

I saggi pubblicati nel volume percorrono diversi itinerari della nostra esperienza positiva, quale formatasi sulla base dei principi costituzionali sempre più incisivamente presenti nell'assetto dell'amministrazione come funzione di governo (lo statuto costituzionale dell'amministrazione).

Il diritto dell'amministrazione (che non si identifica nel diritto amministrativo) si viene a comporre di elementi di disciplina pubblicistica e di elementi di disciplina privatistica, in una relazione non sempre facile da decifrare; i cui confini sono a loro volta fissati (devono essere fissati) secondo principi costituzionali, e, nella più recente esperienza, secondo normative di fonte europea.

La centralità del concetto di potere (e di atto) amministrativo, sul versante dell'attività, e del concetto di ente pubblico, sul versante dell'organizzazione, si dequota a fronte della nuova centralità del contratto (nel quale il potere si innesta in difficile equilibrio); mentre l'ente pubblico arretra sempre più a fronte dell'avanzare dei modelli organizzativi privatistici.

Statuti di diritto pubblico, anch'essi attuativi di principi costituzionali e di diritto europeo, investono incisivamente diritti dei cittadini, delle loro organizzazioni, delle imprese, conformandone il contenuto a fini di interesse generale o di utilità sociale, laddove i diritti attengono a beni di rilievo pubblico. Ciò emerge in modo evidente nel regime delle cose immobili che compongono il territorio come luogo della vita comune, oggetto dei poteri pubblici di pianificazione.

L'impresa, nella sua oggettività e come diritto soggettivo, sia privata che pubblica, trae il proprio statuto di diritto pubblico ormai pressoché interamente dal diritto europeo, che per alcuni aspetti ha prodotto l'inapplicabilità in materia, di norme costituzionali già al centro della nostra Costituzione economica.

* * *

Nel corso del volume faccio più volte riferimento al "diritto privato" come disciplina di alcune manifestazioni dell'azione amministrativa e di alcuni elementi dell'organizzazione pubblica; e faccio riferimento al diritto pubblico (a "statuti di diritto pubblico") che investe rapporti di diritto privato dei quali la pubblica amministrazione è parte (come nei rapporti contrattuali) ovvero situazioni di soggetti esterni che presentano un rilievo pubblico (la proprietà di determinati beni, l'impresa).

Applicare queste nozioni, che sono di teoria generale del diritto, presupporrebbe una chiara consapevolezza di ciò che è diritto pubblico e di ciò che è diritto privato, e perciò degli esatti termini della distinzione.

Invero, molteplici dubbi emergono in dottrina sulla stessa praticabilità della distinzione in termini astratti e generali (ciò che è pubblico e ciò che è privato), e insoddisfacenti appaiono molte delle classificazioni poste in questi termini, come risulta dalla stessa trattazione di Bobbio, pur nella convinzione dell'illustre Autore che "l'esigenza razionale del diritto come ordinamento è nella dinamica dei due termini: pubblico e privato" (N. BOBBIO, Diritto pubblico e diritto privato, in Enc. Dir., XII, Milano, 1964; più di recente, con impostazione diversa, La grande dicotomia: pubblico/privato, in Stato, Governo, Società, Torino, 1985).

Appare del tutto insufficiente, parziale, il profilo soggettivo (il diritto pubblico come diritto dello Stato, dei pubblici poteri) perché i pubblici poteri, almeno nella recente esperienza, agiscono anche con strumenti di diritto privato, e sempre ciò è avvenuto, laddove si trovino a esercitare diritti di natura patrimoniale. Del tutto insoddisfacente, e confuso, il profilo teleologico, dell'interesse perseguito dalla norma, se interesse pubblico, generale, collettivo, ovvero interesse privato; che nella società complessa gli interessi sono plurimi e tra loro intricati, e non si saprebbe identificare l'interesse pubblico (o generale, o collettivo) perseguito dalla norma, a fronte di altre norme anch'esse finalizzate al perseguimento, o alla tutela, di interessi, qualificati pubblici, ma confliggenti con i primi. E ancora insoddisfacenti sono altri criteri, che si affacciano in dottrina, come quello circa il carattere inderogabile delle norme di diritto pubblico, che non è accettabile neppure sul piano logico, perché semmai è dall'essere la norma ascrivibile al diritto pubblico che deriva la sua inderogabilità; ma invero, norme ascritte al diritto pubblico possono essere derogabili, mentre in diritto privato sono presenti norme inderogabili, la cui violazione, come delle norme di diritto pubblico, produce invalidità degli atti giuridici. E ancora, la stessa imperatività delle norme di diritto pubblico (e degli atti dei pubblici poteri applicativi di dette norme), non può essere generalizzata, perché non tutta l'azione dei pubblici poteri è rivestita di autorità, e norme comunemente ascritte al diritto pubblico sicuramente non producono effetti imperativi.

Occorre tener conto di alcuni punti fermi nella configurazione del nostro tipo di Stato costituzionale. Recentemente, con la sua autorità, nella semplicità di un chiaro pensiero, E. SCHMIDT-ASSMANN (Lectio magistralis, per il conferimento del Dottorato honoris causa, Roma, Sapienza, 21.11.2017), ha posto in evidenza la centralità del principio di asimmetria tra libertà e attribuzione (Kompetenz): la libertà è propria del singolo e delle sue organizzazioni (libertà in senso giuridico, ovviamente), mentre lo Stato (i pubblici poteri) agisce nell'esercizio delle sue attribuzioni, che sono assegnate dal diritto e il cui esercizio in concreto deve essere giustificato "in relazione al perseguimento del bene comune". Da ciò deriva che l'amministrazione, in concreto, qualunque forma assuma, non può mai porsi "allo stesso livello dei privati". In ogni caso, i pubblici

poteri restano sottoposti “alle prescrizioni costituzionali” e alle norme di diritto pubblico attraverso le quali vengono determinate le attribuzioni; e lo strumento tipico per l’esercizio delle attribuzioni è il potere (“quando l’amministrazione dispone unilateralmente, ossia vuole agire d’imperio, lo può fare solo utilizzando il diritto pubblico”). Quindi, in prima accezione, si possono intendere come norme di diritto pubblico, quelle che disciplinano le attribuzioni delle pubbliche autorità circa l’esercizio dei poteri, e l’esercizio del potere nelle sue diverse manifestazioni.

Ma il principio di attribuzione, quindi ancora il diritto pubblico, costituisce anche la cornice entro la quale i pubblici poteri possono agire secondo il diritto privato, un agire che è perciò sempre delimitato e condizionato da norme di diritto pubblico, come quelle intese ad assicurare il perseguimento del bene comune. Il diritto privato designa una serie di strumenti giuridici (segnatamente, in ordine alla proprietà, alle obbligazioni e ai contratti) che i pubblici poteri utilizzano nella cornice stabilita dalle norme di diritto pubblico che ne fissano l’attribuzione.

Lo stesso vale sul versante dell’organizzazione. Nel tipo di Stato costituzionale (ma nello stesso Stato di diritto anteriore, pur con i limiti dati dalla posizione del Monarca) l’organizzazione è struttura servente gli interessi della collettività (il perseguimento del bene comune, per stare alla terminologia del maestro), quindi a sua volta non è frutto di autonomia organizzativa (o di libertà se si vuole) ma è disciplinata per il perseguimento del fine (è organizzazione funzionalizzata, come funzionalizzata è l’attività). Le norme di organizzazione sono dunque norme di diritto pubblico. Laddove l’organizzazione pubblica assume forme di diritto privato entra necessariamente in esse una disciplina “eteronoma” (di diritto pubblico) intesa ad assicurarne detta finalizzazione.

L’antagonismo tra eteronomia e autonomia, indicato da Kelsen come “il fondamento della distinzione fra diritto pubblico e diritto privato” (General Theory of Law and State, 1945, ed. it., Cotta Treves, V ed., Milano, 1966, p. 205 ss.), mi pare sia confermato come tale, nella realtà dei nostri ordinamenti positivi (nell’ambito del nostro tipo di Stato, nella versione continentale). Il rapporto amministrativo di diritto pubblico è costituito da un provvedimento adottato unilateralmente da una pubblica autorità nell’esercizio di una propria competenza, che si impone al destinatario al di fuori della capacità di questi di determinarne il contenuto; laddove il rapporto di diritto comune è frutto della determinazione “autonoma” delle parti. E laddove nella formazione del contratto (come per regola nei contratti delle pubbliche amministrazioni) si inserisce un elemento di eteronomia (la scelta del contraente come risultato di un procedimento prestabilito) è il diritto pubblico che penetra nel regime contrattuale e ne modifica l’assetto privatistico.

E così, sul versante dell’organizzazione, l’ente pubblico è strutturato nei suoi elementi e disciplinato nel suo funzionamento (allo scopo di assicurare l’espleta-

mento dei compiti ad esso affidati) da norme di diritto pubblico (anche di grado secondario); e laddove l'organizzazione assume forme privatistiche, si estendono ad esse norme "eteronome" che limitano (a volte incisivamente) l'autonomia della persona giuridica, quale delineata nella normativa privatistica.

Il richiamo a norme (o "statuti") di diritto pubblico, nella disciplina di molti istituti di cui si tratta nel volume (gli statuti di diritto pubblico che conformano il contenuto della proprietà di molteplici categorie di beni, le norme di diritto pubblico che limitano, fin quasi a sopprimerla, l'autonomia negoziale delle pubbliche amministrazioni, le prescrizioni cogenti circa l'organizzazione e la finanza delle società a controllo pubblico, etc.), a ben vedere è sempre ancorato al dualismo tra autonomia ed eteronomia, con la consapevolezza che l'amministrazione, fondamentale eteronoma nel nostro tipo di Stato, laddove si apre a spazi di autonomia, cioè al diritto privato, si trova sempre incagliata in regolamenti eteronomi, più o meno estesi, ma sempre presenti, che trovano il loro fondamento (a volte con eccessiva pervasività) nel fatto che l'amministrazione è funzione di governo ed è al servizio della collettività.

* * *

Alcuni dei saggi sono di nuova stesura, anche se, ovviamente, risentono di precedenti studi e in qualche modo ne costituiscono lo svolgimento.

Il primo saggio sull'amministrazione in rapporto con la politica, è pubblicato contestualmente in un volumetto della collana delle Lezioni magistrali, dell'Università Suor Orsola di Napoli, in esito ad una lezione che tenni sul tema lo scorso anno, su invito di Aldo Sandulli.

Il saggio sul potere amministrativo riproduce, con alcune modifiche, il testo inserito negli Studi in onore di Alberto Romano, Napoli, 2011. Avevo tentato uno schizzo di teoria generale del potere e dei rapporti di diritto pubblico, che ho ritenuto di conservare in questo volume, pur consapevole delle inevitabili ripetizioni rispetto ad altri saggi ivi pubblicati (e me ne scuso).

