

L'AMMINISTRAZIONE E IL POTERE POLITICO (PRINCIPI E PROBLEMI)

Vincenzo Cerulli Irelli

SOMMARIO: 1. Dal *bloc de légalité* al *bloc de constitutionnalité*. – 2. Lo statuto costituzionale dell'amministrazione e la «posizione» costituzionale dell'amministrazione come funzione di governo. – 3. Diritto pubblico e diritto privato. – 4. Diversi assetti costituzionali circa la «posizione» dell'amministrazione. – 5. Modelli del rapporto «tra politica e amministrazione». – 6. La direzione politica dell'amministrazione. – 7. La responsabilità politica del Governo circa l'amministrazione e la «questione» delle Autorità amministrative indipendenti.

1. *Dal bloc de légalité al bloc de constitutionnalité*

Il diritto amministrativo, nel nostro ordinamento, come in altri ordinamenti della medesima area, e segnatamente nell'ordinamento francese, si forma nella sua parte generale, intorno a una serie di principi via via elaborati in dottrina e in giurisprudenza (segnatamente nella giurisprudenza del Consiglio di Stato) ispirati a loro volta dai principi (di più alto livello) fondanti lo Stato moderno. E così il principio che l'amministrazione è soggetta alla legge, nel senso più pregnante (ché tutti i soggetti dell'ordinamento sono sottoposti alla legge!), che ogni manifestazione del suo agire di carattere autoritativo necessita di una previa determinazione normativa, che l'amministrazione nel suo agire non sia libera ma vincolata nei fini (predeterminati a loro volta dalle leggi) e perciò sia sempre controllabile nelle decisioni assunte, che il controllo (che via via assume forme giurisdizionali) possa essere attivato dai soggetti portatori di interessi protetti; e così via. In assenza di norme legislative (numerossime nelle discipline di settore, ma assenti nella disciplina di parte generale) i principi vengono forniti nell'esperienza giurisprudenziale per via di induzione dai più alti principi quali il primato della legge e il carattere servente delle funzioni pubbliche agli interessi della collettività¹.

¹ Sui principi generali del diritto amministrativo, per un quadro di insieme, per tutti A. MAS.

Lo stesso concetto di atto amministrativo, come atto giuridico distinto dal contratto o dagli altri atti di carattere negoziale, e dalla sentenza e dagli altri atti della funzione giurisdizionale, non è disciplinato da alcuna norma, ma viene costruito nell'esperienza giurisprudenziale (con il contributo decisivo della dottrina) come atto giuridico, che accomuna in una categoria i molteplici atti previsti dalle leggi di settore, dotato di caratteri del tutto propri rispetto alle altre grandi categorie di atti giuridici, sia in ordine ai requisiti per la sua validità (è valido l'atto se conforme a tutte le norme da applicare che si presumono cogenti e corrispondente nel suo contenuto dispositivo ai fini da perseguire attraverso scelte ragionevoli) sia in ordine ai caratteri della sua efficacia (che si formano intorno alla nozione di imperatività) sia in ordine all'autotutela (che consente all'amministrazione di annullarlo o di revocarne gli effetti a fronte di illegittimità successivamente rilevate o del mutato assetto degli interessi in gioco)².

Principi tutti, questi, come norme senza fattispecie, se si vuole usare questa definizione, applicabili ad un numero infinito di fattispecie (a tutti i casi in cui l'amministrazione esercita i poteri capaci di produrre effetti nei confronti di terzi). Principi appunto, del tutto incondizionali, che permeano di sé tutta l'azione amministrativa³. Invero, in tutte le discipline giuridiche, la parte generale è formata di principi, che si applicano a tutte le manifestazioni dell'azione giuridica cui la disciplina si estende, a meno che non vengano derogati da singole norme relative a determinate fattispecie (la disciplina generale dei contratti, la disciplina generale dei delitti, ecc.). Solo che in diritto amministrativo (salva una parte

SERA, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale del diritto amministrativo*, Torino, 2006. Con riferimento al diritto europeo, C. FRANCHINI, G. DELLA CANANEA, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010; A. MASSERA, *I principi generali*, in M.C. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte generale, I, Milano, 2007.

² Sulla formazione storica del diritto amministrativo, nell'esperienza dello Stato moderno, L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001. In diritto francese, F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, Paris, 1995. Da ult., G. BIGOT, *Ce droit qu'on dit administratif*, Paris, 2015. Sulla categoria degli atti amministrativi, dotati di caratteri strutturali e funzionali propri, destinati a prendere il luogo dei contratti, furono fondamentali gli studi di O. RANELLETTI, *Sulle autorizzazioni e concessioni amministrative (1894-1896)*, adesso in *Scritti giuridici*, III, Napoli, 1992. M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, Napoli, 1981.

