutili complicazioni.

Le riforme organizzative si sostanziano spesso, anche se non sempre, in creazione o soppressione di strutture: si può delineare una costante: non sollevano

problemi pratici insuperabili le riforme creative di nuove strutture; sono state quasi sempre contrastate, fino ad essere inefficaci, i tentativi di eliminare strutture organizzative ormai prive di significato. Come esempi illuminanti si possono richiamare le ripetute leggi di eliminazione degli enti pubblici inutili.

In una visione sintetica, che raffronti il disegno organizzativo degli inizi con quello attuale, l'apparato risulta profondamente diverso, sia per dimensioni, sia per articolazioni, sia per relazioni interne; non però nel rapporto con gli amministrati, almeno nel suo profilo centrale: l'amministrazione pubblica si è conservata come complesso di strutture dotate di poteri sovraordinati, anche se, come allora, non mancano rapporti paritari tra amministrazione e amministrati.

Certamente l'amministrazione ha perso il carattere della sovranità, ma si tratta, a mio avviso, di una perdita comune agli altri poteri dello Stato: quale di essi può oggi dirsi sovrano?

In particolare l'amministrazione si è lentamente trasformata, anzi va pigramente trasformandosi, da potere sovrano in un complesso apparato di servizi: servizi resi agli amministrati attraverso l'esercizio, prevalente, anche se non esclusivo, di poteri autoritativi.

Questo non significa che tratti dell'apparato amministrativo non siano andati assumendo natura e modi di operare tipici del diritto privato: anzi, in questa direzione si è più volte orientata l'evoluzione di alcuni settori, tra quelli di più stretta vocazione operativa.

Pertanto è esatto parlare, prescindendo dal problema della loro natura giuridica, pubblica o privata, di aziendalizzazione di interi rami dell'amministrazione, centrale e periferica, in particolare di quelli che riguardano i servizi pubblici.

4. Stato ed enti territoriali

Considerando l'insieme degli enti territoriali come lo 'scheletro', l'ossatura essenziale, del complesso corpo organizzativo dell'amministrazione, in linea con l'art. 114 della Costituzione, constatiamo che esso ha avuto nel tempo grandi modificazioni di ordine strutturale: rispetto alla conformazione di un secolo e mezzo fa sono state introdotte (tardivamente) le Regioni, nonché, più recentemente ed ancora più sulla carta che nei fatti, le città metropolitane. Con procedimento costituzionale in corso si tende ad eliminare le Province. Le modificazioni principali, tranne quella regionale, sono recenti ed ancora in corso di definizione e completamento.

Inoltre gli enti territoriali tradizionali non sono rimasti quelli che erano nel 1865, ossia mere appendici dello Stato, i titolari dei cui organi di vertice erano funzionari statali; e il Governo esercitava poteri di intensa ingerenza sulla loro attività.

I rapporti reciproci tra Stato ed enti territoriali minori hanno seguito un andamento oscillante: dapprima verso una progressiva autonomia, poi di nuovo, nel periodo fascista, verso la stretta dipendenza dallo Stato, ancora verso l'autonomia alla caduta del fascismo, fino alla consacrazione costituzionale del riconoscimento e della promozione dell'autonomia.

La vicenda può essere etichettata come scissione tra due aggettivi: 'statale' e 'pubblico'. Con riferimento alla organizzazione amministrativa degli inizi le due qualifiche erano coincidenti, dato che anche gli enti territoriali minori appartenevano all'orbita dello Stato; l'evoluzione ha portato alla differenza di due diverse sfere, quella più ristretta delle strutture statali, e quella più ampia delle strutture pubbliche. In questa seconda sfera coesistono sia quelle statali sia quelle non riferibili direttamente allo Stato, e tuttavia facenti parte della organizzazione pubblica complessiva.

Si può affermare che, a 150 anni dalla prima legge comunale e provinciale, dopo poco meno di settanta anni dalla Costituzione, l'autonomia degli enti territoriali minori si sia definitivamente affermata?

La risposta deve tener conto dei profili finanziari, dove l'ingerenza e i condizionamenti dello Stato sono ancora penetranti; e deve tener conto altresì di speciali poteri statali di intervento sugli organi degli enti territoriali, come, a solo titolo di esempio, il potere di scioglimento degli organi elettivi per vera o presunta vicinanza alla criminalità organizzata, soprattutto se, seguendo la giurisprudenza amministrativa, si ritenga che si tratti di un potere latamente discrezionale. Si può dire, quindi, che l'autonomia ancora oggi non è piena ed integrale.

5. Le Regioni

Lo stesso andamento ondulatorio si è avuto per le Regioni: disegnate nella Carta costituzionale, istituite con molto ritardo, nel 1970, disciplinate successivamente, in più riprese, con il trasferimento di funzioni, uffici e personale dello Stato, hanno finito, per come il trasferimento è stato attuato, per aggravare (o forse addirittura far nascere) quel frazionamento di competenze, che costituisce una delle più rilevanti cause della inefficienza dell'amministrazione, considerata dal punto di vista dei risultati della sua azione.

La modifica costituzionale del 2001, scevra di adeguata preparazione ma sorretta da ideologie politiche allora maggioritarie, ritenne di aumentare le materie di competenza regionale, di rafforzare la loro potestà legislativa, attribuendo loro perfino la c.d. potestà residuale, con l'unico effetto visibile di far gonfiare il contenzioso tra lo Stato e le Regioni, ingombrandone i registri e le aule della Corte costituzionale.

La quale si è adoperata per riavvicinare i poteri regionali alla situazione precedente alla riforma del 2001; anticipando in tal modo quella che sembra essere la direzione verso cui si muove la modifica costituzionale in corso. Lo schema approvato dal Parlamento e sottoposto a referendum prevede infatti la eliminazione della legislazione concorrente, rafforza la legislazione di competenza esclusiva dello Stato, consente allo Stato di intervenire in ogni materia quando lo richieda l'interesse nazionale.

Occorre rilevare che le Regioni non sono mai state ciò che la Costituzione voleva che fossero: enti snelli, vocati alla funzione legislativa, esercitanti funzioni amministrative solo attraverso gli enti territoriali minori, per delega o per avallimento dei loro uffici. Si sono, invece, poste come enti con funzioni prevalentemente di amministrazione, creando in tal modo un ulteriore livello di distribuzione di competenze, che ha complicato l'apparato complessivo, influenzando negativamente sulla correttezza, la tempestività e la razionalità degli interventi pubblici. Anche per il fatto che le Regioni sono fisiologicamente portatrici di indirizzi politico-amministrativi che possono essere diversi da quelli del Governo; e quindi la loro partecipazione ai complessi procedimenti nei quali organi di entrambi i livelli esercitano le loro competenze può non risultare affatto collaborativa.

Gli esempi sono numerosi, e sono diversi per Regioni diverse; basti rammentare la vicenda dei rigassificatori e, più recentemente, il diverso atteggiamento nei confronti degli impianti di energia rinnovabile.

Nella riforma del 2001 era prevista la possibilità di variare, entro limiti definiti, il tasso di autonomia delle Regioni ordinarie, dando luogo, quindi, ove si considerino anche le Regioni speciali, ad un possibile sistema più articolato e differenziato di autonomie regionali. Finora non sembra, peraltro, che questa disposizione costituzionale abbia avuto concrete applicazioni. Essa è prevista anche nello schema sottoposto a referendum.

6. La prevista scomparsa delle Province

Singolare è il destino delle Province.

Enti intermedi di nobile tradizione storica, sono stati oggetto di ripetuti interventi di segno opposto, di potenziamento ovvero di svilimento del loro ruolo.

Limitandoci agli episodi di riforma più recenti, esse, da enti con attribuzioni limitatissime, sono state promosse ad enti di programmazione, di pianificazione e di amministrazione di area vasta, negli anni novanta del secolo scorso e con il testo unico del 2000.