Il saggio sul diritto privato è di nuova stesura, e segue un'impostazione su alcuni punti diversa da quella che avevo seguito, intorno al ruolo del diritto privato nell'amministrazione pubblica, nel volume Amministrazione pubblica e diritto privato, Torino, 2011, e in precedenti studi.

Il saggio sulla giurisdizione amministrativa, salvi aggiornamenti, è quello già pubblicato in Diritto processuale amministrativo, 2012, in esito alle importanti riforme del nostro sistema di tutela, dalla legge n. 205 del 2000, al Codice del processo amministrativo del 2010, alle quali ebbi modo di dare un contributo; insieme ad altri colleghi, tra i quali Fabio Merusi, cui il saggio era dedicato.

Il saggio sulla proprietà e sui beni, in parte ripercorre lo studio sulla proprietà privata a fronte dei poteri pubblici di pianificazione, in esito a ricerche svolte con

Paolo Urbani (la vecchia passione per l'urbanistica!), pubblicato in Giustizia civile del 2015, su sollecitazione di Giuseppe Conte. Le parti relative ai beni pubblici e alla proprietà collettiva (nuove in questa redazione), riecheggiano miei precedenti studi, dalla voce Beni pubblici del Digesto delle discipline pubblicistiche del 1987, al saggio Apprendere per "laudo". Saggio sulla proprietà collettiva, pubblicato nei Quaderni Fiorentini del 2017 e dedicato all'amico, e maestro, Paolo Grossi.

Il saggio sull'impresa e i servizi di interesse generale, incentrato sul diritto europeo, riprende, con alcune modificazioni e i necessari aggiornamenti, l'articolo pubblicato in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 2006. Il testo, in versione parzialmente diversa, è stato pubblicato nel volume dedicato a Guido Corso, Il cittadino e la pubblica amministrazione, Napoli 2016.

* * *

Questi scritti si muovono in un contesto per così dire asettico, intorno a principi e a norme giuridiche, ad alcune costruzioni dogmatiche della dottrina, alle più rilevanti applicazioni giurisprudenziali. Ma dietro di essi, vi è il "dramma" dell'amministrazione, di cui sono ben consapevole, e in altre occasioni ho avuto modo di denunciarlo. Un'amministrazione che non è capace di dare ai cittadini, salve alcune meritevoli eccezioni, i servizi necessari per far fronte ai loro bisogni, un'amministrazione sempre distante, a volte assente, inutilmente complicata anziché semplificata (come ripetutamente si promette), formalistica e indifferente ai risultati.

Qualche volta, al cultore (per quanto modesto) del diritto amministrativo, viene il pensiero che la scienza del diritto amministrativo, con i suoi raffinati concetti, con le sue "cattedrali" costruite da tanti illustri autori, abbia fallito il suo compito, che era quello di dare consistenza, in termini pratici, ad uno "statuto" del cittadino nella pienezza dei suoi diritti democratici. La demarchia, cara a Benvenuti, l'amministrazione come servizio diffuso nella società, cara a Berti, sembrano ancora mete lontane.

Ma l'amministrazione ha bisogno del potere politico, che la indirizzi e la controlli; non può essere lasciata "sola". È il potere politico responsabile del pubblico bene. Troppo spesso sembra non ne abbia consapevolezza, e usi dell'amministrazione per propri interessi di parte, anziché indirizzarla e controllarla per il perseguimento del pubblico bene. L'antica affermazione del nostro grande giurista ottocentesco (che "il diritto amministrativo appartiene alle scienze della pace [e l'amministrazione] alle opere della pace, e però gli bisogna che il governo sia un governo che miri all'interesse comune, a scopo e profitto di tutta quanta l'associazione") si rivela sempre più attuale (G. MANNA, Partizioni teoretiche, Napoli, 1860).

* * *

Un libro scritto molti anni fa (la cui impostazione intorno ai "diritti collettivi" è qui riecheggiata) dedicavo a Valeria e ai miei bambini. Valeria ci ha lasciati quando ancora poteva essere felice, ma è sempre presente, Enrico, Giovanni, Tommaso, sono uomini adulti nei quali a volte riesco a rivedere l'immagine di allora, della felicità di allora.

Anche questo libro, come quello così lontano, è a loro dedicato.

Roma, 31 dicembre 2018

COSTITUZIONE, POLITICA, AMMINISTRAZIONE

SOMMARIO: 1. Costituzione e amministrazione. – 1.1. La «costituzionalizzazione». – 1.2. La «posizione costituzionale» dell'amministrazione. – 2. Politica e amministrazione. – 2.1. Il potere politico e le altre funzioni di governo. – 2.2. L'amministrazione a fronte del potere politico. – 2.3. Modelli del rapporto «tra politica e amministrazione». – 2.4. L'amministrazione «indipendente». – 3. La direzione politica dell'amministrazione. – 4. Atti «politici» e atti di «alta amministrazione». – 4.1. Atti «politici». – 4.2. Atti di «alta amministrazione». – 5. Sulla «riserva di amministrazione». – 5.1. Il rapporto tra amministrazione e giurisdizione. – 5.1.1. Deroghe al «principio». Sulla c.d. autodichia. – 5.1.2. Sul «segreto di Stato». – 5.1.3. Sull'eccesso di potere giurisdizionale. – 5.2. Amministrazione e legislazione. – 5.2.1. Sulle «leggi provvedimento». – 5.2.2. Casi di riserva «di procedimento amministrativo».

1. Costituzione e amministrazione

1.1. La «costituzionalizzazione»

1.1.1. È fenomeno generalmente rilevato in dottrina, in tutti i Paesi della nostra area, quello che ha condotto una serie di principi intorno al diritto delle amministrazioni pubbliche, già elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza (segnatamente, dal Consiglio di Stato), sulla base di scarse norme, ma ancorati a principi fondanti lo Stato moderno, ad assumere valore costituzionale¹. Il pas-

¹ V. in dottrina, da ult. S. CASSESE, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, Torino, 2016.

Il problema di portare l'amministrazione, diciamo così, la nostra vecchia amministrazione autoritaria, dentro la Costituzione, nei suoi innovativi principi, è stata affrontata con impegno dalla nostra migliore dottrina, fin dai primi passi del nuovo ordinamento. V. già C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali di cittadini*, in *La Costituzione italiana*, Padova, 1954; F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, Venezia, 1979; M.S. GIANNINI, *Parlamento e amministrazione*, in *Amministrazione civile*, 1961, A.M. SANDULLI, *Governo e pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966; L. ELIA, *Profili costituzionali dell'amministra-*

saggio dal *bloc de légalité*, come dicono i francesi (appunto, quell'insieme di norme e di principi vincolanti l'organizzazione e l'azione amministrativa) al *bloc de constitutionnalité* (la trasformazione di quelle norme e di quei principi, almeno in parte, in principi di valore costituzionale, vincolando il legislatore ordinario) si rileva nei diversi Paesi, anche a prescindere dalla maggiore o minore ampiezza e incisività delle norme costituzionali in vigore. Sempre, ovviamente, in presenza di istituzioni deputate al controllo di legittimità costituzionale delle leggi; ciò che peraltro costituisce carattere ormai consolidato in tutti i Paesi dell'area (carattere qualificante dello stesso «tipo di Stato», come Stato *costituzionale* di diritto).

E perciò ogni trattazione di diritto amministrativo, o meglio, ogni trattazione che ha ad oggetto la funzione di amministrazione come funzione di governo, nonché gli apparati organizzativi nei quali essa si esercita (ché il diritto amministrativo non esaurisce tutte le discipline dell'amministrazione) è sempre estesa all'esame dei principi costituzionali in ordine a ciascuno degli istituti giuridici dei quali il tessuto giuridico dell'amministrazione (tanto sul versante organizzativo quanto sul versante funzionale) si compone².

Sul punto, emerge anche un altro fenomeno, anch'esso sottolineato in dottrina, che travalica l'esperienza positiva dei singoli Paesi dell'area, tutti integrati nell'Unione Europea e tutti astretti ai vincoli derivanti dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo, e in misura minore, da altri Trattati internazionali. Istituzioni rette da un diritto proprio che investe l'amministrazione degli Stati nazionali, un diritto a sua volta elaborato nelle sue manifestazioni concrete dalla giurisprudenza di organi giurisdizionali (le *Corti*), in principi che si impongono con forza cogente negli ordinamenti nazionali, vincolano i legislatori, le giurisdizioni

zione centrale, Milano, 1966; V. BACHELET, *Profili giuridici dell'organizzazione amministrativa*, Milano, 1965; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; ID., *Amministrazione e Costituzione*, in *Dir. amm.*, 1993; V. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e Stato democratico*, in *Foro it.*, V, 205, 1984; ID., *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Milano, 1996. Da ult., le riflessioni critiche di L. DE LUCIA, *Costituzionalizzazione del diritto amministrativo e cenni politico-istituzionali. Riflessioni per i settanta anni della Costituzione repubblicana*, in corso di pubblicazione, 2019.

Nella dottrina francese, v. part., P. DELVOLVÈ, *La constitutionnalisation du droit administratif, Cinquantième anniversaire de la Constitution française, sous la direction de B. Mathieu*, Paris, 2008; B. STIRN, *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, in LDGJ, *Sistemes*, 2006.

La «costituzionalizzazione del diritto amministrativo», nota acutamente AUBY, «*Si l'on y songe bien, est un symptôme, et un vecteur à la fois, de la réduction de la place de l'Etat au profit de la société*» (J.B. AUBY, *La bataille de San Romano*, in *L'Actualité juridique, Droit administratif*, 2001, p. 917).

²Nota sul punto, P. DELVOLVÈ, *op. cit.*: «*Il n'est guère de chapitre du droit administratif qui ne doive commencer par l'exposé des norme constitutionnelles, qui en soutendent et en nourrissent le contenu*» (p. 399).

nazionali, l'esercizio dell'amministrazione. Una normazione (norme e principi) anch'essa, come è noto, di rango costituzionale, o superprimario, se si vuole, cioè gerarchicamente (nelle materie di competenza, ma con portata generale nei principi) sovraordinata ai diritti nazionali. Il *bloc de constitutionnalité* è perciò formato da fonti diverse, dislocate a diversi livelli istituzionali, e si esprime nella giurisprudenza di una pluralità di organi giurisdizionali supremi (le *Corti*, appunto), a loro volta operanti sulla base, ciascuna, della fonte suprema dell'ordinamento suo proprio.

Il fenomeno (la c.d. costituzionalizzazione dell'amministrazione, o come altri preferisce, del diritto amministrativo) si manifesta su due (in parte) separati versanti.

Sull'uno, si forma quello che possiamo denominare lo *statuto costituzionale dell'amministrazione* che designa le regole dell'organizzazione e (segnatamente) della funzione, laddove acquistano rango costituzionale.

