

PRINCIPIO DI LEGALITÀ ED EFFICIENZA AMMINISTRATIVA *

di Paolo Tanda

* Il presente saggio sarà pubblicato in una raccolta di scritti in memoria del Prof. Roberto Marrama (a cura di F.G. Scoca)

SOMMARIO: 1. - La crisi del principio di legalità. 2. - Il superamento del sistema <<legicentrico>>. 3. - Rapporti tra la crisi del principio di legalità e la nozione di efficienza amministrativa. 4. - Efficienza ed organizzazione pubblica.

1. LA CRISI DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ

Già prima della Costituzione repubblicana, nella tradizione giuspubblicistica il principio di legalità¹ aveva assunto l'ingombrante dimensione di principio che permeava di sé la totalità dei pubblici poteri, dei quali atti costituiva fondamento giustificativo più che mera condizione.

Tale principio, nell'ultimo periodo, ha subito profonde trasformazioni sia sul versante dell'organizzazione e dell'azione della P. A. sia su quello delle fonti².

¹ Nello Stato assoluto puro, per effetto della concentrazione di tutti i poteri nelle mani di un unico soggetto, non aveva senso parlare di principio di legalità, anche se già molto tempo prima Bartolo da Sassoferrato e Baldo degli Ubaldi, con riferimento al noto brocardo latino “ *princeps legibus solutus* ”, ebbero a sottolineare come fosse degno di un regnante rispettare – non per obbligo giuridico (*de debito necessitatis*) ma per obbligo morale (*de debito honestatis*) – le leggi emanate per i propri sudditi: in effetti, storicamente la distinzione tra norme precettive e norme programmatiche nacque proprio dalla necessità di degradare da obbligo giuridico a obbligo morale la subordinazione del *princeps* alle leggi.

Nella fase assolutistica illuminata, al Sovrano spettavano poteri insindacabili, accanto ai quali, tuttavia, sussistevano altri poteri limitati dal c.d. diritto di polizia, con la conseguenza di rendere controllabili gli atti espressione di questi stessi poteri.

Nello Stato liberale, invece, ci si trova di fronte ad una netta distinzione tra potere legislativo e potere amministrativo, rigidamente collegato alla norma: l'affermazione del principio di legalità, in questa fase, costituisce una garanzia per il cittadino e circoscrive l'attività della P. A.

Nello Stato sociale di diritto il principio di legalità perde la sua originaria rigidità, anche se l'attività amministrativa continua ad essere ancorata alla legge. In merito cfr. *infra* nel testo.

²Per gli opportuni approfondimenti si rinvia a F.G. SCOCA (a cura di) , *Diritto amministrativo* , Torino, 2008, 191 ss. . Rileva I. M. MARINO, *Responsabilità dell'Amministrazione e risultati*, in M. IMMORDINO – A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, 163-164, che << la crisi della legge, come crisi di valori, dimostrata quasi per

Sul primo versante in questi ultimi anni si è assistito ad una netta divaricazione tra legalità ed effettività, come nel caso della crisi dei controlli amministrativi evidenziata da ben note vicende giudiziarie.

Sul secondo versante è quasi intuitivo indicare sia il notevole ricorso agli atti aventi forza di legge sia le cospicue modifiche apportate alle fonti subprimarie e/o secondarie ormai non più riconducibili alla potestà regolamentare del Governo, sia la sempre maggiore incidenza delle norme comunitarie³ nel nostro sistema giuridico, il quale evidentemente non può più definirsi << legicentrico >>.

tabulas, dall'esubero legislativo, ha comportato un ridefinizione delle fonti del diritto, emblematicamente rappresentata da ultimo dal nuovo Titolo V della Costituzione: la ridefinizione del rapporto fra centro e periferia ha anche costretto a rivedere, ad un tempo, il rapporto fra Amministrazione e legislazione >>. In merito cfr. dello stesso A., *Sulla funzione statuarie e regolamentare degli enti locali*, in *Aspetti della recente evoluzione del diritto degli enti locali*, Palermo, 2002, 87 ss. Afferma R. FERRARA, *Il procedimento amministrativo visto dal "terzo"*, in M. IMMORDINO – A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, 242, 246 ss., che le fonti comunitarie dimostrano come la forza dei principi possa essere equipollente a quella della norma positiva: infatti, pur in difetto di una normativa comunitaria in grado di introdurre nel sistema il principio del giusto procedimento, si può contare su regole e principi positivamente canonizzati o riconducibili alla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Si assiste, in questo caso, ad una reciproca ibridazione fra l'ordinamento comunitario e quello dei principali Paesi membri, sia di *civil Law*, che di *common Law*. In tale contesto – rileva l'A. (*op. cit.*, 247-248) – costituisce sicuramente regola del procedimento amministrativo il principio di proporzionalità, più incerta, invece, appare la portata del generalissimo principio di certezza del diritto. Costituiscono, poi, regole pratico-operative di elaborazione giurisprudenziale il principio di legittimo affidamento, nonché il diritto ad essere informati. La regola di buona amministrazione, invece, sebbene annoverata nel canone dei principi, si rivela, invece, un valore immanente di tutta l'attività amministrativa. L'A. osserva che (*op. cit.*, 249) il principio di proporzionalità (art. 5, ultimo comma, Trattato CE), inteso non solo come adeguatezza e sufficienza del provvedimento, ma anche come ragionevolezza della stessa procedura, si pone al centro di ogni riflessione: l'interesse pubblico primario deve essere assicurato col minor sacrificio delle situazioni giuridiche private coinvolte. Ogni altro principio del procedimento amministrativo rappresenta, perciò, un corollario di questo fondamentale assioma. In questo ambito è il principio del legittimo affidamento a costituire la *regula iuris* di maggior peso e significato. Da questo principio vengono a discendere alcuni corollari di particolare valore nel procedimento amministrativo, come quello secondo cui il procedimento stesso deve chiudersi con provvedimento espresso e, comunque, in maniera da non mortificare le pretese partecipative del privato. L'A. sottolinea (*op. cit.*, 252) che tale problema investe soprattutto il campo del silenzio assenso, ossia del silenzio decisorio in assenza del provvedimento e che, naturalmente, coinvolge il diritto ad essere ascoltati, affermato dalla Corte di Giustizia CE sin dal 1963 con la nota sentenza *Alvis*. Il principio del contraddittorio diviene, così, uno dei punti di forza della giurisprudenza comunitaria in materia di procedimento amministrativo. Esso, comunque, rivela la sua forza applicativa soprattutto in relazione alle forme di esercizio del potere discrezionale degli apparati amministrativi comunitari e nazionali.

³ In ordine ai rapporti fra normativa comunitaria ed azione amministrativa interna cfr. A. MASSERA, *Principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale ed ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 2005, 707 ss.; M. ANTONIOLI, *Comunicazione della Commissione europea e atti amministrativi nazionali*, Milano, 2000, 1 ss.; E.M. BARBIERI, *Diritto comunitario ed istituti generali del diritto amministrativo nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, 3; G. GRECO, *Profili di diritto pubblico italo-comunitario*, in *AA.VV.*, *Argomenti di diritto pubblico italo-comunitario*, Milano, 1989, 3; ID., *Fonti comunitarie e atti amministrativi italiani*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 33; ID., *Incidenza del diritto amministrativo sugli atti italiani*, in

Soprattutto a seguito della riforma del titolo V della Costituzione, è opinione diffusa quella secondo cui << la legge dello Stato ha ormai perso la competenza generale e non si pone più, dunque, come *elemento unificante* del sistema complessivo >>⁴.

In precedenza, pertanto, l'unificazione (ed, eventualmente, l'uniformazione) del sistema normativo, che non fosse già stata attuata direttamente dalla Costituzione, era demandata alla legge statale. Oggi, invece, possono considerarsi << elementi unificanti >> la Costituzione, i vincoli comunitari ed i vincoli internazionali.

Lo Stato-legislatore (ordinario e costituzionale), in passato considerato l'esclusivo depositario di tutti i relativi poteri, ha subito un profondo ridimensionamento del suo ruolo di << padrone >> del diritto⁵: l'atteggiamento scettico assunto nei confronti del principio di legalità scaturisce dall'analisi del ruolo che tale principio esige sia svolto dal Parlamento. In effetti, la constatazione di una situazione di crisi della posizione di centralità del Parlamento e della legge formale determina un notevole ridimensionamento della funzione istituzionale ad essi assegnata dal principio di legalità⁶.

AA.VV., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, I, 555; C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e Amministrazione comunitaria*, Padova, 1993.

⁴ In tal senso F. PIZZETTI, *I nuovi elementi << unificanti >> nel sistema italiano: il << posto >> della Costituzione e delle leggi costituzionali ed il << ruolo >> dei vincoli comunitari e degli obblighi internazionali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 3.

⁵ Così G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 19, il quale precisa che << da allora in poi si sarebbe dovuto dire: padrone della legge ma non del diritto >>. Secondo M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultati*, in M. IMMORDINO – A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, 16, la crisi del principio di legalità, nell'ambito del nostro ordinamento, << trova le ragioni più prossime nella crescente europeizzazione ed internazionalizzazione del diritto amministrativo, nell'ipertrofia normativa, nella cattiva qualità delle leggi, che degenera, sempre più spesso, nella loro oscurità, con effetti devastanti sul piano della conoscibilità e, quindi, dell'effettività, del diritto stesso, nella crescente provvedimentalizzazione della legge, nel ricorso, sempre più frequente, alle c.d. leggi *omnibus* o alle leggi manifesto, nella crescita vertiginosa della legislazione speciale, nella sistematica violazione del principio della separazione dei poteri, per indicarne soltanto alcune >>. In merito cfr. anche M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, 2002; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA* 2001, Milano, 2002, 107 ss.; S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 34 ss.; M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000; ID., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002; H. HART, *The concept of law*, 1961, trad. it., *Il concetto di diritto*, Torino, 1965, 153 ss.; F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, Napoli, 2000; A. PIZZORUSSO, *Certezza del diritto. Profili applicativi*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, 2; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula << Amministrazione per risultati >>*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, 816; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit.; H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (rad. it.), Torino, 1966, 282-283.

⁶ In questo senso cfr. sulla scia dell'insegnamento di Mortati e con specifico riferimento al potere regolamentare E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967, 231 ss.; G. PERICU, *Le sovvenzioni, (diritto amministrativo)*, in *Enc. del Dir.*, Milano, XLIII, 29 ss.