Ridisegnate le loro attribuzioni nel 2014, «in attesa della riforma del Titolo V della Parte seconda della Costituzione», è stato esaltato il loro ruolo di ente

di programmazione, di «cura dello sviluppo strategico del territorio e gestione di servizi in forma associata».

Con la riforma costituzionale in corso di approvazione verranno, se sarà approvata, abolite.

Con la loro eliminazione sorge peraltro il problema della mancanza, nel quadro costituzionale, di un ente intermedio, laddove non esistano città metropolitane. Anzi il territorio nazionale è provvisto o sprovvisto di enti intermedi a seconda che sussistano o meno città metropolitane; il che comporta incomprensibili differenze di organizzazione pubblica complessiva.

L'obiettivo sembra essere quello di ricercare per ogni settore di attività pubblica l'ambito ottimale di amministrazione decentrata, senza legarlo necessariamente all'ambito provinciale; ma questo è un criterio valido per le attribuzioni dello Stato e potrebbe configgere con il principio di una effettiva autonomia democraticamente garantita.

Credo che l'abolizione delle Province, se sarà realizzata, produrrà un vuoto che, al momento, non è dato sapere in che modo potrà essere colmato; ma si può pensare che, se le attribuzioni provinciali saranno distribuite tra le Regioni e i comuni, è difficile che ne possa sortire un sistema più razionale di quello che viene riformato.

Il profilo che crea dubbi e diffidenze in termini generali è che queste riforme di sistema non vengono studiate e proposte nell'intento di rendere più funzionale l'apparato organizzativo, bensì soltanto per esigenze di riduzione dei costi, in vista del contenimento della spesa pubblica complessiva; obiettivo certamente da perseguire ma salvaguardando l'efficienza dell'apparato.

7. Episodi di riforma

Mi sembra che il tema più interessante concerna la valutazione dell'apparato amministrativo complessivo, come esso appare attualmente configurato.

Quali possono essere i criteri di valutazione? Me ne vengono in mente alcuni: la complessità strutturale; la compattezza globale del quadro strutturale; la sua idoneità funzionale. Potrebbero essercene altri: ad esempio il loro costo, in relazione al principio di economicità, che figura nel primo articolo della legge sul procedimento, e che si attaglia, prima che allo svolgimento dell'azione amministrativa, al modo in cui sono disegnati gli organi che ad essa devono provvedere. Si tratta di un criterio che implica conoscenze di cui non dispongo in modo esauriente.

Anche l'esame di singole vicende evolutive non è privo di interesse: tra le tante è opportuno soffermarsi su un paio, che sembrano particolarmente rilevanti, la esternalizzazione di servizi pubblici; la contraddittoria esperienza delle privatizzazioni.

Prima di tentare la valutazione secondo i criteri indicati, non è inutile rammentare, senza impegno di completezza, gli episodi di riforma più rilevanti che hanno caratterizzato il decorso centocinquantesimo.

Si può partire dalla legislazione crispina, che incise profondamente sugli enti territoriali minori, la cui autonomia ebbe maggiore sviluppo, e completò il sistema delle tutele dei privati nei confronti delle amministrazioni pubbliche, che la legge del 1865, per come fu intesa ed attuata, aveva lasciato incompiuto.

Si può poi ricordare la vicenda delle prime esperienze di aziendalizzazione di settori dell'amministrazione, sia centrale, con la creazione nell'ambito di alcuni Ministeri di aziende autonome, sia locale, con le aziende municipalizzate. Tanto comportò che servizi pubblici di interesse strategico, prima spesso gestiti da privati, sulla base di concessioni, rifluirono nella gestione diretta dello Stato, di comuni e di Province.

Ancora è da ricordare la esplosione degli enti pubblici c.d. funzionali, che, salvo il precedente in materia di assistenza, iniziò nel secondo decennio del secolo scorso, e coinvolse numerosi settori di nuovo intervento pubblico, quali le attività di assicurazione, creditizie, di previdenza sociale. Il panorama della organizzazione amministrativa divenne viepiù ricco ed articolato, seguendo l'espansione dei compiti affidati all'amministrazione pubblica.

In questa vicenda complessa si colloca anche la prima forma di Stato imprenditore, determinata inizialmente dalla esigenza di salvare imprese private, sia industriali sia creditizie, sbalestrate per le conseguenze del crollo del 1929. Si pensi alla istituzione dell'IRI e al fenomeno che poi fu detto delle partecipazioni statali; che adesso va risorgendo sotto mutate spoglie.

Non serve rammentare il sopraggiungere della Costituzione, con l'inserimento delle Regioni tra gli enti territoriali e la perdita da parte dello Stato del monopolio della legislazione.

In tempi più recenti va segnalato il tentativo, purtroppo inane, di eliminare gli enti pubblici ritenuti inutili o superflui; tentativo che segna un deciso cambiamento di rotta: l'obiettivo inizia ad essere quello della semplificazione dell'apparato pubblico. Tale obiettivo non è stato tuttavia ancora raggiunto e continua ad essere al centro degli sforzi attuali di riforma.

Va sottolineata poi la definitiva affermazione della figura del dirigente, e l'assegnazione ad essa della gestione amministrativa, separata dalle funzioni di indirizzo e controllo, riservate agli organi politici dei vari livelli di governo. Si tratta di una riforma importante, che non ha dato i frutti che si speravano per il modo contraddittorio in cui è stata concretamente disciplinata; ossia non garantendo sufficientemente i dirigenti dai condizionamenti del personale politico; introducendo la facoltà di nominare, senza troppi ostacoli, dirigenti esterni al corpo

dei dipendenti pubblici; disciplinando con molta superficialità lo *spoyle system* (come dimostra la serie di sentenze della Corte costituzionale).

Altra riforma nata con ottime intenzioni e rivelatasi fonte di disservizi e di dispendi è stata quella che ha favorito la creazione di società a partecipazione pubblica, sotto l'egida di una privatizzazione intesa in modo grossolano.

Ancora sospeso è viceversa il giudizio sulla istituzione di autorità indipendenti, che sono numerose, forse troppo, ed hanno funzioni diverse: alcune dovrebbero regolare e controllare il mercato dei servizi pubblici, sul presupposto, sull'esempio americano, che l'amministrazione pubblica si ritiri da tale mercato, per lasciarlo ai privati agenti in concorrenza tra loro; presupposto che non si è realizzato, o si è realizzato in minima parte. Altre sono preposte all'esercizio, in modo indipendente da condizionamenti politici o governativi, di funzioni già proprie di strutture pubbliche dipendenti da personale politico: queste, a parte la loro eccessiva proliferazione, conservano la loro ragion d'essere.

Si arriva così alle riforme attualmente in corso, che investono numerosi aspetti dell'amministrazione, ma soltanto marginalmente i profili organizzativi: il riferimento principale, non esclusivo, è alla legge n. 124 del 2015, e ai decreti legislativi che sono in corso di elaborazione; rilevanti profili organizzativi sono invece oggetto della predisposta riforma del Titolo Quinto della Costituzione.

Come risulta dall'elenco largamente incompleto appena descritto, gli episodi di riforma dell'apparato amministrativo sono stati molti ed incisivi ed hanno contribuito a delineare il quadro in cui si presenta attualmente l'organizzazione pubblica. Se ne può tentare, quindi, la valutazione.

8. *La molteplicità dei modelli*

Il primo criterio di valutazione è quello della complessità della organizzazione, o, con maggiore esattezza, quello della molteplicità dei modelli utilizzati.

La dimensione quantitativa delle strutture e la diversità dei loro modelli è la ovvia conseguenza dell'aumento e della diversa natura delle funzioni, che nel tempo sono state attribuite all'amministrazione pubblica in campo sociale ed economico.