Che nell'organizzazione degli uffici debba seguirsi il criterio della competenza, che nell'accesso agli impieghi debba seguirsi il criterio della selezione pubblica, che nella preposizione dei funzionari agli uffici debbano seguirsi criteri obiettivi di valutazione, che nella gestione finanziaria debba seguirsi il criterio della programmazione preventiva e che la spesa del denaro debba seguire procedure formalizzate, ecc.; principi tradizionali dell'organizzazione amministrativa, in conformità al principio del buon andamento (art. 97), che trovano riscontro nelle nostre leggi, in modo non sempre coerente, invero, fin dai primordi, vanno adesso a formare lo *statuto costituzionale dell'organizzazione amministrativa*, cioè tali restano, ma acquistano un valore e una portata vincolanti che prima non avevano³.

³ Il principio di buon andamento ed imparzialità di cui all'art. 97 si riflette nella organizzazione dei pubblici uffici. V. Corte cost. n. 104/2007, secondo cui l'imparzialità è «*valore essenziale cui deve uniformarsi l'organizzazione dei pubblici uffici*», pur essendo molto ampia la discrezionalità riconosciuta al legislatore nelle scelte relative all'organizzazione, sindacabile tuttavia «*per arbitrarietà o manifesta irragionevolezza*» (Corte cost. n. 336/2001, nello stesso senso v. nn. 141/1999, 34/1999, 63/1998); Corte cost. n. 34/1999: «*in materia di organizzazione dei pubblici uffici, nell'osservanza dei limiti segnati dai principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, spetta al legislatore, statale e regionale, un ampio margine di discrezionalità, il cui esercizio può essere sottoposto a censura solo allorquando si dimostri la palese arbitrarietà o la manifesta irragionevolezza della scelta compiuta*» (sent. nn. 135/1998, 63/1998, 40/1998, 320/1997, 153/1997, 59/1997 e 63/1995). Tale principio trova applicazione anche con riferimento alla composizione delle commissioni di concorso, a partire da Corte cost. n. 453/1990 secondo cui «*affinché sia rispettato il principio di imparzialità dell'amministrazione, il carattere esclusivamente tecnico del giudizio delle commissioni nei concorsi pubblici deve risultare salvaguardato da ogni rischio di deviazione verso interessi di parte o comunque diversi dall'obiettivo di selezionare i migliori, e ciò postula che le commissioni di concorso siano composte – se non esclusivamente – quanto meno in prevalenza da membri "tecnici"*». Costituisce espressione

Che l'amministrazione nel suo agire sia astretta all'applicazione puntuale delle norme a pena di invalidità dei relativi atti, che nelle sue scelte discrezionali non sia libera ma vincolata ai fini da perseguire posti dalla legge nell'interesse della collettività, e che ogni scelta debba essere adeguatamente motivata, che a fronte di una pluralità di interessi in gioco, differenziati e spesso contrapposti, debba procedere a valutazione comparativa secondo criteri di ragionevolezza e di imparzialità (senza preferenze arbitrarie degli uni verso gli altri), ecc.; principi anch'essi tradizionali del sistema del diritto amministrativo, acquistano via via (insieme a molti altri) rango costituzionale, intorno al principio dell'imparzialità (art. 97) e vengono a formare, appunto, lo *statuto costituzionale della funzione amministrativa*⁴.

dei medesimi principi, lo stesso principio del concorso pubblico quale «*canale di accesso pressoché esclusivo nei ruoli delle pubbliche amministrazioni*» (Corte cost. n. 227/2013). Secondo la giurisprudenza della Corte la facoltà del legislatore di introdurre deroghe al principio generale del concorso pubblico deve essere delimitata in modo rigoroso «*potendo tali deroghe essere considerate legittime solo quando siano funzionali esse stesse al buon andamento dell'amministrazione e ove ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle*» (Corte cost. nn. 110/2017; 90/2012; 195, 150 e 100/2010, 293/2009).

⁴Tra essi, il principio dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi (peraltro, ormai consolidato nei principi della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, art. 41): Corte cost. n. 310/2010: «*l'obbligo di motivare i provvedimenti amministrativi è diretto a realizzare la conoscibilità, e quindi la trasparenza, dell'azione amministrativa. Esso è radicato negli artt. 97 e 113 Cost., in quanto, da un lato, costituisce corollario dei principi di buon andamento e d'imparzialità dell'amministrazione e, dall'altro, consente al destinatario del provvedimento, che ritenga lesa una propria situazione giuridica, di far valere la relativa tutela giurisdizionale*». Escludere l'applicazione della Legge proc. amm. e quindi anche dell'art. 3 della medesima legge, continua la Corte, comporta l'elusione dei «*principi di pubblicità e di trasparenza dell'azione amministrativa, pure affermati dall'art. 1, comma 1, della legge n. 241 del 1990, 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, primo comma, Cost.), sia la tutela di altri interessi costituzionalmente protetti, come il diritto di difesa nei confronti della stessa amministrazione (artt. 24 e 113 Cost.; sul principio di pubblicità, sentenza n. 104 del 2006, punto 3.2 del Considerato in diritto)*. E resta altresì vanificata l'esigenza di conoscibilità dell'azione amministrativa, anch'essa intrinseca ai principi di buon andamento e d'imparzialità, esigenza che si realizza proprio attraverso la motivazione, in quanto strumento volto ad esternare le ragioni e il procedimento logico seguiti dall'autorità amministrativa». Il principio del «giusto procedimento», a sua volta, viene ormai riconosciuto come principio di valore costituzionale, dopo iniziali incertezze: Corte cost. n. 71/2015: «*bisogna, innanzitutto, ricordare che il principio del "giusto procedimento" (in virtù del quale i soggetti privati dovrebbero poter esporre le proprie ragioni, e in particolare prima che vengano adottati provvedimenti limitativi dei loro diritti), non può dirsi assistito in assoluto da garanzia costituzionale (sentenze n. 312, n. 210 e n. 57 del 1995, n. 103 del 1993 e n. 23 del 1978; ordinanza n. 503 del 1987)*. Questa constatazione non sminuisce certo la portata che tale principio ha assunto nel nostro ordinamento, specie dopo l'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241 ... e successive modifiche, in base alla quale «*il destinatario dell'atto deve essere informato dell'avvio del procedimento, avere la possibilità di intervenire a propria difesa, ottenere un provvedimento motivato, adire un giudice*» (sentenza n. 104 del 2007)».

Questa formazione avviene progressivamente nei diversi sistemi, ma si intensifica negli ultimi anni, nella giurisprudenza della Corte costituzionale, e nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, e di recente particolare spessore riceve nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo (segnatamente sul versante delle garanzie procedimentali e processuali)⁵.

Ma c'è un altro versante sul quale il fenomeno della costituzionalizzazione si presenta, meno rilevato in dottrina. Si tratta della posizione costituzionale dell'amministrazione (dell'amministrazione come funzione di governo e degli apparati organizzativi, gli «uffici», i «funzionari», ad essa professionalmente deputati) nei confronti delle altre funzioni di governo (e dei rispettivi apparati organizzativi). Se alla funzione di amministrazione è data una posizione costituzionale propria, ovvero se essa sia confusa nell'ambito delle funzioni di governo proprie dell'Esecutivo, come quelle riservate alla competenza e alla responsabilità degli organi politici (Governo della Repubblica, Ministri, ecc.); organi nell'ambito dei quali, secondo modelli diversi di relazione, i predetti apparati organizzativi, gli «uffici», sono dislocati⁶. È da tenere comunque pre-

⁵ Sul punto, ampiamente, A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale*, Torino, 2016.

⁶ Il rapporto, sempre problematico, dell'amministrazione con il Governo è tradizionalmente al centro dell'attenzione della nostra dottrina, già assai prima dell'avvento della Costituzione repubblicana, sia sul versante giuridico che politologico. V. tra gli altri, i noti scritti di E. PRESUTTI, *Lo Stato parlamentare ed i suoi impiegati amministrativi*, Napoli, 1999; M. MINGHETTI, *I partiti politici*, Bologna, 1881; S. SPAVENTA, *La politica e l'amministrazione della Destra e l'opera della Sinistra*, 1879, in *La giustizia nell'amministrazione*, Torino, 1949; ID., *La giustizia nell'amministrazione*, 1880, *ivi*, Torino, 1949.

Per tutti, L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974; più di recente, ID., *Politica e amministrazione nella Costituzione italiana*, in M. AINIS, A. RUGGERI, G. SILVESTRI, L. VENTURA (a cura di), *Indirizzo politico e Costituzione a quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines*, Milano, 1998; A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1973; M. NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1994, part. p. 703 ss.; A.M. SANDULLI, *Governo e pubblica amministrazione*, cit.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 9^a ed., Padova, 1975, I, pp. 373 ss., 594 ss.; C. D'ORTA, *Politica e amministrazione*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2000; P. RIDOLA, *Governo e amministrazione nel magistero di A.M. Sandulli*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il magistero scientifico di A.M. Sandulli nel centenario della nascita*, Napoli, 2015.

Dopo la riforma degli anni '90, v. part. F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, Bologna, 2006; G. D'ALESSIO (a cura di), *L'amministrazione come professione*, Bologna, 2008 (sulla distinzione tra politica e amministrazione e le responsabilità della dirigenza, v. il saggio introduttivo di F. BASSANINI).

La questione del rapporto «politica e amministrazione» si rileva particolarmente nel nostro sistema costituzionale, ché la Costituzione italiana, a differenza di altre, come notò M.S. GIANNINI, *Parlamento e amministrazione*, cit. «*ha introdotto per la prima volta nella nostra storia giuridica [vorrei aggiungere, nell'esperienza costituzionale dei Paesi della nostra area] il problema della separazione dell'amministrazione dal Governo*». In questo scritto, trattando della funzione di ammini-

sente, sul punto, che la stessa presenza di uno statuto costituzionale proprio dell'amministrazione (e già prima, dello stesso *bloc de legalité*) conferisce all'amministrazione una posizione connotata nell'ambito dell'Esecutivo. E la distinzione tra funzioni politiche o di governo e funzioni amministrative, in detto ambito, è in ogni caso presente.

Il nostro sistema positivo si differenzia notevolmente da quello degli altri Paesi dell'area; sia per effetto delle più incisive norme di cui all'art. 97 *Cost.* (rispetto alle altre Costituzioni dei principali Paesi), in ordine all'ordinamento degli uffici, cui la legge deve provvedere (riserva relativa) assicurando sfere di competenza e di responsabilità *proprie* dei funzionari; sia per il netto orientamento della nostra legislazione (in dichiarata attuazione di detta norma costituzionale), a partire dal d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, nel senso di una distinzione (o separazione) tra uffici amministrativi, i «funzionari» di cui all'art. 97, e organi politici (o di governo)⁷. Questa impostazione del nostro diritto positivo, di cui si vedranno le implicazioni, evidenzia una posizione costituzionale dell'amministrazione distinta dalle altre funzioni rapportabili all'Esecutivo, e dei relativi apparati organizzativi (l'insieme degli uffici professionali «i funzionari», come aventi connotazione organizzativa propria rispetto agli organi politici di governo). Impostazione che, a sua volta, ha acquisito rango costituzionale, essendo stata riconosciuta, come si vedrà, come quella conforme a Costituzione e attuativa dei principi di cui all'art. 97.