2. IL SUPERAMENTO DEL SISTEMA <<LEGICENTRICO>>

Da più parti si evidenzia non solo la preponderante posizione del Governo (e, più in generale, dell'apparato burocratico-amministrativo) nel promuovere ed attuare direttamente l'indirizzo politico deciso in sede extraparlamentare, ma anche la disponibilità da parte dello stesso potere esecutivo di strumenti giuridici e politici capaci di incidere in modo considerevole sul potere legislativo al punto da poter imporre scelte ed indirizzi individuati in altra sede⁷.

Più in generale, il sopraindicato fenomeno di minimalizzazione – se non di svuotamento – del principio di legalità⁸ scaturisce dalle trasformazioni politiche,

⁷ Tutto ciò viene ad intaccare l'originaria fisionomia del principio di legalità, determinandone un sostanziale svuotamento: tale fenomeno è ulteriormente accentuato e favorito da altri fattori – già accennati – quali la prevalenza delle fonti comunitarie, la crescita delle fonti secondarie (soprattutto per effetto della delegificazione) e la creazione ad opera della giurisprudenza – in ordine all'attività amministrativa – di regole e principi a volte anche oltre le disposizioni costituzionali e legislative.

⁸ Sul principio di legalità come garanzia del cittadino nei confronti del potere statale e come limite all'incidenza di tale potere nell'ambito della sfera giuridica del cittadino cfr. C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 8 ss. Accanto a tale principio di "legalità-garanzia" si colloca quello di "legalità-indirizzo", secondo cui la subordinazione della p. A. alla legge tende a realizzare << la corrispondenza tra i fini posti dalla comunità e il potere che deve concretamente realizzarli >>: in questi termini M. R. SPASIANO, *L'organizzazione comunale. Paradigmi di efficienza pubblica e buona amministrazione*, Napoli, 1995, 204, nt. 68. Più in generale, in ordine alla nascita dello Stato moderno ed alla sua successiva evoluzione cfr. A. BARBERA, *I Parlamenti*, Bari, 1999; F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, Milano, 1965; N. BOBBIO - N. MATTEUCCI - G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 1990; N. BOBBIO, *Stato, governo, società. Frammenti di un dizionario politico*, Torino, 1995; P. BODDA, *Lo Stato di diritto. A proposito di alcune recenti opinioni*, Milano, 1935; E. BUSSI, *Il diritto pubblico del Sacro Romano Impero alla fine del XVIII secolo*, Milano, 1959; J.J. CHEVALLIER, *Le grandi opere del pensiero politico*, Bologna, 1998; B. CROCE, *Storia d'Europa nel secolo decimonono*, Bari, 1965; D. CORRADINI, *Garantismo e statualismo*, Milano, 1986; E. CORTESE, *Sovranità (storia)*, in *Enc. del Dir.*, XLIII, 1990, 205 ss.; J. ELLUL, *Storia delle istituzioni*, Parigi, 1956, ed. it. Milano, 1976; L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Bari, 1997; M. FIORAVANTI, *Stato (storia)*, in *Enc. del Dir.*, XLIII, 1990, 708 ss.; S. FOIS, *La "riserva di legge"*, Milano, 6 ss.; C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia. 1848/1948*, Bari, 1978; ID., *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia*, Bari, 1988; ID., *Dall'antico regime al 1848. Le origini costituzionali dell'Italia moderna*, VI, Bari, 1999; M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986; ID., *Sovranità (diritto vigente)*, in *Enc. del Dir.*, XLIII, 1990, 224 ss.; G. GOZZI, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Bari, 1999; A.C. JEMOLO, *La crisi dello Stato moderno*, Bari, 1991; A. MARONGIU, *Parlamento (storia)*, in *Enc. del Dir.*, XXXI, 1991, 724 ss.; N. MATTEUCCI, *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, Bologna, 1997; C. MORTATI, *Le forme di governo. Lezioni*, Padova, 1973; G. POGGI, *La vicenda dello Stato moderno*, Bologna, 1978; ID., *Lo Stato. Natura, sviluppo, prospettive*, Bologna, 1992; P. POMBENI, *Lo Stato e la politica*, Bologna, 1997; D. RICHET, *Lo spirito delle istituzioni. Esperienze costituzionali nella Francia moderna*, Bari, 1998; S. RODOTA', *Libertà e diritti in Italia dall'Unità ai giorni nostri*, Roma, 1997; J. H. SHENNAN, *Le origini dello Stato moderno in Europa. 1450-1725*, Bologna, 1991; M. STOLLEIS, *Storia e ragion di stato nella prima età moderna*, Bologna, 1998; P. TANDA, *Attività amministrativa e sindacato del giudice civile e penale*, Torino, 1999, 9 ss.; G. TARELLO, *Storia della cultura*

sociali ed economiche che hanno determinato il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale contemporaneo: << la dequotazione della legalità/legittimità...sembra originare dalla (e connettersi colla) crisi del modello di Stato sociale di diritto e, soprattutto, muoversi sulla stessa lunghezza d'onda e in perfetta sincronia diacronica con le ragioni e gli imperativi della globalizzazione in atto >>⁹. Tutto ciò, in effetti, è riconducibile a molteplici fattori quali l'esigenza di redistribuire il reddito a favore delle classi meno abbienti; la necessità che tali interventi pubblici siano sempre più connotati dal carattere della rapidità, efficienza e competenza specialistica; la notevole articolazione e complessità della concreta realtà effettuale su cui operare gli stessi interventi riequilibrativi.

Da ciò la necessità che le decisioni essenziali in ordine alla relativa azione della P. A. vengano adottate da un organo amministrativo dotato di peculiarità tali da soddisfare concretamente le sopraindicate esigenze: in tal senso il Governo (o comunque un organo della struttura amministrativa) è dotato di rapidità, di incisività e di competenza tecnica più accentuate rispetto al Parlamento (o ad un analogo organo rappresentativo)¹⁰.

Tuttavia, è stato evidenziato che la forma ricopre un ruolo fondamentale nell'ambito di un'analisi che possa definirsi giuridica e non sociologica o politologica: il profilo formale non può essere trattato << alla stregua di una sorta di superflua appendice di cui si possa pensare di poter fare a meno a seconda delle convenienze della polemica contingente >>¹¹.

giuridica moderna, Bologna, 1999; G. TREVES, *Considerazioni sullo Stato di diritto*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1959, 399 ss.

⁹ In tal senso testualmente R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2002, 167, il quale chiarisce, inoltre, che quanto minori saranno << i tempi del *decision making power* – e principalmente della decisione – tanto maggiore sarà l'*utilitas* che ne ritrarrà il sistema delle imprese, alla stregua di un valore aggiunto a costo zero >>.

¹⁰ Afferma S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2000, 195-196, che in una prima fase, quella del c.d. dualismo tra Parlamento e Governo, sottoporre il potere amministrativo alla legge significava vincolare il vertice dell'Amministrazione (Governo) alle norme dettate dal Parlamento. Il principio di legalità, pertanto, indicava il limite parlamentare dell'attività governativa. Nella fase successiva, invece, della parlamentarizzazione dello Stato, il principio di legalità ha assunto il significato di primato della legge sull'atto amministrativo. Ciò è dovuto al nuovo rapporto tra Governo e Parlamento creato dal suffragio universale e dalla subordinazione del primo al secondo. In entrambe le fasi il principio di legalità è finalizzato a garantire i cittadini dai possibili abusi della p. A. Proprio perché il Parlamento è eletto dal popolo, spetta ai rappresentanti dei cittadini curarne gli interessi: tale impostazione è basata sulle teorie rousseauiane, secondo cui il potere risiede nei corpi elettivi. Tale concezione non ha trovato applicazione in quasi nessuna democrazia moderna in quanto la "dittatura della maggioranza" è temperata da una complessa ingegneria costituzionale di separazione e contrapposizione di poteri.

¹¹ Cfr. F. BASSI, *Il principio di legalità, e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, 169, che, inoltre, sottolinea come << al contrario, la critica anche più penetrante non può dimenticare che l'aspetto formale dell'ordine giuridico (nel caso di specie: la necessità che ogni potere dell'Amministrazione trovi fondamento in una decisione formalmente assunta da un certo organo piuttosto che da un altro e con un atto formalmente individuabile come legge) possiede una rilevanza imprescindibile, perché esso – lungi dall'incarnare un orpello non necessario – nasconde

Del resto, la sopraindicata preponderanza del ruolo del Governo nell'attuare direttamente l'indirizzo politico deciso in sede extraparlamentare e la capacità dello stesso potere esecutivo di operare una sostanziale imposizione di scelte effettuate in altra sede non fanno venir meno l'importanza del ruolo del Parlamento: sebbene l'organo governativo possa influire in modo decisivo sull'attività legislativa attraverso la decretazione d'urgenza o la delega legislativa oltre che mediante il ricorso alla delegificazione, sta di fatto che in tali casi << all'organo rappresentativo residua sempre la parola decisiva (in via preventiva o successiva) >>¹². Inoltre, un'importante argine alla superfetazione dei poteri del Governo con conseguente rimodulazione del sistema complessivo nel senso della centralità del Parlamento, si è avuto con l'abolizione della prassi della reiterazione dei decreti-legge.

Tuttavia, una conferma della sopraindicata condizione di crisi proviene anche dall'art. 21-octies della l. n. 241/1990 s.m.i. Tale disposizione normativa¹³ e, più in generale, l'intero impianto della l. n. 15/2005 hanno introdotto nel nostro sistema normativo nuove regole che sembrano << disegnare il rapporto amministrativo secondo linee significativamente divergenti rispetto alla tradizione. Il senso generale di questa operazione va colto, *primo visu*, in una maggiore attenzione agli aspetti dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa, non più coincidenti, da tempo, con la sua pura legalità >>¹⁴: tutto ciò comporta un'evidente contrazione dell'originaria accezione del principio di legalità.

in realtà un profilo sostanziale dell'esperienza ordinamentale che (proprio in quanto si ragiona in termini giuridici) non può esprimersi se non sotto sembianze formali >>.

¹² Così F. BASSI, *Il principio di legalità*, cit. 179, il quale evidenzia anche che << fino a quando l'ordinamento giuridico in cui viviamo continuerà ad ispirarsi al valore democratico della sovranità popolare, per quanto formale possa essere la riserva di competenza a favore della legge che è implicata dal principio di legalità, di essa l'interprete e l'operatore quotidiano delle cose giuridiche non può pensare di poter fare a meno: è un dato voluto dall'ordinamento positivo e come tale deve essere rispettato, sicché non è l'interpretazione giuridica a dover essere piegata ai dati desumibili dalla realtà, ma viceversa >> (*op. cit.*, 169-170).