Si comprende, quindi, come le strutture si siano dovute adattare a compiti non solo burocratici, ma anche operativi, e come i loro modelli e il loro modo di operare si siano differenziati: richiamando gli episodi elencati nel paragrafo precedente, risulta evidente che la semplicità e la uniformità delle forme organizzative degli inizi non poteva che essere superata.

L'apparato complessivo era inizialmente limitato alle strutture degli enti territoriali, cui si aggiungevano pochi enti di lunga tradizione (gli ordini professionali, le camere di commercio). Man mano si sono aggiunte strutture azien-

dali, enti pubblici di vario genere, modelli di nuovo conio (agenzie, indicate dal d.lgs. n.300 del 1999, come «strutture che [...] svolgono attività tecnico-operativo a carattere nazionale», e sono di diverso tipo, alcune dotate di personalità giuridica, altre soltanto di autonomia rispetto ai ministeri di riferimento), organismi indipendenti o semi indipendenti, società pubbliche in senso stretto, società partecipate, società *in house*, e via dicendo; organismi con o senza personalità giuridica, con gradi diversi di soggettività.

Il quadro che è risultato da questo progressivo aumento di strutture diversamente modellate è di enorme complessità; anche tenendo conto del numero e della specificità delle funzioni che l'amministrazione pubblica è chiamata ad esercitare, il quadro appare eccessivamente affollato e variegato.

Si pone, quindi, un problema di sfortimento e di razionalizzazione delle strutture, di riduzione del numero e di ripensamento dei modelli. Iniziando col verificare se taluni modelli non si differenzino da altri solo nel nome (potrebbe essere il caso delle agenzie con personalità giuridica rispetto agli enti pubblici), ovvero siano stati introdotti soltanto per soddisfare mode o indirizzi contingenti.

Avviene anche che lo stesso modello si scomponga in più sottomodelli, cosicché si finisca per perdere le linee essenziali del modello base: è il caso degli enti pubblici, le cui diversità hanno finito per rendere difficoltoso perfino stabilire in quale loro elemento risieda (o quale elemento giustifichi) il carattere pubblico. Allorché si afferma, come in tempi recenti si tende ad affermare, che un ente è pubblico se non può disporre di se stesso, diventa chiaro che il carattere pubblico non si radica su un elemento costitutivo, strutturale, del modello, bensì su un dato puramente disciplinare. Non può derivarne altro che ritenere che il modello dell'ente pubblico, strutturalmente, non si differenzi in nulla dalla persona giuridica privata.

È stato osservato, ed è da condividere, che vi è stato un 'accrescimento disordinato' di strutture pubbliche. Le diverse riforme solo raramente si sono date carico di inserire armonicamente le nuove strutture, di vecchio o nuovo modello, nel quadro complessivo. Ciò ha comportato conseguenze negative sulla efficienza dell'apparato, che si è reso lento ed impacciato nel raggiungimento degli obiettivi preordinati. Si pensi al fenomeno, purtroppo diffusissimo in ogni settore di attività, del frazionamento delle competenze: si comprende come si sia posta come oggetto di indagine la c.d. amministrazione di risultato.

L'esperienza insegna che il disboscamento delle strutture esistenti, anche se diventate inutili, non sia affatto facile: i ripetuti tentativi di eliminare enti pubblici, non più rispondenti ad effettive esigenze, sono per lo più risultati vani.

È capitato anche che strutture organizzative siano state introdotte e dopo breve tempo eliminate o sostanzialmente modificate: un esempio tra molti è l'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua. Un secon-

do esempio può ritrovarsi nella istituzione dell'autorità di vigilanza sui contratti pubblici, istituita nel 1994, riformata nel 2006 e trasformata, nel 2014, in autorità nazionale anticorruzione.

L'ampiezza e la complessità del quadro d'insieme è tale che perfino il perimetro esterno della organizzazione amministrativa è divenuto incerto.

Anzi è molto probabile che ci siano due (o più) diversi perimetri: l'uno è positivamente fissato con legge e resta inalterato nel tempo, salve le modifiche formalizzate che sono sopravvenute e quelle che verranno. Il riferimento è al secondo comma dell'art. 1, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che conta alcuni precedenti e alcune modificazioni anche recenti. Diverso perimetro vale a fini finanziari, ed è soggetto a variazioni annuali: è determinato dall'ISTAT con proprio provvedimento (art. 1, terzo comma, l. 31 dicembre 2009, n. 196).

La complessità del quadro organizzativo non è estranea al fenomeno dalla esternalizzazione; fenomeno che è fisiologico quando ha per oggetto servizi pubblici, alla luce anche delle aperture suggerite dalla esperienza europea, ma che rasenta la patologia quando riguarda pubbliche funzioni (il riferimento può essere alle società pubbliche in senso proprio, ove strutture tipicamente private sono state rese pubbliche in conseguenza della attribuzione di funzioni, poteri e beni pubblici). Il che ha comportato una ulteriore complicazione del quadro complessivo; complicazione non rispondente, a mio avviso, ad alcuna effettiva esigenza, dato che le funzioni pubbliche potevano senza problemi restare affidate a strutture tipicamente pubbliche.

9. Compattezza ed autonomie

Si può valutare l'evoluzione della organizzazione amministrativa anche sotto il profilo della (maggiore o minore) compattezza dell'intero apparato, o della (maggiore o minore) autonomia degli organismi (non necessariamente, delle persone giuridiche) che lo compongono.

L'architettura iniziale era fortemente compatta, centralizzata ed uniforme; fu disegnata volutamente con questi caratteri per garantire in modo effettivo l'unitarietà dell'apparato, che derivava da molteplici apparati differenti, e per creare un personale coeso nonostante le diverse esperienze di provenienza.

Gli enti territoriali minori erano (considerati) amministrazione indiretta dello Stato: erano anch'essi statali. I titolari dei loro organi di vertice erano funzionari dello Stato o persone nominate dal Governo; il controllo statale sui loro atti si estendeva al merito, ed era perciò invasivo.

Lentamente, riducendosi le esigenze originarie, si è dato corso, da un lato, al decentramento delle strutture dello Stato, e, dall'altro alla progressiva afferma-

zione dell'autonomia degli enti territoriali minori. Fino alla garanzia costituzionale della loro autonomia.

Con la Costituzione la compattezza dell'apparato pubblico subisce un forte contraccolpo per l'apparizione delle Regioni, che sono dotate non solo di autonomia amministrativa, ma anche di poteri legislativi e di autonomia finanziaria 'di entrata e di spesa'.

Nei diversi episodi di trasferimento di funzioni alle Regioni si osserva peraltro che sono stati aumentati i compiti degli enti sub-regionali, soprattutto dei comuni; sicché ne sorte un modello complessivo atipico, né propriamente regionale né propriamente municipalistico.

Il picco dell'autonomia si raggiunge, a mio avviso a cavallo del mutamento di secolo, con le leggi dei secondi anni Novanta e le due leggi costituzionali, n. 1 del 1999 e n. 3 del 2001.

Negli anni successivi la direzione si inverte e il tasso di autonomia inizia a decrescere: la Corte costituzionale delimita e sostanzialmente riduce l'ambito della potestà legislativa regionale, utilizzando le materie di legislazione esclusiva dello Stato che si prestano ad interpretazioni estensive, in particolare la tutela della concorrenza e la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale.

A sua volta il legislatore ordinario, sulla spinta della crisi economica e finanziaria degli ultimi anni, ha utilizzato lo strumento finanziario per ridurre l'autonomia degli enti territoriali, Regioni comprese: ha ridotto le loro risorse finanziarie e, per ragioni di stabilità, ne ha fortemente condizionato l'impiego.

Anche il principio di sussidiarietà, solennemente inserito nella Carta costituzionale nel 2001, sia pure accanto ai principi di differenziazione e adeguatezza, non ha portato alla attribuzione di nuove competenze agli enti minori: come principio di sussidiarietà verticale è rimasto lettera morta.