Da qui l'esigenza, che da noi acquista valore costituzionale, di definire la posizione dell'amministrazione (come funzione di governo ma anche come apparato di uffici) nei confronti del potere politico, che tuttavia, come si mostrerà, non può giammai essere estraneo al funzionamento complessivo dell'amministrazione (e anche alle sue manifestazioni concrete e puntuali) ché di esso è respon-

strazione come funzione distinta dalle funzioni propriamente politiche del Governo, faccio riferimento allo Stato e perciò alla struttura centrale di governo della Repubblica. Ma analoghe considerazioni possono essere riferite alle strutture periferiche di governo, laddove esse sono caratterizzate dalla «politicità» (artt. 114, 118 *Cost.*).

⁷Nei tre maggiori Paesi continentali: la Costituzione francese non contiene alcuna norma sull'amministrazione limitandosi ad affermare che di essa dispone il Governo (art. 20). Cionondimeno, il *Conseil constitutionnel* ha elaborato, con ricca giurisprudenza, lo statuto costituzionale della funzione (c.d. *bloc de constitutionnalité*); nella Costituzione tedesca ancora compare la tradizionale, e del tutto accantonata in dottrina, nozione della amministrazione come attuazione (esecuzione) delle leggi (Federali e/o dei Länder: artt. 83, 84, 86 ss.) e si fa riferimento «*all'amministrazione federale, con propri uffici amministrativi dipendenti*» (art. 87), come quella che gestisce i servizi di competenza centrale, senza alcuna specificazione; mentre la Costituzione spagnola, più recente ed ispirata in gran parte alla Costituzione italiana, contiene una norma che connota la funzione di amministrazione con caratteri propri, come quella che «*serve con obiettività gli interessi generali ed agisce secondo principi di efficacia*» (art. 103), nell'ambito della «*direzione del Governo*» (artt. 97 ss.).

sabile di fronte alla collettività (all'elettorato). Mentre una posizione di indipendenza di singoli settori di amministrazione (che di alcuni di essi, almeno in certe misure è probabile e predicabile) dà luogo a forti dubbi di legittimità costituzionale e può trovare una base costituzionale solo in norme vincolanti dell'ordinamento europeo.

Quindi, una posizione dai risvolti sempre perplessi, questa dell'amministrazione a fronte del potere politico, stretta com'è tra due opposte esigenze, quella di rendere indenne l'esercizio dell'amministrazione, nel concreto, dalle influenze del potere politico (che potrebbero sviarne l'imparzialità) e quella di assicurare al potere politico, che deve risponderne a fronte della collettività, il controllo, almeno in certa misura, dell'amministrazione.

1.1.2. Lo statuto costituzionale dell'amministrazione (come organizzazione e, segnatamente, come funzione) che si va formando nella giurisprudenza delle Corti consta di principi della parte generale del diritto amministrativo «costituzionalizzati», in ordine all'organizzazione e al funzionamento di figure soggettive di diritto pubblico (pubbliche Amministrazioni, enti pubblici) e sul piano funzionale, in ordine all'attività amministrativa di diritto pubblico (regolamenti, procedimenti amministrativi, provvedimenti, ecc.). Ma, a fronte di questi principi, si pone il problema della collocazione dell'amministrazione secondo il diritto privato, che presenta elementi di perplessità sul piano costituzionale; mentre il fenomeno, sia sul versante organizzativo (organizzazioni in forma privatistica deputate all'esercizio dell'amministrazione), sia sul versante funzionale (agire mediante contratti o altre forme negoziali privatistiche anziché mediante atti amministrativi), si va diffondendo nell'esperienza più recente, segnatamente da noi, con vivace pervasività, coprendo campi già ritenuti propri ed esclusivi del diritto amministrativo⁸.

Invero, la normativa costituzionale impone, *sul piano sostanziale*, che l'azione si svolga in modo ragionevole, proporzionale, ecc. (imparzialità), che gli uffici siano organizzati e disciplinati in ordine all'esercizio delle loro competenze, in modo da assicurarne il buon andamento, che il pubblico danaro (che è patrimonio della collettività) non venga sperperato e la relativa spesa sia adeguatamente controllata, che agli uffici tutti i cittadini possano accedere in condizioni di eguaglianza, ecc.; insomma, i principi che costituiscono lo «statuto costituzionale» dell'amministrazione, che si estendono in certi limiti alle organizzazioni

⁸V. III Saggio P. II, già V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011; *Annuario AIPDA 2011, L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, Napoli, 2012; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; A. PAJNO, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003; di recente, A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016.

pubbliche in forma privatistica e agli stessi soggetti privati laddove esercitano funzioni amministrative (art. 1, co. 1-ter, *Legge proc. amm.*).

Essi, come tali, non ostano ad essere applicati mediante moduli privatistici, laddove i moduli privatistici siano tecnicamente idonei alla produzione degli effetti cui l'amministrazione è intesa e siano integrati da istituti che garantiscano modalità di agire conformi a quei principi. Anzi, è da ritenere che in determinati casi, l'organizzazione in forma privatistica degli uffici sia quella più idonea ad assicurarne il buon andamento e l'azione secondo strumenti privatistici (che rendono più «fluido» e meno contenzioso l'operare, e più stabili i rapporti) sia preferibile⁹.

Il profilo della tutela dei terzi, ineludibile anche laddove l'azione amministrativa si svolga nelle forme privatistiche, rende necessario l'inserimento in esse di istituti che rendano possibile la rilevanza giuridica dei terzi. Si pensi ai procedimenti di conferimento degli incarichi dirigenziali (da noi sottratti a disciplina pubblicistica) o ai procedimenti per l'aggiudicazione dei contratti pubblici (da noi ascritti a disciplina pubblicistica, a differenza di altri ordinamenti come quello tedesco)¹⁰.

In questo quadro, lo statuto costituzionale dell'amministrazione deve essere correttamente delineato come l'insieme di principi che investono l'amministrazione, qualunque forma (sul piano organizzativo e funzionale) essa assuma. E perciò, organizzazioni pubbliche in forma privatistica (come le società per azioni a controllo pubblico) applicano la disciplina codicistica in termini residuali (cioè laddove non derogata da norme di diritto pubblico, come in materia di

⁹V. CERULLI IRELLI, *op. ult. cit.* In questo saggio avevo cercato di dimostrare che almeno due principi costituzionali sono da ritenere insuperabili anche nelle forme organizzative privatistiche della pubblica amministrazione; il principio della sana gestione finanziaria (il denaro pubblico è patrimonio della collettività e non può essere «sperperato»: v. ancora, M.S. GIANNINI, *Osservazioni critiche sull'ordinamento della pubblica spesa*, in A.C. JEMOLO, L. PICCARDI, M.S. GIANNINI, S. BUSCEMA (a cura di), *Lo sperpero del pubblico denaro*, Milano, 1965) e quello dell'accesso agli impieghi mediante selezione pubblica. V. adesso il *T.U. società pubbliche* che recepisce in parte detti principi (artt. 6, 11, 12, 19); e il Saggio III.

¹⁰E. SCHMIDT ASSMANN, *Mutamento della funzione della giustizia amministrativa tedesca. Spunti per alcune riflessioni sistematiche*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania*, in *Quaderni dir. proc. amm.*, Milano, 2017; M. CARRÀ, *Atipicità del diritto di azione ed effettività della tutela nel processo amministrativo tedesco*, in D. SORACE (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, Firenze, 2009; F. CORTESE, F. SECCHI, *Appalti pubblici comunitari e sistema di tutela nell'ordinamento tedesco*, in G. GRECO (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2010. Tali diversità di regimi nei nostri ordinamenti, in una materia ormai regolata, quasi interamente, dal diritto europeo, è prova della intercambiabilità, in certi limiti, tra diritto pubblico e diritto privato nella disciplina dell'azione amministrativa, nonché tra l'una e l'altra giurisdizione, purché siano assicurate certe garanzie a tutela dei terzi.

personale, di finanza, di assetto organizzativo, imposte dai principi dello *statuto*); e l'attività contrattuale delle pubbliche Amministrazioni si svolge in larga misura sulla base di una disciplina c.d. di evidenza pubblica, del tutto derogatoria del diritto comune, intesa a garantire la conformità dell'oggetto e del contenuto del contratto agli interessi (pubblici) perseguiti, la sostenibilità finanziaria dell'operazione negoziale, l'imparzialità nella scelta del contraente, la tutela della concorrenza tra le imprese, la tutela dei terzi ingiustamente esclusi dall'aggiudicazione del contratto¹¹.

1.2. La «posizione costituzionale» dell'amministrazione

Sui due versanti del profilo costituzionale dell'amministrazione, i sistemi costituzionali dei diversi Paesi dell'area, si presentano con alcune (in qualche caso rilevanti) differenziazioni. Invero, sul primo versante, quello dello statuto costituzionale dell'amministrazione, pur nella differenza dei testi costituzionali, la giurisprudenza delle Corti si è adeguata a una serie di principi comuni, più o meno estesi, e incisivi, tuttavia sempre orientati alle garanzie procedurali, alla necessaria partecipazione dei (contro)interessati in ordine all'assunzione delle decisioni che li riguardano, agli obblighi di motivazione, al rispetto dei principi di imparzialità e ragionevolezza, ecc.; mentre nella giurisprudenza europea emerge l'esigenza che, almeno in determinati settori, sia garantita l'indipendenza degli organi amministrativi nell'esercizio delle funzioni, salvo (solo) il controllo delle giurisdizioni.

Sull'altro versante, quello della posizione costituzionale dell'amministrazione a fronte delle altre funzioni (e delle altre organizzazioni) di governo (e segnatamente, del potere politico) emergono differenze nei diversi sistemi, laddove negli uni, l'amministrazione (pur dotata di uno statuto costituzionale proprio, come funzione) resta confusa nelle funzioni di governo dell'Esecutivo (nel quale gli uffici amministrativi sono compresi), mentre negli altri, l'amministrazione (sia come complesso di uffici sia come funzioni) assume una connotazione propria e differenziata dalla politica (dagli organi politici e dalle funzioni politiche o di governo) sino a predicarne la separazione e in qualche caso l'indipendenza

¹¹ Sulle ragioni del modello della «evidenza pubblica» nella formazione dei contratti della pubblica amministrazione, sempre valida l'impostazione di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, p. 677 ss., cui per altro si deve la stessa terminologia, poi entrata nell'uso comune, e nel sistema legislativo.