¹³ Secondo F. FRANCARIO, *Dalla legge sul procedimento amministrativo alla legge sul provvedimento amministrativo (sulle modifiche ed integrazioni recate dalla legge 15/2005 alla legge 241/1990)*, in rivista on line www.giustamm.it, 6, il problema maggiore che pone il secondo comma dell'art. 21-octies citato nel testo non è tanto quello della difficoltà di poter stabilire quando il contenuto di un atto avrebbe potuto essere differente da quello in concreto adottato, << quanto di precisare l'effettiva rilevanza della stessa distinzione tra vizi formali e sostanziali. La norma sembra infatti esser maturata facendo pressoché esclusivo riferimento alla possibilità di fruizione di una tutela di tipo costitutivo, di annullamento, e non anche risarcitorio, ormai generalizzata anche innanzi al giudice amministrativo >>. Secondo l'A., se si pone attenzione alla complessiva tutela offerta al cittadino nei confronti della pubblica Amministrazione, sembra gratuita e frettolosa la concessione in tal modo fatta all'esigenza di garantire l'efficacia dell'azione della p. A. Sul punto cfr. anche anche F. FRACCHIA – M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in rivista on line www.giustamm.it, 1 ss.

¹⁴ In questi termini A. ROMANO TASSONE, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della l. n. 241/1990*, in rivista on line www.giustamm.it, che rileva anche come dalla novella derivi un allentamento dei vincoli formali e procedurali che incombono sull'azione autoritativa della pubblica Amministrazione. In senso fortemente critico F. SATTA, *La riforma della legge 241/90: dubbi e*

Rilevante in tal senso è anche l'introduzione – ad opera della citata l. n. 15/2005 – nell'art. 1/1 l. n. 241/1990 dell'espresso riferimento ai << principi dell'ordinamento comunitario >>¹⁵.

In effetti, si tratta di principi che sono stati elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea, facendo riferimento principalmente alle tradizioni giuridiche comuni degli Stati membri dell'Unione, e che da anni, ormai, regolano l'esercizio delle attività amministrative degli organi ed uffici comunitari e di quelli nazionali, qualora operino in applicazione delle norme di origine comunitaria.

In particolare, tra i principi elaborati dalla Corte di Giustizia – che, nella pratica, coincidono con quelli già presenti negli ordinamenti nazionali (principio di trasparenza, di imparzialità, di partecipazione, ecc.)¹⁶ – incide sull'originaria configurazione del principio di legalità non solo il principio di proporzionalità, ma anche e soprattutto quello di legittima aspettativa.

Il principio di proporzionalità, anzitutto, viene visto nel nostro ordinamento come un logico corollario del principio di ragionevolezza, per cui risulterebbe irragionevole qualsiasi provvedimento incidente sulla sfera privata, non giustificato, a monte, da motivate esigenze di pubblico interesse: come tale il provvedimento in questione risulterebbe illegittimo, perché affetto dal vizio di eccesso di potere.

Nella sua accezione comunitaria, tuttavia, il principio di proporzionalità si caratterizza per la posizione di maggior rispetto conferito alla sfera privata di fronte alle comuni esigenze di interesse pubblico: si punta, perciò, più sulla necessità di non limitare, se non per comprovate ed ineludibili esigenze pubbliche, la sfera di

perplexità, *ivi*, 3, in ordine a tale novella rileva che << dalla data della sua entrata in vigore in Italia vigerà un nuovo principio di legalità >>.

¹⁵ Proprio in relazione ai << principi dell'ordinamento comunitario >> richiamati espressamente dal novellato art. 1 l. n. 241/1990, E. FOLLIERI, *La giurisdizione del giudice amministrativo a seguito della sentenza della Corte costituzionale 6.7.2004 n. 204 e dell'art. 21 octies della L. 7.8.1990 n. 241*, in rivista on line *www.giustamm.it*, 13, si chiede se la seconda parte dell'art. 21-octies/2 cit., essendo in posizione di contrasto con i sopra indicati principi, non possa essere disapplicata o rimossa in via pregiudiziale dalla Corte Europea. L'A. rileva che la norma cancella non solo l'idea di garanzia che si pone alla base della partecipazione, ma anche il diritto, in sé, di partecipare: << la disposizione appare come un controsenso, nel momento in cui la L. n. 15/05 prevede un altro caso di comunicazione preventiva dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza prima della formalizzazione del provvedimento negativo per consentire agli interessati "entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione" di "presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti" (art. 10 bis L. n. 241/90). È una previsione che può tranquillamente non essere osservata, dimostrando che il "provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato >>. In questo modo – afferma l'A. – si premia il risultato voluto dall'Amministrazione (non la "migliore" cura dell'interesse pubblico), sacrificando il diritto di partecipare al procedimento, diritto che diventa rilevante unicamente nella misura in cui possa portare ad un provvedimento di contenuto diverso, soddisfattivo della situazione giuridica soggettiva del ricorrente. In merito cfr. anche F. FRACCHIA – M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, cit. 1 ss.

¹⁶ Nel nostro ordinamento un primo richiamo ai principi dell'ordinamento comunitario è rintracciabile già nell'art. 20/8 lett. c) della l. n. 59/1997, che, in materia di semplificazione amministrativa, prevede l'espressa soppressione di tutti quei procedimenti ritenuti in contrasto << con i principi generali dell'ordinamento giuridico nazionale e comunitario >>.

libertà dei privati, piuttosto che intendere il principio come la necessità della migliore soddisfazione dell'interesse collettivo.

Anche il principio del legittimo affidamento, nella sua dimensione comunitaria, risulta fortemente caratterizzato dalla tutela dell'interesse privato. Pertanto, nel caso in cui sia stata assicurata ad un cittadino una posizione di vantaggio, questa non potrà essere rimossa dalla P. A. senza un indennizzo per la perdita della posizione acquisita: in tali casi << il principio di certezza del diritto e di stabilità dei rapporti giuridici tende a prevalere, in determinati casi, su quello di legalità. Atti dell'autorità anche se illegittimi possono aver prodotto nei destinatari un affidamento circa i vantaggi loro assicurati, in relazione alle circostanze di fatto e di diritto nell'ambito delle quali l'autorità ha operato; affidamento che non può essere sacrificato in ragione di motivi di interesse pubblico >>¹⁷.

Tali principi, perciò, saranno forieri di sicure innovazioni nella giurisprudenza nazionale, nel senso di un'accentuazione della tutela delle posizioni private.

Anche la giurisprudenza del giudice ordinario¹⁸ mostra di seguire una prospettiva sostanzialistica, arrivando ad affermare il principio per il quale la partecipazione al procedimento contribuisce a definire l'accertamento di presupposti di fatto del provvedimento finale e l'interpretazione delle norme giuridiche che regolano il potere.

Sembra, pertanto, che anche la giurisprudenza abbia accolto la visione di un'Amministrazione intesa come un potere non imposto come tale, ma funzionalizzato al perseguimento di obiettivi che ne legittimano l'esercizio. Infatti, è lo scopo a giustificare l'esistenza del potere e contemporaneamente a connotarlo, delimitandolo e conformandolo alla situazione su cui ricade: in definitiva, amministrare non significa più assumere una posizione autoritaria, ma un ruolo di servizio alla collettività (*ad minus stare*)¹⁹.

3. RAPPORTI TRA LA CRISI DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ E LA NOZIONE DI EFFICIENZA AMMINISTRATIVA

¹⁷ In questi termini V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/1990 – 1. puntata*, in rivista on line www.giustamm.it, 4, secondo cui, inoltre, l'espresso richiamo ai principi dell'ordinamento comunitario << sicuramente darà luogo a delle conseguenze nell'ambito della nostra giurisprudenza, a successivi adeguamenti di essa a quella comunitaria; ad una impostazione, nella quale la tutela delle posizioni private è destinata a svolgere un ruolo molto più forte di quanto si riscontra nella nostra giurisprudenza tradizionale >>.

¹⁸ Cass. SS. UU., 1° aprile 2000, n. 82, in *Riv. Cons. St.*, 2000, II, 1364.

¹⁹ Rileva F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, 1996, 239 ss., che il rapporto tra Amministrazione e cittadini ha subito un profondo capovolgimento, proprio perché si è spostato il fulcro dell'attività amministrativa autoritativa dall'atto conclusivo alla precedente fase della formazione della decisione: << è profonda indubbiamente la modificazione del sistema e una sua attuazione completa potrà realizzarsi solo gradualmente. Laddove il comando legislativo viene rispettato favorendo la massima rappresentazione delle differenti situazioni soggettive coinvolte dall'esercizio della potestà, si determina una migliore soddisfazione del pubblico interesse, sancendo il passaggio da un'Amministrazione di tipo monologico ad una di tipo dialogico >>.

Prima di esaminare quali siano i rapporti tra la nozione di efficienza amministrativa e la destrutturazione del sopraindicato sistema <<legicentrico>> è opportuno fare alcune considerazioni di carattere preliminare.

Come è noto, la nozione di efficienza amministrativa²⁰ trova il suo fondamento nella norma costituzionale sul buon andamento della P. A²¹. A tale norma costituzionale è stato ricondotto anche il principio di imparzialità che la recente l. n. 69/2009 ha espressamente introdotto nell'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo, accanto ai già presenti principi di economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza²².

Pertanto, a tali ultimi principi, già normativamente indicati come quelli ai quali deve ispirarsi l'attività amministrativa, si aggiunge, appunto, quello di imparzialità, al quale, comunque, già si riconosceva cittadinanza giuridica nel sistema previgente. In buona sostanza il legislatore, ponendosi nel senso della continuità, attraverso la codificazione del principio di imparzialità attribuisce dignità di disposizione espressa

²⁰ Sulla nozione di efficienza cfr. R. MARRAMA, *L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza*, in *Atti del XXXV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna, 21-23 settembre 1989, Milano, 1991, 65 ss.; ID., *L'organizzazione pubblica*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 1998, 345 ss.; O. SEPE, *L'efficienza nell'azione amministrativa*, Milano, 1975; G. CASTALDI, *Lineamenti generali di scienza dell'amministrazione pubblica*, Milano, 1970; R. BETTINI, *Il principio di efficienza in scienza dell'amministrazione*, Milano, 1968; G. CORAGGIO, *Merito amministrativo*, in *Enc. del dir.*, XXVI, Milano, 1976, 131 ss.; B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, III, Padova, 1993, 327. Per efficienza deve intendersi, secondo H. A. SIMON, *Il comportamento amministrativo*, trad. it., Bologna, 1958, 269, << adeguatezza o idoneità a raggiungere il risultato voluto; successo nel raggiungimento del risultato; potere adeguato, effettività, efficacia >>. Secondo U. ALLEGRETTI, *L'amministrazione in una prospettiva di revisione costituzionale*, in *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996, 248 ss., in vista di una revisione costituzionale, sarebbe opportuno riformulare meglio il buon andamento utilizzando la locuzione << efficienza >>.

