

Enrico Bonelli
Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico
nell'Università Federico II di Napoli

AMMINISTRAZIONE, GOVERNANCE E REGOLAZIONE*

Sommario: 1. Crisi del principio di legalità e Costituzione. – 2. L'interpretazione evolutiva dell'art. 97 Cost.: dall'amministrazione dell'input a quella dell'output. – 3. Pluralismo sussidiario e Welfare society: la trasfigurazione della funzione amministrativa e il suo adattamento procedimentale. – 4. La governance e le sue ricadute sulla rimodulazione dell'azione amministrativa. – 5. (Segue) Gli strumenti della regolazione pubblica del mercato.

1. Crisi del principio di legalità e Costituzione.

L'analisi dei nessi che oggi intercorrono fra i modi di esplicazione della funzione amministrativa, le vie attraverso cui si determina lo svolgimento (più o meno libero) delle dinamiche del mercato e i metodi dell'attività di *governance*, è di grande interesse ai fini della comprensione del processo di trasformazione che da alcuni anni investe non solo la funzione esecutiva in sé considerata, ma più in generale i modi stessi in cui la sovranità statale si esplica (o si ritira) nei confronti dei fenomeni economici.

La detta trasformazione appare infatti così profonda da determinare il ridimensionamento – o almeno la riformulazione – di principi che parevano veri e propri capisaldi dell'ordinamento giuridico dello Stato di diritto; si pensi, fra questi, al principio di legalità, sulla cui attuale portata ci si diffonderà in appresso.

Il presente lavoro intende allora indagare proprio la natura della “*trasformata*”

* Il presente scritto è destinato ad essere inserito negli *Scritti in onore di M. Scudiero*, in corso di pubblicazione. Il tema, inoltre, sarà ripreso in una ricerca di più vasto respiro, avente ad oggetto le relazioni tra funzione amministrativa, *governance* e servizi pubblici locali.

funzione esecutiva (e, più in particolare, di quella “*amministrativa*”) e del modo di atteggiarsi della stessa, in virtù delle politiche di *governance*, nei suoi rapporti con i fenomeni economici, con l’attività d’impresa e con le dinamiche del mercato.

Nel lasciare tali questioni ai paragrafi successivi, nel presente si può principiare dall’esame della trasformazione della nozione consolidata di funzione esecutiva e dall’analisi dei modi in cui tale trasformazione ha implicato un altrettanto radicale mutamento dei concetti di riserva di legge e di principio di legalità. Si passerà poi all’esame più specifico della nozione di *funzione amministrativa*, al fine di valutarne l’analoga evoluzione.

A tal proposito, la prima questione che si pone è quella del significato che assume nello Stato contemporaneo la nozione di funzione esecutiva che, secondo l’accezione più classica e risalente all’avvento delle forme statuali di stampo liberale, è diretta (al pari della funzione giurisdizionale) a dare attuazione alla legge; ad essa è demandata, infatti, la cura concreta degli interessi pubblici (predeterminati in sede legislativa), nell’interesse della collettività ed entro i limiti tracciati dalla Costituzione e dalle leggi: ed è proprio per questa sua peculiarità che essa è stata sempre ritenuta autonoma dalla funzione legislativa e da quella giurisdizionale¹. Nella stessa prospettiva, titolare della detta funzione, è il potere esecutivo, costituito (secondo una visione pluralistica) dall’insieme di soggetti cui sono attribuiti potestà pubbliche e che sono posti in una posizione differenziata rispetto agli altri soggetti di diritto comune, ancorché vincolati all’osservanza delle norme giuridiche vigenti².

La nostra Carta costituzionale, nel disegnare un modello di *Welfare state* (certamente non alieno dai principi caratterizzanti lo Stato di diritto) indica i criteri generali relativi all’organizzazione ed al funzionamento della pubblica amministrazione nella Sezione II del Titolo III della parte II, composta di soli due articoli (97 e 98); tuttavia, anche altre disposizioni costituzionali assumono in proposito rilievo pregnante: vanno considerati, in particolare, gli artt. 2, 5, 52, 113, 114 e 118, nonché

¹ In tema, v. G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, 150 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969, 289-290.

² F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 500 ss.

le norme inerenti ai diritti sociali e ai servizi pubblici, e cioè gli artt. 32, 33, 38, 41, 43, 47; deve infine tenersi conto delle disposizioni relative alla responsabilità (art. 28) ed in generale di tutte le disposizioni applicabili alla pubblica amministrazione che, pur non essendo dettate espressamente per questa, risultano contenere principi di civiltà giuridica, come i principi di democrazia, di solidarietà e di uguaglianza.

È, quindi, dalla “*Costituzione amministrativa*”, intesa *lato sensu*, che devono trarsi quei criteri-guida, che risultano inderogabili per il potere esecutivo, ossia, il principio di legalità, di imparzialità e quello di buon andamento.

Ciò posto, se si vuole inquadrare correttamente la funzione in parola nell’attuale realtà ordinamentale, occorre approcciarsi criticamente sia a quello che è ritenuto il criterio cardine fra quelli sopra ricordati, ossia il principio di legalità, sia alla definizione della detta funzione come “*esecutiva*” della legge. Tale ultima nozione, invero, mano a mano che andava affermandosi il modello di *Welfare state*, nel nostro come in altri ordinamenti costituzionali, è parsa sempre più inappagante, considerato che il principio di legalità, così come inteso ed applicato nello Stato liberale, non vive allo stesso modo nello Stato sociale di diritto (a Costituzione rigida). In quest’ultimo, infatti, a differenza del precedente, il criterio inteso in senso *sostanziale* - come obbligo del legislatore di disciplinare compiutamente l’azione del potere esecutivo - e la riserva di legge relativa tendono a sovrapporsi, se non a confondersi. Ciò in quanto la competenza legislativa in determinate materie è costituzionalmente predeterminata e non può essere modificata, se non attraverso il procedimento di revisione³. Se ne inferisce, per converso, che il detto principio non può costituire un parametro di legittimità dell’azione amministrativa, salvo i casi in cui sia la stessa Costituzione ad imporlo, in virtù di una espressa riserva di legge (come avviene nell’art. 97 Cost., in relazione all’organizzazione degli uffici pubblici). Una conclusione siffatta, peraltro, ancorché avallata dalla legislazione vigente - che prevede per i soli Ministri il divieto di emanare atti a contenuto normativo non espressamente autorizzati dalla legge (cfr. art. 17, comma 3, l. n.

³ V. R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, 1994, 96 ed ivi ulteriori richiami bibliografici.

400/1988) - non appare pacifica in dottrina⁴; anzi, secondo un'autorevole opinione, nella Costituzione tutte le materie, senza distinzione, sarebbero coperte da riserva di legge, almeno relativa⁵. Contro tale tesi si è fondatamente osservato che essa non trova serie basi nell'attuale ordinamento costituzionale, tenuto conto che, se ogni materia fosse coperta da riserva di legge, tutte le disposizioni costituzionali che riservano espressamente alla legge l'una, piuttosto che l'altra materia, risulterebbero ridondanti⁶.

Indipendentemente, quindi, dalla costituzionalizzazione della riserva di regolamento in favore del Governo (così come avviene nell'ordinamento francese), una simile impostazione conforta l'assunto che nel nostro sistema il potere legislativo e quello esecutivo sono posti sullo stesso piano, per cui ben può ritenersi che quest'ultimo abbia la facoltà di esercitare la propria funzione indipendentemente da una *previa norma*; la quale, invero, può anche essere posta dallo stesso potere esecutivo, in quanto titolare della potestà regolamentare⁷.

Una siffatta ricostruzione, sebbene possa apparire svalutativa del principio di legalità, è oggi condivisa dalla migliore dottrina, sulla base della considerazione secondo cui la riserva di legge ed il principio di legalità vengono ad essere soddisfatti non soltanto in virtù della *interpositio legislatoris*, ma anche attraverso tutti i principi

⁴ C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964, 43 ss.; A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969, *passim*. Secondo M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, I, 82, "per la condotta degli organi statuali, vale il principio per cui tutto ciò che non è espressamente autorizzato dalla legge è vietato". In tema v. anche V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e "giusto procedimento"*, in *Giurisd. cost.*, 1962, 130 ss., secondo cui "la presenza di un parametro legislativo alla stregua del quale il giudice possa esplicitare un effettivo controllo, consegue, nel nostro ordinamento, all'art. 113 Cost., che consacra il principio - tipico dello stato di diritto - dell'azionabilità delle pretese del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione".

⁵ Questa, almeno, sembra la tesi di A. PACE, *I ridotti limiti della potestà normativa del Governo nella legge n. 400 del 1988*, in *Giur. cost.*, 1988, 1492.

⁶ In tal senso, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I, *Il sistema delle fonti*, Torino, 1991, 53 ss. Nello stesso senso, v. R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, *op. loc. cit.*, 96.

⁷ Per il sistema francese, nel quale esiste la riserva di regolamento in favore del Governo, si v. M. TROPER, *Le nuove separazioni dei poteri*, Napoli, 2007, 28 ss. Secondo l'A., ai fini della esatta comprensione della differenza intercorrente fra potere legislativo ed esecutivo, occorre accedere al concetto di "separazione funzionale dei poteri", intesa come diretta attribuzione della potestà legislativa e di quella regolamentare rispettivamente al Parlamento e al Governo. A quest'ultimo, infatti, in quanto titolare della "funzione governamentale", spetta di "poter approvare autonomamente provvedimenti di carattere generale; deve poter esercitare il potere regolamentare e senza bisogno di un previo voto del Parlamento".

ricavabili dalla realtà ordinamentale, i quali, coprendo gli spazi lasciati vuoti dalla legislazione, rendono in concreto l'atto sindacabile, e, in definitiva, garantiscono il rispetto della riserva di legge⁸. Di guisa che, con specifico riferimento ai poteri normativi, il principio di legalità può essere garantito anche attraverso limitazioni implicite ricavabili dal sistema, com'è confermato dalla tendenza dell'ordinamento a riconoscere la potestà regolamentare c.d. "per obiettivi", la quale si inverte nella regolamentazione di settori tecnici, caratterizzata da particolare elasticità e da alta competenza tecnica e specialistica⁹. Questo tipo di potestà normativa costituisce paradigmaticamente lo strumento operativo più consono, non solo per le Autorità amministrative indipendenti, alle quali la legge lascia un margine di discrezionalità quanto mai ampio (al punto da configurare delle vere e proprie deleghe in bianco¹⁰), ma anche per gli enti locali (Comuni e Province), per i quali la potestà regolamentare per obiettivi (come ad esempio quella in materia edilizia, di igiene, di polizia urbana, cimiteriale, ecc.), trova fondamento costituzionale nel novellato art. 117, IV comma, Cost. e legittimazione nel principio democratico, in qualche modo surrogatorio del principio di legalità, sul presupposto che i detti atti normativi sono adottati da organi elettivi e quindi direttamente rappresentativi della volontà popolare¹¹.

⁸ In tema, cfr. anche S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, 267; G. GUARINO, *Sul carattere discrezionale dei regolamenti*, in *Foro it.*, 1953, I, 541. Anche L. COLACINO CINNANTE, *Pubblica amministrazione e trasformazioni dell'ordinamento*, Napoli, 2007, coglie i tratti essenziali dei processi di trasformazione in atto e li inquadra proprio alla luce del mutato ruolo del principio di legalità, laddove (pp. 111 e s.), per esempio, sottolinea che "il principio di legalità riveste una funzione diversa, pur se più delicata, più caratterizzante perché forma l'espressione di più principi fondamentali dell'agire della P.A.; e non solo si collega a quelli contenuti o sottolineati dai vari articoli della Costituzione, come gli artt. 13 ss. o l'art. 23 o 97 oppure il 101, co. 2, o il 113; ma si sposta dalla garanzia formale verso profili funzionali e sostanziali delle attività (fino anche a proporsi come dovere funzionale della stessa amministrazione di organizzarsi ed agire per realizzare nel modo migliore i risultati cui deve tendere, in nome dell'efficienza, buon andamento, imparzialità, oltre che della trasparenza dell'azione)".

⁹ Cfr. G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, Relazione presentata al 53° Convegno di Studi Amministrativi, Varenna, 20-22 settembre 2007, avente ad oggetto "Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia", consultabile in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico*, www.giustamm.it, n. 11/2007, 8 ss.

¹⁰ In tal senso, P. CARETTI, *Introduzione*, in AA.VV., *Osservatorio sulle fonti, 2003-2004*, a cura di P. Caretti, Torino, 2004, in specie XV.

¹¹ In tema, v. A. TRAVI, Relazione introduttiva presentata al 53° Convegno di Studi Amministrativi, Varenna, 20-22 settembre 2007, avente ad oggetto "Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia", consultata nel dattiloscritto; S. PAJNO, *Considerazioni sul principio democratico e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 467 ss.

In tal modo, non appare elusa l'esigenza che il potere esecutivo, pur non potendo fare a meno di "implementare programmi legislativi aperti", adotti la "statuizione giuridica amministrativa attraverso forme comunicative e procedurali capaci di soddisfare le condizioni legittimanti dello Stato di diritto"¹².

Con specifico riferimento all'attività provvedimentale, poi, non può negarsi che la raffrontabilità possa essere assicurata, oltre che dai principi generali, dall'applicazione combinata dei criteri specifici della materia e di regole di ordine tecnico, che portano all'adozione dell'atto concreto attraverso garanzie procedimentali (partecipazione) e sostanziali (motivazione)¹³, a meno che non si tratti di atti normativi o a contenuto generale (cfr. art. 3 L. n. 241/90 e succ. mod.). Sulla scorta di tali elementi, più volte la giurisprudenza ha affermato che, anche per la disciplina delle sanzioni amministrative (materia sicuramente sottoposta a principio di legalità in senso stretto), appare legittima per la normativa regolamentare una qualche forma di elasticità in ordine alla puntuale configurazione delle condotte sanzionate, a condizione che si tratti di norme congruenti col particolare ambito tecnico-specialistico di riferimento¹⁴.

Un dato è certo: una volta ricostruita l'attività esecutiva come funzione non condizionata necessariamente da quella legislativa, viene meno la ragione per sostenere la superiorità della legislazione sull'amministrazione: entrambe nel nostro sistema (come in quello tedesco¹⁵) concorrono a materializzare in concreto i valori sottesi alla decisione costituente. Con l'ulteriore conseguenza che nell'attuale

¹² Cfr. J. HABERMAS, *Fatti e norme*, Napoli, 1996, 521. Secondo lo stesso A., la carenza di prescrittività del diritto regolativo richiede la previsione di adeguati "filtri di legittimazione di natura procedimentale" (*ibidem*, 522).

¹³ Cfr. in tal senso, G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità, op. cit.*, in specie 10, nel testo e nelle note, ove l'A. rileva che non sempre la rete di principi, procedure, criteri tecnici, raggiunge il risultato di soddisfare il principio di legalità, dal momento che i criteri in parola sono a volte così generici, che per l'assenza di riscontri nella normativa primaria, il principio di legalità non può dirsi rispettato. In tema, *adde*, D. D'ALESSANDRO, *La motivazione e i suoi vizi: relazioni con il controllo della funzione amministrativa*, in AA.VV., *Azione amministrativa e disciplina di diritto pubblico*, Napoli, 2008, 155 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987.

¹⁴ In tal senso, Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2006 n. 7972, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 378 ss., con nota di S. Screpanti, *La partecipazione ai procedimenti regolati dalle autorità indipendenti*.