La compattezza del complesso organizzativo è stata poi affievolita con la creazione delle autorità indipendenti; le quali, nonostante le differenze che sussistono tra di esse, hanno infranto la costruzione centrale articolata esclusivamente su ministeri, incidendo perfino sul c.d. circuito democratico (corpo elettorale, Parlamento, Governo, amministrazione), che viene interrotto in omaggio alla loro indipendenza e alla natura tecnica delle loro funzioni.

Il processo di integrazione europea, invece, non ha inciso più che tanto sul quadro organizzativo, mentre ha inciso profondamente sul piano funzionale: ciò è dovuto alla regola per la quale le funzioni di spettanza europea vengono gestite con il sistema dell'avvalimento delle strutture organizzative degli Stati membri.

10. Idoneità funzionale: le funzioni tecniche

Un terzo criterio di valutazione, attinente non alla evoluzione in sé considerata quanto piuttosto al suo risultato, ossia all'attuale assetto organizzativo pubblico, è quello della sua idoneità funzionale.

Il quesito è se l'apparato è strutturato in modo tale da gestire in modo soddisfacente le funzioni amministrative; funzioni che vanno da quelle, originarie, essenziali per la sopravvivenza e la ordinata vita della società, a quelle, man mano aggiuntesi, relative alla promozione del benessere dei cittadini: è ciò che viene descritto come il passaggio dallo Stato di diritto allo Stato sociale.

Risulta ovvio che un siffatto esame non può essere svolto in termini generali, con riferimento indifferenziato al complesso delle funzioni amministrative, ma va svolto per settori. Ritengo opportuno sceglierne un paio: l'organizzazione per l'esercizio di funzioni tecniche e di funzioni economiche.

Quanto alle attività tecniche, esse possono essere organizzate in vista della semplice acquisizione ed implementazione di conoscenze specialistiche, ed affidate quindi ad organismi ad hoc, ovvero possono essere strumentali all'esercizio di potestà nell'interesse pubblico. Si pensi, per la prima ipotesi all'Istat e agli enti di ricerca e di cultura; e, per la seconda ipotesi, ad alcune autorità indipendenti ovvero a strutture amministrative che esercitano poteri condizionati da valutazioni tecniche (o anche estetiche).

Nel primo caso vi è quasi sempre una più o meno ampia autonomia della struttura tecnica, quale che sia la forma giuridica che le è stata conferita (ente pubblico, agenzia, ufficio collegiale ministeriale) rispetto agli organi politico-amministrativi, che possono giovare dei risultati delle ricerche tecnico-culturali. Si pensi alle Università e alle scuole.

Nel secondo caso il tasso di autonomia decresce fino alla attribuzione alla medesima struttura organizzativa dei compiti tecnici e delle connesse decisioni amministrative. Si pensi agli organismi che sovrintendono alla tutela del paesaggio ovvero alle autorità indipendenti di vigilanza e sanzione, che irrogano sanzioni pecuniarie, anche molto pesanti, ad imprese (AGCM) o a privati (Garante per la protezione di dati personali), sulla base di previ accertamenti fattuali e successive valutazioni tecniche.

Le funzioni tecniche sono eminentemente neutrali, e come tali dovrebbero essere giuridicamente trattate: se vengono attribuite alla stessa struttura che, sulla base del risultato del loro svolgimento, devono assumere decisioni discrezionali, è naturale (o è possibile) che esse non vengano svolte in modo obiettivo e neutro, bensì in modo influenzato dall'opinione che il decidente si sia già eventualmente fatto sull'esito del 'problema amministrativo'. In altri termini, lo svolgimento di funzioni tecniche deve essere posto al riparo da ogni influenza ad esse estranea.

L'esigenza di fondo relativa allo svolgimento di attività tecniche sembra, quindi, essere la loro attribuzione ad organismi che, non solo siano al riparo da influenze politiche, ma siano separati dalle strutture che, sulla base degli accertamenti e delle valutazioni tecniche, devono assumere decisioni amministrative.

Questa esigenza è necessaria per impedire che il ciclo logico possa invertirsi, e cioè che le decisioni amministrative condizionino gli accertamenti e le valutazioni tecniche: si tratta di una esigenza che deriva direttamente dai principi fondamentali del buon andamento e della imparzialità dell'amministrazione.

Si tratta anzi di uno dei casi in cui è evidente che tali principi investano in primo luogo l'organizzazione amministrativa, il concreto assetto organizzativo che presiede all'esercizio di funzioni amministrative complesse.

Che si tratti di una esigenza fortemente avvertita risulta anche dalla organizzazione interna delle nominate autorità indipendenti, nell'ambito delle quali sono separati gli uffici con compiti istruttori e quelli con compiti decisori: ai primi compete (o dovrebbe competere in via esclusiva) l'attività tecnica (di accertamento e di valutazione), ai secondi l'attività propriamente decisionale amministrativa. Il problema viene impostato in termini di separazione dei compiti istruttori da quelli decisori; e, in quanto così impostato, sembra avere una soluzione valida; ma ove lo si impostasse come problema di effettiva separazione delle attività tecniche da quelle amministrative, la soluzione non apparirebbe pienamente soddisfacente.

11. Le funzioni economiche

L'altro settore rispetto al quale mi sono proposto di verificare la idoneità funzionale dell'apparato organizzativo è quello dei rapporti tra l'amministrazione pubblica e l'economia privata. L'interesse deriva dal fatto che, in tale settore, sono chiaramente constatabili più cambiamenti di impostazione di tali rapporti, che hanno avuto rilevanti conseguenze sul piano della organizzazione.

È noto che, al tempo della legge che viene celebrata, lo Stato si manteneva lontano dalle attività economiche private; si occupava solo del settore delle opere pubbliche, che trattava come settore di economia pubblica.

Esigenze sopravvenute, che sono a tutti note, hanno portato lo Stato ad occuparsi di imprenditoria privata, dapprima con l'intervento nei settori del credito speciale e della assicurazione sulla vita, poi, in modo massiccio, nei settori bancari ed industriali. Lo Stato è diventato imprenditore, titolare di pacchetti azionari di imprese private.

Questo primo cambiamento di fronte ha comportato la creazione di numerosi enti pubblici che determinarono addirittura la nascita di una specie particolare, gli enti pubblici economici, aventi proprie caratteristiche e propria disciplina, anche con riferimento al rapporto di lavoro.

A causa di alcuni insuccessi imprenditoriali, ma soprattutto per l'influenza determinante delle concezioni europee, si è avuto un secondo rivolgimento: lo Stato, o, meglio, l'amministrazione pubblica, ha assunto compiti di regolazione delle attività economiche private e di vigilanza sulla correttezza del loro svolgimento.

Nel linguaggio corrente, lo Stato da imprenditore si è evoluto in regolatore.

Occorre tuttavia considerare che lo Stato e gli altri enti territoriali non hanno affatto cessato di essere anche imprenditori, nella forma della partecipazione azionaria diretta a società di gestione di servizi pubblici, e, in forma indiretta, attraverso enti pubblici, a società puramente commerciali.

Anche questa seconda vicenda ha avuto conseguenze sul piano della organizzazione amministrativa: ne sono cospicuo esempio le autorità indipendenti, nelle due categorie di organismi di regolazione e di organismi di vigilanza, o ancora di organismi di regolazione e di vigilanza.

La situazione attuale si presenta, quindi, molto articolata: la pubblica amministrazione svolge sia compiti di ordine pubblico, sia attività imprenditoriali; e la organizzazione si è dovuta adeguare a tale duplicità di funzioni.

Si è fatto frequente ricorso anche al modello della società commerciale con partecipazione pubblica, e ne è derivato l'imbastardimento del puro modello privatistico, con connessi problemi: quello, risolto positivamente, relativo alla attribuitività della qualifica pubblicistica ad un modello organizzativo tipicamente privato, con l'emersione della figura della società pubblica (struttura privata e natura pubblica); l'altro, di ordine disciplinare, della estensione di regole pubblicistiche a strutture che sono e rimangono privatistiche.