²¹ Sul principio costituzionale di buon andamento cfr. F. D'ALESSIO, *Il buon andamento dei pubblici uffici*, Ancona, 1993; A. ANDREANI, *Il principio di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979; O. SEPE, *L'efficienza dell'azione amministrativa*, Padova, 1979; U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della p. A.*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 131; P. CALANDRA, *Efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989; C. PINELLI, *La pubblica amministrazione. Commento agli artt. 97 e 98*, in G. BRANCA e A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1994, 31 ss.; S. STAMMATI, *Il buon andamento dell'amministrazione: una rilettura e principi per un ripensamento*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, cit., 795 ss.; A. SAITTA, *Il principio di buon andamento della pubblica amministrazione nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1988, 53. Sussiste evidentemente anche a livello comunitario il << diritto ad una buona amministrazione >> (art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), su cui cfr. A. ZITO, *Il << diritto ad una buona amministrazione >> nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 425 ss.

²² M. CLARICK, *La legge nel procedimento si rifà il trucco*, in *Dir. e prat. amm.*, 2009, n. 7-8, 3, in riferimento all'inclusione tra i criteri dell'attività amministrativa anche di quello dell'imparzialità, ha parlato di << ritocchi stilistici >>, essendo tale principio già contemplato dall'art. 97 Cost.

a quella che già da tempo dottrina e giurisprudenza desumevano dall'art. 97 Cost. Ciò, tuttavia, non può indurre ad escludere che vi sia stato un rafforzamento del valore e della portata di tale principio né può far ritenere ovvio ed inutile l'espresso riferimento da parte di una legge dello Stato ad un principio generale a cui la P.A. deve informare il suo agire, per la semplice considerazione che *la legge e il relativo esplicito richiamo* al citato principio *adesso ci sono*.

Pertanto, l'esplicito richiamo all'imparzialità, lungi dal rivestire una mera occasione declamatoria, deve essere adeguatamente valorizzato anche perchè consente all'interprete di disporre di un ulteriore parametro valutativo: ciò non può non orientare l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza verso la piena ed effettiva esplicazione del canone della imparzialità, di fronte al quale gli altri principi regolatori dell'azione amministrativa non potranno porsi in posizione sovraordinata.

D'altronde, il fatto che il principio di imparzialità non rappresenti un elemento di novità e la circostanza che solo con la l. n. 69/2009 sia stato espressamente richiamato tra i principi cui deve ispirarsi l'attività amministrativa, non possono portare a valutare tutto ciò come superfluo: anzi, questo dimostra che l'imparzialità come prevista dalla l. n. 69/2009 sia il risultato di un *iter* interpretativo che, a sottolineare l'importanza del concetto, ha trovato una propria positivizzazione normativa²³.

Nell'immediatezza dell'emanazione della Costituzione, ai principi di imparzialità e buon andamento venne attribuita una portata limitata. Parte della dottrina, infatti, riteneva fossero semplici regole riferite all'organizzazione amministrativa e non anche all'attività²⁴. Altra dottrina, pur riconoscendo a tali principi carattere precettivo, li considerava, tuttavia, in senso restrittivo, in quanto rapportava l'imparzialità alla parità di trattamento fra i privati²⁵ ed il buon andamento al merito amministrativo e, quindi, alla buona amministrazione²⁶.

²³ Inoltre, la stessa l. n. 69/2009, proprio al fine di favorire l'imparzialità (e la trasparenza) della partecipazione, interviene – tra l'altro – anche in materia di accesso agli atti amministrativi modificando l'art. 22/2 l. 241/90 e ribadendo che l'accesso costituisce un principio generale dell'attività amministrativa.

²⁴ Per un'attenta analisi delle diverse prospettazioni teoriche che sono state elaborate in ordine al principio in esame si rinvia a M.R. SPASIANO, *L'organizzazione comunale. Paradigmi di efficienza pubblica e buona amministrazione*, cit., 206 ss.; ID., *Organizzazione e risultato amministrativo*, cit., 343 ss. Secondo G. BALLADORE PALLIERI, *La nuova costituzione italiana*, Milano, 1948, 164, l'imparzialità ed il buon andamento costituivano << regole generali circa i pubblici uffici, prive di ogni contenuto giuridico >>. In merito cfr. anche A. BOZZI, *I profili costituzionali della riforma della pubblica amministrazione*, in *Riv. amm.*, 1950, 529; M. CANTUCCI, *La pubblica amministrazione*, in P. CALAMANDREI - A. LEVI (a cura di), *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, II, Firenze, 1950, 158 ss. Per un approfondimento di tali profili si invia a F. SATTA, *Introduzione ad un corso di diritto amministrativo*, Milano, 1975.

²⁵ Nel senso dell'imparzialità come parità di trattamento nei confronti dei privati, cfr. tra gli altri P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della Pubblica Amministrazione*, in *Scritti Calamandrei*, IV, Padova, 1958.

²⁶ Nei termini indicati nel testo cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV, Napoli, 1989, 58 ss.

Un'ulteriore prospettazione dottrinale incentrava la propria ricostruzione teorica sul divieto di favoritismi sia nell'attività discrezionale che in quella organizzativa²⁷.

Inoltre, i due sopraindicati valori venivano intesi come facenti parte di un unico principio all'interno del quale veniva dedicato al principio di imparzialità attenzione maggiore rispetto al buon andamento²⁸.

In tale contesto, tuttavia, non era ritenuta appagante la configurazione del buon andamento come dovere di buona amministrazione, in quanto limitato al solo profilo dinamico dell'esercizio dell'attività relativo ai soli singoli soggetti agenti: il buon andamento, invece, rappresenta – sul piano statico – un principio di organizzazione,

²⁷ Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1988, 90 s.; ID., *Diritto amministrativo*, III, 1993, 90 s., secondo cui il principio di buon andamento è diretto anzitutto a chi fa le leggi: si rivolge, poi, all'Amministrazione non nell'esercizio dell'attività istituzionale, ma solo quando svolge attività di organizzazione di se stessa.

²⁸ Per un'attenta disamina delle problematiche connesse ai principi costituzionali in questione cfr. R. MARRAMA, *L'organizzazione pubblica*, cit., 345 ss.; M.R. SPASIANO, *L'organizzazione comunale. Paradigmi di efficienza pubblica e buona amministrazione*, cit., 177 ss.; ID., *Organizzazione e risultato amministrativo*, cit., 342 ss. Secondo G. PASTORI, *La Burocrazia*, Padova, 1967, 224 ss., l'imparzialità ed il buon andamento qualificano anche ogni attività del cittadino nel campo del diritto pubblico, però con una importante precisazione: mentre l'imparzialità – intesa come possibilità di valutare tutti gli interessi – per sostenere l'accostamento non può avere solo un rilievo organizzativo, ma deve tradursi in una regola dell'attività, il buon andamento può essere trasposto puramente e semplicemente: << l'accresciuta importanza di questa regola e il progressivo accostamento delle attività private e pubbliche sotto tale profilo, saranno d'altronde favoriti ... anche dall'introduzione della tecnica nell'agire amministrativo, che contribuisce all'equiparazione di fatto dei due ordini di attività >>. Si occupano prevalentemente del principio di imparzialità M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1996; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1973. Invece, S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, 1973, attribuisce un ruolo centrale al problema del grado di effettività del principio nella giurisprudenza amministrativa e costituzionale. Inoltre, cfr. P. CALANDRA, *Efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1988; G. ARENA, *Valori costituzionali e ruolo dell'amministrazione*, in *Studi di Ottaviano*, I, Milano, 1993, 3 ss.; A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, cit., 15 ss.; M. CANTUCCI, *La pubblica amministrazione*, cit., 158 ss.; G. BALLADORE PALLIERI, *La nuova costituzione italiana*, cit., 164; ID., *Diritto costituzionale*, XI, Milano, 1974; E. CROSA, *Diritto costituzionale*, Torino, 1951, 410; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1972, 483; E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 305.

²⁸ In merito cfr. R. MARRAMA, *L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza*, cit., 65 ss.; ID., *L'organizzazione pubblica*, cit., 345 ss.; M.R. SPASIANO, *La funzione amministrativa*, cit., 244 ss.; ID., *L'organizzazione comunale*, cit., 206 ss.; ID., *Organizzazione e risultato amministrativo*, cit., 342 ss.; G. CORAGGIO, *Merito amministrativo*, cit., 131 ss.; B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, cit., 327; R. BETTINI, *Il principio di efficienza*, cit., 25. È opportuno, secondo O. SEPE, *L'efficienza*, cit., 6, porsi nell'ottica di abbandonare << ogni idea di vincolo giuridico dell'autorità amministrativa a criteri di opportunità e ciò perché l'ordinamento positivo tende, attraverso il controllo ed il sindacato giuridico, ad assicurare un uso corretto della discrezionalità, non a garantire l'uso migliore ... Al contrario, il criterio generale di efficienza è quello di interpretare ed applicare correttamente (anche in senso evoluto) le norme giuridiche e contemporaneamente porre in atto tutte quelle cautele che consentono di tener presenti i vari interessi prospettandosi gli effetti dell'azione, sia in relazione al fine specifico da raggiungere, sia con riguardo al fine generale di efficienza, anche nel futuro >>.

oltre che – sul piano dinamico – un obiettivo dell'attività al quale l'organizzazione è preordinata²⁹.

Pertanto, si è fatto ricorso al significato di efficienza come sviluppato dalla scienze aziendalistiche per individuare gli esatti ambiti ed il contenuto del precetto costituzionale di buon andamento.

La conseguente identificazione di tale principio con il canone di efficienza è stata prospettata con diverse modalità. Un importante indirizzo teorico si colloca nel senso di rapportare il profilo statico dell'organizzazione amministrativa con quella dinamico della funzione, in modo da assicurare, in sede di organizzazione, dei risultati apprezzabili sul piano del merito³⁰.

In tale ambito l'art. 97/1 Cost., nel prevedere il principio di buon andamento – ritenuto coincidente con l'efficienza –, costituisce il fondamento del potere di auto-organizzazione dell'Amministrazione³¹.