La tutela dei terzi, come elemento tra tutti caratterizzante la funzione amministrativa nell'esperienza moderna, era stata posta in luce nel bel saggio di M. NIGRO, *Funzioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Politica del diritto*, 1975 e in *Scritti in onore di Mortati*, III, Milano, 1978.

(quest'ultimo profilo emerge particolarmente, come accennato, nel sistema europeo). Ma il problema della distinzione si pone comunque, nei Paesi della nostra area, secondo l'ordinamento democratico, nel quale da una parte, l'amministrazione non può essere «neutrale», indifferente rispetto alla politica, ma dall'altra parte, deve «far convivere la sua carica politica con l'imparzialità o l'oggettività e la giustizia»¹².

Di particolare interesse, su questo punto, è il confronto tra il nostro sistema costituzionale e quello francese, nel cui ambito da tempo la dottrina è impegnata intorno al tema della «costituzionalizzazione» del diritto amministrativo e delle sue «basi costituzionali». La Costituzione francese, com'è noto, si limita ad affermare che il Governo dispone dell'amministrazione e delle forze armate (art. 20) e assicura l'esecuzione delle leggi (art. 21); e d'altra parte, rinvia al potere regolamentare del Governo tutte le materie non espressamente riservate alla legge, ciò che ha fatto ritenere ad autorevole dottrina (tuttavia non generalmente condivisa) che proprio in ciò è il fondamento costituzionale dell'amministrazione come esercizio di *puissance publique* retto da un diritto autonomo, il diritto amministrativo appunto, che trova nelle responsabilità del Governo di eseguire le leggi e assicurare la continuità dei servizi pubblici, e nella potestà regolamentare del Governo, la sua fonte¹³.

Resta il fatto che l'amministrazione non compare nella Costituzione francese come funzione differenziata nell'ambito del potere esecutivo, che dell'amministrazione, appunto, dispone per l'esecuzione delle sue politiche. Tuttavia, pur in questo assetto costituzionale, la giurisprudenza del *Conseil constitutionnel* ha elaborato una serie di principi di valore costituzionale, trasformando il c.d. *bloc de légalité* in *bloc de constitutionnalité*, e perciò dando all'amministrazione (nel suo esercizio, come funzione) uno statuto costituzionale proprio, che necessariamente comporta una distinzione nell'ambito delle funzioni che al Potere esecutivo fanno capo, tra le funzioni di amministrazione e quelle di governo¹⁴. Ma si tratta di una distinzione meramente funzionale (diverso è il regime giuridico delle due categorie di attività facenti capo all'Ese-

¹² V. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, V, c. 2016. La responsabilità del Governo circa l'andamento dell'amministrazione è particolarmente sentita nella dottrina francese. V. per tutti, P. DELVOLVÈ, *La constitutionnalisation*, cit. Notava C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 94 ss.: «il problema è "come mantenere la direzione politica dei ministri fatta gravare su di essi dall'art. 95, senza che ne riesca compromessa l'esigenza della buona e corretta amministrazione».

¹³ G. VEDEL, P. DELVOLVÈ, *Droit administratif*, Paris, 1984, ed ivi, l'importante *Preface* alla 7^a ed. del *Manuale*; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, 2001, p. 947 ss.

¹⁴ Tradizionale nella dottrina francese, l'individuazione degli «*actes de gouvernement*» come distinti dagli atti amministrativi (per tutti, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, cit., p. 947 ss.).

cutivo) che presuppone l'amministrazione sia in ogni caso sottoposta alla direzione e al controllo del Governo; ciò che dà luogo a rilevanti problemi di ordine costituzionale circa la posizione delle c.d. Autorità indipendenti che come autorità amministrative (e non giurisdizionali) alla direzione e al controllo del Governo in principio non possono essere sottratte¹⁵. Mentre da noi, come si è accennato, la distinzione strutturale tra funzioni di amministrazione (e relativi apparati) e funzioni di governo (cioè, tra la sfera della politica e la sfera dell'amministrazione, nell'ambito dell'Esecutivo) viene a configurarsi come principio costituzionale.

2. Politica e amministrazione

2.1. Il potere politico e le altre funzioni di governo

In ogni società organizzata e segnatamente nelle società generali (tutti gli individui che in un determinato momento storico fanno parte di una comunità stanziata su un territorio) organizzate (nell'esperienza moderna) negli Stati, esiste una struttura di governo, che ha il potere di determinare con forza vincolante i fini della struttura sociale (i valori) e in relazione ad essi fissare le regole (ancora, vincolanti) della vita sociale, curare gli interessi e i bisogni che emergono dal corpo sociale, usare gli strumenti necessari per far rispettare le regole, anche con l'uso della forza (coazione fisica) detenendone il monopolio, dirimere i conflitti, risolvere le controversie. Insomma, il *potere di governo* complessivamente inteso. Si tratta di nozioni a tutti note, e oggetto di elaborazione sin dalle origini, sulle quali non è questa la sede per soffermarsi.

Il *potere politico* può essere inteso come il potere di governo nell'ambito di una comunità organizzata; e la *politica*, come l'attività di governo. La parola, com'è noto, è polisensa e possiamo affermare, sulla base di alcune delle molteplici articolazioni del concetto, che essa indica, al di là dell'attività di governo, sia l'attività prodromica all'esercizio del potere, quella intesa alla conquista del potere, sia «la scienza dell'esercizio del potere sugli uomini», la «più difficile eppure la più importante» tra le scienze, secondo l'antico filosofo¹⁶; il cui possesso è indispensabile per l'attività di governo.

¹⁵ P. DELVOLVÈ, *La Constitutionnalisation*, cit., p. 412 ss.

¹⁶ PLATONE, *Politico*, Milano, 2015, p. 177 dove lo Straniero si chiede, a fronte delle diverse «forme costituzionali», in quale di esse «accade che si realizzi la scienza del governo degli uomini».

E ARISTOTELE, *Politica*, Milano, 2002, p. 319 ss., con riferimento alla politica intesa come scien-

Accezioni della «politica», queste ultime, che esulano dall'ambito di queste note, che hanno ad oggetto l'esercizio del potere di governo (in alcune sue manifestazioni), che in un determinato assetto costituzionale viene attribuito ad alcuni organi, e differenziato, nel suo contenuto e nei suoi effetti, sulla base di regole costituzionali.

L'esercizio del potere di governo assume diverse forme e si esprime in diverse funzioni (da cui, nell'esperienza moderna, il principio della separazione dei poteri, come traduzione in termini soggettivi, della pluralità delle funzioni di governo); tra le quali emerge, come funzione primaria, nella quale si può identificare la *sovranità*, quella di stabilire i valori (i fini) cogenti dell'assetto sociale (la politica come «assegnazione imperativa di valori per una società») ¹⁷ e in relazione ad essi, guidare, determinare tutta l'azione di governo, anzitutto fissando le regole della vita sociale: l'*indirizzo politico* e la *normazione* (nella quale si traduce immediatamente l'indirizzo) ¹⁸. Ma i fini dell'azione di governo quali stabi-

za, cioè come ramo del sapere cui devono «*attingere il buon legislatore e il buon politico*», ne indicava in primo luogo l'oggetto, nella ricerca di «*quale sia la migliore costituzione, come debba essere per soddisfare i nostri ideali ... in senso assoluto e quale sia la migliore entro certe condizioni date*».

La letteratura sul punto, ovviamente, è sterminata. Una felice sintesi, in N. BOBBIO, *Politica*, in N. BOBBIO, M. MATTEUCCI (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 1976. I classici, a parte quelli antichi e famosi che hanno formato il nostro pensiero, nella letteratura degli ultimi decenni, C. MOSCA, *Elementi di scienza politica* (1895), Torino, 1923; M. WEBER, *Economia e società*, 1922, ed. it. P. ROSSI, Milano, 1968; C. SCHMITT, *Le categorie del politico* (1927), Bologna, 1972; M. DUVERGER, *Introduction à la politique*, Paris, 1964; D. EASTON, *Il sistema politico* (1953), ed. it., Milano, 1973; H.D. LASSWELL, *Politica*, in *Enc. del 900*, V, Roma, 1980.

V. il concetto di comunità «politica» (con riferimento all'U.E.) nelle brevi ma acute osservazioni di M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, part. p. 659 ss.

¹⁷ D. EASTON, *Il sistema politico*, cit., part. p. 155 ss.

¹⁸ Sull'indirizzo politico, restano fondamentali gli studi della nostra dottrina negli anni '30, dai quali è partita tutta la successiva elaborazione e sono state ispirate le stesse norme costituzionali. C. MORTATI, *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (1931), ripubbl. nei *Saggi "per la storia del pensiero giuridico moderno"*, promossi da P. GROSSI, Milano, 2000, con prefazione di E. CHELI; V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, 1939, ripubbl. in *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli, 2015, con ampio saggio introduttivo di M. DOGLIANI. Di quest'ultimo A. si veda la voce *Indirizzo politico*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1993; *Indirizzo politico e Costituzione* cit. ed ivi L. CARLASSARE, *Politica e amministrazione nella Costituzione italiana*, cit.

V. anche le puntuali osservazioni di M. LUCIANI, *La massima concentrazione del minimo potere. Governo e attività di governo nelle democrazie contemporanee*, in *Teoria politica. Nuova serie. Annali*, V, 2015.

Resta assai importante la trattazione di E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961. Più di recente, l'A. fa il punto sulla problematica in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1994, (*La sovranità, la funzione di governo, l'indirizzo politico*, p. 297 ss.). T. MARTINES, voce *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971 (nell'*incipit* della voce, chiarissima definizione del concetto di «indirizzo» in teoria generale). Dello stesso A. v. già, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milano, 1957.

liti e via via specificati dal potere politico devono essere attuati, realizzati mediante azioni concrete, atti, operazioni, acquisizione e valutazione e ponderazione di interessi, instaurazione di rapporti, imposizione di obblighi, soluzione di problemi (come si usa dire) che insorgono nella vita sociale; e spesso occorre forza coattiva, materiale, per affrontarli, per imporne la soluzione. Insomma, *l'amministrazione*.

E nella applicazione delle norme, insorgono conflitti nella vita sociale, laddove le regole non vengono rispettate, dagli uni nei confronti degli altri, e nei confronti dello Stato stesso, e occorre risolvere i conflitti in applicazione delle norme (impone l'applicazione adattandone il contenuto, la portata dispositiva, ai complessi e sempre mutevoli risvolti della fenomenologia sociale). Insomma, la *giurisdizione*, come attività di applicazione mediante interpretazione delle norme ai casi concreti.