¹⁵ Cfr. E. FORSTHOFF, *La trasformazione della legge costituzionale*, traduzione italiana, in *Stato di diritto in trasformazione*, a cura di C. Amirante, Milano, 1973, 206 ss., nonché, *ibidem*, *Il vincolo alla legge e al diritto*, 238 ss.

ordinamento costituzionale la legislazione non costituisce più il limite formale per il potere esecutivo, il quale è autorizzato ad agire *praeter legem*, per perseguire gli obiettivi proposti come irrinunciabili dalla Costituzione nell'interesse dei cittadini, singoli ed associati¹⁶. Un'affermazione siffatta merita, peraltro, una puntualizzazione: pure a fronte di moduli legislativi "aperti" e di "deleghe in bianco", giammai il potere esecutivo può procedere all'adozione di atti svincolati dall'archetipo legale o, in mancanza di quest'ultimo, dai principi generali dell'agire amministrativo (sia nazionali che comunitari), perché, in caso contrario, si produrrebbe la lesione di quella generale garanzia, che trova nell'art. 113 Cost. il suo fondamento primario e che è volta a materializzare il criterio, secondo cui è ammesso, senza limiti, il controllo giurisdizionale su ogni atto giuridico emanato dai pubblici poteri, senza restrizione alcuna sotto il profilo soggettivo e/o oggettivo¹⁷. Ed allora, è in questo senso che va inteso il principio di legalità nel nostro ordinamento costituzionale, abbandonando posizioni preconcepite e non aderenti alla realtà ordinamentale.

Una conclusione siffatta, che tende comunque a superare l'assioma della prevalenza del potere legislativo rispetto a quello esecutivo, non solo è coerente con l'attuale Costituzione, ma era stata ritenuta compatibile già col precedente ordinamento istituzionale: in vigenza dello Statuto albertino, con felice intuizione, era stata sostenuta in dottrina la concezione del potere esecutivo come "istituzione perfetta", ossia come ordinamento giuridico indipendente dagli altri e dotato di propria potestà normativa¹⁸; nondimeno, la giurisprudenza amministrativa dei primi anni del secolo

¹⁶ Sul punto, v. R. MANFRELOTTI, *Legge, fonti locali e regolazione della funzione amministrativa*, in AA.VV., *Gli enti locali nello scenario federalista*, a cura di M. Ricca e A. Patroni Griffi, in *Materiali Formez*, Roma, 2006.

¹⁷ In tal senso, cfr. L. COLACINO CINNANTE, *Pubblica amministrazione e trasformazione dell'ordinamento*, op. cit., 113, il quale individua come ulteriori norme-parametro del principio di legalità, gli artt. 23 e 97 Cost. per gli atti amministrativi e gli artt. 101 e 111 Cost. per gli atti giurisdizionali. Fanno, inoltre, prevalentemente riferimento all'art. 113 Cost., quale norma basilare *in subiecta materia*, S. CASSESE, *Il diritto amministrativo e i suoi principi*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, 8 ss. e R. ROLLI, *I principi dell'azione amministrativa*, in AA.VV., *Azione amministrativa e disciplina di diritto pubblico*, op. cit., 15, il quale, opportunamente, a fondamento del principio di legalità, richiama (alla nota 32) l'art. 1 della l. n. 241/90 e succ. mod.

¹⁸ Cfr. SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1945. Dello stesso A., per la puntuale ricostruzione del concetto di discrezionalità amministrativa in relazione ai limiti imposti

scorso, con specifico riferimento alle c.d. “*spese facoltative*” degli enti locali, ne aveva riconosciuto la piena legittimità¹⁹.

La Costituzione repubblicana ha accentuato questa caratterizzazione, dal momento che essa contiene in specifiche norme costituzionali la tutela di posizioni soggettive dei cittadini nei confronti della p.a. e non una sorta di riserva di legge generalizzata dell’agire amministrativo, come si è visto sopra. Pertanto, più che di crisi del principio di legalità²⁰, deve parlarsi oggi di una diversa “*interpretazione*” di siffatto criterio, che ne consenta una lettura in qualche modo svalutativa, tenuto conto che la legge del Parlamento sembra ormai spodestata dalla sua posizione di primato assoluto e di strumento di garanzia, sia nei confronti delle fonti amministrative che degli atti (a contenuto normativo e non) della p.a.

Evidentemente, quanto si è venuto fin qui dicendo, porta ad escludere che il principio di legalità possa essere svuotato di ogni significato, nel senso che la funzione esecutiva possa essere considerata come *legibus soluta*, fino a configurare una potestà che, come quella legislativa, sia espressione della volontà generale e quindi libera nei fini²¹. Questi ultimi, invero, quando sono posti dal legislatore, divengono sicuramente inderogabili per il potere esecutivo, che trova sempre nella legge il parametro cogente, cui conformare il proprio agire, così come il legislatore ritrova a sua volta nelle norme di rango costituzionale (che sono espressione diretta della sovranità dello Stato) i limiti della propria potestà²².

dalla legislazione, si veda il saggio *La determinazione della demanialità da parte dell’autorità amministrativa*, Firenze, 1898.

¹⁹ Per un’esaustiva ricostruzione di tale orientamento giurisprudenziale, v. G. PALMA, *Indirizzo politico statale e autonomia comunale*, Napoli, 1982, 507 ss.

²⁰ In tema, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Principi del diritto amministrativo*, Torino, 2005, II, 14 ss.v. A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 2002, 226 ss.; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo* diretto da C. Santaniello, Milano, 2004, 30 ss.; C. PINELLI, *Modernizzazione amministrativa, principio di legalità, interpretazione costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2001; come riferimento di carattere generale, sia consentito rinviare a E. BONELLI, *La pubblica amministrazione e la tutela delle posizioni soggettive*, in AA.VV., *Diritto pubblico*, a cura di C. Amirante, Torino, 2007, 365 ss.

²¹ In tema, cfr. R. CARRE’ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, 1984.

²² In tal senso, cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989.

2. L'interpretazione evolutiva dell'art. 97 Cost.: dall'amministrazione dell'input a quella dell'output.

Partendo da tale inquadramento teorico, appare necessario, ai fini della presente indagine, “ritagliare”, nell’ambito della funzione esecutiva, la nozione di attività o – per dirla con la nostra Costituzione: cfr. art. 97 – di “azione amministrativa”. Indubbiamente, la prima si riferisce ad un ambito concettuale più ampio, comprendendo sia l’attività più strettamente governamentale (di indirizzo politico), sia quelle incombenze di cura dei pubblici interessi “che le leggi, ma non solo le leggi bensì anche i fatti affidano allo Stato”²³.

Mentre la funzione esecutiva rappresenta lo svolgimento reale della potestà attraverso categorie di atti formalizzati dal diritto, nella realizzazione del fine perseguito, l’attività (*recte*: la funzione) amministrativa si identifica col concreto svolgersi di tale attività, nella sua continuità e rilevanza globale, in vista della realizzazione di un fine sotto il profilo dinamico, ossia come processo organizzato che porta alla *decisione* attraverso tutte le sue fasi, in modo che venga razionalizzato il rapporto tra definizione dello scopo e perseguimento del risultato²⁴. Secondo l’interpretazione tradizionale, dunque, la funzione amministrativa viene ad essere configurata come luogo e disciplina delle scelte amministrative, ai fini dell’assunzione della decisione amministrativa concreta, che si obietta in un atto amministrativo²⁵. Quest’ultimo, secondo l’impostazione tradizionale legata ad una visione *soggettiva*, costituisce una manifestazione di volontà (avente rilevanza esterna) adottata da un’autorità amministrativa nell’esercizio della funzione amministrativa, per un caso concreto e per destinatari determinati e determinabili²⁶.

²³ Così, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 67.

²⁴ In tal senso, cfr. F.S. SEVERI, voce *Funzione pubblica*, in *Dig. disc. Pubbl.*, VII, Torino, 1991, 72.

²⁵ Rimane sempre valido il riferimento a F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1950, 30, nel testo e nelle note; G. MIELE, *Funzione pubblica*, in *Nss. dig. it.*, VII, 686 ss.

²⁶ Come riferimenti classici, sul punto, si v. P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, Milano, 1992, II, 3 ss., il quale opera anche un’accurata classificazione degli atti amministrativi, distinguendo

Più innanzi²⁷, sarà affrontata la questione dell'evoluzione e quindi del superamento di tale impostazione classica. Quello che qui preme sottolineare è, invece, che essa porta, come suo corollario, alla definizione dell'amministrazione come "potere" fra i poteri nell'equilibrio costituzionale, tendente, nello Stato contemporaneo, a differenziarsi sempre più dal potere esecutivo e a rendersi in parte autonomo da esso²⁸. Sotto altro, ma connesso profilo, la struttura funzionale dell'amministrazione diviene espressione tipica del principio dell'agire amministrativo legale-razionale, che caratterizza tutti gli ordinamenti contemporanei²⁹. È per questo motivo, quindi, che i canoni che la nostra Costituzione detta nell'art. 97 in relazione all'"azione amministrativa" devono intendersi riferiti anche al "potere amministrativo", costituendo lo statuto ontologico dell'agire amministrativo³⁰.

L'emersione progressiva dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento nella Costituzione materiale ha segnato sicuramente il passaggio dal modello gerarchico dell'organizzazione statale, accentrato e rigidamente votato alla ferrea applicazione del principio di legalità formale, ad un modello organizzatorio flessibile e decentrato³¹. Nella medesima prospettiva, l'art. 97 è da considerare la norma base di riferimento dell'organizzazione amministrativa e, in quanto tale, il criterio di

nell'ambito degli stessi i provvedimenti, intesi come manifestazioni di volontà dotati dell'*autorità* e cioè della capacità di incidere su posizioni giuridiche soggettive. Cfr. ancora, G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo*, Milano, 1983, I, 101 ss.; G. DI GASPARO, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, in specie, 150 ss. Sembra accedere ad una nozione soggettiva di attività amministrativa, A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, *passim*.

²⁷ Precisamente al par. 3 di questo capitolo.

²⁸ Sul punto, M.S. GIANNINI, *op. cit.*, *passim*; S. CASSESE, *L'ideale di buona amministrazione*, Napoli, 2007, in specie, 25-28.

²⁹ In tal senso, cfr. G. MARONGIU, *Voce Funzione amministrativa*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989.

³⁰ Coglie ancora una volta con acume "l'importanza e la <<decisività>> dell'art. 97 della Cost." L. COLACINO CINNANTE, *op. cit.*, p. 113 e s., secondo il quale la norma in questione, nello stabilire il principio del buon andamento come oggi connesso ai canoni di efficienza, efficacia ed esecutività, conferisce "specifici contenuti all'interesse legittimo dei cittadini e delle parti, che non consistono nell'osservanza di mere formalità, ma nel conseguimento degli interessi e dei fini che Costituzione e Legislatore anche comunitario impongono e garantiscono".

³¹ Cfr. in tema, M. NIGRO, *Studi della funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; Id., *La pubblica amministrazione fra Costituzione formale e Costituzione materiale*, *op. cit.*; S. STAMMATI, *Il buon andamento dell'amministrazione: una rilettura e principi per un ripensamento*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988; F. SATTÀ, *Il principio di buon andamento nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 1988.

ripartizione della funzione di indirizzo politico tra Governo e Parlamento³². L'attività di organizzazione è dunque espressione di tale funzione, affidata all'esecutivo, che può modellare le proprie strutture mutevolmente, a seconda delle esigenze dello Stato-comunità in continua evoluzione. È quindi nell'art. 97 che va individuato il riferimento normativo fondamentale, che governa nel nostro ordinamento l'evoluzione e l'adeguamento delle strutture per l'esercizio della funzione amministrativa.

Non può, invero, sfuggire che la particolare formulazione della disposizione in questione abbia reso possibile procedere, *anche a Costituzione invariata*, alla profonda riforma della struttura e dell'attività della p.a. a cui abbiamo assistito nell'ultimo ventennio. Ciò in quanto ci si trova di fronte ad una *clausola aperta* da riempire e completare di volta in volta sulla base delle esigenze concrete, mancando in essa una puntuale formulazione precettiva che ne chiarisca il senso, in un ambito definitorio ben delimitato.

È sicuramente vero che il tentativo di fissare con precisione il significato del principio del buon andamento dell'azione amministrativa presenti rilevanti difficoltà, ché l'espressione si presenta davvero sfuggente, al limite di una poliedricità concettuale paradossalmente vanificante qualsiasi specificazione. Valga, come emblematico segno di tali difficoltà, l'atteggiamento della dottrina, che si è a lungo interrogata – più che sul contenuto intrinseco (verrebbe da dire: sullo statuto ontologico) del principio di buon andamento – sui nessi tra il detto criterio e quello d'imparzialità³³, ovvero sull'attinenza del buon andamento all'elemento oggettivo e

³² Come riferimenti classici, si v. P. BARILE – E. CHELI – S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1998, 306 ss.; V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi Urbinati*, 1939; T. MARTINES, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milano, 1957; E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961; T. MARTINES, *Indirizzo politico*, Ed. XXI, 1971; M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, Napoli, 1984; P. CIARLO, *Mitologia dell'indirizzo politico ed entità partitica*, Napoli, 1988; G. GROTTANELLI DE SANTI, voce *Indirizzo politico*, Enc. Giur., 1989. Da ultimo, *adde*, C. ROSSANO, *Manuale di diritto pubblico*, Napoli, 2006, 181-183.

³³ Cfr., come classici, P. CARETTI, art. 97, 1° comma, parte I; C. PINELLI, art. 97, 1° comma, parte II, art. 97, 2° comma, art. 97, 3° comma, sezione I, art. 98, 1° comma; U. POTOTSCHNIG, art. 97, 3° comma, sezione II [art. 51]; G. LONG, art. 98, 2° comma; G. BORRÈ, art. 98, 3° comma, tutti in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1994, pag. XXIV-488. Per commenti e lavori più recenti possono poi consultarsi R. CARANTA, *Politica e amministrazione nella Costituzione*, in *Studi in onore di Umberto Pototschnig*, Milano, 2002, 307; E.

funzionalistico della pubblica amministrazione³⁴, prima che fosse ritrovato un ancoraggio più saldo nei riferimenti all'efficienza amministrativa³⁵. Le stesse incertezze e “timidezze” hanno invero contrassegnato perfino l'atteggiamento della Corte costituzionale, che ha sempre trovato difficoltà nel definire in astratto il concetto di buon andamento, salvo poi valutare in concreto (e caso per caso) la fattispecie rimessa al suo esame, soprattutto alla luce del criterio di ragionevolezza (ex art. 3 Cost.), quando è stata denunciata la violazione anche di tale norma³⁶. Solo recentemente la giurisprudenza del giudice delle leggi si è attestata su uno *standard* più “coraggioso”, operando un sindacato di legittimità che si è spinto a collegare il principio di buon andamento con i criteri – desumibili dalla legislazione ordinaria di principio – di efficienza, efficacia ed economicità, dei quali si è detto sopra.

D'altro canto, come si diceva, la scelta dei padri costituenti di optare per clausole ampie ed allusive, pur comportando non poche difficoltà ermeneutiche, ha avuto per l'appunto il pregio di consentire una materializzazione della Costituzione formale aderente all'evoluzione dei tempi ed alle complesse trasformazioni istituzionali, sociali ed economiche verificatesi con crescente accelerazione nell'ultimo ventennio.

P. SALVIA, *La buona amministrazione e i suoi limiti*, in *Dir. e soc.*, 2004, 551; R. CARANTA, *Art. 97*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, vol. II, Milano, 2006, 1889. Per un riferimento al diritto comunitario, si veda V. RAPELLI, *Il diritto ad una buona amministrazione comunitaria*, Torino, 2004.

³⁴ Cfr. M. S. GIANNINI, *Amministrazione civile*, Milano, 1961, 111; L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Milano, 1988, 8.