Quindi, il valore giuridico del principio di buon andamento è un valore organizzativo e dinamico, il quale, più che imporre un dovere di buona amministrazione, comporta che la P. A. sia organizzata in modo da garantire imparzialità ed efficienza³².

²⁹ In merito cfr R. MARRAMA, *L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza*, cit., 65 ss.; ID., *L'organizzazione pubblica*, cit., 345 ss.; M.R. SPASIANO, *La funzione amministrativa*, cit., 244 ss.; ID., *L'organizzazione comunale*, cit., 206 ss.; ID., *Organizzazione e risultato amministrativo*, cit., 342 ss.; G. CORAGGIO, *Merito amministrativo*, cit., 131 ss.; B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, cit., 327; R. BETTINI, *Il principio di efficienza in scienza dell'amministrazione*, Milano, 1968, 25. È opportuno, secondo O. SEPE, *L'efficienza dell'azione amministrativa*, Padova, 1979, 6, porsi nell'ottica di abbandonare << ogni idea di vincolo giuridico dell'autorità amministrativa a criteri di opportunità e ciò perché l'ordinamento positivo tende, attraverso il controllo ed il sindacato giuridico, ad assicurare un uso corretto della discrezionalità, non a garantire l'uso migliore ... Al contrario, il criterio generale di efficienza è quello di interpretare ed applicare correttamente (anche in senso evoluto) le norme giuridiche e contemporaneamente porre in atto tutte quelle cautele che consentono di tener presenti i vari interessi prospettandosi gli effetti dell'azione, sia in relazione al fine specifico da raggiungere, sia con riguardo al fine generale di efficienza, anche nel futuro >>.

³⁰ Cfr. M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966., 67 s.; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, 82 ss.; A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979 20.

³¹ In tal senso M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice*, cit., 67 s., secondo cui l'art. 97/1 Cost. regola, << attraverso l'affermazione del principio di imparzialità, una modalità di esercizio di tale potere, che si risolve in un'attribuzione di titolarità di esso ... distribuisce, mediante la riserva relativa di legge, la funzione d'organizzazione fra potere legislativo e potere esecutivo ... importa e sottintende il collegamento con tutte le altre norme dell'ordinamento (ed in primo luogo quelle costituzionali) atte a consentire l'individuazione dei centri ai quali, nell'ambito dell'apparato amministrativo statale, o della residua organizzazione pubblica, spetta la funzione d'organizzazione sulla base degli orientamenti fissati dall'art. 97 >>.

³² Cfr. M. NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in G. AMATO - A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1984, 836. Secondo U. ALLEGRETTI, *Valori costituzionali e pubblica amministrazione: un nuovo inizio?*, in *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996, 216, l'efficienza è nozione solo formale e coincide con la << capacità del fine... non di un fine economicistico o di redditività (che può esservi, eventualmente, in certi settori di amministrazione qualificati da finalità economiche) e pertanto essa, qualora intesa così,

Secondo tale orientamento dottrinale l'identificazione del buon andamento nell'efficienza equivale non solo a capacità di raggiungere il risultato programmato, ma anche ad idoneità dei modi e dei mezzi per ottenerne il conseguimento³³: pertanto, l'organizzazione (profilo statico) e l'attività (profilo dinamico) sono efficienti se idonee a produrre il concreto soddisfacimento degli interessi³⁴.

Autorevole dottrina ha chiarito che il buon andamento si sostanzia proprio nell'efficienza dell'operato della pubblica Amministrazione³⁵.

Nell'ambito di tale prospettazione teorica l'efficienza viene opportunamente inquadrata come attribuzione alla P. A. di mezzi giuridici dotati di elasticità tale da consentire il miglior proporzionamento dell'attività amministrativa rispetto al fine (risultato): conseguentemente, è proprio nel rapporto tra strumenti ed obiettivi prestabiliti che si concretizza l'efficienza³⁶.

Di tale nozione, poi, l'illustre Autore individua un contenuto economico (incentrato su valutazioni evidentemente collegate ai costi), uno tecnico (fondato su valutazioni rapportate alla qualità), uno sociale (strettamente collegato alla concreta soddisfazione delle attese della comunità), sottolineando la preminenza di quest'ultimo rispetto ai due precedenti.

non entra in contrasto con le determinazioni contenutistiche della funzione, ma serve ai fini e alla loro natura propria (ed infatti la Costituzione coniuga il buon andamento con l'imparzialità) >>

³³ Così G. GUARINO, *Ancora sui modelli differenziati*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, II, Milano, 1970, 61, secondo cui la p. A. deve perseguire gli obiettivi indicati dal legislatore o quelli che l'Amministrazione stessa ha individuato attraverso un'oculata ponderazione.

³⁴ Nella prospettazione teorica accennata nel testo l'efficienza, in buona sostanza, verrebbe ad esprimere la propensione del sistema, ma non sarebbe riferibile al concreto raggiungimento del risultato. Secondo A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento*, cit., 23-24, << il massimo della valorizzazione giuridica del precetto costituzionale è espresso facendo perno sulla nozione di potere: a tale stregua buon andamento significa il modo con cui i poteri vengono esercitati in coordinamento tra loro, implicito essendo in tale coordinamento la bontà dell'adempimento amministrativo >>.

³⁵ R. MARRAMA, *L'Amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza*, in *Atti del XXXV Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, Varenna, 21-23 settembre 1989, Milano, 1991,, 65 ss.; ID., *L'organizzazione pubblica*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 1998, 345 ss. Tuttavia, A. ANDREANI, *Principi costituzionali ed << europeizzazione >> dell'amministrazione (evoluzione e metamorfosi del principio di buon andamento: l'art. 4 della l. 15 marzo 1997, n. 59, c.d. << Bassanini >>)*, in *Dir. amm.*, 1997, 537 ss., non sembra dare la stessa rilevanza al principio di buon andamento – che << si realizza nell'imporre forme organizzative ed operative di coordinamento del pluralismo amministrativo >> –, come si evincerebbe anche dal fatto che il legislatore ordinario in più circostanze ha preferito << affidarsi all'ancoraggio di principi generali diversi, ed almeno apparentemente più concreti e più radicati nella giurisprudenza (e, quindi, capaci di effettività) per orientare l'azione pubblica >> (*op. cit.*, 544). In merito cfr. anche M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999, 76 ss.

³⁶ Nell'ambito dell'equivalenza fra buon andamento ed efficienza G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, 37 ss., inquadra l'efficienza in termini di congruenza tra mezzi e fini, di proporzione tra risorse e risultati. Lo stesso Autore, tuttavia, rileva che non di rado la Corte Costituzionale riconduce il buon andamento al più generale principio di ragionevolezza, che trascende l'ambito della relazione tra fini e mezzi ed investe la razionalità dei fini *perseguiti dal legislatore*.

In tale contesto i caratteri del buon andamento-efficienza vengono individuati nell'economicità³⁷, nell'efficacia e nella pubblicità, rilevando acutamente come quest'ultima si differenzi rispetto alla trasparenza, in quanto in alcuni casi si fa ricorso a modelli formalistici di pubblicità addirittura per perseguire un obiettivo opposto a quello che appare all'esterno³⁸.

Viene ulteriormente posto in evidenza il rapporto di sostanziale interdipendenza sussistente nella materia in esame tra il principio di buon andamento-efficienza e quello di imparzialità. Infatti, la pubblica Amministrazione è imparziale se persegue il buon andamento-efficienza, che a sua volta è garanzia di imparzialità, intesa come incoraggiamento (diretto al legislatore da parte del Costituente) alla realizzazione della giustizia sostanziale: è davvero difficile ipotizzare, anche solo su un piano concettuale, un'azione amministrativa effettivamente conforme ai principi in esame allorché fosse posta in essere da organizzazioni pubbliche non incentrate, già nel loro aspetto strutturale, su quegli stessi principi di imparzialità e buon andamento³⁹.

Alla luce di questa ineccepibile ricostruzione non si può non condividere la considerazione secondo cui << la vera efficienza si raggiunge attraverso l'imparzialità e la vera imparzialità implica efficienza >>⁴⁰. In buona sostanza, si tratta di due aspetti di uno stesso fenomeno: la mancata attuazione dell'uno incide negativamente sull'altro e viceversa. Tale profilo è stato ulteriormente ribadito dalla già citata inclusione – ad opera della l. n. 69/2009 – tra i criteri dell'attività amministrativa anche di quello dell'imparzialità.

In definitiva, i due principi di buon andamento-efficienza e di imparzialità vengono a configurarsi come un essenziale principio unitario che costituisce premessa ineliminabile per una “buona Amministrazione”: tali principi << unitariamente intesi danno vita ad uno dei valori fondamentali su cui si poggia l'intero ordinamento giuridico >>⁴¹.

In tale contesto costituisce ormai un dato acquisito quello secondo cui i due aspetti dell'organizzazione e dell'attività della P. A. risultano tra di loro strettamente connessi⁴² e saldamente ispirati ai principi di imparzialità e buon andamento⁴³:

³⁷ R. MARRAMA, *L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza*, cit., 69 ss., analizza l'accezione organizzativa, funzionale e contabile dell'economicità indicata nel testo.

³⁸ Per gli opportuni approfondimenti si rinvia a R. MARRAMA, *L'amministrazione pubblica*, cit., 58.

³⁹ In merito interessanti considerazioni sono contenute nella sentenza della Corte Costituzionale n. 331 del 24 marzo 1988 (in *Giur Cost.*, 1988, 1359) e nella sentenza n. 453 del 15 ottobre 1990 (in *Giur. Cost.*, 1990, 2710, con osservazioni di G. AZZARITI, *Brevi note su tecnici, amministrazione e politica*, e di C. PINELLI, *Politica e amministrazione: una distinzione per l'ordine convenzionale*). In ordine al rapporto tra organi politici e burocratici cfr. M.R. SPASIANO, *L'organizzazione comunale, Paradigmi di efficienza pubblica e buona amministrazione*, cit., 97 ss.

⁴⁰ R. MARRAMA, *L'organizzazione pubblica*, cit., 385.

⁴¹ In questi termini R. MARRAMA, *op. cit.*, 390.