³ Sulla nozione di «principi» vorrei citare la definizione più autorevole nella nostra dottrina, quella di A. FALZEA: la norma, come «regola di fattispecie strutturate sulla previsione di un evento e sulla prescrizione di una azione condizionata alla verifica dell'evento», in questa accezione «si contrappone al principio, che è una regola, almeno tendenzialmente incondizionata o sottoposta ad una condizionalità diffusa e non puntuale», in *I principi generali del diritto*, in *Atti Convegno Accademia Lincei*, Roma, 1992, dove molteplici importanti contributi, tra i quali A. PIZZORUSSO, *I principi generali del diritto: l'esperienza pubblicistica*. Si veda di recente, *I principi dell'esperienza giuridica*, numero speciale della *Riv. it. sc. giur.*, 2014.

di essi codificati in tempi recenti) i principi generali della materia, in tutta la fase formativa del sistema, non trovano codificazione normativa. Da ciò la particolarità della disciplina come fondamentalmente di formazione giurisprudenziale.

Ai principi generali via via se ne sono aggiunti altri, come il principio del procedimento o del giusto procedimento, quello di proporzionalità, il principio di azionabilità di tutte le situazioni protette nei confronti del potere amministrativo, e così via. Intorno a tutti questi principi si è venuto formando, nell'ambito della nostra esperienza positiva, il c.d. *bloc de légalité*, come dicono i francesi, che vincola l'azione amministrativa come tale e nei suoi rapporti con i terzi, a prescindere dal fatto che essi siano stati codificati in norme positive (ciò che tuttavia è avvenuto da noi, in larga misura, segnatamente con la l. n. 241/1990 e con la l. n. 15/2005; sul versante processuale con il d.lgs. n. 104/2010).

In tempi più recenti, per effetto di due imponenti fenomeni che hanno radicalmente modificato l'assetto dei nostri sistemi positivi (l'avvento delle Costituzioni rigide e del controllo di costituzionalità delle leggi, l'integrazione dei nostri ordinamenti nell'ordinamento europeo) il vecchio *bloc de légalité* si è trasformato (si sta trasformando) in *bloc de constitutionnalité*, come viene ripetutamente sottolineato dalla dottrina francese⁴. Cioè, quei principi assumono via via valore costituzionale, vincolando il legislatore ordinario, che precedentemente, dei principi era comunque arbitro, potendoli derogare con norme singolari. Ciò si rileva nei nostri ordinamenti, a prescindere dalla maggiore o minore ampiezza e incisività delle norme costituzionali in vigore; che esplicitino o meno, alcuni principi dell'azione o dell'organizzazione amministrativa come da noi l'art. 97 Cost., a differenza che in Francia, dove norme espresse sul punto non sono previste in Costituzione. Il *bloc de constitutionnalité* si forma nei nostri sistemi positivi, a livello interno per effetto della giurisprudenza delle Corti costituzionali e a livello europeo per effetto della giurisprudenza della Corte di giustizia, nonché in virtù di specifiche norme dei Trattati e del diritto derivato; principi e norme, che, com'è noto, prevalgono sui diritti nazionali. Per cui, si può affermare che il diritto costituzionale dell'amministrazione, come diritto «superprimario», si compone di principi e norme sia di fonte interna sia di fonte europea⁵. Possiamo di

⁴ V. part. P. DELVOLVE, *La constitutionnalisation du droit administratif*, in *Cinquantième anniversaire de la Constitution française, sous la direction de B. Mathieu*, Paris, 2008; B. STIRN, *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, in LDGJ, Sismes, 2006.

⁵ Il diritto europeo e anche il diritto di fonte CEDU, investe assai incisivamente il diritto amministrativo nazionale, in molteplici settori, dal sistema bancario e il mercato finanziario, alla tutela dell'ambiente, al diritto dell'energia, alle telecomunicazioni, ecc., nonché soprattutto alla tutela della concorrenza (settore che da noi è attratto nel diritto amministrativo per via del contenzioso sugli atti dell'Autorità garante, attribuito alla competenza del giudice amministrativo). D'altra parte i principi dell'ordinamento comunitario sono espressamente richiamati dalla nostra legge gene-

sfuggita notare sul punto, che il controllo di legittimità costituzionale delle leggi, nonché l'integrazione dei nostri diritti positivi nel diritto europeo, costituiscono ormai dato caratterizzante lo stesso tipo di Stato quale Stato costituzionale di diritto⁶.