Per questo secondo aspetto il tipico esempio attiene alla responsabilità erariale di tali società, in quanto legate all'amministrazione da vincoli di concessione; e ancora alla responsabilità dei loro amministratori per danni arrecati al socio pubblico. Si tratta di problemi che hanno preso le sembianze di contrasti sull'ambito della giurisdizione della Corte dei conti, e che hanno dato luogo a numerosi interventi della Corte di cassazione, e forse non sono ancora pervenuti a soluzioni definitive e consolidate.

12. La vicenda delle privatizzazioni

L'accenno alle società pubbliche e a partecipazione pubblica apre alla considerazione di quella complessa vicenda che va sotto il nome di privatizzazione dell'amministrazione pubblica, e che ha riguardato soprattutto il profilo della organizzazione, sia con riferimento alle strutture, sia con riguardo al personale.

Sono sorte, e sono state in più versioni sostenute da molti con convinzione, idee sulla necessità di sottoporre anche l'organizzazione amministrativa alla disciplina privatistica, presupponendo che tale disciplina avrebbe finito

per collocare l'amministrazione e gli amministrati sullo stesso piano giuridico, con presumibile miglioramento della posizione dei secondi. Si è costruito il mito del diritto amministrativo paritario, rispondente allo slogan 'privato è meglio'.

La fuga dal pubblico non si è rivelata quale si pensava: le strutture private si sono riempite di dipendenti scelti con criteri diversi da quelli consentiti dalla Costituzione per le strutture pubbliche.

Non hanno raggiunto gli obiettivi che ci si aspettava che raggiungessero con facilità: l'efficienza e la economicità dell'azione dell'amministrazione. Hanno fatto aumentare i casi di corruzione, dando molto lavoro ai giudici penali.

Nel medesimo clima, nell'ultima decade del secolo scorso, è stato privatizzato, con alcune egregie eccezioni, anche il rapporto di lavoro con gli enti pubblici, ritenendo che ciò consentisse una migliore gestione del personale e, insieme, una migliore tutela dei lavoratori.

È stato così? C'è da dubitarne.

Quello che non è dubbio è che si sono create molte, probabilmente ingiustificate, differenziazioni nell'ambito del pubblico impiego: di ordine disciplinare (si pensi alla quantità dei contratti collettivi e al diluvio dei contratti individuali); e di ordine economico (con le retribuzioni dei dirigenti arrivate a cifre straordinarie). Risultati questi che non possono verificarsi con la stessa facilità se la disciplina del rapporto di lavoro, conservando natura pubblica, resta affidata alla legge.

In questa prospettiva anche la figura del dirigente, per come è stata concretamente disciplinata, non sembra aver conseguito gli obiettivi che il riformatore si proponeva: la maggiore autonomia e responsabilizzazione di tali dipendenti e la separazione, come si dice con formula riassuntiva, della politica dall'amministrazione.

Il primo obiettivo è fallito, perché la riconferma alla scadenza dell'incarico non è stata correlata con i risultati raggiunti, e ai risultati ottenuti non è stato parametrato il premio di rendimento; il secondo non è stato centrato per la precarietà degli incarichi dirigenziali (in dipendenza del modo di conferimento, della durata, dei criteri di riconferma e dello *spoil system*), che ha lasciato i dirigenti 'nelle mani' del personale politico.

13. *Il diritto dell'amministrazione pubblica*

Intendiamoci: non si vuol dire che il diritto privato non si confà per nulla alla organizzazione amministrativa. Sarebbe come affermare che esso non abbia un ruolo consistente nella disciplina dell'attività amministrativa; il che significherebbe negare la realtà.

Si vuol dire che, almeno finora, il ricorso ad istituti privatistici non sempre ha avuto basi razionali. L'utilizzo del diritto privato dipende, com'è ovvio, da scelte di diritto positivo; scelte che, tuttavia, devono essere razionali, ossia devono determinare un miglioramento nella funzionalità dell'apparato organizzativo dell'amministrazione e non prestarsi, come talvolta è avvenuto, a consentire semplicemente lo svincolo dai principi di cui all'art. 97 Cost.

A mio avviso, sarebbe giustificato ricorrere al diritto privato tutte le volte che è necessario, perché l'azione amministrativa possa essere realizzata, il consenso della controparte privata. In questo caso non ci può essere una posizione di preminenza dell'amministrazione, almeno dal punto di vista giuridico. Ci può essere dal punto di vista economico o di fatto, ma al riequilibrio di tale disparità si può provvedere con norme privatistiche.

Alla luce di questa considerazione potrebbero rivedersi le discipline in tema di contratti pubblici e di concessioni di servizi e forse anche di beni, comprese le relative gare.

Dagli studi di settore che sono stati predisposti si ricava l'idea che ci si stia avviando, per la disciplina dell'amministrazione, ed anche per i suoi profili organizzativi, verso una sorta di diritto comune, che peraltro non si confonde con il diritto privato: si tratterebbe di un 'diritto delle tecniche di tutela degli interessi', le cui caratteristiche non appaiono, peraltro, in modo chiaro e definito.

La semplice formula, pertanto, non consente di effettuare una valutazione della ipotesi proposta. Tuttavia, si può rammentare che resta inalterata l'esigenza di fondo per la disciplina dell'amministrazione: con essa si deve assicurare il pieno soddisfacimento degli interessi pubblici insieme alla adeguata tutela degli interessi dei privati, secondo l'antica ed aurea proposizione di Gian Domenico Romagnosi.

Finora il diritto amministrativo si è dimostrato quello più adatto ad assicurare questa fondamentale esigenza. Credo, pertanto, che il suo abbandono non sia all'orizzonte.

14. Conclusioni

Abbiamo accennato ad alcune riforme che, negli anni, ha subito l'apparato organizzativo della pubblica amministrazione. Alcune sono parse positive, nel senso che costituivano risposte adeguate ad esigenze effettive; altre si sono dimostrate mal fatte, o non necessarie, o ancora male attuate.

Resta il quesito di fondo: l'amministrazione, com'è oggi organizzata, può essere considerata soddisfacente? Idonea all'esercizio delle sue funzioni? Adeguata alle esigenze della società odierna?

La risposta non può che tenere conto della circostanza che, negli ultimi anni, non si fa altro che parlare di necessità di riforme, e il legislatore si mostra fecondo di innovazioni che riguardano anche il profilo organizzativo.

Sono in corso una ampia modifica costituzionale ed un'amplissima riforma amministrativa: tenendo conto di esse, va ritenuto che, quanto meno nelle convinzioni del legislatore, l'attuale assetto organizzativo dell'amministrazione, non è da considerarsi soddisfacente.

GLI AUTORI

ENNIO ANTONIO APICELLA è avvocato dello Stato.

ROSSANA CARIDÀ è ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università "Magna Graecia" di Catanzaro.

ROBERTO CAVALLO PERIN è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Torino.

ANNA MARIA CHIARIELLO è dottoranda di ricerca presso l'Università di Roma Tor Vergata.

SALVATORE CIMINI è professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università di Teramo.

MANUELA CONSITO è ricercatore di Diritto amministrativo presso l'Università di Torino.

CHIARA CUDIA è ricercatore di Diritto amministrativo presso l'Università "Magna Graecia" di Catanzaro.

FILIPPO D'ANGELO è assegnista di ricerca presso l'Università di Roma Tor Vergata.

FRANCESCO DE LEONARDIS è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Macerata.

GIAN CANDIDO DE MARTIN è professore emerito di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università di Roma Luiss Guido Carli.

GREGORIO DE VINCI è dottore di ricerca presso l'Università "Magna Graecia" di Catanzaro.