³⁵ Le prime tracce di tale evoluzione possono ritrovarsi, probabilmente, nel notissimo “Rapporto Giannini” del 1970. Sul significato e sul valore attuale del *Rapporto Giannini*, cfr. S. CASSESE, *Lo stato dell'amministrazione pubblica a vent'anni dal Rapporto Giannini*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 99 ss. L'A. si sofferma sulla considerazione che dalla prima guerra mondiale in poi si possono contare una decina di grandi disegni di riforma, ma tra tutti è proprio il *Rapporto Giannini* ad essere quello più significativo e rilevante. La ragione di tanta importanza è da ricercarsi nell'intuizione dell'Autore, per cui la pubblica amministrazione è un settore di servizi ed appartiene quindi al terziario. Giannini riprendeva la fortunata tesi di Léon Blum secondo cui lo Stato può essere governato come un'industria, auspicando l'applicazione del metodo Taylor al Governo e all'amministrazione. Lo Stato, una volta posto fuori ed al di sopra dell'economia e della società, veniva riportato al servizio degli uomini e sottoposto alle regole dell'economia.

Il *Rapporto Giannini*, seguendo questa ottica, dunque, partiva dalla produttività, passava ai costi, alle tecnologie, ai mezzi e al personale e solo alla fine trattava delle strutture e dei controlli. Assolutamente centrali nel rapporto erano i temi dell'aziendalisticità dello Stato e dell'efficienza.

³⁶ Parla addirittura di “*deferenza*” della Consulta verso la disposizione richiamata C. PINELLI, *Offerte anomale e buon andamento*, in *Giur. Cost.*, 1998, 495; R. CARANTA, *Art. 97 cit.*, 1907, invece, ritiene che sarebbe opportuno “*più coraggioso sindacato sulla legislazione ordinaria alla luce del principio di buon andamento, modernamente declinato come economicità, efficienza ed efficacia*”.

Sicché, sulla spinta dell'omologazione del nostro sistema economico-istituzionale al diritto comunitario, si è avviato un inesorabile processo di contrazione dei poteri autoritativi della p.a., nella scia della semplificazione, della razionalizzazione, della modernizzazione dell'azione amministrativa, sempre più vicina al mercato e sempre più diretta alla composizione preventiva degli interessi in gioco e al conseguimento del miglior risultato possibile con l'impiego delle (scarse) risorse finanziarie disponibili. L'affermazione, inoltre, di principi costituzionali comunitari-comuni tradizionalmente collegati ai valori del liberalismo e del mercato, come quelli di sussidiarietà, di buona e sana gestione, di trasparenza e di concorrenza, hanno conformato in maniera sensibile l'azione di tutti i pubblici poteri (con incroci ai diversi livelli di governo), in virtù di un'interazione sia sul piano politico che culturale³⁷.

L'influenza di tali valori omogeneizzanti, aventi origine metanazionale, si è riverberata direttamente su strutture e funzioni comunitarie e statuali, favorendo interventi istituzionali di ammodernamento, che hanno consentito non solo di inserire nuove culture gestionali all'interno delle amministrazioni pubbliche per migliorarne il rendimento, ma anche di impiegare strumenti diversi - se non strutture organizzativamente estranee a quelle pubbliche - per l'espletamento di funzioni e compiti in passato riservati alla mano pubblica.

Siffatto processo ha subito, poi, una sensibile accelerazione con l'entrata in vigore del "*Patto di stabilità e di crescita*" di matrice comunitaria, che ha imposto vincoli finanziari così stringenti da essere considerati da qualcuno una sorta di "*camicia di Nesso*" per l'economia degli Stati membri dell'U.E.³⁸.

³⁷ Sul tema dell'integrazione non solo giuridica ma anche culturale dei popoli (e non solo delle nazioni dell'U.E.), si v. l'interessante saggio di A. PINI, *Fuoco sotto la neve*, in *Diritto pubblico e identità europea – Europa all'ombra della sapienza*, Padova, 2007, 157 ss.; S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006; M. CACIAGLI, *Regioni d'Europa*, Bologna, 2006; A. MANZELLA, *Quaderno europeo*, Venezia, 2005; R. BRUNETTA – A. PRETO, *Quindici più dieci. Il difficile cammino dell'integrazione europea*, Venezia, 2004; M. FIORAVANTI, *Lo Stato moderno in Europa*, Roma-Bari, 2004; A. MAALOUF, *L'identità*, Milano, 2005; M. MASCIÀ, *La società civile nell'Unione Europea*, Venezia, 2004; G. BAUMAN, *L'enigma multiculturale*, Bologna, 2003; G. MAMMARELLA, *Imparare l'Europa*, Bologna, 1994.

³⁸ Furono gli artt. 101-104 del Trattato di Maastricht ad introdurre una griglia di regole per indurre gli Stati membri, che aspiravano ad entrare nell'area Euro, ad evitare deficit pubblici eccessivi e a prevedere la procedura con la quale l'U.E. si proponeva, anche con le maniere forti, ad ottenere

Sul piano del diritto positivo, fu l'art. 1 della l. 241 del 1990 a consentire la materializzazione del principio del buon andamento nei criteri “*di economicità, di efficacia e di pubblicità*”. A partire da siffatto riconoscimento legislativo, significativamente collocato in apertura della legge che più di ogni altra si pone come disciplina (vivente nella Costituzione materiale) organica, generale e fondamentale dei modi di agire della p.a., il riferimento ai canoni di efficacia, efficienza ed economicità, quali criteri-guida dell'azione amministrativa, è divenuto costante ed immancabile in tutti i più importanti interventi del legislatore in materia, dopo essere

dagli Stati membri il rispetto degli impegni assunti in materia di disciplina di bilancio. Col regolamento C.E. n. 3065/93 vennero poi dettate le disposizioni per consentire l'applicazione della procedura sui disavanzi eccessivi ed in secondo momento, con i regolamenti C.E. 7 luglio 1997 n. 1466/97 e n. 1467/97, sono state stabilite regole e scansioni temporali entro cui le istituzioni comunitarie devono svolgere i compiti loro affidati e precisare le sanzioni da comminare agli Stati riconosciuti colpevoli di infrazioni. L'aspetto più importante del patto di stabilità e di crescita è rappresentato dal fatto che gli Stati aderenti alla terza fase che superano la soglia del 3% nel rapporto debito pubblico/P.I.L. si vedano applicare una sanzione nella forma di un deposito infruttifero da versare all'Unione Europea. E' evidente che tale vincolo (insieme con quelli costituiti dal contenimento tendenziale dell'inflazione e del debito pubblico) si rivelano particolarmente incisivi sulle politiche finanziarie dei membri dell'Unione, i quali, in concomitanza con l'aggravarsi della crisi economica, sono portati a scostarsi dai parametri, ritenuti eccessivamente rigorosi e vincolanti per le politiche di bilancio. In tale contesto particolarmente destabilizzante venne considerata la deliberazione adottata dal Consiglio economia e finanze dell'Unione europea (ECOFIN) che, in data 25 novembre 2003, disattendendo l'avviso contrario della Commissione, sospese la procedura di deficit eccessivo per Francia e Germania, ma si disse “*pronto ad agire secondo l'articolo 104.9*” (che apre la strada alle sanzioni) se i due Paesi “*non agiscono secondo gli impegni presi*”. E' in questo contesto che si inserisce la successiva riforma, in senso meno rigorista, introdotta con i regolamenti C.E. 1055/05 e 1056/05 del 27 giugno 2005. In proposito, basterà qui evidenziare che è stato adottato il sistema del saldo *personalizzato*, individuato per ciascun paese in relazione alle proprie specifiche grandezze macroeconomiche, che si sono integrati i programmi di stabilità e convergenza con le misure di aggiustamento per il conseguimento dell'obiettivo di medio termine e le riforme strutturali, che si è ampliato il novero delle circostanze che possono giustificare il superamento del valore del 3% del PIL, che si sono allungati i tempi della procedura e del rientro del deficit entro i margini consentiti. La letteratura sul tema è, ovviamente, sterminata. Fra i tanti, si v. L. PATRUNO, *Patto di stabilità, ordinamenti compositi e globalizzazione*, in AA.VV., a cura dello stesso A., *Il modello istituzionale europeo e l'idea di costituzione*, Torino, 2006, 213 ss.; R. TAMBURRINI, F. TARGHETTI, *Il patto instabile*, Bologna, 2004, 114 ss.; A. MASTROPAOLO, *L'implosione della democrazia globalizzata*, *Teoria Pol.*, 2003, 2-3, 175 ss.; A. MONTANINO, *La riforma del Patto: la proposta della Commissione*, su www.lavoce.info/26.11.02; R. BRUNETTA, *Il coraggio e la paura, scritti di economia e di politica 1999-2003*, Milano, 2003; Servizi e Biblioteca della Camera dei Deputati, *La riforma del Patto di Stabilità e crescita: il dibattito politico nei principali paesi europei*, Roma, 2005; D. COHEN, *Quelques remarques sur le Pacte de stabilité et de croissance*, Paris, 2004; J. PISANI – FERRY, *Réformer le Pacte de Stabilité: pourquoi, comment?*, Paris, 2004; B. COEURE, J. PISANI - FERRY, *A Sustainability Pact for the Eurozone*, intervento all'HM Treasury's Keynes Seminary 2004; L. BINI SMAGHI, *What Went Wrong with the Stability and Growth Pact*, intervento alla Copenhagen Conference in the Honour of Niels Thygesen, 2004; P. BARCELLONA, *Morire per Maastricht*, Milano, 1996. Per la traduzione *interna* dei vincoli di cui al Patto comunitario, vedi le considerazioni svolte *infra*, al secondo paragrafo del quarto capitolo del presente lavoro.

stato a lungo dibattuto dalla dottrina e – ciò che forse ha maggior rilievo – recepito dalla giurisprudenza costituzionale, contabile ed amministrativa³⁹.

A partire dall'entrata in vigore della l. n. 241/1990, la tendenza dell'ordinamento è stata quella di conferire all'azione amministrativa caratteristiche tali da adeguarla alle istanze di modernità e di democraticità provenienti in modo sempre più pressante dalla società civile. Inevitabilmente, la produzione legislativa e il dibattito dottrinario si sono incentrati sia sulle soluzioni adottate per conferire maggiore incisività agli strumenti che la l. n. 241/1990 aveva introdotto per adeguare l'azione della p.a. (e quindi il procedimento amministrativo) ai principi di economicità, efficacia e pubblicità, sia sui correttivi occorrenti di volta in volta per eliminarne, in tutto o in parte, le distorsioni applicative.

Sta di fatto che il detto processo evolutivo è stato portato dal legislatore ad ulteriore compimento solo recentemente, in virtù di una riforma organica della legge sul procedimento, attuata con l'adozione di un articolato *corpus* normativo⁴⁰. In

³⁹ Sul punto, può vedersi, volendo, E. BONELLI, *Efficienza e sistema dei controlli tra Unione europea e ordinamento interno*, Torino, 2003, 20 ss., ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali. Un'applicazione giurisprudenziale recente dei principi di efficienza e di economicità, può rinvenirsi in *Cons. Stato*, sez. V, 4 marzo 2008 n. 862, che si può leggere in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico*, www.giustamm.it, con nota di R. ROLLI e U. COMITE, *Efficienza, efficacia ed economicità: percorsi aziendali per la pubblica amministrazione. Note a margine della sentenza del Consiglio di Stato*, sez. V, 4 marzo 2008, n. 862.

⁴⁰ Com'è noto, il legislatore è intervenuto per riformare incisivamente la legge sul procedimento amministrativo, adottando prima la l. n. 15/2005 e poi il D.L. n. 35/2005, conv. con modif. nella l. n. 80/2005. Conviene qui ricordare che le modifiche apportate sono riconducibili sostanzialmente a quattro nuclei fondamentali:

a) norme riguardanti i principi generali dell'azione amministrativa, i rapporti tra diritto pubblico e diritto privato, con conseguente utilizzabilità dell'una o dell'altra disciplina da parte della p.a.;

b) disciplina del procedimento amministrativo e modalità della sua conclusione; disciplina del silenzio, della partecipazione e della conferenza dei servizi;

c) norme concernenti i procedimenti di secondo grado (o in via di autotutela), nonché la regolamentazione della efficacia e della esecuzione del provvedimento, con particolare riguardo alla sua invalidità;

d) norme disciplinanti il diritto di accesso che, per la prima volta, viene configurato come posizione soggettiva perfetta.

In tema, cfr. M.V. LUMETTI, *Silenzio inadempimento, denuncia di inizio attività, silenzio assenso, accesso: le novità della l. n. 80/05*, in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico*, www.giustamm.it, n. 10, 2005; F. SATTA, *La riforma della legge 241/90: dubbi e perplessità*, in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico*, www.giustamm.it, n. 4, 2005. Adde, inoltre, *La nuova legge sul procedimento amministrativo* (l. 11 febbraio 2005, n. 15), contenente i seguenti interventi: B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento amministrativo*; G. NAPOLETANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*; G. GARDINI, *La conferenza di servizi*; A. SANDULLI, *L'accesso ai*

proposito, va subito notato che tale riforma appare emblematicamente segnata da un sensibile sbilanciamento proprio in favore delle esigenze di efficienza e di efficacia dell'azione amministrativa, talvolta a scapito delle garanzie sostanziali e processuali del cittadino, secondo un *trend* evolutivo perfettamente aderente alla fenomenologia socio-istituzionale sopra descritta.

In particolare, da un lato ci si trova di fronte a previsioni volte a modernizzare l'attività della p.a. con ricadute *neutre* sulle garanzie dei privati, come quelle che consentono l'uso della telematica (art. 3 *bis* l. n. 241/90, come mod. dalla l. n. 15/05) e modificano la conferenza di servizi (artt. da 14 a 14 *quinquies*, l. cit.). Dall'altro, sono presenti disposizioni dirette a modificare la disciplina del provvedimento amministrativo (artt. da 21 *bis* a 21 *nonies*, introdotti dall'art. 14 l. cit. 15/2005), dettando nuove norme in tema di “*efficacia e invalidità del provvedimento amministrativo, revoca e recesso*”, che, se vagliate attentamente, producono un sensibile squilibrio a favore della p.a. e a danno della tutela del soggetto destinatario, fino a far dubitare della costituzionalità di alcune previsioni particolarmente incidenti nella sfera privata, come quelle volte al conferimento dell'immediata efficacia al provvedimento amministrativo non sanzionatorio (cfr. art. 21 *bis*)⁴¹.

documenti amministrativi; T. DI NITTO, *Il termine, il responsabile, la partecipazione, la d.i.a. e l'ambito di applicazione della legge*, tutti in *Giorn. amm. dir. amm.*, 2005, 469 ss. Si può anche vedere, volendo, E. BONELLI, *Efficienza, partecipazione ed azione amministrativa: regioni ed enti locali a confronto con la riforma del procedimento*, in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico*, www.giustamm.it, n. 6, 2004; Id., *Prime riflessioni sulla nuova disciplina in tema di silenzio e d.i.a.*, in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico*, www.giustamm.it, n. 10, 2005.

⁴¹ Sul punto, v. O. FORLENZA, *Un'enfatizzazione del principio di efficacia a scapito delle garanzie di tutela del cittadino*, in *Guida al diritto*, 2005, n. 10, 46 ss. Secondo l'A., “*Certamente presupposti del conferimento all'atto di <<immediata efficacia>> non sono né il suo carattere cautelare, né ragioni di urgenza, posto che tali ragioni sono previste a sé, come determinanti l'immediata efficacia dell'atto. Per questo aspetto, stante l'assoluta mancanza di indicazione di criteri, si ritiene che la norma possa essere costituzionalmente illegittima per violazione degli articoli 24 e 113 della Costituzione, comprimendo essa eccessivamente e irragionevolmente il diritto del cittadino alla tutela giurisdizionale, nonché per violazione dell'articolo 97 della Costituzione, in relazione ai principi di legalità, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa. In definitiva, le disposizioni in tema di efficacia dell'atto amministrativo risultano essere eccessivamente squilibrate dalla parte della pubblica amministrazione, poiché esse determinano un'eccessiva enfatizzazione del principio di efficacia dell'azione amministrativa, a discapito delle garanzie di tutela del cittadino*”.