⁴² In merito si rinvia a R. MARRAMA, *L'organizzazione pubblica*, cit., 346 ss.; ID., *L'amministrazione pubblica, Paradigmi di efficienza pubblica e buona amministrazione*, Napoli, 1995, 66 ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa, e legalità di risultato*, Torino, 2003, 245 ss.; ID., *L'organizzazione comunale*, cit., 225 ss.; ID., *Organizzazione e risultato amministrativo*, in M. IMMORDINO – A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*,

mentre un'azione efficiente ed imparziale difficilmente proviene da una struttura pubblica non fondata sui sopraindicati principi, invece un'Amministrazione conforme a tali principi non è detto che sia anche imparziale ed efficiente⁴⁴. Ciò costituisce ulteriore conferma non solo della circostanza che per un esercizio ottimale dei pubblici poteri è necessario un giusto assetto organizzatorio⁴⁵, ma anche dell'imprescindibile valore del connubio – riscoperto dalla scienza amministrativa solo in tempi relativamente recenti – tra organizzazione ed attività amministrativa. Pertanto, non è più necessario limitare il concetto stesso di organizzazione al dato normativo, da cui talvolta il profilo organizzatorio può prescindere⁴⁶: si pensi, ad esempio, ai casi in cui la disposizione normativa di legge si è semplicemente limitata

Torino, 2004, 343 ss.; G. ARENA, *Valori costituzionali e ruolo dell'amministrazione*, in *Scritti di Ottaviano*, I, Milano, 1993, 3 ss.

⁴³Anche A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979, 15 ss., sostiene che il concetto di buon andamento caratterizza l'Amministrazione sia dal punto di vista strutturale sia da quello funzionale: sotto il primo profilo, il buon andamento è regola di composizione degli interessi pubblici di una Amministrazione pluralistica, mentre sotto il profilo funzionale, il buon andamento rappresenta lo scopo di tale composizione e tende << a esplicitarsi attraverso una serie di specificazioni di ordine strutturale >> (op. cit., 23 ss.). Sui rapporti tra i principi di imparzialità e buon andamento e l'attività del cittadino nel campo del diritto pubblico, cfr. G. PASTORI, *La Burocrazia*, Padova, 1967, 224 ss. Sul sindacato della discrezionalità, cfr. C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 127/8.

⁴⁴M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1996; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1965; A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1973; P. CALANDRA, *Efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1988. In tema di organizzazione in funzione dei fini cfr. U. ALLEGRETTI, *L'amministrazione in una prospettiva di revisione costituzionale*, in *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996, 249.

⁴⁵Riferisce il principio del buon andamento sia all'attività che all'organizzazione, alla stessa stregua del principio di imparzialità, A. SAITTA, *Il principio di buon andamento della pubblica amministrazione nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1988, 57. Secondo M. CAMMELLI, *L'organizzazione centrale della p. a. nella XI legislatura: note intorno al processo di riforma*, in AA.VV., *Riformare la pubblica amministrazione*, cit., 41, << mentre è a tutti chiara, almeno sul piano teorico, la indefettibile correlazione tra azione della P. A. e conseguimento degli obiettivi a questa assegnati, sul piano dell'organizzazione il rapporto non è, invece, così diretto. In questo caso registriamo, infatti, la presenza di elementi che, pur non necessariamente connessi al conseguimento del fine specifico assegnato all'apparato considerato, debbono da questo (o, meglio, dall'organizzazione di quest'ultimo) essere considerati introducendo in tal modo uno scarto, di ampiezza variabile, tra modello organizzativo ottimale (sul piano della funzionalizzazione al risultato) e assetto concretamente posto in essere >>.

⁴⁶Secondo S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 1977, Firenze, 27, il diritto << prima di essere norma, prima di concernere un semplice rapporto o una serie di rapporti sociali, è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente per sé stante >>. In merito cfr. F. PUGLIESE, *Nozione di controinteressato e modelli di processo amministrativo*, Napoli, 1989, 19 ss.

a prendere atto di forme di organizzazione⁴⁷ affermatesi spontaneamente (consigli di quartiere, commissioni consiliari comunali, ecc.)⁴⁸.

Superata la visione statica e riduttiva dell'organizzazione pubblica, non si può non prendere atto non solo che proprio il profilo organizzatorio connota sia l'azione della P. A. sia i suoi obiettivi⁴⁹, ma anche che l'efficienza generalmente considerata come congruenza tra risorse ed obiettivi⁵⁰, se riferita all'assetto organizzativo della P. A., ne diviene addirittura parte integrante qualora le si attribuisca il significato di "efficienza imparziale" o "efficienza pubblica"⁵¹, in cui imparzialità e buon andamento tendono a differenziarla da qualsiasi altro tipo di organizzazione⁵².

Le strutture pubbliche, pertanto, trovano la loro ragion d'essere nel raggiungimento di risultati pratici tali da soddisfare quegli interessi pubblici individuati dalla legge⁵³.

Va, comunque, considerato che l'interesse finale perseguito dalla pubblica Amministrazione non è sicuramente il risultato della somma algebrica tra interessi generali e particolari: ciò senza dubbio accentua ulteriormente il ruolo creativo della P. A.⁵⁴.

⁴⁷ Per una esauriente disamina dei rapporti tra la potestà di organizzazione ed il principio di legalità si veda R. MARRAMA, *I principi regolatori della funzione di organizzazione pubblica*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, 409 ss.

⁴⁸ La spontaneità di tale fenomeno organizzatorio teme che la standardizzazione in regole normative possa irrigidirlo e renderlo incapace di rispondere prontamente ai mutamenti sociali: in merito cfr. G. GUARINO, *Quale amministrazione? Il diritto amministrativo degli anni '80*, cit., 111 ss.

⁴⁹ Sul punto si rinvia a R. MARRAMA, *L'organizzazione pubblica*, cit., 346 ss.; ID., *L'amministrazione pubblica*, cit., 66 ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, cit., 245 ss.; ID., *L'organizzazione comunale*, cit., 225 ss.; ID., *Organizzazione e risultato amministrativo*, cit., 342 ss.; G. ARENA, *Valori costituzionali e ruolo dell'amministrazione*, in *Saggi in onore del 50° del riordinamento della Ragioneria generale dello Stato*, Ist. Poligrafico, Roma, 1991, 3 ss. In ordine alla valenza anche organizzatoria del procedimento amministrativo cfr. M. NIGRO, *Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica dell')*, in *Enc. Giur. Treccani*, II, 1 ss.

⁵⁰ Cfr. O. SEPE, *L'efficienza nell'azione amministrativa*, Milano, 1975; G. CATALDI, *Lineamenti generali di scienza dell'amministrazione pubblica*, Milano, 1970; R. BETTINI, *Il principio di efficienza in scienza dell'amministrazione*, Milano, 1968.

⁵¹ Sui concetti di efficienza pubblica e di efficienza imparziale cfr. M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa*, cit., 245 ss.; ID., *Organizzazione e risultato amministrativo*, cit., 342 ss.

⁵² Rileva O. SEPE, *L'efficienza nell'azione amministrativa*, cit., 35, che l'efficienza è il risultato della buona amministrazione. In merito alle norme sulla competenza cfr. F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Riv. dir. amm.*, 1993, 24.

⁵³ In tal senso M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, cit., 124. Afferma G. GUARINO, *Ancora sui modelli differenziati*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, II, Milano, 1970, 61, che gli obiettivi da realizzare da parte della pubblica Amministrazione sono o quelli indicati dal legislatore o quelli che la Amministrazione stessa si è prefissata sulla base di un'attenta valutazione.

⁵⁴ M. VACCARELLA, *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, Torino, 2004, 3, evidenzia gli obblighi che gravano sulla p. A. in conseguenza del nuovo ruolo da questa acquisito: << realizzare gli obiettivi programmati in conformità ai fini previsti dalla legge che sempre più non sono frutto di scelte autoritative e unilaterali ma di codecisioni anche con altre Amministrazioni e con privati, che mirano a realizzare interessi pubblici particolari nel miglior modo possibile e con il minor sacrificio degli altri interessi pubblici o privati coinvolti >>. In effetti, si è verificato un profondo

Conseguentemente, in un sistema democratico << i pur possibili conflitti tra esigenze di effettività di attuazione del potere e di garanzia delle situazioni soggettive coinvolte nell'azione devono rinvenire adeguato sforzo di composizione sin dalla fase di ispirazione degli stessi modelli organizzativi ai principi di imparzialità e buon andamento >>, nella consapevolezza che l'astratto e a volte incompleto interesse prestabilito dalla norma, se calato nel concreto, finisce per arricchirsi di nuovi aspetti che concorrono a creare il "giusto interesse" perseguito, effettivamente rispondente al bene della comunità⁵⁵.

Ed, infatti, è proprio la comunità a diventare elemento essenziale di qualsiasi assetto organizzatorio, in quanto espressione di interessi specifici e concreti, afferenti a persone reali.

Va, poi, considerato che una moderna P. A., ispirata al principio di solidarietà, non può sottrarsi all'esigenza di individuare e tutelare anche quegli interessi deboli e incapaci di darsi forme di organizzazione visibili e che, pertanto, finirebbero con l'essere emarginati ed ignorati⁵⁶.

Tale contesto, in cui non di rado il dato fattuale anticipa e crea i presupposti per quello normativo⁵⁷, porta ad avvalorare ulteriormente la circostanza che il principio di legalità⁵⁸ dell'azione e dell'organizzazione amministrativa, nato per contrastare gli

capovolgimento del rapporto tra Amministrazione e cittadini, poichè si è venuto a spostare il fulcro dell'attività amministrativa autoritativa dall'atto conclusivo ad una precedente fase: quella della formazione della decisione.

⁵⁵ Cfr. G. BERTI, *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*, Padova, 1986, 160.

⁵⁶ Sulle esigenze di tutela degli interessi deboli e sui rapporti con gli interessi forti cfr. E. CASETTA, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. amm.*, 1993, 9; F. BASSI, *Autorità e consenso*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 747 ss.

⁵⁷ Secondo F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, cit., 16, l'affermazione contenuta nell'art. 1 della l. n. 241/90 potrebbe essere interpretata come << un monito ed un richiamo del legislatore alla persistente vigenza nell'attuale ordinamento del principio di legalità. E ciò al fine di non ingenerare equivoci sul mantenimento del principio anche a seguito delle nuove norme in materia di procedimento >>.