LETTERIO DONATO è dottore di ricerca presso l'Università di Catania.

BARBARA GAGLIARDI è professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università di Torino.

WALTER GIULIETTI è professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università dell'Aquila.

PAOLO GROSSI è Presidente della Corte costituzionale.

GIULIANO GRUNER è ricercatore di Diritto amministrativo presso l'Università di Roma Tor Vergata.

GIOVANNI IUDICA è ricercatore di Diritto amministrativo presso l'Università di Catania.

LAURA LAMBERTI è professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università della Campania "Luigi Vanvitelli".

MARCO MACCHIA è professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università di Roma Tor Vergata.

ALFREDO MOLITERNI è assegnista di ricerca presso l'Università di Roma "La Sapienza".

IPPOLITO PIAZZA è assegnista di ricerca presso l'Università di Firenze.

ARISTIDE POLICE è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Roma Tor Vergata.

SILVIA PONZIO è professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università di Torino.

GIORGIO PORTALURI è dottore di ricerca presso l'Università di Roma Tor Vergata.

GIUSEPPE ANDREA PRIMERANO è dottore di ricerca presso l'Università di Roma Tor Vergata.

MARIANO PROTTO è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Torino.

ANNA ROMEO è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Messina.

ALBERTO ROMANO è professore emerito di Diritto amministrativo presso l'Università di Roma "La Sapienza".

FABIO SAITTA è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università "Magna Graecia" di Catanzaro.

FRANCO GAETANO SCOCA è professore emerito di Diritto amministrativo presso l'Università di Roma "La Sapienza".

FABRIZIO TIGANO è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Catania.

MICHELE TRIMARCHI è ricercatore di Diritto amministrativo presso l'Università di Foggia.

SOMMARIO GENERALE

PRESENTAZIONE DELL'OPERA

PREFAZIONE di Leonardo Ferrara, Domenico Sorace

PER UNA RICERCA IN OCCASIONE DEL 150° ANNIVERSARIO DELLE LEGGI DI UNIFICAZIONE AMMINISTRATIVA di Umberto Allegretti, Antonio Brancasi, Alfredo Corpaci, Leonardo Ferrara, Carlo Marzuoli, Domenico Sorace

MESSAGGIO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA di Sergio Mattarella

PER UN DIRITTO AMMINISTRATIVO DEL TEMPO POS-MODERNO di Paolo Grossi

LA LEGISLAZIONE DEL 1865 TRA LE RADICI STATUTARIE E L'ATTUALITÀ di Alberto Romano

L'ORGANIZZAZIONE DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI E L'INTEGRAZIONE EUROPEA di Roberto Cavallo Perin

1. L'integrazione tra uniformità e parallelismi. 2. L'integrazione amministrativa concreta delle istituzioni: la pluralità delle riunificazioni. 3. Effettività asimmetrica dell'integrazione amministrativa nei diversi settori dell'amministrazione pubblica. 4. L'integrazione tra amministrazioni pubbliche tra adeguatezza delle istituzioni e sussidiarietà relativa. 5. Cultura giuridica comune e contraddizioni nei processi di integrazione tra istituzioni pubbliche. 6. La tutela amministrativa dei diritti soggettivi ed effettività dei processi di integrazione. 7. L'integrazione della finanza pubblica e del patrimonio pubblico. 8. La tecnologia e la scienza

come strumenti d'analisi e di innovazione nella soddisfazione integrata dei bisogni umani. 9. Istituzioni pubbliche ed ordinamenti giuridici di nuova integrazione.

L'ORGANIZZAZIONE DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI E LO STATO NAZIONALE: I PROFILI EVOLUTIVI di Fabio Saitta

1. Le opzioni organizzative per l'ammodernamento della pubblica amministrazione italiana. 2. Il riassetto del governo locale. 3. L'aziendalizzazione delle amministrazioni pubbliche: il modello. 4. (*segue*) Le aziende sanitarie. 5. Politica e amministrazione: un nodo gordiano. 6. Il lavoro pubblico tra privatizzazioni e rilegificazione. 7. Modernizzazione dell'amministrazione e ruolo dei sindacati. 8. La riorganizzazione dell'ordine pubblico. 9. Servizi pubblici e tutela degli utenti. 10. L'organizzazione amministrativa della tecnica.

L'ORGANIZZAZIONE DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI TRA STATO NAZIONALE E ATTRIBUZIONI REGIONALI: LA PARABOLA DELL'EGUAGLIANZA di Aristide Police

1. Una necessaria delimitazione del campo di indagine. 2. La cittadinanza amministrativa ed il suo telaio rigido. 3. L'eguaglianza quale fondamento primo di ogni cittadinanza. 4. L'eguaglianza quale cardine dell'odierna cittadinanza amministrativa (nazionale e comunitaria). 5. Federalismo 'asimmetrico' e dequotazione dell'eguaglianza. 6. I diversi momenti della dequotazione. 6.1 Le garanzie procedurali dell'attività amministrativa ed il tramonto dell'isonomia. 6.2 Attività di prestazione di servizi: tra livelli minimi essenziali e diseguaglianza sostanziale. 7. Le nuove prospettive dell'unificazione giuridica della Repubblica nel riassetto dei rapporti tra Stato e Regioni.

STUDI

— Parte prima —

Legalità, imparzialità, buon andamento, equilibrio di bilancio: modelli di unificazione a mezzo dei principi

IL DIRITTO DEBOLE. DAL RAPPORTO ALL'ORGANIZZAZIONE: ANDATA E RITORNO di Mariano Protto

1. Il diritto debole. 2. Il diritto (debole) amministrativo delle origini. 3. Il diritto (amministrativo) forte, come diritto dell'organizzazione. 5. Il diritto debole e la ripresa del dialogo.

L'UNIFICAZIONE ATTRAVERSO L'ORGANIZZAZIONE di Giovanni Iudica

1. La scelta accentrata dell'Italia unita. 2. Tendenze contrarie all'accentramento amministrativo nel periodo postunitario. 3. La ricerca dell'unità attraverso i servizi pubblici. 4. Situazione attuale: tendenze accentratrici nell'organizzazione amministrativa. 5. La questione dei servizi pubblici. 6. Sindacato giurisdizionale sull'organizzazione dei servizi pubblici. 7. Rilievi conclusivi.

IL RAPPORTO POLITICA ED AMMINISTRAZIONE di Rossana Caridà

1. Introduzione. 2. L'entrata in vigore della Costituzione. 3. Il ruolo della dirigenza. 4. Conclusioni.

PUBBLICO IMPIEGO: POTERI ORGANIZZATIVI E GESTIONALI di Ennio Antonio Apicella

1. L'evoluzione dei caratteri dei poteri organizzativi e gestionali. 2. Il regime diversificato delle decisioni organizzative del datore di lavoro pubblico. 3. Le determinazioni organizzative in regime privatistico. 4. I limiti al potere datoriale di diritto privato delle amministrazioni. 5. Il sindacato giudiziale. 6. Osservazioni conclusive e linee di tendenza.

L'EFFETTO UNIFICANTE DELLE RELAZIONI SINDACALI SULL'EVOLUZIONE ORGANIZZATIVA DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI di Gregorio De Vinci

1. Premessa. 2. Profili storici del pubblico impiego. 3. Le dinamiche evolutive dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche. 4. La negoziabilità del potere organizzativo. 5. Il ruolo dei sindacati. 6. Il *revirement* del 2009. 7. Conclusioni.