A conclusioni non diverse portano altre disposizioni della stessa l. n. 15/2005, le quali prevedono la non annullabilità del provvedimento vincolato, nel caso in cui il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso, ovvero la non annullabilità del provvedimento (sia discrezionale che vincolato), in caso di mancata comunicazione di avvio del procedimento, qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (cfr. art. 21 *octies*, comma 2)⁴². A fronte di disposizioni siffatte, è difficile negare che il “saldo” dell'intervento del legislatore sia negativo per il privato, nonostante quest'ultimo veda riconosciuto l'accesso ai documenti amministrativi come “*principio generale dell'attività amministrativa, al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità*” (art. 22, comma 2)⁴³. Mentre la garanzia dell'imparzialità rimane nel limbo dell'astrattezza, essendo mediata dalla sola istanza partecipativa, le esigenze di efficienza e di efficacia dell'azione amministrativa hanno ricevuto concreta attuazione, alterando sensibilmente il quadro sostanziale e processuale delle garanzie.

Parallelamente, a causa della profonda trasformazione della nostra società e grazie ancora una volta agli effetti del diritto comunitario, sono entrati stabilmente in scena nuovi protagonisti sociali (quali il cittadino-consumatore, le famiglie, le istituzioni scolastiche, le associazioni del terzo settore), affiancandosi ai soggetti istituzionali, in una crescente domanda di partecipazione alla gestione della cosa pubblica. Si spiega, così, l'introduzione, tra i criteri guida dell'azione amministrativa, anche dei “*principi dell'ordinamento comunitario*” (cfr. art. 1, co. 1, l. n. 241/90, come mod. dalla l. n.

⁴² In argomento, v. L. OLIVIERI, *L'irregolarità del provvedimento amministrativo nell'art. 21 octies, comma 2 della L. 241/90, novellata*, in www.lexitalia.it, n. 4/05; F. FRACCHIA-M. OCCHIENA, *Articolo 21 octies, comma 2: l'annullabilità del provvedimento*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione e la sua azione*, a cura di N. Paolantonio, A. Police e A. Zito, Torino, 2005, 239. Come riferimento di carattere generale, adde G. MORBIDELLI; *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 1187 ss.; ID. *Invalità ed irregolarità*, in *Annuario associazione italiana dei Professori di Diritto amministrativo*, Milano, 2003, 81. Per un'esauritiva disamina delle figure della nullità, annullabilità ed inesistenza, cfr. per tutti L. MAZZAROLI, *Sulla disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 543 ss.

⁴³ In tema cfr. R. COLACINO CINNANTE, *Pubblica amministrazione op. cit.*, 355 ss. ed ivi ampi riferimenti giurisprudenziali; A. ROMANO TASSONE, *A chi serve il diritto di accesso? (Riflessioni su legittimazione e modalità d'esercizio del diritto d'accesso nella legge n. 241/1990)*, in *Dir. Amm.*, 1995, 315 ss.

15/05), tra cui si annoverano pacificamente quello di *proporzionalità* e quello di *legittimo affidamento*. Quanto al primo, fermo restando che per la sua piena comprensione non può che farsi riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee⁴⁴, esso si connota fortemente per la sua caratteristica limitativa dell'intervento pubblico, che deve essere diretto a salvaguardare la sfera privata, piuttosto che l'esigenza della (assoluta) soddisfazione dell'interesse pubblico: sicché, nel diritto comunitario le due declinazioni del principio sono costituite dalla *suitability* e dalla *necessity*, che accentuano l'aspetto della tutela della libertà dei privati da ogni azione della p.a.. Nel nostro diritto interno, invece, il criterio (che non trova una sua definizione legislativa) investe la misura adottata in concreto dalla p.a. e comporta che quest'ultima debba optare per la soluzione più idonea, che produca il minor sacrificio possibile per gli interessi in gioco, risolvendosi nel principio che le autorità non possono imporre restrizioni alle libertà del cittadino in misura superiore (e quindi sproporzionata) a quella strettamente necessaria per il raggiungimento del fine pubblico: di qui l'obbligo per la p.a. di valutare preventivamente la *necessità* della misura, la sua *idoneità* allo scopo e la sua stretta *adeguatezza*⁴⁵.

E' indubbio, quindi, che la proporzionalità viva nel nostro sistema amministrativo come una delle manifestazioni del principio di *ragionevolezza*⁴⁶, in cui, a loro volta, confluiscono i principi di uguaglianza, di imparzialità e buon andamento⁴⁷. Anzi,

⁴⁴ Sul punto, v. F. CARINGELLA, *op. cit.*, 874-879 ed ivi ampi riferimenti alla giurisprudenza della C.G.C.E.

⁴⁵ In argomento, cfr., volendo, E. BONELLI, *Sussidiarietà, necessità e proporzionalità/adeguatezza nell'ordinamento comunitario e in alcune esperienze europee*, in *Diritto e cultura*, 2001, 18 ss.; ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici. Per la giurisprudenza più recente, v. T.A.R. Lazio, sez. III, 25 gennaio 2007 n. 563; v. anche, Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2006 n. 2087. Entrambe le sentenze possono leggersi al sito www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁶ Sulla declinazione del concetto nella più recente giurisprudenza amministrativa si v. R. ROLLI, *Irregolarità e principio "mobile" di ragionevolezza*, in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico*, www.giustamm.it n. 5/2008 ed ivi ampi riferimenti di dottrina e di giurisprudenza. Come rinvii di carattere generale non può prescindersi da A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIV, Roma, 2006, nonché da R. ROLLI, *Discrezionalità amministrativa e controllo di ragionevolezza*, in AA.VV., *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, a cura di A. Cerri, tomo III, Roma, 2007, 215 ss.

⁴⁷ In tal senso, cfr. F. CARINGELLA, *op. cit.*, 884 ss. ed ivi ulteriori richiami di dottrina e di giurisprudenza.

deve qui sottolinearsi che l'approdo a cui stanno giungendo la giurisprudenza del giudice delle leggi⁴⁸, da un lato, e la migliore dottrina⁴⁹, dall'altro, è proprio quello del disvelamento del nesso strettissimo che oggi lega nel nostro ordinamento la disposizione dell'art. 97 Cost. con i principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza, nel senso che i compiti amministrativi che rimangono alla competenza del livello centrale di governo sono svolti in tale sede perché questa allocazione garantisce, per quei compiti, una più efficiente esplicazione della funzione amministrativa⁵⁰.

Quanto al principio di legittimo affidamento (*legitimate expectation*), esso ha origine comunitaria più marcata e si concreta nella necessità che una situazione di vantaggio, assicurata ad un privato da un atto specifico e concreto dell'autorità amministrativa, non possa essere successivamente rimossa, salvo indennizzo della posizione acquisita (c.d. diritti quesiti)⁵¹. È di tutta evidenza che siffatto criterio assume una connotazione di segno opposto rispetto a quella consolidata nel nostro sistema amministrativo, finendo per condizionare incisivamente l'esercizio dell'autotutela amministrativa, intesa tradizionalmente come potere volto al riesame e all'eliminazione degli atti amministrativi illegittimi e/o inopportuni, anche a costo del sacrificio delle situazioni di vantaggio da essi *medio tempore* prodotte⁵². Pertanto, non stupisce che il detto principio comunitario si sia materializzato nel nostro diritto interno proprio grazie alle norme che hanno ridisciplinato le forme di "ritiro", da parte della p.a., degli atti amministrativi, ed in particolare l'annullamento di ufficio e la revoca. Anzitutto, l'art. 21 *nonies* della l. n. 15/2005 ricollega

⁴⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 6 del 2004, al sito internet del Giudice delle Leggi.

⁴⁹ Cfr. R. CARANTA, *Art. 97. cit.*, 1908.

⁵⁰ Cfr. ancora R. CARANTA, *Art. 97 cit.*, 1908.

⁵¹ Cfr. in tema R. e D. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 2001, 1105 ss.

⁵² Per un approccio critico al concetto di autotutela amministrativa, cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo, op. cit.*, 1027 ss., il quale propende piuttosto per la definizione "di procedimenti di secondo grado che hanno ad oggetto altri procedimenti o altri atti amministrativi". In tema, v. anche E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2005, 531 ss.; R. e D. GALLI, *Corso di diritto amministrativo, op. loc. cit.*; adde, F. BENVENUTI, *Autotutela (diritto amministrativo)*, in Enc. dir., vol. IV, Milano, 1959, 539. Per la differenziazione tra autotutela e provvedimenti di secondo grado, v. R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in AA.VV., *Sistema del diritto amministrativo italiano*, diretto da F. G. Scoca, F. Roversi Monaco, G. Morbidelli, Torino, 2006, 549 ss.

espressamente la legittimità dell'annullamento di ufficio (per motivi di legittimità) alla comparazione con l'interesse pubblico, col tempo decorso e con gli interessi dei destinatari, allo scopo di accertare se l'interesse pubblico conclamato sia tale da travolgere l'affidamento del privato⁵³. Nel caso di revoca⁵⁴ del provvedimento (per motivi di opportunità), invece, l'art. 21 *quinquies* della l. n. 15/2005 prescrive che, qualora si imponga una rivalutazione dell'interesse pubblico originario ai fini del ritiro del provvedimento, la tutela dell'affidamento viene patrimonializzata, nel senso che essa dà diritto al ristoro degli effetti negativi derivanti dal ritiro, piuttosto che inibire l'esercizio del potere. Viene, insomma, ad essere configurata, nel nostro ordinamento, per i c.d. *vested right*, una forma di tutela, che dimostra chiaramente che i principi di certezza e stabilità dei rapporti giuridici tendono a prevalere, in determinati casi, sul principio di legalità in senso stretto⁵⁵, del cui ridimensionamento si è già detto sopra⁵⁶.

In conclusione, si può affermare che la spinta verso un'amministrazione pubblica più efficiente – o, se si preferisce, verso una amministrazione manageriale della cosa pubblica – provenga da elementi che hanno “*lavorato*” in sinergia: da un lato, il rovesciamento del rapporto fra cittadino e p.a., con l'acquisizione da parte del privato di una nuova consapevolezza civica, ha prodotto una crescita sostanziale (e sostanziosa) della domanda di (buona) amministrazione; dall'altro, la necessità di focalizzare in modo selettivo il rapporto tra obiettivi e risorse ha costretto la pubblica amministrazione a riorganizzare strutture e funzioni in modo più razionalmente

⁵³ Ai fini dell'operatività del principio, la giurisprudenza richiede, tuttavia, che la parte del rapporto amministrativo (o del “*contratto amministrativo*”) che lo invoca “*non si presti a censure di sorta*”: così, Cons. Stato, sez. V, 11 novembre 2005, n. 6345, in www.giustizia-amministrativa.it. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, cfr. da ultimo, S. COGLIANI, *L'annullamento di ufficio del provvedimento amministrativo*, in AA.VV., *Azione amministrativa e disciplina di diritto pubblico*, op. cit., 399 ss.

⁵⁴ Sull'obbligo di indennizzo, v. R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, op. cit., 599; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999, 197; L. GALATERIA-M. STIPO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 1998, 422; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2006, 456; *adde*, per un inquadramento generale, S. STAMMATI, *La revoca degli atti amministrativi. Strutture e limiti: linea dell'evoluzione con una parentesi sull'annullamento d'ufficio*, in *Studi in onore di V. Bachelet*, II, Milano, 1987, 598 ss.

⁵⁵ In tal senso, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90 (I parte)*, in www.amministrativo.it/news/2005.

⁵⁶ Cfr. *amplius supra*, al par. 1 di questo Capitolo.

articolato. È venuto così configurandosi il nuovo statuto ontologico della funzione amministrativa, non più espressione del potere di supremazia, ma sempre più diretta ad offrire al cittadino-utente servizi e prestazioni, grazie anche all'utilizzazione delle nuove tecnologie e delle moderne reti informatiche⁵⁷.

È stato proprio questo “*brodo di coltura*” generatore di una svolta epocale nel modo di essere e di operare della p.a. nel nostro paese, in virtù di quella “*riforma*” amministrativa intesa *lato sensu*, che ha segnato il passaggio dell'amministrazione dell'*input* a quella dell'*output*, ossia all'amministrazione c.d. “*di risultato*”⁵⁸, abbandonando il modello fondato sul principio di legalità (già entrato in crisi con l'affermarsi dello Stato contemporaneo), per configurare una democrazia informata principalmente al principio dell'efficienza gestionale⁵⁹.

Ovviamente, l'evoluzione che si è fin qui descritta, non ha costituito una panacea per i mali atavici del nostro sistema amministrativo, dovendosi essa scontrare con un'altra fenomenologia di segno opposto, ossia quella (profondamente radicata nelle nostre istituzioni) della commistione fra *politica e amministrazione*. Senza voler qui affrontare un tema così spinoso e che merita adeguato approfondimento⁶⁰, basterà ricordare che, fin dal suo nascere, la nostra Costituzione amministrativa, doveva

⁵⁷ In tema, è sicuramente utile la lettura di G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Bari, 2006.

⁵⁸ In tema, v. L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.* n. 1/2005, 3 ss.; ID., *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in AA.VV., *Amministrazione e legalità*, a cura di C. Pinelli, Atti del Convegno tenutosi a Macerata in data 21-22 maggio 1999, Milano, 2000; *Economia, diritto e politica dell'amministrazione di risultato*, a cura di L. Iannotta, Torino, 2003; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in AA.VV., *Innovazione del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione*, in Annuario 2002 dell'AIPDA, Milano, 2003, 107 ss.; *ibidem*, G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, 127 ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003.

⁵⁹ V. F.W. SCHARPF, *Governing in Europe: effective and democratic?*, Oxford, 1998. Sulle metodologie di misurazione dell'efficienza, cfr. A. WILDAWSKI, *The art and craft of policy analysis*, London, 1980, 365 ss.; dello stesso A. può utilmente consultarsi *Speaking truth to the power*, Boston, 1987. V. anche sullo stesso tema N. STAME, *L'esperienza della valutazione*, Roma, 1998.

Vi è inoltre chi, al concetto di efficienza, preferisce quello di *rendimento* della prestazione pubblica, da intendersi come la *capacità di conversione* degli *inputs* in *outputs*. Cfr. in tema E. VEDUNG, *Public policy and program evaluation*, New Brunswick, 1997.

⁶⁰ Per ulteriori approfondimenti, sia consentito rinviare a E. BONELLI, *Politica e amministrazione: una commistione incostituzionale nei piccoli comuni?*, in *Riv. amm.*, 2003, I, 999 ss ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali. Tra le opere più recenti, si segnala, sul tema, F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa*, Bologna, 2006.

tendere ad “assicurare ai funzionari alcune garanzie per sottrarli alle influenze dei partiti politici. Lo sforzo di una Costituzione democratica, oggi che si alternano i partiti, deve tendere a garantire una certa indipendenza ai funzionari dello Stato, per avere un’amministrazione obiettiva e non un’amministrazione dei partiti”⁶¹. Non è questa la sede per ricostruire gli eccessi ed anche le deviazioni che sfociarono nell’inchiesta giudiziaria di Tangentopoli dei primi anni ’90. Sta di fatto che quest’ultima, da un lato tentò di colpire in radice la *maladministration* nelle sue varie forme⁶², insieme con le fonti del finanziamento illecito dei partiti, dall’altro ha costituito un alibi (inconsapevole) per scaricare progressivamente sul settore pubblico i cosiddetti “*costi della politica*”, al punto che questi ultimi hanno finito per lievitare in modo esponenziale, sottraendosi ad ogni forma di controllo e divenendo la causa prima di sprechi e diseconomie che sono sotto gli occhi di tutti. Recenti studi hanno dimostrato che in tutti i settori in cui interviene la spesa pubblica, attraverso qualsivoglia canale istituzionale, i costi sono del tutto ingiustificati ed incomparabili con quelli affrontati, per la gestione delle medesime istituzioni, dagli altri paesi industrializzati⁶³. Ne deriva che ogni serio tentativo di recupero dell’efficienza gestionale della nostra pubblica amministrazione, oggi, passa necessariamente per una serie di incisivi tagli della spesa pubblica, coinvolgendo enti territoriali di dubbia utilità (come Province e Comunità montane), soggetti titolari di *munera pubblica* (parlamentari, consiglieri regionali, comunali e circoscrizionali e membri dei consigli di amministrazione vari), aziende ed altri organismi svincolati da ogni regola di mercato. Senza una forte determinazione della stessa classe politica, tuttavia, mai potrà realizzarsi una simile e probabilmente risolutiva riforma, l’unica che potrebbe consentire effettivi risparmi di danaro pubblico e quel salto di

⁶¹ Cfr. l’intervento di C. MORTATI fatto nella seduta del 14 gennaio 1947, della Seconda Sottocommissione per la Costituzione, Prima Sezione, in A.P., 1864-1866.