Sia l'amministrazione che la giurisdizione, come attività concrete, sono affidate, nell'esperienza degli Stati moderni, ad organi dotati di specifiche competenze (anche di carattere tecnico), distinti (possono o devono essere distinti) dagli organi titolari del potere politico; che sono quelli che nel nostro tipo di Stato, c.d. democratico-costituzionale, nel quale vige il principio della sovranità popolare, traggono (direttamente o indirettamente) la loro capacità (legittimazione) all'esercizio dei poteri di governo, dalla designazione popolare (procedimenti elettorali). Attraverso di essa, si scelgono uomini e si fissano i programmi dell'azione di governo (che derivano da una sorta di «stipulazione» con l'elettorato) partendo dai quali si delinea l'indirizzo politico e in conseguenza la normazione.

Nella contrapposizione delle diverse parti del corpo sociale (lo scontro tra fini o valori, diversi a volte radicalmente contrapposti) prevale la posizione della maggioranza; e i procedimenti elettorali contengono meccanismi intesi a individuare la maggioranza del corpo sociale (dell'elettorato) cui spetta la scelta degli uomini e dei programmi. Anche alla minoranza è riservato un ruolo nell'esercizio dei poteri di governo, ma i fini o valori dominanti, dai quali scaturiscono i programmi di governo, sono quelli espressi dalla maggioranza; la c.d. «volontà popolare», rappresentata dalla celebrazione dei procedimenti elettorali, accompagnati e seguiti da altre (a volte non formalizzate in procedimenti, a volte del tutto spontanee) manifestazioni della «volontà popolare» (dibattiti, cortei, espressioni varie dell'*opinione pubblica*, sino ai *referendum*, alle petizioni formalizzate, ecc.). Agli organi titolari del potere politico spettano le funzioni di governo direttamente connesse all'esercizio della «sovranità» tratta dall'investitura popolare.

Le altre funzioni di governo (sempre, pur con diversa intensità, connesse alle

Sulle funzioni di governo nei loro caratteri differenziali, una cospicua sintesi in F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, 1969.

prime, e ad esse sottoposte), quelle ascritte alla giurisdizione (funzione di governo anch'essa, ovviamente intendendo per «governo» una nozione più ampia, e ben diversa dal «governo» di cui agli artt. 92 ss. *Cost.*) e all'amministrazione, sono affidate ad organi formati non attraverso la via della scelta popolare; e si svolgono in una sfera di competenze e di responsabilità differenziate rispetto a quella degli organi che traggono (direttamente o indirettamente) dalla «volontà popolare» la loro legittimazione (gli organi *politici*).

Nel nostro tipo di Stato, e nella nostra forma di governo (democratica parlamentare), sono organi politici, dotati delle menzionate caratteristiche, il Parlamento (direttamente eletto dal corpo elettorale sulla base di programmi «stipulati» con lo stesso elettorato), il Presidente della Repubblica (eletto dal Parlamento), il Governo (Presidente e Ministri nominati dal Presidente della Repubblica e legati al Parlamento dal rapporto di fiducia). Ma la Repubblica si fonda sul principio del pluralismo istituzionale, per cui anche le sue articolazioni periferiche (regioni, comuni, ecc.) sono governate da organi politici nel senso indicato, espressione, anch'essi, della «volontà popolare» (procedimenti elettorali, programmi di governo «stipulati» con l'elettorato secondo il principio di maggioranza)¹⁹. In virtù del fenomeno dell'integrazione del nostro ordinamento nell'Unione Europea (e in misura più limitata, in organismi internazionali) «limitazioni di sovranità» in capo agli organi di governo nazionali derivano dal conferimento di funzioni di governo a istituzioni sovranazionali; la cui legittimazione all'esercizio di esse nell'ambito interno della Repubblica italiana, della comunità governata dagli organi della Repubblica stessa deriva a sua volta da decisioni assunte da questi ultimi (dal Parlamento nell'esercizio della funzione legislativa), che alle istituzioni non statali (e segnatamente alle istituzioni dell'Unione Europea) hanno ceduto le relative attribuzioni (sulla base del principio costituzionale di cui all'art. 11 *Cost.*).

A livello di Unione Europea, la distinzione tra organi politici e non, è più problematica, data la particolarità dell'assetto istituzionale dell'Unione, e l'ambigua posizione della Commissione, organo politico e «tecnico» insieme; ma anche in quell'ordinamento, l'indirizzo dell'azione di governo (nell'ambito dei fini e degli obiettivi stabiliti dai Trattati) e la normazione primaria (quella direttamente attuativa dei Trattati) sono funzioni di competenza di organi (quali il Parlamento, il Consiglio europeo, il Consiglio) che traggono la loro legittimazione o direttamente dall'elezione popolare o dal fatto di essere formati da esponenti dei Governi nazionali (degli Stati membri); quindi, organi politici, senza alcun dubbio²⁰.

¹⁹ Sul rapporto tra organi «politici» e la «volontà» espressa dalla maggioranza del corpo elettorale, in ordine alla quale si forma l'indirizzo politico, v. le puntuali osservazioni di C. MORTATI, *Istituzione di diritto pubblico*, cit., p. 642 ss.

²⁰ Sul punto, per tutti, E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea*, Torino, 2014, pp.

La funzione di indirizzo politico, la cui espressione caratterizza gli organi di vertice dell'apparato statale (la cui «politicità» possiamo dire consiste proprio nella capacità di esprimere l'indirizzo determinando i fini dell'azione statale) si esprime non attraverso atti giuridici formali produttivi direttamente di effetti, ma attraverso *atti politici*, quali sono i programmi di governo, le mozioni parlamentari, le stesse dichiarazioni informali dei membri del Governo o dei capi dei partiti; atti destinati a tradursi in leggi, in piani e programmi, in regolamenti, ecc., cioè in atti formali, di competenza dei medesimi organi, o di altri ai primi «subordinati»; e in assenza di tale traduzione, o in caso di traduzioni non conformi, si producono conseguenze di carattere meramente politico (la sfiducia o le dimissioni del Governo, o del Presidente della regione o del sindaco, lo scioglimento delle Camere, ecc.; sino alla conseguenza «di fatto», della sconfitta alle elezioni della maggioranza), senza incidenza sull'assetto dell'ordinamento giuridico.

L'ordinamento giuridico viene definito dalle norme (e anzitutto dalle leggi) emanate dal potere politico in attuazione dell'indirizzo. Ma una volta definito, esso acquista una sua oggettività e necessita di applicazione mediante azioni concrete, adottate dagli organi «esecutivi» sulla base delle norme ovvero, e più direttamente, mediante successivi atti di indirizzo (politico amministrativo), che a loro volta concretizzano le modalità di applicazione delle norme.

2.2. L'amministrazione a fronte del potere politico

Sul versante dell'amministrazione, occorre stabilire in capo a quali organi e secondo quali tipi di relazioni rispetto agli organi politici, sono dislocate le relative funzioni.

Meno problematica la posizione della giurisdizione (vedremo poi la questione del rapporto tra amministrazione e giurisdizione), che è amministrazione, cioè azione concreta produttiva di effetti nella sfera giuridica dei soggetti coinvolti, ma azione intesa alla risoluzione delle controversie che insorgono nella vita sociale, in applicazione della normativa in vigore. Funzione «neutra», come s'usa dire, comunque caratterizzata dal solo scopo di risolvere le controversie secondo criteri tecnici (i criteri dell'interpretazione giuridica) senza (poter) interferire sull'assetto degli interessi in gioco.

Questa funzione, già prima dell'avvento del tipo di Stato c.d. di diritto, di-

21 ss., 33 ss. (sulla Commissione, e il suo ruolo ambiguo «di carattere prevalentemente tecnico ... politicamente connotato»); p. 77 ss. i principali riferimenti bibliografici; J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione Europea*, Bologna, 2013 (sulla Commissione, p. 329 ss.); C. PINELLI, *Istituzioni politiche*, in [www.treccani.it/enciclopedia/istituzioni-politiche_\(Diritto-on-line\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/istituzioni-politiche_(Diritto-on-line)/).

chiaratamente fondato sulla teoria della divisione dei poteri, ma ancora più incisivamente, nel tipo di Stato costituzionale, è conferita ad organi tecnici (i giuristi, «i dottori») collocati in una posizione di indipendenza, o di separatezza, rispetto al potere politico (ciò che la nostra Costituzione, artt. 101, 104, esprime con la formula della soggezione del giudice *solo* alle leggi e della autonomia e indipendenza della magistratura da ogni altro potere, cioè segnatamente dal potere politico).

Ciò è reso necessario, al di là del carattere «tecnico» della funzione, in virtù del principio ritenuto fondante ogni tipo di Stato che non si trasformi in tirannide, che il potere politico (anche il più assoluto) abbia la capacità e la potestà, di fare le leggi (e possa modificarle) ma non di applicarle nella risoluzione delle controversie che insorgono nella vita sociale, che debbono essere risolte da giudici indipendenti in base alle leggi in vigore al momento in cui si instaura il rapporto controverso (con riferimento alle quali i soggetti hanno regolato la loro azione). Che la funzione della giurisdizione sia collocata in capo a organi dello Stato in cui i membri sono prescelti secondo procedure selettive tecniche e sono garantiti sia quanto al loro *status* sia quanto all'esercizio delle funzioni da ogni influenza (o ingerenza) del potere politico, si può dunque considerare affermazione pacifica.

Ovviamente, la giurisdizione resta soggetta alla legge (alle norme in vigore nell'ordinamento) e per questa via essa è soggetta al potere politico che di fare le leggi ha la potestà, nei limiti fissati dalla Costituzione. Ma sul punto, sulla base anche di una risalente tradizione dottrinale, si è via via affermato il principio della «riserva di giurisdizione», secondo il quale il legislatore (il potere politico) non può modificare retroattivamente le regole e non può interferire con nuove regole (generali e a maggior ragione puntuali) sui giudizi in corso; e d'altra parte, che il potere politico non possa indirizzare (influenzare) il corso dei giudizi e quindi la decisione (ingerirsi nell'esercizio della funzione). Insomma, la giurisdizione è soggetta alla legge (e per questa via, al potere politico nella sua veste legislativa), ma non all'indirizzo (alla direzione politica) del Governo²¹.

²¹ Che la giurisdizione dovesse essere funzione del tutto separata dal potere politico, anche nell'antico regime, è affermazione costante della dottrina. Tra i grandi J. LOCKE, *Il secondo trattato sul Governo* (1690), ed. it., T. MAGRI, Milano, 1998, part. p. 359 ss.; MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, I, (1750), Paris, 1973, p. 84 ss. Da noi, G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione* (1784-1785), Napoli, 2003, p. 164 ss. Con riferimento al nostro assetto costituzionale, F. BASSI, *Contributo alle funzioni dello Stato*, cit., p. 74 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni*, cit., p. 374 ss.; S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, in *Manuale di diritto pubblico*, cit., p. 629 ss. V. anche le osservazioni puntuali di M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione Repubblicana*, in *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"*, Milano, 2013, part. p. 49 ss.