NOZIONE DI AMMINISTRAZIONE PUBBLICA E COORDINAMENTO STATALE NELLA PROSPETTIVA DELL'INTERESSE FINANZIARIO di Walter Giulietti, Michele Trimarchi

1. Amministrazione pubblica e vincoli finanziari. Quadro generale. 2. Gli elenchi ISTAT e la definizione finanziaria della pubblica amministrazione nel Sistema europeo dei conti nazionali 3. (*segue*) Generalità e trasversalità della definizione finanziaria della pubblica amministrazione. 4. (*segue*) Alcuni problemi: compatibilità della normativa finanziaria con la legge di attuazione della riforma costituzionale, cenni alla posizione delle società pubbliche. 5. La funzione statale di coordinamento finanziario e contabile. 6. Coordinamento finanziario e contabile. Profili evolutivi. 7. Gli incerti confini tra armonizzazione e coordinamento della finanza pubblica. 8. Le prospettive di riforma dell'art. 117 Cost.

— Parte seconda —

I modelli organizzativi 'pubblici': unificazione e dissoluzione

L'ORGANIZZAZIONE CENTRALE DELLO STATO ED IL MODELLO MINISTERIALE di Anna Maria Chiariello

1. Premessa. 2. L'organizzazione centrale dello Stato: il modello ministeriale e la legge Cavour. 3. Il post-Cavour fino all'epoca fascista. 4. L'epoca fascista. 5. L'avvento della Costituzione e la prima Repubblica. 6. Il trentennio successivo alla nascita della Costituzione e l'introduzione della dirigenza. 7. Gli anni Ottanta. 8. L'ondata riformatrice degli anni Novanta e la seconda Repubblica. 9. Tre Ministeri e la loro evoluzione negli ultimi centocinquanta anni. 9.1 Introduzione. 9.2 Ministero dell'Interno. 9.3. Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale. 9.4. Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali. – 10. Conclusioni e questioni aperte.

ORGANIZZAZIONE DELL'ORDINE PUBBLICO di Fabrizio Tigano

1. Premessa. 2. La legislazione postunitaria fino alla Costituzione repubblicana. 3. I principi della Costituzione repubblicana e la loro attuazione. 4. La prima riforma fondamentale: la legge 1 aprile 1981 n. 121. 5. Gli anni '90 e le riforme Bassanini: il d.lgs. 30 luglio 1999 n. 300 in attuazione dell'art. 11 della legge 19 marzo 1997 n. 59. 6. L'attuale configurazione organizzativa ministeriale centrale e periferica. 7. La riforma Madia: alcune novità salienti. 8. Conclusioni.

IL PRINCIPIO DI EFFICIENZA ED I MODELLI ORGANIZZATIVI: LE AGENZIE AMMINISTRATIVE di Giuseppe Andrea Primerano, Laura Lamberti

1. La nascita ed il ruolo delle agenzie nel sistema amministrativo in evoluzione. Inquadramento del tema. 2. Il modello agenzia in Italia e in Europa. 3. La riforma dei ministeri e le 'nuove' agenzie amministrative. 4. Il sostanziale insuccesso del processo di *agentification*. 5. Ascrizione del modello agenzia alla categoria 'amministrazione-autonoma'. 6. Convenzione nazionale e *framework agreement* britannico. Il reale presidio alla separazione fra politica e amministrazione. 7. Quale futuro per le agenzie?

IL PRINCIPIO D'IMPARZIALITÀ E I MODELLI ORGANIZZATIVI. LE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI di Giorgio Portaluri

1. L'affermazione del modello. 2. Autorità 'amministrative' e 'indipendenti'. 3. L'affermazione del principio d'imparzialità nell'Italia post-unitaria. 4. Fondamento costituzionale delle Autorità e loro legittimazione.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E VALUTAZIONI TECNICHE: PROFILI ORGANIZZATIVI di Chiara Cudia

1. L'organizzazione amministrativa della tecnica: tema dell'indagine. 2. Gli organismi tecnici. 2.1 Profili definatori. 2.2 Gli organismi tecnici interni agli apparati amministrativi. 2.3 Gli organismi tecnici esterni e strumentali agli apparati amministrativi. 2.4 Gli organismi tecnici autonomi dagli apparati amministrativi. 2.5 Profili problematici. 3. Valutazioni tecniche e discrezionalità organizzativa. 4. Principi e regole sull'organizzazione pubblica della tecnica. 5. Potere di valutazione tecnica e soggetti privati. 6. Le conseguenze dell'organizzazione pubblica della tecnica.

IL PREFETTO E L'ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA PERIFERICA DELLO STATO di Giuliano Grüner

1. Premessa. 2. Il prefetto nella legge del 1865. 3. Il prefetto nell'età crispiña. 4. Il prefetto nel regime fascista. 5. Il prefetto nella Repubblica ed il presunto 'declino' del relativo ruolo. 6. Il prefetto, le Regioni e le Autonomie locali. 7. Le principali attribuzioni attualmente rimesse al prefetto. 8. Il prefetto e i suoi rapporti con le altre amministrazioni periferiche dello Stato. 9. Nuovi possibili scenari: la riconferma del prefetto come irrinunciabile – ed unico – rappresentante dello Stato su tutto il territorio nazionale.

L'EVOLUZIONE DEI CARATTERI DEGLI ENTI PUBBLICI di Salvatore Cimini

1. Premessa. 2. Le ragioni che rendono difficile pervenire ad una nozione di ente pubblico. 3. La persistente attualità della nozione di ente pubblico. 4. I caratteri che rivelano la pubblicità di un ente: la necessaria esistenza ed il rapporto con l'ente territoriale. 5. (*segue*) La mancanza dello scopo di lucro. 6. Le conseguenze della pubblicità di un ente.

LA RIFORMA DELLE PROVINCE E LE FORME DI COOPERAZIONE TRA I COMUNI di Letterio Donato

1. Le province nel quadro evolutivo dell'ordinamento degli enti locali (centralismo, policentrismo, federalismo). 2. La c.d. 'riforma Delrio' (legge 7 aprile 2014 n. 56): l'abolizione delle province in funzione del contenimento della spesa pubblica. 3. Profili organizzativi del nuovo ente territoriale intermedio. 4. Lo svuotamento delle competenze provinciali e la definizione di quelle attribuite alle città metropolitane. 5. Le città metropolitane quale nuovo livello intermedio, tra autonomia e 'neo centralismo' comunale. 6. Gli incentivi alla cooperazione con i Comuni attraverso un nuovo modello organizzativo.

— Parte terza —

I modelli organizzativi 'privati': unificazione e moltiplicazione

IL MODELLO DELL'AZIENDA PER LE AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE di Anna Romeo

1. Organizzazione amministrativa e aziendalizzazione: evoluzione di un fenomeno 2. Dal modello burocratico al modello aziendale: sistemi a confronto 3. Dal *New Public Management* al modello razionale ed al sistema di pianificazione strategica: contenuti, limiti e prospettive 4. Processo decisionale e sistema di pianificazione strategica. 5. Verso un nuovo modello: aziendalizzazione e partecipazione democratica 6. Considerazioni conclusive.

L'ORGANIZZAZIONE DELLA SALUTE: UNO SGUARDO AL (RECENTE) PASSATO PER COSTRUIRE IL FUTURO di Fabio Saitta

1. Lo stato attuale del SSN italiano. 2. Nascita ed evoluzione organizzativa del SSN: breve *excursus* storico. 3. Il fallimento della riforma del 1978 e la (conseguente) scelta del 1992-1999. 4. Le aziende sanitarie tra pubblico e privato. 5. La dirigenza sanitaria ed il difficile dosaggio tra politica e tecnica nel governo della sanità. 6. La tutela della salute tra Stato, Regioni e Comuni. 7. Pubblico e privato nel SSN. 8. Prestazioni sanitarie e vincoli finanziari. 9. Bilancio dell'esistente e prospettive di ulteriori riforme.

LA PARABOLA DELLE PARTECIPAZIONI STATALI: PARADIGMI E TENDENZE di Marco Macchia

1. Le partecipazioni statali: andata e ritorno. 2. Le principali manifestazioni odierne di partecipazione dello Stato al capitale. 3. Un esperimento di comparazione: i profili di difformità rispetto al passato. 4. (*segue*) Gli aspetti di continuità. 5. Osservazioni conclusive.