⁶² Si v., sul punto, le considerazioni di S. CASSESE, “*Maladministration*” e rimedi, in *Foro it.*, 1992, V, 247.

⁶³ Il filone dei libri-denuncia è stato inaugurato, com’è noto, da C. SALVI E M. VILLONE, *Il costo della democrazia*, Mondadori, 2005. Dati più sconvolgenti e rivelazioni ancora più clamorose possono ritrovarsi in S. RIZZO e G. A. STELLA, *La casta*, Milano, 2007.

qualità del nostro sistema istituzionale da tutti atteso, per consentire allo stesso di allinearsi con quelli degli altri *partners* europei più sviluppati e competitivi.

Ritornando al tema specifico della nostra indagine, una volta analizzata l'evoluzione che ha investito i principi fondamentali che informano l'attività della pubblica amministrazione, occorre osservare come parallelamente sia venuto a mutare sia il ruolo che l'amministrazione riveste nel rapporto con il cittadino, sia il processo attraverso il quale vengono oggi prese le decisioni in seno all'amministrazione medesima; ciò significa soprattutto verificare quanto il *decision making process* sia oggi partecipato, da quali soggetti (pubblici e privati) e all'adozione di quale tipo di fonti regolative porti. L'analisi sull'evoluzione dei modelli decisionali dell'amministrazione pubblica sarà condotta partendo dall'osservazione del macrofenomeno costituito dalla crisi del modello di Stato sociale, cui abbiamo assistito a partire dalla seconda metà degli anni '80, non solo in Italia, ma in tutto il mondo occidentale; ciò perché proprio in tale vicenda vanno ritrovate le ragioni profonde del passaggio a diversi schemi di presa delle decisioni da parte delle amministrazioni pubbliche.

3. Pluralismo sussidiario e Welfare society: la trasfigurazione della funzione amministrativa e il suo adattamento procedimentale.

Nel contesto socio-politico-istituzionale sopra delineato, dunque, non può essere ignorato – per le ricadute che esso ha avuto sulla conformazione attuale della funzione amministrativa nel nostro paese – il dato costituito dalla (concomitante) crisi del c.d. *Welfare state*, crisi che già aveva messo fortemente in discussione qualsiasi tentativo di giustificare l'intervento pubblico non solo nell'economia, ma anche nei tradizionali settori dello Stato assistenziale. Invero, è opinione diffusa che il declino degli strumenti normalmente appartenenti allo Stato sociale dell'assistenza e della previdenza trovi la sua causa principale, se non esclusiva, nel collasso dei nostri conti pubblici, conseguente a decenni di insana gestione della spesa in tutti i settori. Tale tesi, tuttavia, non coglie pienamente nel segno e tralascia l'analisi di altri

essenziali fattori di crisi che, in misura non minore rispetto alla questione finanziaria, hanno inciso sulla praticabilità del modello tradizionale di Stato sociale⁶⁴. Ci si intende riferire qui alle contraddizioni ed ai conflitti determinati ed alimentati nel tessuto sociale proprio da un tipo di assistenza che, mirando a garantire *standards* di benessere apparentemente uguali per tutti (quanto meno al minimo), ha finito con il produrre nuove e non meno preoccupanti diseguaglianze e tensioni⁶⁵.

È senz'altro vero che le strutture “*centralizzate, universalistiche e burocratiche*” del *Welfare state* da tempo non riescono più a fornire una sufficiente risposta ad esigenze che sono espressione “*di nuovi valori e nuovi bisogni che si traducono, di volta in volta, in richieste di migliore qualità della vita, di una maggiore autonomia e possibilità di autorealizzazione, di maggiori occasioni di partecipazione reale*”⁶⁶.

Pare altrettanto corretto riconoscere, però, che siffatti fenomeni abbiano una natura non soltanto strettamente giuridica e/o economico/finanziaria ed una dimensione non meramente europea: si pensi, ad esempio, alle regole dettate non tanto dalle istituzioni comunitarie, quanto da organizzazioni sovranazionali⁶⁷. Insomma, la crisi è tale da investire ambiti di carattere più propriamente sociologico, macro-economico e politico-istituzionale, nel contesto di tendenze alla *globalizzazione* dell'economia

⁶⁴ La riflessione teorica sull'agire cooperativo dei soggetti sociali ha conosciuto un momento di grande interesse all'inizio degli anni settanta, specie con il movimento del cd. “*nuovo contrattualismo*”, il cui capostipite è naturalmente individuato in John RAWLS, del quale fondamentale resta *Una teoria della giustizia*, Milano, 1982. Secondo l'A. “*il ruolo delle istituzioni sociali fondamentali è quello di costruire una struttura all'interno della quale i cittadini possano promuovere i loro fini, purché questi fini non violino i prioritari e indipendenti principi di giustizia (...). Tutti i cittadini hanno le stesse libertà fondamentali e godono di un'eguaglianza di opportunità; essi si dividono gli altri beni principali sulla base del principio secondo cui qualcuno può avere di più solo se ottiene di più in modi che migliorano la situazione di quelli che hanno di meno*”.

⁶⁵ Come da tempo ha rilevato C. COLLICELLI, *Crisi del Welfare ed evoluzione della domanda: tra selezione e conflitto*, in *Il Welfare italiano. Teorie, modelli e pratiche dei sistemi di solidarietà sociale*, Roma, 1995, 51, “*il Welfare degli anni ottanta ha concluso il proprio ciclo non tanto e non solo per il venir meno delle risorse finanziarie che devono alimentarlo e per i problemi di natura gestionale che lo tormentano, quanto e soprattutto per le profonde contraddizioni, in termini di obiettivi, contenuti e procedure, insorte in seguito alla modificazione della mappa dei soggetti sociali, dei reciproci rapporti e delle aspettative*”.

⁶⁶ Cfr. E. BARTOCCI, *Premessa a Il Welfare italiano. Teorie, modelli e pratiche dei sistemi di solidarietà*, Roma, 1995, X. Sul tema v. anche C. ROSSANO, *Problemi di struttura dello stato sociale contemporaneo*, Napoli, 1978.

⁶⁷ Nelle quali sono da ricomprendere non solo U.E. e NAFTA, ma anche FMI, WTO, UNESCO, GATT e ONU, con i vari organismi derivati.

così pervasive, che esse paiono in grado addirittura di ridelineare la *sovranità* dello Stato e il quadro dei valori di riferimento delle società occidentali.

L'analisi dell'evoluzione del rapporto tra Stato ed economia è senza dubbio la chiave per una "*decodificazione d'insieme*" del complesso sistema di riforme dell'azione amministrativa degli ultimi anni. In tale contesto, particolare rilievo assume il fenomeno critico che investe la *sovranità* dello Stato (in campo economico), con l'avvento della *sovranità* dell'economia sullo Stato, che ha trovato esplicazione in ragione di una fortissima accelerazione verso la mondializzazione dei mercati⁶⁸. Appare corretto ritenere, quindi, che questa metamorfosi si è realizzata attraverso un vero e proprio cambiamento della titolarità sostanziale della *sovranità*, che non è più elemento connaturale allo Stato in quanto tale e diviene strumento caratterizzante del sistema economico *globalizzato*. Ed allora, la perdita di *sovranità* economica dello Stato va compresa cogliendo da un lato il fattore oggettivo, secondo cui lo Stato non è più detentore di un potere assoluto, ma di un potere relativizzato e dall'altro, considerando la delimitazione dei confini dello Stato, che non possono più coincidere con quelli dell'economia nazionale⁶⁹.

Può così affermarsi che è in atto un mutamento profondo nelle logiche dei rapporti politici, economici e sociali in tutto l'occidente post-industrializzato e che tale mutamento appare connotato da valori di riferimento destinati a frammentare i legami sociali ed a favorire l'insorgere di comportamenti e pratiche talvolta di matrice individualistica, tanto da parte dei privati cittadini, quanto da parte delle stesse istituzioni pubbliche⁷⁰. Il detto processo si è subito dotato di strumenti

⁶⁸ Cfr. S. CASSESE, *I rapporti tra stato ed economia all'inizio del XXI secolo*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1, 2001, 96 ss.); ID., *Oltre lo Stato*, Bari, 2007, *passim*.

⁶⁹ Cfr. M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000; Secondo D. DE MASI, *La politica come azienda retrò*, in *La primavera di Micromega*, n. 0, 2001, 33, "*allo stato attuale di questo processo si può dire che ormai l'economia ha colonizzato il mondo politico e la finanza ha colonizzato il mondo economico. Con un attacco a tutto campo, le ragioni dell'impresa hanno soppiantato quelle della polis e i criteri organizzativi dell'azienda privata si sono candidati per regolare anche la gestione della vita pubblica*".

Come riferimenti classici, si vedano J. HÄBERMAS, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, trad. it. di L. Ceppa, Milano, 1999, 69 ss.; L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Bari, 1997, *passim*.

⁷⁰ La tematica, particolarmente affascinante, involge la questione, di carattere più generale, della mutazione delle democrazie liberaldemocratiche contemporanee rispetto a un ordine economico

giuridici per legittimare e mediare prassi conseguenti all'interno degli ordinamenti dei singoli Stati ed uno di tali strumenti, (probabilmente il più importante di tutti), pare essere il principio di *sussidiarietà*, anche e soprattutto per la sua naturale poliedricità applicativa⁷¹.

E' evidente che esso si dimostra strumentale ai fini di cui si è detto, non soltanto nella sua dimensione verticale (che porta al fenomeno sia della regionalizzazione sia della allocazione a livello sovranazionale di determinate competenze), ma anche in quella orizzontale: entrambe le accezioni del principio sono ora presenti nel nostro ordinamento (a livello costituzionale) come criteri di attribuzione (e limitazione) delle competenze amministrative nel novellato art. 118 Cost. (la prima nel primo comma e la seconda nel quarto comma), onde l'interprete non può certamente prescindere da siffatto *leit-motiv*, per una lettura in chiave evolutiva del modo di essere della funzione amministrativa del nostro sistema istituzionale.

Sicché, non può non notarsi come la sussidiarietà orizzontale, imponendo un atteggiamento di *self-restraint* dello Stato a favore delle attività svolte dai privati e dalle formazioni sociali intermedie, sia destinata ad entrare in tensione col principio di *solidarietà* (soprattutto nella sua accezione di valore legittimante l'interventismo statale), che costituisce patrimonio (sia pure discusso) di quasi tutte le democrazie contemporanee⁷². La tensione fra due simili canoni è tale da determinare (e ha già

oramai "globalizzato": cfr., sul punto, le considerazioni a tutto campo di E. DENNINGER, *L'impatto della globalizzazione sulle democrazie contemporanee*, relazione svolta al Convegno annuale di Bari del 17/18 ottobre 2003 dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, rinvenuta al sito www.associazionedeicostituzionalisti.it. Di grande interesse, sul punto, restano le considerazioni di K. POPPER, *Bemerkungen zu Theorie und Praxis des demokratischen Staates*, München 1988, 13; R. SIEDENTOP, *Democracy in Europe*, London, 2000 (trad. it. *La democrazia in Europa*, Torino, 2001); R. DAHRENDORF, *Libertà attiva – sei lezioni su un mondo instabile* (in specie v. il saggio *L'ordine liberale sotto pressione. Dilemmi democratici*), Roma-Bari, 2003, 93 ss.

⁷¹ Per ulteriori approfondimenti e riferimenti bibliografici, possono consultarsi, fra le tante, alcune recenti trattazioni monografiche della tematica, come: L. ANTONINI, *Sussidiarietà fiscale: la frontiera della democrazia*, Milano, 2005; A. MOSCARINI, *Competenze e sussidiarietà nel sistema delle fonti: contributo allo studio dei criteri ordinatori del sistema delle fonti*, Padova, 2003; I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003; P. DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico*, Milano, 2002. V. anche, volendo, E. BONELLI, *Governo locale, sussidiarietà e federalismo fiscale*, Torino, 2001, in specie, 19-62.

⁷² Da tale valore, del resto, non ha inteso discostarsi neanche la recente revisione del Titolo V della nostra Carta, la quale ha riservato alla competenza legislativa statale sia la perequazione delle risorse finanziarie (art. 117, co. 2, lett. e), sia la determinazione in modo uniforme dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali su tutto il territorio nazionale (cfr. art. 117, co. 2,

prodotto) profondi e radicali evoluzioni del modo di governare la cosa pubblica, poiché in ultima analisi la sfera concreta d'incidenza massima dei concetti in questione è proprio quella della ripartizione degli spazi d'intervento fra pubblico e privato, con tutte le ricadute che ne derivano in ordine all'esercizio dell'azione amministrativa⁷³.

Sta di fatto che, sia sul piano legislativo che amministrativo, si è accelerato il processo di destatalizzazione della società e di socializzazione dello Stato, col conseguente coinvolgimento nella gestione della cosa pubblica delle autonomie istituzionali e sociali. Si è così attivato un circuito (virtuoso), attraverso il quale la dialettica tra sussidiarietà e solidarietà, superando il momento antitetico, ha finito per favorire la liberazione della potenzialità partecipativa (di cittadini singoli ed associati) contenuta nell'art. 2 della nostra Carta costituzionale⁷⁴.

L'effetto più immediato di tale fenomeno è stato quello di svincolare i diritti sociali dalla dipendenza dall'azione dei pubblici poteri, convogliandoli verso un nuovo sistema di servizi, in modo che più protagonisti istituzionali e della solidarietà fossero incaricati di dare concretezza (secondo il modello del *pluralismo sussidiario*) alla prestazione, cercando di corrispondere in modo diversificato alle istanze provenienti dalla società civile e ritenute (allo stesso modo) meritevoli di tutela. Il *Welfare state*, più che dissolversi, arretra ed assume un ruolo di regolazione, di controllo ed anche di incentivazione delle iniziative delle autonomie territoriali e funzionali nel campo della solidarietà e dei servizi, le quali devono misurarsi con le regole del mercato e della domanda e dell'offerta. Avanza, così, la *Welfare society*, cioè un "sistema" di poteri pubblici, chiamato a dare effettività al profilo della

lett. m), Cost.), prevedendo espressamente in Costituzione l'istituzione di un fondo perequativo (cfr. art. 119, co. 3, Cost.).

⁷³ Cfr., in tema, D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004, *passim*; A. POGGI, *Le autonomie funzionali "tra" sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, 2001, *passim*.

⁷⁴ Sul punto, v. F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, 279 ss.; L. DEGRASSI, *La razionalizzazione dello Stato sociale nell'ordinamento dei servizi alla persona e alla comunità*, Milano, 2004, 365 ss.

personalizzazione della prestazione sociale, in sintonia con le opzioni socio-culturali del cittadino-utente⁷⁵.