Sulla riserva di giurisdizione qualche riferimento negli scritti contenuti nel volume *Principi costituzionali del caso "Englaro"*, in *Pol. dir.*, 2009 (M. LUCIANI, V. CERULLI IRELLI, F.G. PIZZETTI,

Resta del tutto aperta, viceversa, la questione dell'amministrazione, di quell'attività di governo chiamata alla cura concreta degli interessi e dei bisogni della collettività, mediante operazioni materiali ed atti giuridici, generali e puntuali, comunque capaci di produrre effetti giuridici (in senso tecnico). In capo a quali organi dev'essere collocata, politici o non, e ove collocata in capo ad organi non politici, in quale relazione essi si trovano rispetto al potere politico.

Storicamente la funzione di amministrazione (nella molteplicità delle sue manifestazioni) è confusa tra le funzioni proprie del potere esecutivo, che nell'espressione dello Stato moderno, sono imputate alla responsabilità di un organo politico (il Governo, il Consiglio dei ministri, i ministri; nella prima fase di quell'esperienza, il monarca) che del suo andamento risponde al Parlamento (nei sistemi di governo parlamentare) o al monarca, o direttamente all'elettorato (nei sistemi di governo di tipo presidenziale). L'amministrazione è parte dei programmi di governo (la principale parte, e nell'ambito di enti politici non legislativi come i comuni, si identifica in essa il programma di governo); è indiscutibile la sua attinenza al potere politico (di cui l'organo governativo è emanazione)²².

Ciò si può esprimere nell'affermazione che il potere politico risponde (responsabilità politica) dell'amministrazione. Quindi, in principio, la posizione dell'amministrazione è assai diversa da quella della giurisdizione, del cui concreto svolgersi (degli atti nei quali si esprime, degli effetti che va a produrre) la politica non risponde e non può rispondere per la posizione di indipendenza riservata a detta funzione e agli organi che la esercitano, nei limiti accennati. D'altra parte, occorre tener presente che l'amministrazione (a differenza della giurisdizione) non è un Potere dello Stato, ai sensi dell'art. 134 *Cost.*; ed eventuali conflitti che possano verificarsi a tutela delle prerogative dell'amministrazione (che abbiano rilievo costituzionale, o «tono costituzionale») sono sollevati dal Governo davanti alla Corte²³.

Cionondimeno, l'amministrazione non si identifica con la politica; con il Governo. Anzi, è pacifico in dottrina che nell'ambito delle funzioni proprie dell'Esecutivo occorra distinguere le funzioni propriamente politiche o «di governo»

T. GROPPI). Corte cost. n. 397/1994; n. 282/2005; Cons. St., sez. IV, 22 ottobre 2004, n. 6939; 14 dicembre 2004, n. 7933.

²² V. già, L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, cit., p. 156 ss.

Sul rapporto tra politica e amministrazione ricchissima letteratura americana (P.L. STRAUSS, *Administrative justice in the United States*, Carolina, 2016; ID., *The President and Constitution*, 65 *Case Westlaw Review*, 4, 2015). Una completa rassegna in D. COLAROSSO, *Il potere di direzione del Presidente USA nei confronti dell'amministrazione*, in *L'amministrazione e il potere politico*, Torino, 2018.

²³ C. MEZZANOTTE, *Le nozioni di "potere" e di "conflitto" nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1979. Precisi riferimenti nel commento all'art. 134, 2° alinea, di F. BARTOLINI, in R. BIFULCO ed altri (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.

(che si estendono sino alla funzione più alta, quella di determinazione di indirizzo politico: art. 95 *Cost.*), che si muovono in una sfera politica e non si traducono in atti di cura concreta di interessi, o in fatti ed operazioni di cura concreta di interessi (in atti e fatti d'amministrazione, appunto); dalle funzioni che viceversa si caratterizzano in tal modo, dalle funzioni di amministrazione²⁴. Pur essendo tutte commassate nell'ambito dell'Esecutivo, le une e le altre rivelano caratteri strutturali e funzionali del tutto diversi, e questa differenziazione vieppiù si accentua con il formarsi nell'ambito dell'esperienza storica dello Stato moderno, di uno statuto giuridico proprio dell'amministrazione che assume gradatamente, come s'è ricordato, rango costituzionale. E tra gli elementi propri di questo «statuto», assumono decisivo rilievo quelli che ruotano intorno al principio di imparzialità che domina ogni manifestazione dell'amministrazione, assimilandola in qualche modo alla funzione della giurisdizione pur con le dovute distinzioni; mentre distacca vieppiù (via via che quello statuto si consolida) l'amministrazione dalla politica, che per definizione è parziale, e nello Stato democratico è attività che risponde agli interessi, agli orientamenti, agli obiettivi di una parte del corpo sociale, spesso in radicale contrapposizione agli interessi, agli obiettivi, ecc., di altre parti del corpo sociale.

Ma una volta che la politica si è tradotta negli atti di indirizzo, nei programmi, e soprattutto nelle leggi, si apre lo scenario dell'amministrazione, mediante operazioni e rapporti giuridici, posti in essere sulla base di principi e criteri (lo *statuto* dell'amministrazione), tutti conformati intorno al principio di imparzialità.

Attraverso questo meccanismo (frutto del diritto amministrativo moderno) la parzialità della politica si traduce nell'imparzialità dell'amministrazione (l'amministrazione come «parte imparziale») ²⁵. Da ciò l'esigenza della distinzione tra le due sfere, che si pone in tutti i sistemi costituzionali; con le necessarie differenze, date dalla diversa collocazione della funzione di amministrazione, nei confronti del potere politico. «Il funzionario deve stare "al di sopra dei partiti" ...»; non è compito del funzionario «fare della politica che è sempre lotta. Il suo orgoglio consiste nel difendere l'imparzialità» ²⁶.

Sul punto, al di là dei principi caratterizzanti lo «statuto», rileva anche il dato pratico, organizzativo, che la funzione d'amministrazione ha via via acquistato

²⁴ Per tutti, M. NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in *Manuale di diritto pubbl.*, cit., part. p. 700 ss.

²⁵ V. sempre U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, p. 30 ss.; S. LARICIA, *Origini storiche e fondamento giurisdizionale del principio di imparzialità delle pubbliche amministrazioni*, in *Studi Berti*, Napoli, 2015, p. 1377 ss.

²⁶ Si tratta di notissime affermazioni di M. WEBER, *Economia e società* (1922), ed. it., P. ROSSI, II, Milano, 1968, pp. 706, 734.

nell'evoluzione dello Stato moderno, una complessità e una tecnicità operativa (inusitata nelle precedenti esperienze statuali) e una dimensione che pervade tutti gli aspetti della vita economica e sociale; ciò ha dato luogo al formarsi di giganteschi apparati organizzativi cui l'esercizio in concreto delle attività è di fatto, e spesso di diritto (cioè con assunzione di responsabilità propria), affidato; talché risulta del tutto impossibile per le autorità politiche di governo, seguirne in concreto l'andamento, influenzarne e indirizzarne in concreto gli esiti, determinarne i risultati, nelle loro molteplici articolazioni.

L'amministrazione professionale, tecnica, che agisce sulla base di procedimenti formali razionali, secondo la sistemazione weberiana (necessaria premessa sociologica al sistema del diritto amministrativo moderno), viene necessariamente (si direbbe naturalmente) a staccarsi, ad «autonomizzarsi» dal potere politico, che in qualche modo ne diviene soggetto, ne è condizionato in tutte le sue scelte. Il condizionamento amministrativo burocratico, contabile, della realizzazione dei programmi di governo è evenienza facilmente constatabile nella nostra esperienza positiva²⁷.

Si pone dunque l'esigenza (sul piano costituzionale) di definire il rapporto (diciamo così, con una formula) «tra politica e amministrazione», secondo diversi possibili modelli, e di definire altresì l'assetto degli strumenti che consentano in ogni caso la direzione politica dell'amministrazione, che non può mancare a pena di non consentire alla «politica» di rispondere dell'amministrazione (del suo andamento, dei suoi risultati) di fronte alla collettività.

2.3. Modelli del rapporto «tra politica e amministrazione»

Si rilevano diversi modelli teorici (con riferimento a diversi assetti costituzionali, che il rapporto tra politica e amministrazione ha sempre un rilievo costituzionale!) che vanno visti anche nella loro evoluzione, che a grandi linee si muove da un originario assetto di subordinazione dell'amministrazione al potere esecutivo (quindi alla politica) verso un assetto che almeno in alcuni (non marginali) settori di azione pubblica, via via acquista connotati di indipendenza, sino ad assimilarsi per alcuni aspetti, alla giurisdizione.

Il primo modello, quello più elementare e si direbbe originario, si identifica nella mera distinzione funzionale «tra politica e amministrazione» nell'ambito delle funzioni e all'interno delle strutture dell'Esecutivo, tra organi politici, i ministri, il consiglio dei ministri, ecc., e uffici/organi amministrativi dai primi dipendenti, deputati allo svolgimento di compiti istruttori, preparatori, di propo-

²⁷ V. già C. DEBBASCH, *L'administration au pouvoir*, Paris, 1969.

sta, ecc.; a volte, in casi espressamente previsti, titolari in proprio di competenze, circa l'adozione di atti produttivi di effetti.

Questo modello risale alla legge, fondante la nostra organizzazione amministrativa, del 23 marzo 1853, n. 1483, proposta dal conte di Cavour come ministro delle finanze (5 maggio 1852). Con detta legge, tra l'altro furono soppresse le Aziende, previste nell'organizzazione dello Stato sabauda come strutture dotate di un rilevante grado di autonomia gestionale; ciò che non veniva ritenuto conforme ai principi dello Stato parlamentare, nel quale il ministro deve poter rispondere in Parlamento con piena cognizione di ogni atto od operazione della propria Amministrazione.

In questo modello, gli organi politici, oltre alle funzioni di indirizzo, o di direzione, e di controllo sull'andamento dell'amministrazione, sono direttamente titolari anche delle funzioni amministrative puntuali, in ordine all'adozione di atti produttivi di effetti. E in ordine al funzionamento complessivo degli uffici e ai diversi compiti attribuiti ai funzionari, nonché in ordine all'adozione di atti puntuali affidata alla competenza degli uffici subordinati, agli organi politici è riservato il potere gerarchico nelle sue varie forme (potere di direzione, di ordine, di avocazione, di annullamento degli atti, ecc.), che condiziona fortemente l'attività degli uffici subordinati e consente agli organi politici stessi sempre di risponderne, anche laddove non hanno direttamente responsabilità nell'adozione degli atti²⁸.

Mentre, in ordine alle altre forme dell'organizzazione pubblica, diverse dai ministeri e dagli apparati di uffici dipendenti dagli Esecutivi (anche a livello regionale e locale), gli enti pubblici, le aziende, agli organi politici spettano poteri di indirizzo, di controllo («vigilanza») che consentono ad essi, anche in questi casi, di rispondere dell'andamento dell'amministrazione²⁹.