SOGGETTI PRIVATI IN VESTE PUBBLICA: GENESI, TRASFORMAZIONI E PROSPETTIVE DEI RAPPORTI CONCESSORI di Alfredo Moliterni

1. I rapporti concessori nella fase di avvio del processo di unificazione giuridica ed economica. 2. La sistematizzazione ad opera della scienza giuridica: la concessione come rapporto pubblicistico riconducibile all'esercizio privato di pubbliche funzioni. 3. La crisi dogmatica della concessione amministrativa: le incertezze sui tratti distintivi e sul regime giuridico applicabile. 4. La diffusione di meccanismi alternativi al modello concessorio ai fini del coinvolgimento del

settore privato per l'esercizio di funzioni pubbliche. 5. Le prospettive del rapporto concessorio nell'ordinamento europeo: la regolazione 'condivisa' di attività economiche private di rilievo pubblico.

SOGGETTI PRIVATI E ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA: PRINCIPI, REGOLE E REGIME DEGLI ATTI di Ippolito Piazza

1. Premessa. 2. La norma generale della legge sul procedimento amministrativo e il suo ambito applicativo. 3. La disciplina applicabile all'esercizio di funzioni amministrative da parte di soggetti privati: i principi dell'attività amministrativa e le garanzie individuali. 4. L'applicazione (e l'adattamento) dei principi di imparzialità e buon andamento. La parzialità dei soggetti privati. 5. Il buon andamento come precetto relazionale. 6. La conformazione dell'organizzazione dei soggetti privati. Il caso delle SOA. 7. L'atto amministrativo dei soggetti privati e i suoi vizi: in particolare, l'incompetenza.

— Parte quarta —

I modelli organizzativi minimi d'integrazione

TRA LEGGI DI UNIFICAZIONE DEL 1865 E LEGGE EUROPEA SUL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO di Francesco de Leonardis

1. Il procedimento amministrativo come elemento di unificazione nelle leggi del 1865. 2. Il procedimento amministrativo come strumento di integrazione sul piano del diritto internazionale: il caso dell'energia. 3. Il procedimento amministrativo come strumento di integrazione nel diritto europeo: dall'enunciazione alla definizione del contenuto dei principi dell'azione amministrativa. 4. Il contenuto del principio di legalità nella giurisprudenza nazionale (i venti corollari). 5. Il necessario contributo 'nazionale' alla codificazione europea.

I MODELLI ORGANIZZATIVI E LA COAMMINISTRAZIONE di Filippo D'Angelo

1. Premessa. 2. L'unificazione amministrativa tra Stato nazionale e integrazione europea 2.1 L'evoluzione delle funzioni amministrative nell'ordinamento dell'Unione europea. 3. I modi tradizionali di organizzazione e di svolgimento dell'amministrazione europea: l'esecuzione diretta e l'esecuzione indiretta. 3.1 Le diverse forme di esecuzione congiunta e la pluralità dei modelli organizzativi attuali. 4. In particolare: la coamministrazione delle politiche europee. 4.1 Gli elementi

sostanziali del modello. 5. Relazioni organizzative, rapporti intersoggettivi, coamministrazione. 6. Il fondamento organizzativo della coamministrazione: coordinate ricostruttive. 7. Coamministrazione e integrazione procedimentale. 7.1 La funzione del procedimento amministrativo (ripercorrendo una tesi di Mario Nigro). 8. Coamministrazione e principio di cooperazione nel diritto europeo.

‘AL SERVIZIO DELL’INTEGRAZIONE’: IL FUNZIONARIO PUBBLICO EUROPEO di Barbara Gagliardi

1. La burocrazia professionale nella formazione degli Stati d’Europa. 2. La burocrazia come strumento d’integrazione. 3. L’unificazione amministrativa del Regno d’Italia. 4. L’Unione europea nel *continuum* istituzionale con le amministrazioni nazionali. 5. L’integrazione delle burocrazie nazionali europee: gli elementi di una cultura comune. 6. Lo *status* come elemento di una cultura comune: i diritti e obblighi dei funzionari europei. 7. I diritti del ‘lavoratore-funziario’ nell’ordinamento europeo. 8. Il servizio della ‘nazione’ e l’adeguatezza del funzionario pubblico europeo. 9. Gli strumenti d’integrazione amministrativa dell’Unione europea: concorso pubblico e mobilità a supporto della capacità amministrativa.

MODELLI ORGANIZZATIVI D’INTEGRAZIONE EUROPEA: IL DIRITTO DI ASILO E LA LIBERA CIRCOLAZIONE (DELL’ASILANTE) di Manuela Consito

1. La libera circolazione dello straniero come moderna affermazione dello *ius migrandi*. 2. La circolazione dello straniero nel codice civile dell’Italia unita. 3. La disciplina della condizione giuridica dello straniero e l’organizzazione dei confini tra afflitti di universalismo ed esigenze di sicurezza e ordine pubblico. 4. L’integrazione europea, i controlli alle frontiere e la *responsabilité de protéger* come obbligo di protezione a carico degli Stati. 5. La *refugee roulette* quale misura del processo di integrazione europea.

L’INTEGRAZIONE ORGANIZZATIVA EUROPEA NEL SETTORE DEGLI APPALTI PUBBLICI di Silvia Ponzio

1. L’integrazione tra ordinamenti giuridici, economica e organizzativa nel settore appalti pubblici all’epoca dell’unificazione nazionale. 2. I principi europei e nazionali in materia di appalti pubblici per la creazione di un mercato interno. 3. Le barriere giuridiche e linguistiche come limite alla partecipazione transfrontaliera alle gare pubbliche. 4. I nuovi modelli di cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici europee.

COMMENTI

PROSPETTIVE DI RIORGANIZZAZIONE DELLE AMMINISTRAZIONI TERRITORIALI
TRA STATO NAZIONALE E INTEGRAZIONE EUROPEA di Gian Candido De Martin

1. Premessa. 2. La variabile degli enti territoriali nella organizzazione amministrativa nazionale: profili evolutivi. 3. La condizione degli enti territoriali nelle diverse stagioni dell'integrazione europea. 4. Prospettive in chiaroscuro tra policentrismo inattuato e involuzioni neocentralistiche.

CONSIDERAZIONI SULL'EVOLUZIONE DELLA ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA di Franco Gaetano Scoca

1. Unificazione nazionale e integrazione europea. 2. Contenuti organizzativi della legge del 1865. 3. L'organizzazione amministrativa allora e oggi. 4. Stato ed enti territoriali. 5. Le Regioni. 6. La prevista scomparsa delle Province. 7. Episodi di riforma. 8. La molteplicità dei modelli. 9. Compattezza ed autonomie. 10. Idoneità funzionale: le funzioni tecniche. 11. Le funzioni economiche. 12. La vicenda delle privatizzazioni. 13. Il diritto dell'amministrazione pubblica. 14. Conclusioni.

PIANO DELL'OPERA

- Vol. I – *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, a cura di Roberto Cavallo Perin, Aristide Police, Fabio Saitta
- Vol. II – *La coesione politico-territoriale*, a cura di Gabriella De Giorgi Cezzi, Pier Luigi Portaluri
- Vol. III – *La giuridificazione*, a cura di Barbara Marchetti, Mauro Renna
- Vol. IV – *La tecnificazione*, a cura di Stefano Civitaresse Matteucci, Luisa Torchia
- Vol. V – *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di Maurizio Cafagno, Francesco Manganaro
- Vol. VI – *Unità e pluralismo culturale*, a cura di Edoardo Chiti, Gianluca Gardini, Aldo Sandulli
- Vol. VII – *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, a cura di Gian Domenico Comporti
- Vol. VIII – *Cittadinanze amministrative*, a cura di Antonio Bartolini, Alessandra Pioggia