⁵⁸ Storicamente i due opposti modi di concepire il principio di legalità hanno origine in Francia e in Germania nel diciannovesimo secolo. In Francia, a seguito del repentino passaggio dalla monarchia al sistema parlamentare, si intese il principio di legalità come necessaria base legislativa per esercitare i poteri amministrativi. In Germania, invece, il principio di legalità acquisì una fisionomia più contenuta per effetto della coesistenza di assemblee rappresentative con il sistema regio. Conseguentemente, l'esercizio dei poteri dell'Amministrazione erano consentiti laddove non fosse in contrasto con la legge. In merito cfr. L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Giur.*, 1990, 3 ss.; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. del Dir.* (VI aggiornamento), Milano, 2002, 85 ss. Inoltre, P. BADURA, *Agire amministrativo informale e diritti fondamentali*, in *Il diritto pubblico*, 1999, 33 ss., evidenzia come l'ambito del potere amministrativo libero dalla legge - in origine particolarmente ampio - si sia nel tempo notevolmente ridotto. Se già in passato non vi era unanimità di vedute sugli esatti termini in cui inquadrare il rapporto tra attività amministrativa e legge, ancora oggi si discute se e in quale misura sia necessaria una disposizione di legge << perché l'Amministrazione possa ritenersi titolare di un potere da esercitare mediante l'attività amministrativa >>: in questi termini F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 86 ss., che, inoltre, evidenzia come allo stato, nonostante i notevoli contributi dottrinari, non si è raggiunta una sufficiente chiarezza in ordine al fondamento, al contenuto ed all'oggetto del principio di legalità. Infatti, M. NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri: lineamenti generali*, in *Scritti giuridici*, III,

abusi del potere esecutivo⁵⁹, ha subito per alcuni profili un'eccessiva accentuazione degli aspetti formalistici, al punto tale da comportare un'irrimediabile compromissione dei livelli di efficienza⁶⁰.

Milano, 1996, 1618, nel ricordare la ricorrente affermazione secondo cui il principio di legalità esprime la soggezione dell'attività amministrativa alla legge, sottolinea che sul principio in oggetto << sono state scritte intere biblioteche e ancora oggi si controverte circa il suo significato e anche circa la sua esistenza >>. Anche A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Il diritto pubblico*, 1995, 97, evidenzia la singolarità del fatto che tale principio sia ritenuto da tutti rilevante, ma la relativa portata risulta, invece, essere controversa. F. SATTA, *Principio di legalità, e pubblica Amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969, 25 ss., dubita che il principio di legalità implichi necessariamente una previa attribuzione di potere – a favore della p. A. - da parte di un legge formale approvata dal Parlamento, ritenendo, invece, che tale evenienza si verifichi solo nelle materie coperte da riserve di legge. Su posizioni sostanzialmente simili cfr. S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2000, 195 ss., il quale, inoltre, nega che il principio di legalità dell'azione amministrativa possa derivare dalle varie riserve di legge contenute nella Costituzione: in particolare, la necessità che l'azione della p. A. sia predeterminata – in relazione ai limiti e ai fini – da una disposizione normativa scaturirebbe dal principio di cui all'art. 97 Cost. Tuttavia, tale principio non richiederebbe che la sopra indicata predeterminazione debba necessariamente essere una fonte legislativa in senso formale: in questo modo, al di là delle materie sottoposte a riserve di legge, la citata predeterminazione potrebbe derivare da un regolamento (*op. cit.*, 200 ss.). In ordine al rapporto tra il principio di legalità ed il sistema delle fonti cfr. A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, cit., 114 ss.; S. FOIS, *Legalità (principio di)*, cit., 659 ss.; L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Giur.*, 1990, 2 ss.; F. SORRENTINO, *Legalità e delegificazione*, in *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamento*, Atti del Convegno di Macerata del 21 e 22 Maggio 1999, Milano, 2000.

Afferma F. BASSI, *Principio di legalità*, cit., 114, che, pur mutando da Autore ad Autore la configurazione di tale rapporto, << nessuno in realtà sembra dubitare che laddove vi sia una riserva di legge ivi viga, in modo forte, il principio di legalità, e che quindi – nelle materie coperte da riserva – il potere amministrativo imperativo debba trovare fondamento in una disposizione di legge (impregiudicato potendo rimanere per il momento il tipo di fonte legislativa da prendere in considerazione: legge nazionale, legge regionale, fonte normativa comunitaria) e che tale disposizione debba pervenire ad un livello di sufficiente tipizzazione del potere conferito >>.

⁵⁹ Su tale specifico aspetto v. *retro*. Inoltre, sulle diverse interpretazioni della legalità-garanzia cfr. C. MARZUOLI, *Principio di legalità ed attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 8 ss.

⁶⁰ Per una casistica della giurisprudenza in materia *de qua* si rinvia a G. D'ALESSIO, *Il buon andamento dei pubblici uffici*, cit., 21; P. CALANDRA, *Efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione*, cit., 25 ss.; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, I, Milano, 2000, 872 ss. In ordine alla partecipazione quale strumento di individuazione dei bisogni e non di gestione, cfr. A. ROMANO, *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, Milano, 1987, I, 528 ss.; E. CARDI, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, Perugia, 1984, I, 36 ss.

4. EFFICIENZA ED ORGANIZZAZIONE PUBBLICA

La necessaria preliminare disamina del principio di legalità in relazione all'attività amministrativa⁶¹ ha portato all'inequivocabile presa d'atto delle condizioni di crisi del principio stesso inteso nella sua dimensione squisitamente formalistica.

⁶¹ Com'è intuibile, in materia la letteratura è vastissima. Conseguentemente, per evidenti ragioni di economia e senza alcuna pretesa di esaustività, in riferimento agli specifici profili affrontati nel testo si rinvia a R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1958, 175 ss.; ID., *L'affermazione costituzionale della sovranità popolare ed i suoi riflessi amministrativistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 49 ss.; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 149 ss.; G. AMATO, *Rapporti fra norme primarie e norme secondarie. Aspetti problematici*, Milano, 1962; V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. Cost.*, 1961, 904 ss.; F. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, 105 ss.; ID., *Legalità (principio di)*, in *Enc. Giur.*, XVIII, 1990; L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966; R. CAVALLO PERIN, *Il Contenuto dell'articolo 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 517 ss.; ID., *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità ed urgenza*, Milano, 1990; P. CARETTI - U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 2002, 290 ss.; S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1995, 425 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Invalità e risultato amministrativo*, in M. IMMORDINO – A. POLICE (cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, 79 ss.; E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967; A. CLARIZIA, *Appunti dalle lezioni di diritto amministrativo*, Napoli, 1988; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993; G. CORSO, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa*, in M. IMMORDINO – A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, 140 ss.; V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e "giusto procedimento"*, in *Giur. Cost.*, 1962, 130 ss.; A. D'ATENA, *Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionali*, in *Dir. soc.* 1996, 25 ss.; A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969; M.R. DONNARUMMA, *Il principio di legalità nella dinamica dei rapporti costituzionali*, Padova, 1988; FEDERICI, *Principio di legalità e programmazione*, in AA.VV., *Diritto pubblico dell'economia. Saggi*, Roma, 1987, 107 ss.; ID., *Programmazione e principio di legalità*, in AA.VV., *Appunti per un manuale di diritto pubblico dell'economia*, Roma, 1996, 399 ss.; S. FOIS, *La "riserva di legge". Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963; ID., *Legalità (principio di)*, in *Enc. del Dir.*, XXIII, 1973, 659 ss.; ID., *Delegificazione, riserva di legge, principio di legalità*, in *La riforma delle istituzioni*, Roma, 1995, 261 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 81 ss.; R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX, 1994; L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative*, in M. IMMORDINO – A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, 433 ss.; ID., *Dialogo sul metodo: osservazione e ricostruzione delle vicende giuridiche reali*, in *Dir. amm.*, 2003, 133 ss.; ID., *Costruzione del "futuro" delle decisioni e Giustizia nell'Amministrazione di risultato*, in AA.VV., *Economia, diritto e politica nell'Amministrazione di risultato*, (a cura di L. Iannotta), Torino, 2003, 3 ss.; ID., *La decisione giuridica*, in AA.VV., *Il processo decisionale*, Quaderno I.P.E., Arte tipografica, Napoli, 2000, 97 ss.; ID., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica Amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 57 ss.; ID., *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 299 ss.; ID., *Scienza e realtà: l'oggetto della scienza del diritto amministrativo, tra essere e divenire*, in *Dir. amm.*, 1996, 579 ss.; ID., *Principio di legalità e Amministrazione di risultato*, in AA. VV.,

Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti, cit., 37 ss.; M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultati*, in M. IMMORDINO – A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, 15 ss.; F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'Amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 3303 ss.; G. LEONDINI, *Associazioni private di interesse generale e libertà di associazione*, II. *Profili amministrativistici*, Padova, 1999, 517 ss.; F. LEVI *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enc. del Dir.*, XXIV, 1974, 124 ss.; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica Amministrazione*, Milano, 1982; L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, 2002; F. MERUSSI, *La certezza del risultato nell'Amministrazione del mercato*, in M. IMMORDINO – A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, 36 ss.; S. MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 1355 ss.; F. MODUGNO, *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del “potere esecutivo”*, in *Giur. Cost.*, 1963, 1728 ss.; V. OTTAVIANO, *Poteri dell'Amministrazione e principi costituzionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 913 ss.; R.G. PAGLIARI, *Contributo allo studio della c.d. invalidità successiva dei provvedimenti amministrativi*, Padova 1991, 9 ss.; G. PERICU, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, II, Milano, 1971, 7, ss.; S. PERONGINI, *Principio di legalità e risultato amministrativo*, in M. IMMORDINO – A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, 140 ss.; E. PICOZZA, *Principio di legalità e risultato amministrativo, ovvero del nuovo diritto pubblico italiano*, ivi, 140 ss.; C. PINELLI, *Amministrazione e legalità. Fonti normative ed ordinamenti*, Atti del convegno, di Macerata del 21 e 22 maggio 1999, Milano, 2000, 307 ss.; L. PISCITELLI, *Sulla nozione di tipicità dell'atto amministrativo. Introduzione ad uno studio sui problemi della legalità nel diritto amministrativo*, Genova, 1992; A. POLICE, *Amministrazione di “risultati” e processo amministrativo*, in M. IMMORDINO – A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, 101 ss.; ID., *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 735 ss.; O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, 272 ss.; G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 1995, 50 ss.; ID., *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 247 ss.; A. ROMANO, *Diritto soggettivo, interesse legittimo e assetto costituzionale*, in *Foro It.*, 1980, V, 258 ss.; ID., *Esistenza e legittimità di esercizio del potere*, in *Foro amm.*, 1981, 2162 ss.; ID., *Introduzione*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, 30 ss.; ID., *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999, 111 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione “di risultato” e provvedimento amministrativo*, in M. IMMORDINO – A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, 1 ss.; G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993; F. G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. del Dir.* (VI aggiornamento), Milano, 2002, 76 ss.; P. SANTORO, *Legalità e legittimità: garanzie pluriordinamentali e livelli di controllo*, in *Foro amm.*, 2000, 27 ss.; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica Amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969; F. SORRENTINO - R. BALDUZZI, *Riserva di giurisdizione*, in *Enc. del Dir.*, XL, 1989, 1207 ss.; ID., *Legalità e delegificazione*, in *Dir. amm.*, 1999, 359 ss.; M.R. SPASIANO, *L'organizzazione comunale: paradigmi di efficienza pubblica e buona Amministrazione*, Napoli, 1995, 203 ss.; ID., *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità: “la regola del caso”*, in *Dir. amm.*, 2000, 140; ID., *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, 243 ss.; ID., *Organizzazione e risultato amministrativo*, in M. IMMORDINO – A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, 342 ss.; ID., *La funzione amministrativa: dal tentativo di frammentazione allo statuto unico dell'Amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2004, 297 ss.; TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 91 ss.; R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata. Profili generali*, Milano, 1974, 118 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 20 ss.; G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, XVI, 1924, 281 ss. ora in *Scritti vari di diritto*

Al superamento di tale classica impostazione corrisponde l'emersione di una concezione sostanzialistica del principio di legalità, la quale ha avuto un'importante conferma, tra l'altro, con la l. 11 febbraio 2005 n. 15 (in particolare cfr. art. 21-*octies*).