Ne segue, come corollario immediato, che, all'indomani della profonda crisi del modello di *Welfare state*, analogo, conseguente e radicale processo di cambiamento ha investito la natura stessa della *funzione amministrativa*, mettendo in crisi decisamente le nozioni classiche sia di atto che di attività amministrativa di cui si è detto sopra⁷⁶. Invero, secondo l'impostazione che appare oggi più aderente alla realtà effettuale, la funzione amministrativa si obietiva nell'insieme delle attività (e delle relative modalità di espletamento) dei compiti di pertinenza dello Stato e delle altre figure soggettive operanti nel settore pubblico, destinate alla realizzazione ed al perseguimento di fini pubblici, sia direttamente che indirettamente. Il confine fra l'attività amministrativa e quella politica è comunque individuabile nell'esistenza o meno di un vincolo funzionale cogente in capo alla pubblica amministrazione, vincolo che costituisce, da un lato, il fine ultimo da realizzare, dall'altro il limite cui soggiacere, nel perseguimento dell'interesse pubblico⁷⁷.

Una simile accezione, fondata sul carattere *teleologico-oggettivo* dell'attività, pare oggi più idonea a cogliere quelle mutazioni che il tradizionale concetto di funzione amministrativa – che, come si è visto sopra, privilegiava come criterio distintivo quello (soggettivo) dell'esercizio di potestà autoritativa da parte di una pubblica amministrazione⁷⁸ – non poteva più ricomprendere in sé⁷⁹. È innegabile, inoltre, che

⁷⁵ In tal senso, cfr. V. TONDI DELLA MURA, *Sussidiarietà ed enti locali: le ragioni di un percorso innovativo*, in www.federalismi.it, n. 20/2007, in specie, 9 ss.; AA.VV., *Modelli di Governo, riforma dello Stato sociale e ruolo del terzo settore*, a cura di F. Cafaggi, Bologna, 2002; AA.VV., *Liberi di scegliere. Dal Welfare state al Welfare society*, a cura di G. Vittadini, Milano, 2002, *passim*.

⁷⁶ V. *supra*, al par. 2 di questo Capitolo.

⁷⁷ In tal senso, F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo, op. cit.*, in specie, 859-860. Con particolare riferimento alla sindacabilità degli atti amministrativi (e per converso dell'insindacabilità di quelli politici), nel sistema autonomistico introdotto dalla revisione del Titolo V della Costituzione, lo stesso A. fa riferimento, in giurisprudenza, a Cons. Stato, sez. V, 23.1.2007 n. 219, che si può leggere in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁸ Cfr. *amplius supra*, al par. 2, nel testo e nelle note.

⁷⁹ Come acutamente avvertiva già M.S. GIANNINI (*Diritto Amministrativo*, vol. I, Milano, 1970, 443) la locuzione “*funzione amministrativa è un'espressione verbale, con cui si vogliono indicare l'insieme delle attività svolte dall'insieme degli organi amministrativi dello Stato e degli altri enti o comunque delle altre forme soggettive del settore pubblico. Sotto tale profilo, non è improprio e neppure scorretto utilizzarla, a patto però di non porsi il problema di una sua definizione, poiché questa non c'è*”.

il fenomeno (sociologico oltre che giuridico) del continuo mutare di contenuto, sia sotto il profilo quantitativo che qualitativo, dell'azione amministrativa nell'ambito dello Stato plurale e sussidiario, non può non riverberarsi sulla costruzione concettuale della nozione di *funzione amministrativa*, nel senso che essa, destrutturandosi e *trasfigurandosi*, diviene lo strumento da utilizzarsi da parte di tutte le realtà istituzionali, pubbliche e private, per interpretare ed esaudire le varie istanze sociali, secondo adeguati (*id est*: elastici) moduli organizzativi⁸⁰.

La stessa procedimentalizzazione dell'esercizio della funzione è volta a soddisfare l'esigenza della controllabilità-giustiziabilità della sua dimensione, definita a ragione "multipolare", perché idonea a coinvolgere la sfera giuridica di soggetti diversi dal destinatario⁸¹. Del pari, il procedimento, che può assumere la forma "giustiziale" ovvero quella "di tutela giuridica" (entrambe volte sostanzialmente a produrre effetti restrittivi nella sfera giuridica dei privati), o ancora quella di "carattere politico" tendente alla produzione di atti normativi e generali⁸², si conforma a moduli partecipativi sempre più aperti al contraddittorio, sia orizzontale (fra i soggetti partecipanti), sia verticale (fra i soggetti incisi dalla decisione e l'amministrazione).

⁸⁰ In tal senso, cfr. V. TONDI DELLA MURA, *Sussidiarietà ed enti locali*, op. cit., 7. In tema, v. anche G. Lombardi, *Intervento conclusivo* svolto al convegno *La tutela multilivello dei diritti: punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione* a cura di F. Pizzetti, Milano, 4 aprile 2003, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; F. PIZZETTI, *L'ordinamento costituzionale italiano fra riforme da attuare e riforme da completare*, Torino, 2003, 92 ss.

⁸¹ Cfr. L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, in *Dir. amm.*, n. 1/2005, 101. Sulle connessioni tra procedimento e processi decisionali della p.a., si v. A. ZITO, *Profili funzionali del procedimento*, in AA.VV., *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006, 159 ss. Sul fenomeno della procedimentalizzazione dell'atto di autonomia nei rapporti di diritto privato, si v. G. GITTI e P. SPADA, *La regolazione del mercato come strategia*, in AA.VV., *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di G. Gitti, Bologna, 2006, 19.

⁸² Per tale distinzione, cfr. M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, svolta al Convegno su *Le autorità amministrative indipendenti* in memoria di Vincenzo Caianiello, Roma, Palazzo Spada, 9 maggio 2003, in specie 8 ss., reperibile al sito www.giustizia-amministrativa.it; nello stesso senso, la giurisprudenza ha sottolineato che il legislatore (con la l. n. 241/90) ha favorito l'attenuazione del carattere autoritativo del procedimento, introducendo "il più ampio grado di partecipazione del soggetto interessato alla formazione del medesimo. Ciò talvolta a mezzo di un vero e proprio contraddittorio, analogo, per forza di cose, a quello della giurisdizione, che ne costituisce il modello" (così Cass. Civ., sez. I, 20 maggio 2002, n. 7341, in *Foro it.*, 2002, I, c. 86. Per gli aspetti collaborativi della partecipazione, ai fini dell'assunzione di tutti i dati utili per realizzare un'effettiva efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, v. M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, 347 ss.

Nella stessa scia non può non essere rimarcato un ulteriore salto di qualità compiuto dal nostro ordinamento amministrativo che, in occasione della già ricordata riforma del procedimento, non ha mancato di recepire il principio secondo cui la p.a., nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme del diritto privato, salvo che la legge non disponga altrimenti (cfr. art. 1, comma 1 bis, l. n. 241/90, mod. dalla l. n. 15/05). Ci si trova di fronte ad un evidente ribaltamento di quel canone, più che secolare, per il quale l'azione amministrativa deve svolgersi di regola secondo il diritto pubblico e solo eccezionalmente - nei casi tassativamente previsti dalla legge - secondo il diritto privato. L'ordinamento ha così costituito una vera e propria linea preferenziale per l'utilizzazione del diritto privato, nei casi in cui lo strumento paritetico, in omaggio al principio di sussidiarietà, può soddisfare l'interesse pubblico in modo altrettanto efficiente e meno invasivo⁸³. In tale ottica, il riconoscimento della capacità negoziale in capo alla p.a. - libera di utilizzare strumenti privatistici per il conseguimento di pubbliche finalità - non è più soggetto ad una necessaria previsione legislativa, tenuto conto che l'autonomia generale di diritto privato, sia della p.a. che di altri soggetti, non necessita di alcuna autorizzazione legislativa per la sua attivazione⁸⁴. Viene così aperta la via alla equiparazione dell'attività di diritto privato (con tutte le sue potenzialità), a quella di diritto pubblico, al punto che l'atto di natura autoritativa si presenta oggi come un'opzione in qualche modo residuale, da adoperare solo nei casi in cui risultasse assolutamente necessario assicurare la prevalenza dell'interesse pubblico⁸⁵. La detta equiparazione, poi, trova molteplici forme, a partire da quella in cui gli enti pubblici - pur rimanendo tali sul piano soggettivo - svolgono la propria attività utilizzando quasi esclusivamente il diritto privato, fino a quella (estrema) della privatizzazione degli stessi enti pubblici⁸⁶.

⁸³ Sul punto, R. GIOVAGNOLI-M. FRATTINI, *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo due anni di giurisprudenza*, Milano, 2007, *passim*.

⁸⁴ Sul punto, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrative secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, n. 2/2003, 208 ss.; P. CAPUTI IAMBRENGHI, *Studi sull'autoritarità nella funzione amministrativa*, Milano, 2005.

⁸⁵ Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, *op. cit.*, 872.

⁸⁶ Cfr. M. ATELLI, *Attività non autoritativa: largo al diritto privato*, in *Guida al diritto*, n. 10/2005, 49-51.

Rimane, tuttavia, fermo un dato: i soggetti che esercitano un'attività di diritto privato, concretantesi in esercizio di funzione amministrativa, sono tenuti a conformarsi soltanto col nucleo essenziale delle regole procedurali⁸⁷, a meno che non adottino (pur nell'esercizio di funzioni privatistiche) atti di natura autoritativa: in questo caso, la loro attività sarà tratta integralmente nell'alveo pubblicistico ed assoggettata alle norme di cui alla l. n. 241/90 e succ. mod., con conseguente sindacato del giudice amministrativo⁸⁸.

4. La governance e le sue ricadute sulla rimodulazione dell'azione amministrativa.

In definitiva, una delle più efficaci chiavi di lettura della "riforma amministrativa" sembra essere proprio quella del passaggio da una *funzione amministrativa* intesa come esercizio di poteri autoritativi da parte della p.a.⁸⁹, ad una amministrazione di servizi, concetto nell'ambito del quale scompare la possibilità di operare la tradizionale (ma ormai incertissima) distinzione tra *funzione amministrativa* e *servizio pubblico*, così come viene a comporsi dialetticamente la tradizionale scissione tra amministrazione come "autorità" ed amministrazione come "servizio" (la *Leistungsverwaltung*, per i tedeschi)⁹⁰. Riconducendo, inoltre, la connotazione fondamentale della funzione pubblica al suo esercizio da parte di soggetti organizzati

⁸⁷ Cfr., in tal senso, G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 487 ss.

⁸⁸ V. R. BARBERIO, *Azione amministrativa e diritto privato*, in AA.VV., *Azione amministrativa e disciplina di diritto pubblico*, op. cit., 152 ss.

⁸⁹ Pare far riferimento ad una simile nozione V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, 51, secondo cui la *funzione amministrativa*, può ben essere definita come l'attività "di cura concreta di interessi pubblici posta in essere nell'esercizio di poteri amministrativi".

⁹⁰ Fermo restando che il tema viene, ovviamente, ripreso ed ampliato nel capitolo III, nel testo e nelle note, come primi riferimenti di carattere generale, cfr. A. CAROSELLI, *Il servizio pubblico: una categoria concettuale in continua evoluzione*, in *Trib. amm. reg.*, 2000, n. 1, II, 27 ss.; D. SORACE, *Gli "interessi di servizio pubblico" tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, V, 205 ss. Sulle problematiche relative al rapporto tra le regole di mercato e la funzione sociale, nell'ambito dell'espletamento dei *servizi pubblici* nell'ordinamento comunitario, cfr. C. AMIRANTE, *I servizi pubblici fra ordinamento comunitario e ordinamento interno: regole di mercato e funzione sociale*, in *Stati nazionali e poteri locali*, a cura di S. Gambino, Rimini, 1998, 307 ss.. Sulla concezione soggettiva ed oggettiva del *servizio pubblico*, cfr. F. GIGLIONI, *Osservazioni sulla evoluzione della nozione di "servizio pubblico"*, in *Foro amm.*, 1998, 2265.

sulla base di norme dell'ordinamento, la distinzione tra esercizio pubblico ed esercizio privato della funzione stessa assume carattere meramente fenomenologico⁹¹. Ciò è particolarmente evidente nella gestione dei servizi pubblici locali, in cui le nuove forme manageriali rendono evidente la scomparsa del ruolo autoritativo dell'ente locale, che lascia il campo ad una vasta e fondamentale area di negoziazione, in cui l'ente contratta con il soggetto gestore privato, rappresentando gli interessi della comunità territoriale.

Proprio in questa medesima scia, viene profilandosi un nuovo modello di esercizio della *funzione amministrativa*, anche a livello locale, riconducibile al termine anglosassone *governance* utilizzato – in contrapposizione a *government* – proprio per indicare l'allargamento dell'arena degli attori che incidono nei processi decisionali. Pur nella molteplicità delle sue accezioni (che si riferiscono, specie per ciò che riguarda le società private di gestione di servizi pubblici locali, anche al mondo dell'organizzazione delle corporazioni economiche e finanziarie: c.d. *corporate governance*⁹²), il termine sta ad indicare, secondo la definizione che sembra più felice, “*un nuovo stile di governo, distinto dal modello del controllo gerarchico e caratterizzato da un maggior grado di cooperazione e dall'interazione tra Stato e attori non statuali all'interno di reti decisionali miste pubblico/private*”⁹³.

Si verifica, in buona sostanza, attraverso la *governance*, il trapasso da un sistema decisionale, caratterizzato da autorità ed autonomia, ad un sistema improntato a logiche sinergiche di co-decisione con il “*privato*”, inteso come “*quella frazione della comunità sociale in grado di mobilitare risorse ed interessi*”⁹⁴.

⁹¹ In tal senso, cfr. F.S. SEVERI, *op. cit.*, 73.

⁹² Ma, per una critica di quest'accezione ristretta e dell'uso strumentale che se ne fa, vedi *infra*, al capitolo terzo, spec. al quinto paragrafo.

⁹³ Così R. MAYNTZ, *La teoria della “governance”: sfide e prospettive*, in *Riv. Italiana di scienza politica*, n. apr. 1999, 3. Per una ricostruzione puntuale ed analitica dell'etimologia e dei significati della *governance* nel dibattito attuale della scienza politica, v. A. ARIENZO, *Dalla corporate governance alla categoria politica di governance*, in AA.VV. *Governance*, a cura di G. Borrelli, Napoli, 2004, 125 ss. ed ivi ampi richiami bibliografici.

⁹⁴ Cfr. ancora sul punto F. SPALLA, *L'amministrazione*, *op. cit.*, 124 ss.

Questa evoluzione - in virtù dell'interazione tra gruppi di interesse e istituzioni - ha consentito l'ampliamento dei momenti di partecipazione alla decisione politica e alla gestione dell'amministrazione pubblica nella Costituzione materiale.

In definitiva, se è vero che molti concordano nel definire la *governance* (in opposizione a *government*) come una pratica di governo nuova, che vede la partecipazione al *decision making process* (o al processo di presa delle decisioni, volendo essere autarchici) di soggetti altrettanto nuovi e, soprattutto, eterogenei fra di loro, non relazionati secondo criteri gerarchici ma piuttosto funzionali e di *network*; se tutto questo è vero, è chiaro allora che, volendo ampliare la prospettiva di cui si è appena dato conto, dipende da chi concretamente sono questi soggetti per capire se la *governance* effettivamente favorisce la partecipazione popolare, o invece la dissuade a favore della rappresentanza degli interessi che sanno organizzarsi (*id est*: hanno le risorse per farlo) e che, perciò, influenzano le politiche locali, centrali e globali.

Occorre allora essere rigorosi e intendere il concetto di *governance* come “*il coinvolgimento di una pluralità di attori e di sedi decisionali nei processi di governo delle politiche pubbliche che, nel caso delle politiche sociali, riguarda soprattutto la società civile organizzata*”⁹⁵.