²⁸ Sulla «gerarchia» nella sua significazione, vorrei dire pura, originaria, occorre tenere presente la sistemazione della meno recente dottrina (invero, si tratta di un concetto risalente al vecchio ordine dell'amministrazione). Per tutti, O. RANELLETTI, *L'organizzazione della pubblica amministrazione nello Stato italiano*, Padova, 1935, p. 3 ss.; A. DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, I, Padova, 1931, pp. 271 ss., 291 ss. Nella dottrina recente, L. ARCIDIACONO, *Gerarchia amministrativa*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989; L. ELIA, *Problemi costituzionali dell'amministrazione centrale*, Milano, 1966 (per il profilo critico); G. MARONGIU, *Gerarchia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969. L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, cit. pone in luce, in cospicue pagine, la connessione del rapporto gerarchico con un determinato assetto dei rapporti tra amministrazione e potere politico (grosso modo, secondo il primo dei modelli che ho delineato), part. pp. 48 ss., 178 ss.

²⁹ Sulla posizione organizzativa degli enti pubblici, a partire dal noto saggio di G. MIELE, *La distinzione fra ente pubblico e ente privato*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1987 (che aveva rilevato nel rapporto organizzativo con lo Stato il carattere distintivo degli enti pubblici); V. OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, 1959; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, p. 173 ss.; G. GUARINO, *Enti pubblici strumentali, sistema delle partecipazioni*

In capo agli organi politici, in questo modello, opera il principio di distinzione, per cui laddove il ministro (ad esempio) opera come soggetto amministrativo, è sottoposto allo statuto della funzione amministrativa, ivi comprese le responsabilità civili, penali e amministrative (da noi, la responsabilità per danno erariale) connesse all'esercizio della funzione, e i suoi atti sono impugnabili in sede giurisdizionale. Laddove lo stesso ministro (la stessa persona fisica) opera come organo politico, mediante, ad esempio, dichiarazioni al Parlamento o all'opinione pubblica, l'indicazione di programmi d'azione, o più specificamente la determinazione di indirizzi diretti agli uffici, o di budget o di piani operativi, ecc., egli cambia di giacca (se così può dirsi), si infila la giacca del politico, i suoi atti producono effetti sul piano politico (anche in ordine alla responsabilità); sfugge perciò allo statuto della funzione amministrativa. Anche se vi sono evidenti connessioni tra l'attività politica svolta dall'organo, segnatamente laddove si traduce in indirizzi (che incidono sull'esercizio dell'attività amministrativa) e l'attività amministrativa svolta dagli uffici (e dallo stesso ministro laddove egli opera come organo amministrativo).

Questo primo modello dei rapporti «tra politica e amministrazione» è quello seguito nella gran parte dei Paesi della nostra area, e anche da noi sino alle riforme degli anni '90. Nell'ambito di questo modello la regola è che agli organi politici (Governo, ministri, ecc.) spetta la titolarità (formale, e la connessa responsabilità) di tutti i poteri amministrativi di attribuzione delle relative Amministrazioni, salvo che la legge ne attribuisca la competenza ad uffici professionali, che assurgono ad organi dell'Amministrazione (come ad esempio, in capo agli organi periferici dello Stato, prefetti, intendenti di finanza, ecc.).

In questo modello, il principio di distinzione opera su un piano meramente funzionale, in capo agli organi politici, a seconda che essi operino nell'esercizio di funzioni amministrative, ovvero come organi politici nell'esercizio di funzioni di governo.

Ma la commistione nella sfera di competenza e responsabilità proprie degli organi politici, nell'esercizio diretto delle funzioni amministrative accanto alle funzioni politiche o di governo, pur nella distinzione dei rispettivi statuti giuridici, può suscitare dubbi in ordine al rispetto del principio di imparzialità, cioè dello stesso principio cardine della funzione amministrativa. Ciò che è avvenuto da noi (ma non in altri Paesi dell'area) e ha portato alle riforme degli anni '90 che hanno spostato il pendolo del (sempre oscillante) rapporto «tra politica e amministrazione», dal modello di cui all'art. 95 (ministri «responsabili ... individualmente degli atti dei loro dicasteri»), al modello di cui all'art. 97 («sfere di competenza», «attribuzioni», «responsabilità proprie dei funzionari», assicurate

statali, enti regionali, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962; V. CERULLI IRELLI, G. MORBIDELLI (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994.

nell'ordinamento degli uffici). Norma quest'ultima che in maniera più incisiva che in ogni altra Costituzione europea, afferma il principio che l'esercizio dell'amministrazione debba essere riservato ai «funzionari» (da intendere come il personale professionale preposto agli uffici); un'amministrazione autocefala, come fu detto; rilevando qualche contraddizione tra le due norme³⁰: due modelli alternativi, appunto.

Lo spostamento del «pendolo» (dovuto com'è noto a fattori strettamente politici, connessi ai mutati orientamenti dell'opinione pubblica) ha condotto al superamento del modello della distinzione meramente funzionale e all'introduzione di un modello che possiamo denominare della distinzione strutturale (o della «separazione»), che si può configurare come modello teorico del rapporto (ma non si può trascurare il dato che esso è seguito solo da noi, nell'ambito dei Paesi dell'area). Come è noto, si tratta di ciò, che, con normativa di carattere generale (artt. 4, 14, *D. pubbl. imp.*; v. già, art. 3, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80; art. 3, d.lgs. n. 29/1993; per gli enti locali, art. 107, *T.U. enti locali*) la titolarità di tutte le funzioni amministrative c.d. di gestione, contratti, provvedimenti amministrativi di ogni specie (espropriazioni, concessioni, autorizzazioni, ecc.) a carattere puntuale, concorsi ed esami, accordi amministrativi, provvedimenti in materia di personale, ecc., è stata trasferita in capo ai dirigenti, cioè a uffici attribuiti alla titolarità di personale professionale, collocati al livello alto della scala burocratica, e in determinati casi anche ad uffici di livello inferiore (art. 109, co. 2, *T.U. enti locali*). Restano nella titolarità degli organi politici, al di là, com'è ovvio, delle funzioni propriamente politiche o di governo, tra le funzioni amministrative, quelle relative all'adozione degli atti di programmazione e degli atti amministrativi generali (come i piani urbanistici, i piani del commercio, ecc.). E resta la normazione mediante atti regolamentari, che sul piano formale, com'è noto, sono atti amministrativi, anch'essi impugnabili davanti al giudice amministrativo. Tra gli atti a carattere puntuale, restano nella titolarità di organi politici i c.d. atti di alta amministrazione (di cui si dirà), caratterizzati da lata discrezionalità, tali da coinvolgere «motivi politici», ovvero compresi (come ad esempio le nomine dei funzionari agli uffici apicali) nella funzione di direzione politica dell'amministrazione.

Per i piccoli comuni, è prevista una deroga al principio, consentendo l'attribuzione di funzioni gestionali ai membri della Giunta (art. 53, co. 23, l. 23 dicembre 2000, n. 388); anche «al fine di operare un contenimento delle spese».

Si tratta dunque di una rigida separazione di competenze, attuata con normativa

³⁰ M. NIGRO, *La pubblica amministrazione tra Costituzione formale e Costituzione materiale*, in *Studi Bachelet*, II, Milano, 1987. Sull'art. 97 vedi l'ampio ed esaustivo commento di C. PINELLI, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO *Commentario alla Costituzione, La pubblica amministrazione*, Bologna, 1994; R. CARANTA, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, II, Torino, 2006.

generale, che ha prodotto l'abrogazione di tutte le norme di specie attributive di competenze in ordine a singole funzioni amministrative, ad organi politici. Il modello è dichiaratamente attuativo dell'art. 97, co. 3, *Cost.*, norma invero del tutto ignorata nella sua incisiva portata nella vigenza del primo modello (in asse con l'art. 95 *Cost.*); e risponde anche ad un'interpretazione *forte* del principio di imparzialità, di cui al co. 2 dell'art. 97, che impone (nell'interpretazione che poi ne ha dato la Corte dando al principio della «separazione» rango costituzionale) il distacco dalla titolarità politica di ogni funzione amministrativa puntuale al fine di fugarne ogni sospetto e ogni rischio di parzialità nell'esercizio (la politica è ... di parte!)³¹.

Tuttavia, si è detto, ed è pacifico, la politica risponde all'amministrazione! E l'art. 95, pur correttamente interpretato alla luce dell'art. 97, impone che sia garantita la responsabilità dei ministri (anche se intesa come mera responsabilità politica) per gli atti (l'attività amministrativa nel suo complesso) dei propri dicasteri. E quindi, proprio nell'ambito di questo modello, più incisivamente che in altri assetti, rileva la *direzione politica dell'amministrazione*, come l'insieme dei poteri riservati alle autorità politiche nei confronti degli uffici amministrativi e dell'attività di essi propria, in un delicato equilibrio (difficilmente raggiungibile) tra le due esigenze in qualche modo contrapposte, assicurare la separazione delle competenze e delle responsabilità, tra organi politici e uffici amministrativi, mantenere in capo ai primi il «controllo» dell'amministrazione.

³¹ Il principio di separazione tra funzioni di indirizzo politico e funzioni di gestione amministrativa viene riconosciuto come principio costituzionale ai sensi dell'art. 97. Secondo la Corte «*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. ... Al principio di imparzialità sancito dall'art. 97 Cost. si accompagna, come "natural[e] corollari[o]", 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» (n. 453/1990)*» (da ult., Corte cost. n. 81/2013). Corte cost. n. 304/2010: «*la giurisprudenza costituzionale è ormai costante nel ritenere che debba essere assicurata una chiara distinzione tra funzioni politiche e funzioni amministrative di tipo dirigenziale, al fine di assicurare, in particolare, la piena attuazione dei principi costituzionali di buon andamento e di imparzialità dell'azione della pubblica amministrazione ... deve essere assicurata ... tra l'attività svolta dai Ministri, con il supporto degli uffici di diretta collaborazione, e quella esercitata dagli organi burocratici, cui spetta la funzione di amministrazione attiva*». Secondo la Corte è l'imparzialità dell'azione amministrativa il precetto «*che è alla base della stessa distinzione funzionale dei compiti tra organi politici e burocratici e cioè tra l'azione di governo – che è normalmente legata alle impostazioni di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza – e l'azione dell'amministrazione, la quale, nell'attuazione dell'indirizzo politico della maggioranza, è vincolata, invece, ad agire senza distinzioni di parti politiche e dunque al «servizio esclusivo della Nazione (art. 98 Cost.), al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obbiettivate dall'ordinamento*» (sent. nn. 104 e 103 del 2007; nello stesso senso si v. anche n. 161/2008).