In tale contesto si consolida la visione di un'Amministrazione intesa come un potere non imposto come tale, ma funzionalizzato al perseguimento di obiettivi che ne legittimano l'esercizio: in effetti, è lo scopo a giustificare l'esistenza del potere e contemporaneamente a connotarlo, delimitandolo e conformandolo alla situazione su cui ricade.

In buona sostanza, si può affermare che oggi amministrare non significa più assumere una posizione autoritaria, ma - come accennato in precedenza - un ruolo di servizio alla collettività (*ad minus stare*)⁶². Non a caso la progressiva evoluzione dell'elaborazione dottrinale ha fatto modificare in vari ambiti l'oggetto dell'indagine: da più parti si è rilevato un netto spostamento dell'attenzione dall'organizzazione in senso statico al relativo profilo dinamico, dall'atto all'attività, dal provvedimento al procedimento, dall'autoritatività alla partecipazione, dalla legittimità formale al risultato.

Tutto ciò è stato indubbiamente favorito dalle riforme degli anni '90 dello scorso secolo, che hanno portato ad abbandonare un'Amministrazione autoritativa e formale per dar vita ad un'Amministrazione responsabile e partecipata, intesa non più come mera esecutrice delle leggi ed in posizione strumentale rispetto al Governo, ma come struttura diretta ad operare al servizio della collettività.

In effetti, le profonde innovazioni introdotte nel nostro sistema hanno connotato le pubbliche Amministrazioni secondo caratteri sempre più marcatamente economico-aziendali, con conseguente riconoscimento sia del rilievo giuridico del risultato sia del superamento della sua concezione meramente economica: uno degli aspetti principali della nuova p. A. è rappresentato proprio dal doveroso conseguimento del risultato, la cui rilevanza giuridica non si limita solo ad alcuni ambiti dell'Amministrazione, ma afferisce a tutte le sue componenti e forme di manifestazione.

A fronte del ridimensionamento della politica tradizionale e del conseguente predominio dell'economia rispetto alla prima, si è assistito alla configurazione di una forma di Amministrazione pubblica contraddistinta – oltre che da aspetti simili a

pubblico, Milano, 1955, 203 ss.; A. ZITO, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa*, in M. IMMORDINO – A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, 87 ss.

⁶² Rileva F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, cit., 239 ss., che il rapporto tra Amministrazione e cittadini ha subito un profondo capovolgimento, proprio perché si è spostato il fulcro dell'attività amministrativa autoritativa dall'atto conclusivo alla precedente fase della formazione della decisione: << è profonda indubbiamente la modificazione del sistema e una sua attuazione completa potrà realizzarsi solo gradualmente. Laddove il comando legislativo viene rispettato favorendo la massima rappresentazione delle differenti situazioni soggettive coinvolte dall'esercizio della potestà, si determina una migliore soddisfazione del pubblico interesse, sancendo il passaggio da un'Amministrazione di tipo monologico ad una di tipo dialogico >>.

quelli della c.d. *new economy* (trasparenza, economicità, efficacia, qualità, ecc.)⁶³ – dal dovere di perseguire risultati concreti orientati allo sviluppo economico, elevato dal legislatore ad interesse pubblico primario (art.1/6 l. n. 59/1997): efficacia, economicità, tempestività, qualità e quantità ineriscono all’aspetto tecnico ed economico dell’Amministrazione di risultato. Conseguentemente, le relative regole costituiscono ormai parametri giuridici delle decisioni tecniche, la cui sindacabilità, riconosciuta dalla giurisprudenza amministrativa, è stata ammessa anche dal legislatore (l. n. 205/2000), estendendo la consulenza tecnica alla giurisdizione generale di legittimità.

In altri termini, con la normativizzazione del principio di efficacia – quale obbligatorio perseguimento del risultato in funzione della concreta soddisfazione dell’interesse pubblico – si è assistito al passaggio da un’Amministrazione di tipo soggettivo-istituzionale ad una di tipo oggettivo-funzionale⁶⁴: l’efficacia, proprio perché determina un obbligo per la P. A., penetra nella struttura della responsabilità, diventandone elemento costitutivo⁶⁵, con conseguente profonda responsabilizzazione dell’azione amministrativa verso il risultato riferibile a tutte le possibili estrinsecazioni della P. A.

⁶³ Tale forma di Amministrazione pubblica è contraddistinta, in particolare, da un vero e proprio dovere giuridico – e, quindi, non più solo socio-politico né solo interno – << di raggiungere presto, bene, con economicità e con *trasparenza* risultati concreti, corrispondenti agli interessi *determinati* dalla legge e agli obiettivi *definiti* dalla stessa Amministrazione attraverso la funzione di indirizzo politico-amministrativo >>: in questi termini L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative*, cit., 435. Efficacia, economicità, trasparenza, tempestività, qualità e quantità ineriscono all’aspetto tecnico ed economico dell’Amministrazione di risultato: le relative regole ormai costituiscono parametri giuridici delle decisioni tecniche, la cui sindacabilità, riconosciuta dalla giurisprudenza amministrativa, è stata ammessa anche dal legislatore (l. n. 205/2000), estendendo la consulenza tecnica alla giurisdizione generale di legittimità. La giurisdizione di legittimità, anche per effetto dell’estensione della consulenza tecnica, è divenuta giurisdizione piena: in merito A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. I. Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000; ID., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. II. Contributo alla teoria dell’azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001; ID., *L’illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, cit., 754 ss. Secondo L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, l’ammissione della consulenza tecnica nel giudizio amministrativo ha tolto il velo dell’intoccabilità del merito amministrativo.

⁶⁴ In tal senso G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e amministrazione*, in *Scritti in onore di P. Virga*, II, Milano, 1994, 1308 ss. Rileva B. CAVALLLO, *Provvedimenti ed atti amministrativi*, cit., 331, che l’obbligo generale di buon andamento << impone la soluzione che, al tempo stesso, sia la più efficiente in quanto la più economica >>.

⁶⁵ Non a caso la l. n. 241/1990 è stata definita come << legge sulla responsabilità dell’Amministrazione >>: così G. PASTORI, *Presentazione del tema*, in AA.VV., *Procedimenti e accordi nell’amministrazione locale*, Atti del XLII Convegno di Scienza dell’Amministrazione, Tremezzo 19-21 settembre 1996, Milano, 1997, 8 ss., il quale sottolinea come tutta la legislazione degli anni ‘90 è funzionalizzata ad una Amministrazione di risultato, dando rilievo prevalente alla posizione dei cittadini e della società (di cui l’Amministrazione è posta al servizio) piuttosto che a quella dell’Esecutivo.

Evidente, pertanto, è il rapporto di funzionalità diretta tra responsabilità ed efficienza: in effetti, il risultato amministrativo non costituisce più un elemento solo esterno all'ordinamento giuridico e successivo alle relative decisioni (con conseguente idoneità a verificare dal di fuori la coerenza, la giustizia e l'efficacia del sistema amministrativo), ma anche un elemento interno al diritto e alle decisioni giuridiche e, quindi, in grado di effettuare le sopraindicate verifiche dall'interno dell'ordinamento e durante il procedimento di formazione, ovviamente rimanendo impregiudicati i controlli esterni e successivi

In effetti, la sempre maggiore diffusione della logica di risultato ha portato a nuove e più moderne forme di responsabilità e corrispondenti forme di controllo. Non vi è dubbio che tali forme di controllo tendano a verificare l'adeguatezza sostanziale dell'atto amministrativo rispetto alla funzione esercitata: si tratta, in definitiva, di un sindacato che incide sulla razionalità dell'agire pubblico, con l'unico limite del divieto di invadere il merito.

Le note riforme legislative, unitamente all'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale, hanno portato ad un proficuo sviluppo del giudizio di legittimità che non si sostanzia più in un mero riscontro norma-atto: infatti, il sindacato di legittimità del giudice amministrativo viene a configurarsi come una vera e propria verifica della validità sostanziale dell'azione amministrativa, che supera progressivamente il giudizio di legalità formale esprimibile in termini di corrispondenza fra la norma e l'atto, per privilegiare il giudizio di adeguatezza e idoneità al perseguimento del risultato, con conseguente necessario ricorso ai principi generali dell'ordinamento e, soprattutto, a quelli di efficienza, economicità ed efficacia.

In particolare, la legge sul procedimento amministrativo (anche per effetto delle modifiche apportate dalla l. n. 15/2005 e dalla l. n. 69/2009) ha dato – sul piano dinamico dell'attività – un'impronta ben precisa al principio costituzionale di buon andamento, configurandolo come dovere di efficacia, efficienza ed economicità cui deve tendere tutta l'azione amministrativa. Visto in questa ottica il rapporto tra legalità ed efficacia non si pone in termini di contrasto ma di doverosa integrazione: non è più necessario, cioè, sacrificare la legalità per raggiungere nella pubblica Amministrazione gli opportuni livelli di efficacia, ma bisogna perseguire quest'ultima come valore anch'esso ancorato al principio di legalità, che in tal modo viene a costituire l'unica vera garanzia dell'efficacia, dell'economicità e dell'efficienza.