Si comprende bene, a questo punto, che una lettura evolutiva dell'azione amministrativa, che voglia utilizzare il concetto di *governance* come criterio di conformazione, non può prescindere dall'intendere il detto concetto in maniera “*severa*”⁹⁶, e cioè come il luogo in cui si svolgono e manifestano interazioni forti ed

⁹⁵ V. L. BIFULCO-O. DE LEONARDIS, *Integrazione tra le politiche come opportunità politica*, in AA.VV. (a cura di C. DONOLO), *Il futuro delle politiche pubbliche*, Milano, 2006, p. 32; nello stesso saggio, peraltro, si riprende la definizione di *governance* nel senso di *governo per strumenti*, strumenti che possono essere diversificati e costituiti da *soft law* ovvero da politiche regolative ovvero anche da “*dispositivi che vincolano e incentivano tipi di coordinamento, per esempio piani o progetti*”. OTA DE LEONARDIS era già intervenuta ampiamente sul tema della *governance* locale, nel volume *In un diverso Welfare*, Milano 1998.

⁹⁶ Così si esprime C. DONOLO, *Criticità*, in AA.VV. (a cura di C. DONOLO), *Il futuro delle politiche pubbliche*, Milano, 2006, p. 237. Secondo l'A., dunque, “*la governance da un lato si aggancia ai principi costituzionali, che vuole implementare, dall'altro si svolge in strategie di cooperazione allargata dentro la quale i singoli soggetti (dal singolo cittadino alle reti di imprese) vengono valorizzati nelle loro autonomie in quanto assumono uno status costituzionalizzato*”.

“interferenze reciproche, se ed in quanto ne derivano riconoscibili beni pubblici e cura dei beni comuni”⁹⁷.

È in tale prospettiva, dunque, che occorre individuare un insieme di principi, criteri e regole, attraverso cui i soggetti che sono chiamati ad amministrare, coordinano gli attori che operano nell’ambito di loro competenza (cittadini, imprese, consumatori, associazioni del terzo settore, famiglie, ecc.). Per non restare nel vago, il concetto di *governance* va specificato ulteriormente, nel senso che esso deve implicare che il *decision making process* prenda atto, attraverso ogni opportuna mediazione, della diversità degli interessi coinvolti, cercando di prevenire eventuali conflitti (orizzontali e verticali). Ovviamente, la *governance*, così intesa, giammai può essere causa di immobilismo, parzialità o *maladministration*, ma deve attuarsi attraverso meccanismi regolatori e relazioni di *partnership* con i privati⁹⁸.

Se così è, proprio in virtù dell’apertura dei processi decisionali ai modelli di *governance*, una parallela mutazione attraversa la natura della regolazione pubblica, che oggi si discosta profondamente dal modello della fonte pubblica unilaterale, cui siamo stati abituati per oltre un secolo, come si avrà modo di illustrare nel paragrafo seguente.

5. (Segue) Gli strumenti della regolazione pubblica del mercato.

Come si è visto, la sottrazione di molti settori amministrativi al controllo dell’autorità politica ha permesso la riscrittura delle regole in senso più orientato verso il mercato, più flessibile, più cooperativo e più informale, con conseguente *deregulation* di ambiti tradizionalmente gestiti dal settore pubblico⁹⁹. Ne è derivato,

⁹⁷ V. ancora C. DONOLO, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁸ In tal senso, cfr. U. COMITE, *Efficacia, efficienza, economicità: la governance nella pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Azione amministrativa e disciplina di diritto pubblico*, *op. cit.*, 95; M. MULAZZANI, *Economia delle aziende e delle amministrazioni pubbliche*, Padova, 2002, *passim*; F. AMATUCCI – F. MANFREDI, *La riconfigurazione dei processi decisionali nelle scelte di esternalizzazione/partnership di servizi pubblici. La riconfigurazione dei processi decisionali nel quadro evolutivo della competizione*, in *Atti del XXVII Convegno AIDE*, tenutosi a Torino in data 7-8 ottobre 2004.

⁹⁹ Sul punto, cfr. A. ARIENZO, *Dalla corporate governance alla categoria politica di governance*, in *Governance*, *op. cit.*, in specie, 138-139. In particolare, l’A. ricostruisce, con ampi riferimenti alla letteratura italiana e straniera, le diverse accezioni del termine *governance*, nei vari contesti in cui esso è adoperato.

tra l'altro, un crescente allontanamento dell'autorità amministrativa dalla *gestione diretta* dei servizi, essendo essa chiamata piuttosto a controllare gli attori e ad esercitare funzioni di coordinamento e di intervento residuale¹⁰⁰.

Ed è intuitivo che per tale via il mercato sia entrato a far parte, come elemento essenziale e preponderante (ma non assorbente), della logica della *governance* e abbia finito per imporre scelte che tradizionalmente erano riservate al campo della *policy*, fino al punto di interrompere (talvolta traumaticamente) il circuito decisionale il cui terminale di controllo, passando per la p.a., era tradizionalmente costituito – nel nostro come negli altri Stati democratici – dalle assemblee rappresentative elette dai cittadini, a tutti i livelli di governo¹⁰¹. Per altro verso, in una sorta di reazione osmotica, si è fatto ricorso, da parte della mano pubblica, in alcuni settori (come ad es. quello delle telecomunicazioni), a forme di regolazione che, modificando incisivamente la *lex mercatoria*, hanno cercato solo di “*mimare*” un mercato

¹⁰⁰ Questo processo si manifesta con grande evidenza proprio nel settore dei servizi pubblici locali, per il quale la disciplina legislativa delle forme di gestione, dopo la lunga stagione delle aziende municipalizzate e dell'utilizzo dello strumento della concessione pubblica, ha introdotto una prima consistente liberalizzazione nel 2001, con la riscrittura dell'art. 113 del T.U.O.EE.LL. ad opera dell'art. 35 della l. n. 448/2001; la disciplina in questione consentiva l'affidamento della gestione dei SPL unicamente a società di capitali private. Successivamente, nel 2003, il legislatore è parzialmente tornato sui propri passi, aprendo la strada alla gestione (ancora pubblica) cd. *in house*.

¹⁰¹ Particolarmente significativa, al riguardo, può apparire, ad esempio, il contrasto insorto fra governo ed enti locali per la realizzazione della linea ferroviaria del treno ad alta velocità (TAV) in Val di Susa (Piemonte).

Recentemente è stata sostenuta in dottrina la tesi che si potrebbe far aumentare il peso della funzione di controllo parlamentare ricollocandola “*in un sistema reticolare tra parlamento europeo e parlamenti nazionali, soprattutto mediante la migliore valorizzazione del ruolo delle Commissioni parlamentari e dei parlamenti nell'esercizio del controllo stesso*”: così G. RIVOCCHI, *Gli effetti dei processi di globalizzazione e di integrazione europea su costituzionalismo e Costituzione: alcune riflessioni*, in *Diritto e cultura*, nn. 1-2, 2002, 132; ID., *La funzione di controllo parlamentare tra Parlamento europeo e Parlamenti nazionali*, in *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, a cura di A. Lucarelli e A. Patroni Griffi, Napoli, 2003, 289 ss. ed in specie, 302 ss.; cfr. anche, sul punto, F. PETRANGELI, *La “questione democratica” nel processo di riforma dell'Unione europea*, in AA.VV., *Europa, Costituzione e movimenti sociali*, op. cit., 157 (in specie alla nota 15), il quale segnala che l'esigenza di affrontare “*il ruolo dei parlamenti nazionali nell'architettura europea*” è già presente nella Dichiarazione allegata al Trattato di Nizza (dicembre 2000). Secondo l'A. la Dichiarazione di Laeken (dicembre 2001) sottolinea il punto con maggiore insistenza, fino ad affermare espressamente che “*anche i parlamenti nazionali contribuiscono alla legittimazione del progetto europeo*”. In tema, cfr. anche C. DECARO, *Appunti su alcune forme di coordinamento a proposito del ripensare lo Stato*, in *Ripensare lo Stato*, Atti del Convegno di Studi, Napoli, 22-23 marzo 2002, a cura di S. Labriola, Milano, 2003, 301 ss. Sul momento critico che attraversano gli organi rappresentativi, quali compartecipi delle scelte di indirizzo politico e titolari della funzione di controllo sugli atti del governo e della pubblica amministrazione, da ultimo, cfr. C. AMIRANTE, *Costituzionalismo e Costituzione nel nuovo contesto europeo*, op. cit., 14.

concorrenziale, dando vita a forme di concorrenza atipiche rispetto a quelle che normalmente si sviluppano fra operatori indipendenti¹⁰².

Non a caso, mai come in questo periodo è stato così vivace il dibattito in sede scientifica intorno alla prevalenza del fenomeno economico (e, quindi, del mercato) sull'ordine giuridico o, al contrario, alla costitutività delle regole giuridiche che pertanto “creano” e disciplinano il mercato¹⁰³. Non è certo questa la sede per un'indagine intorno ai fondamenti epistemologici della relazione fra diritto ed economia. Tuttavia, sia pure in maniera sintetica, pare necessario spendere qui più di qualche considerazione sul tema del rapporto tra regolazione pubblica e fenomeno economico, alla luce delle trasformazioni della funzione esecutiva ed in specie di quella amministrativa, per come esse sono state descritte nei paragrafi che precedono. Ed invero, quale che sia l'impostazione di fondo che si vuole seguire riguardo alla natura della relazione fra diritto ed economia¹⁰⁴, interessa qui fornire anzitutto un'analisi descrittiva di come oggi si atteggi l'intervento pubblico nel mercato, intervento che, pur soggetto a trasformazioni ed evoluzioni, rimane come un dato oggettivo innegabile della realtà giuridico-amministrativa anche di questi anni¹⁰⁵.

¹⁰² In tal senso, v. G. AMATO, *Privatizzazioni, liberalizzazioni e concorrenza del sistema produttivo italiano*, in AA.VV., *Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del Paese*, a cura di L. Torchia e F. Bassanini, Firenze, 2005, 45 ss.

¹⁰³ Il riferimento bibliografico principale, in questo senso, non può che essere costituito dal volume di N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, che ha per così dire “riaperto”, dopo molti anni, la questione del rapporto tra diritto e mercato e, più in generale, del rapporto tra diritto ed economia. La tesi sostenuta dall'A. è che – posta l'identificazione storica fra la categoria del <<giuridico>> e la categoria del <<legislativo>> - il mercato non è un dato naturale, cui debba seguire il diritto nel disciplinarlo secondo le regole appunto naturali, ma è proprio il contenuto di norme che di volta in volta lo prevedono, costituiscono e disciplinano. Pertanto, sempre secondo l'A., il mercato può essere definito come unità giuridica di relazione di scambi. La tesi in questione, che nella relazione tra diritto ed economia assegna evidentemente primazia alla legge, ha dato vita ad un vivace dibattito, alcune delle voci sono state poi raccolte nel successivo volume AA.VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1999.

¹⁰⁴ E cioè quella “Weberiana” secondo cui il diritto “costituisce” il fenomeno economico, ovvero quella “Marxiana”, secondo cui il diritto altro non è che sovrastruttura rispetto alle dinamiche reali del fenomeno economico. Tali due impostazioni, così come riportate in maniera sintetica e semplificata, costituiscono naturalmente le punte estreme di un dibattito che ha conosciuto e conosce molte posizioni intermedie, articolate e che integrano elementi di “dirigismo” con elementi di “liberalismo”.

¹⁰⁵ La tesi secondo cui lo spazio economico del mercato continua ad essere occupato (anche) da una consistente regolazione di natura pubblica è recentemente sostenuta da M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008, specialmente laddove (p. 89) si afferma che

Un punto oramai pare assodato: non può più condividersi la prima base teorica della scuola di pensiero neoliberale, in particolare dell'approccio neoclassico della *public choice*, per cui l'azione collettiva non è altro che il risultato della massimizzazione dell'utilità individuale¹⁰⁶. Invero, nella prospettiva della *public choice*¹⁰⁷ emergeva un pregiudizio sistematico contro la burocrazia e più in generale contro l'intervento dello Stato nell'economia, che non fosse circoscritto a una minima regolazione volta a garantire le attività economiche nell'ambito del quadro costituzionale predefinito. Secondo tale approccio, la burocrazia sarebbe portata a disattendere le scelte operate dalla politica, a causa dell'inconciliabile divergenza fra gli obiettivi dei *policy-makers* e gli obiettivi dei burocrati¹⁰⁸. Il mercato finisce per divenire, in tale ottica, il miglior meccanismo che alloca e rialloca le risorse fra tutti coloro che entrano in una relazione di scambio, anche in condizioni subottimali di efficienza. Questa scuola di pensiero tende a delineare un modello di burocrazia che, in luogo di perseguire obiettivi di efficienza ed economicità della gestione, sembra sottrarsi alle responsabilità e a sostituire esigenze di mediazione, persuasione e manipolazione degli incentivi a modelli di controllo e chiarificazione: ma è di tutta evidenza che utilizzando una simile prospettiva si coglie solo una parte della realtà fattuale, sottovalutando l'apporto professionale e la spinta motivazionale di tanti pubblici dipendenti, che si sono avvicinati sempre più a modelli di *management*, sensibili alle

“nonostante l'espansione del diritto di provenienza privata (la nuova *lex mercatoria*) e nonostante la riduzione di competenze delle autorità pubbliche nazionali, persistono largamente misure pubbliche di regolazione dell'economia, poste da istituzioni internazionali, networks transnazionali di regolatori pubblici, poteri nazionali che continuano a mantenere ruoli rilevanti”. Peraltro, come avverte l'A., ciò non significa che la natura della regolazione pubblica sia rimasta la medesima; essa, invece, è profondamente mutata ed oggi si atteggia in forme largamente diverse rispetto a quelle che avevano invece connotato l'intervento pubblico fino agli anni ottanta.

¹⁰⁶ Cfr. W. C. RIKER – P.C. ORDESHOOK, *A Theory of the Calculus of Voting*, in *American Political Science Review*, 62, I, 25-42; D.C. MUELLER, *Perspectives on Public Choice: A Handbook*, Cambridge University Press., Cambridge, 1997.

¹⁰⁷ Come riferimento classico, v. P. SELF, *Government by the Market? The Politics of Public Choice*, 1993, Palgrave Macmillan, Basingstoke.

¹⁰⁸ In tema, v. G. PASTORI, *La burocrazia*, Padova, 1966 e, volendo, E. BONELLI, *Politica e amministrazione: una commistione incostituzionale nei piccoli Comuni?*, *op. loc. cit.*

logiche organizzative dell'impresa privata, senza perdere di vista i fini pubblicisticamente rilevanti della p.a.¹⁰⁹.

Pare, invero, più convincente ed adeguata al dato emergente dall'analisi della regolazione pubblica di questi anni, l'impostazione di altra scuola del pensiero economico, definita neoistituzionalista, secondo cui la dicotomia fra Stato e mercato può essere composta altrimenti¹¹⁰. In tale prospettiva, infatti, le istituzioni dettano le regole del gioco di una società, rappresentando i vincoli definiti per disciplinare i loro rapporti, mentre le organizzazioni sono i giocatori ossia gli apparati politici, economici e sociali. Istituzioni e organizzazioni possono fondarsi sul principio di autorità (*government*) o su forme di regolazione e di coordinamento intermedie, più o meno partenariali (*governance*), dando vita, come si è avuto modo di evidenziare nel paragrafo precedente, ad una sfera di decisione e (co)gestione più volontaristica e negoziata¹¹¹. Ne consegue che *“la governance o il governo senza forza, perché i suoi confini sono costantemente rinegoziati con la dottrina della sussidiarietà e i principi della concertazione, della compartecipazione, della programmazione, configura il disegno più articolato e consistente della riforma, del ruolo e del funzionamento dello Stato”*¹¹². Nella stessa ottica, il concetto di *coordinamento* tra pubblica amministrazione e mercato diventa quasi sinonimo di *governance*, per focalizzare l'operato delle amministrazioni pubbliche in complesse relazioni intra e

¹⁰⁹ Sul punto, per maggiori approfondimenti, si possono consultare M. MENEGUZZO, *Managerialità, Innovazione e Governance: la P.A. verso il 2000*, Roma, 2000; L. METALCAFE', *La logica del Public Management*, Londra, 1990; adde, volendo, E. BONELLI, *Governo locale, sussidiarietà e federalismo fiscale*, Torino, 2001, 63 ss.

¹¹⁰ Cfr. D.C. NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990 (trad. it., *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 2000); A. HOFFMANN – G. NOTARSTEFANO, *L'esperienza della governance in un territorio “minore”: la programmazione integrata nel sistema Parco dei Nebrodi*, in *Rassegna italiana di Valutazione*, 2005, 33, 95-112.

¹¹¹ In tema, cfr. A. ARIENZO, *Dalla corporate governance alla categoria politica di governance*, in *Governance*, Napoli, 2004, 125 ss.; *ibidem*, G. BORRELLI, *Fra governance e guerre: i dispositivi della modernizzazione politica alla prova della mondializzazione*, 7 ss. In particolare, l'A. ricostruisce, con ampi riferimenti alla letteratura italiana e straniera, le diverse accezioni del termine *governance*, nei vari contesti in cui esso è adoperato.

¹¹² Così, M. MARRA, *Il mercato nella pubblica amministrazione – Coordinamento, valutazione, responsabilità*, Roma, 2006, 48, che fa espresso riferimento a P. PERULLI, *Livelli di governo versus governance multilivello*, in AA.VV., *I nuovi fattori delle politiche di sviluppo locale*, a cura di E. Ciccotti e A. Spaziante, Milano, 2000, 269-282.

interorganizzative e per comprendere completamente la dimensione decentrata e volontaria delle relazioni organizzative e istituzionali.

Come si diceva, sembra proprio essere questa la descrizione più appropriata della complessa mutazione che sta affrontando l'universo della regolazione pubblica dei fenomeni economici.

La tendenza prevalente è quella dell'utilizzo di strumenti affatto nuovi di regolazione da parte dei poteri pubblici; tali strumenti consistono soprattutto in discipline che (a) *dal punto di vista del processo decisionale*, sono ampiamente negoziate o quantomeno discusse preventivamente con tutti gli operatori economici interessati (i cd. *stakeholders*); (b) *dal punto di vista della struttura*, si sostanziano per lo più in predeterminazione di criteri generali, *standards* e obiettivi non eccessivamente dettagliati; (c) *dal punto di vista dei soggetti che le adottano*, provengono da centri di decisione che sono sempre più sottratti al controllo dell'esecutivo, godendo di particolari statuti di indipendenza.

Non solo, ma, come si è avuto modo di evidenziare¹¹³, con specifico riferimento al potere regolamentare delle Autorità indipendenti, si assiste sempre più spesso ad una attribuzione, da parte della legge istitutiva di ciascuna Autorità, di poteri definiti solo per obiettivi o fini generali¹¹⁴; sicché l'esercizio in concreto della suddetta viene poi parametrato non sul rispetto di una dettagliata *interpositio legislatoris*, quanto piuttosto sulla sua congruità a raggiungere e soddisfare gli obiettivi indicati dal legislatore medesimo¹¹⁵.

¹¹³ Cfr. *supra*, al par. 1. Sul punto v. G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., p. 14 e 15.

¹¹⁴ Tanto che P. CARETTI, *Introduzione*, in AA.VV., *Osservatorio sulle fonti*, Torino, 2004, p. XV, a cura di P. Caretti, parla di vere e proprie “*deleghe in bianco*”.

¹¹⁵ Od ancora, costituiscono parametri di valutazione del legittimo esercizio del potere regolamentare la misura della partecipazione assicurata ai cittadini, nel senso che le garanzie partecipative, in quanto espressione del principio democratico, possono rappresentare un surrogato del principio di legalità inteso in senso stretto e rigoroso; sul punto cfr. ancora una volta G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità ...*, cit., p. 10. Ma cfr. anche P. LAZZARA, *L'azione amministrativa e il procedimento in cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale*, in G. Della Cananea e M. Dugato (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 430 ss.

Basti pensare, come paradigmatico esempio di una simile fonte di regolazione, alle delibere con cui l’Autorità per l’Energia elettrica e il Gas¹¹⁶ determina le tariffe per le attività di distribuzione del gas e di fornitura ai clienti del mercato vincolato: tali delibere – adottate per l’appunto da un organismo posto in posizione di indipendenza rispetto al potere esecutivo – vengono assunte all’esito di un complesso processo di consultazione con tutti gli attori sui quali la decisione può avere impatto e di fatto consistono nella fissazione di *standards* tariffari¹¹⁷ che poi i gestori (che alla loro determinazione hanno partecipato) dovranno rispettare nel corso delle loro attività di erogazione¹¹⁸.

Molto si è detto e scritto – negli ultimi quindici anni – nel nostro Paese a proposito delle Autorità amministrative indipendenti, che sono venute affermandosi come modello di soggetto esterno all’amministrazione tradizionalmente intesa, ma con compiti di regolazione che altrettanto tradizionalmente erano sempre appartenuti alla p.a.; non è questa la sede per riprendere i temi dell’ampio dibattito che si è svolto intorno alla natura giuridica di tali soggetti e delle loro funzioni (paralegislative, paragiudiziarie o amministrative?)¹¹⁹. Mette invece conto di osservare qui che, se da un lato è vero che vi è stata nel nostro ordinamento una certa proliferazione di simili soggetti pubblici¹²⁰, è altrettanto vero che essi non coprono l’intera gamma delle

¹¹⁶ Sulla natura del potere regolamentare dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas può utilmente consultarsi G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità ...*, cit., p. 15 e ss. L’A. sottolinea in particolare che anche la legge istitutiva di tale organismo appare conferire all’Autorità poteri alquanto genericamente definiti, mediante il riferimento a clausole aperte, indirizzi, obiettivi di ampia portata e concetti indeterminati.

¹¹⁷ Sulla questione specifica delle tariffe dei servizi pubblici locali e del connesso principio di copertura dei costi del servizio, vedi *infra* il capitolo quarto, spec. al terzo paragrafo.

¹¹⁸ Sul punto può consultarsi, al sito internet dell’Autorità www.autorita.energia.it, il testo della delibera n. 237 del 2000 dell’Autorità, che definisce in linea generale il processo di adozione delle decisioni in materia tariffaria.

¹¹⁹ In argomento, per una concezione “paragiurisdizionale” del nostro *antitrust*, cfr. M. Clarich, *Le autorità indipendenti, tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro Amm.*, 2002, 3865 ss.; ID., M. CLARICH, *Relazione su Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, svolta al Convegno su *Le autorità amministrative indipendenti* in memoria di Vincenzo Caianiello, Roma, Palazzo Spada, 9 maggio 2003, in specie I ss., ed ivi ampi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, reperibile al sito www.giustizia-amministrativa.it; cfr. anche, ID, *Per uno studio sui poteri dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in AA.VV., *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di F. Bassi e F. Merusi, Milano, 1993, 115 ss.

¹²⁰ Secondo la classificazione che ne dà il Governo, esistono oggi nel nostro ordinamento ben 10 Autorità indipendenti; v. in proposito il sito internet del Governo italiano.

attività economiche, ed anzi sono limitati a specifici e ben definiti settori di intervento, nei quali è richiesta una particolare *expertise* che né il Governo, né il Parlamento possono assicurare. In verità, com'è stato acutamente osservato¹²¹, nel nostro sistema, la nascita e l'espansione delle Autorità amministrative indipendenti si sono verificate nel momento in cui lo Stato si ritirava dal mercato, mentre in paesi come gli Stati Uniti, in cui tale modello soggettivo è molto più risalente nel tempo, le medesime istituzioni sono state create in un periodo di *amministrativizzazione* della società, e cioè nel periodo cd. del *New Deal*, per poi essere abbandonate quando si è poi ritornati all'espansione del mercato.

Si vuole insomma dire qui che il caso italiano, come spesso accade, costituisce un *unicum* nel panorama occidentale, per cui l'attuale configurazione della regolazione pubblica e dei soggetti che ad essa provvedono dipende in larga parte da un processo storico che ha visto la presenza – specialmente negli anni '70 ed '80 dello scorso secolo – di una pubblica amministrazione tanto elefantiaica quanto inefficiente e dispendiosa.

Sul tronco di questa cultura amministrativa si è dunque affermato un nuovo modello di Costituzione economico-amministrativa che ha dato impulso alla creazione di due diversi tipi di Autorità amministrative¹²² indipendenti, quelle di *garanzia* volte a tutelare i diritti individuali e di cittadinanza (quali la trasparenza, la *privacy*, la correttezza e l'equilibrio nello svolgimento di funzioni pubbliche e private) e quelle di *regolazione*, consistenti in organismi di bilanciamento degli interessi, mediante l'utilizzazione di norme di comportamento che ineriscono ai diritti sociali, ovvero

¹²¹ V. l'intervento di A. BALDASSARRE, in *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, cit., 59 e s., in cui si attribuisce la ragione di tale particolarità alla "situazione disastrosa" della nostra pubblica amministrazione, che non avrebbe consentito di procedere alla riforma della regolazione pubblica senza ricorrere alla creazione di soggetti diversi e posti per l'appunto in posizione di indipendenza ed imparzialità rispetto al potere esecutivo.

¹²² Di tale fenomenologia dà ampiamente conto M. MARIANI, *La nuova Costituzione economica: le Autorità Amministrative Indipendenti in Italia*, in AA.VV., *Governance*, a cura di G. Borrelli, Napoli, 2004, 91 ss; in tema, cfr. anche C.P. GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione "indipendente" del mercato – Profili pubblicistici*, Bari, 2003, *passim*; M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti come organismi «neutri»*. *Tra falsi problemi ed equivoci dottrinari*, in AA.VV., *Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*, a cura di S. Panizza, Torino, 1997, 275; G. GIRAUDI e M.S. RIGHETTINI, *Le autorità amministrative indipendenti. Dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*, Bari, 2001.

tutelano talune categorie di soggetti, come ad esempio i consumatori e gli operatori economici¹²³. La c.d. “*crisi*” del principio di legalità cui si è fatto cenno sopra (in specie al par. 1.) mostra a questo punto tutto il suo spessore epocale: le Autorità, prive di legittimazione democratica, finiscono (necessariamente) per sconfinare dal terreno della regolazione vera e propria, connotata da neutralità e tecnicità, in quello delle politiche redistributive, proprie della funzione di governo¹²⁴; come necessario *pendant*, in ordine ai poteri di tali organismi, non può non prodursi un rafforzamento della legalità procedurale - sempre verificabile in sede giurisdizionale -, a fronte della caduta del valore della legalità sostanziale¹²⁵.

Un’articolazione siffatta della funzione amministrativa, pur dando vita a centri di potere privi di legittimazione democratica, risulta sicuramente utile per conseguire, attraverso politiche di *governance*, che includano il rispetto della legge, l’apertura democratica delle procedure, trasparenza e responsabilità di fronte alle istituzioni democratiche, una mediazione tra governanti e governati in delicati ambiti, come quello dell’ecologia, dell’uso delle energie e dei mezzi di comunicazione e di quello che viene definito comunemente l’*e-government*¹²⁶.

Nella logica della *governance* improntata alla partecipazione sinergica degli attori sociali e all’apertura procedimentale, la regolazione demandata alle Autorità indipendenti, comprendente l’attività nomopoietica¹²⁷, quella amministrativa-sanzionatoria¹²⁸ e la funzione contenziosa¹²⁹ costituisce oggi una strumentazione

¹²³ Sul punto, si v. G. BORRELLI, *Tra governance e guerre: i dispositivi della modernizzazione politica alla prova della mondializzazione*, in AA.VV., *Governance*, op. cit., in specie, 9-11 ed ivi ampi riferimenti bibliografici.

¹²⁴ Sulla distinzione, cfr. G. MAJONE – A. LA SPINA, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, 15 ss.

¹²⁵ Cfr. M. CLARICH, *Relazione su Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, op. cit., 5.

¹²⁶ In tema, di grande spessore, appaiono le osservazioni di P. COSTANZO, *Nuove tecnologie e “forma” dell’amministrazione (presentazione di una ricerca)*, in AA.VV. *I «tre codici» della Società dell’informazione – Amministrazione digitale – Comunicazioni elettroniche – Contenuti audiovisivi*, a cura di P. Costanzo, G. De Minico, R. Zaccaria, Torino, 2006.

¹²⁷ Su cui, v. M. CLARICH, *Per uno studio dei poteri normativi della Banca d’Italia*, in *Banca, impresa e società*, 2003, 49 ss.

¹²⁸ Si pensi, ad esempio, ai procedimenti sanzionatori di ufficio, attribuiti alla competenza delle Autorità e modellati secondo lo schema procedurale della l. 24 novembre 1981 n. 689. Come riferimento di carattere generale, può rinviarsi a M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Milano, 1991, 171 ss.

ineliminabile nel panorama dell'amministrazione pubblica del sistema economico, soprattutto perché si tratta di una funzione che, per la sua particolare natura e per la posizione istituzionale stessa del soggetto che la esercita, è indirizzata a trovare la misura di equilibrio tra contrapposti valori o interessi in gioco¹³⁰. Né può essere obliterato che il criterio secondo cui le Autorità indipendenti producono regolazione pubblica è proprio quello della “*massima realizzazione contestuale possibile*” dei valori o interessi contrapposti; le Autorità, in altri termini cercano di evitare per quanto possibile ogni sacrificio del valore da considerarsi recessivo, che può giustificarsi – nei casi in cui esso è indispensabile – unicamente in vista del conseguimento di un vantaggio “*aggiuntivo*” o maggiore riferito all'interesse opposto¹³¹.

D'altra parte, sempre in relazione alla regolazione pubblica del mercato, accanto agli strumenti innovativi sopra sinteticamente descritti, continuano oggi a convivere nel nostro ordinamento forme di disciplina pubblica dei fenomeni economici residuati da logiche regolative vecchie e per così dire “*superate*”. Basti pensare, a titolo di esempio, alla perdurante presenza degli strumenti di pianificazione, quali i piani territoriali e i piani economici settoriali, accanto ai quali permangono, nel nostro ordinamento, anche misure regolatorie (c.d. di *command and control*), cioè misure fondate sul tradizionale schema di *rules* assistite da *sanctions*, nelle quali possono farsi rientrare anche le misure *antitrust*¹³². È, tuttavia, innegabile che questa vecchia strumentazione - a parte la sua divergenza rispetto alle logiche della moderna *governance* - denoti oggi tutta la sua insufficienza ed obsolescenza, non essendo in grado di incidere realmente nella regolazione pubblica del mercato e non riuscendo a dare risposte efficaci ed immediate nell'epoca della globalizzazione, nella quale i

¹²⁹ Cfr. in tema, M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, svolta al Convegno su *Le autorità amministrative indipendenti*, *op. cit.*, 10-11.

¹³⁰ V. G. DE MINICO, *Regole ...*, *cit.*, 10; l'A. elenca ad esempio alcune coppie dicotomiche di valori tendenzialmente confliggenti: “*la libertà d'impresa con il diritto all'investimento consapevole, le libertà politiche con il diritto a disporre dell'impresa di comunicazione, e la riservatezza con il diritto al trattamento dei dati*”.

¹³¹ V. su tale tematica ancora G. DE MINICO, *op. ult. cit.*, 10 e s.

¹³² In tal senso, v. M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici*, *op. cit.*, 90.

capitali si spostano parossisticamente oltre i confini nazionali e le merci e le materie prime vengono acquistate e/o scambiate in tempo reale.

Enrico Bonelli
Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico
nell'Università Federico II di Napoli