E perciò ogni trattazione di diritto amministrativo, o meglio ogni trattazione che ha ad oggetto la disciplina della funzione di amministrazione come funzione di governo, nonché degli apparati amministrativi nei quali essa si esercita (ché il diritto amministrativo non esaurisce tutta la disciplina dell'amministrazione), necessariamente si estende all'esame dei principi costituzionali in ordine a ciascuno degli istituti giuridici dei quali il tessuto giuridico dell'amministrazione (tanto sul versante organizzativo, quanto sul versante funzionale) si compone. Un blocco di costituzionalità, perciò, composito, formato a più livelli istituzionali operanti a loro volta sulla base di principi stabiliti nell'ambito dei diversi assetti costituzionali nei quali operano le Corti.

Si potrebbe notare, tra parentesi, che, almeno dalla fondazione dello Stato moderno, mai come nella nostra epoca, la vecchia idea della pluralità degli ordinamenti giuridici ha preso così nitido corpo.

2. Lo statuto costituzionale dell'amministrazione e la «posizione» costituzionale dell'amministrazione come funzione di governo

Il fenomeno, la c.d. costituzionalizzazione del diritto amministrativo, appunto, si manifesta invero su due, in parte separati, versanti. Sull'uno, si forma quel-

rale, come principi generali dell'attività amministrativa (art. 1, comma 1, l. 7 agosto 1990, n. 241 e succ. modif.); e la nostra legge generale sul processo amministrativo richiama ancora «*i principi del diritto europeo*» tra quelli intesi ad assicurare una tutela piena ed effettiva nell'ambito della giurisdizione amministrativa (art. 1, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 e succ. modif.). La «costituzionalizzazione» del diritto amministrativo, nota autorevolmente AUBY, «*Si l'on y songe bien, est un symptôme, et un vecteur à la fois, de la réduction de la place de l'Etat au profit de la société*» (J.B. AUBY, *La bataille de San Romano*, in *l'Actualité juridique, Droit administratif.*, 2001, p. 917).

⁶Sul concetto di Stato costituzionale di diritto, come tipo di Stato nato con l'avvento delle Costituzioni democratiche del dopoguerra, caratterizzato dalla sovranità popolare e allo stesso tempo dal controllo di costituzionalità delle leggi, per tutti, G. AMATO, *Forme di Stato e forme di Governo*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1994; C. PINELLI, *Forme di Stato e forme di Governo. Corso di diritto costituzionale comparato*, Napoli, 2006.

L'integrazione europea avvenuta successivamente, ha modificato il tipo, con l'attribuzione di funzioni di governo, e segnatamente della legislazione, con forza prevalente sui diritti nazionali, nelle materie attribuite ad organi sovranazionali che operano sulla base dei Trattati e del diritto europeo derivato (cioè esercitano funzioni di governo nell'ambito della comunità nazionale, sulla base di fonti sovranazionali). Per tutti, di recente, E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea*, Torino, 2014.

lo che possiamo denominare lo *statuto costituzionale dell'amministrazione*, che designa i principi dell'organizzazione e più incisivamente della funzione, laddove acquistano rango costituzionale.

Che nell'organizzazione degli uffici debba seguirsi il criterio della competenza, che nell'accesso agli impieghi debba seguirsi la selezione pubblica, che nella gestione finanziaria debba seguirsi il criterio della programmazione preventiva, e che alla spendita del danaro debbano presiedere procedure formalizzate, principi tradizionali dell'organizzazione amministrativa, che trovano riscontro nelle nostre leggi, non sempre in modo coerente invero, sin dai primordi, vanno adesso a formare lo statuto costituzionale dell'organizzazione amministrativa. Tali restano ma acquistano un valore ed una portata vincolante che prima non avevano⁷.

Che l'amministrazione nel suo agire, laddove opera secondo norme di diritto pubblico, sia astretta all'applicazione puntuale delle norme, a pena di invalidità dei relativi atti, che nelle sue scelte discrezionali non sia libera ma vincolata a fini predeterminati, posti dalla legge nell'interesse della collettività, che ogni scelta debba essere adeguatamente motivata, che a fronte di una pluralità di interessi in gioco, differenziati e spesso contrapposti, debba procedere a valutazioni comparative secondo criteri di ragionevolezza, proporzionalità ed imparzialità (senza preferenze arbitrarie degli uni verso gli altri) ecc., principi anche essi tra-

⁷ Il principio di buon andamento ed imparzialità di cui all'art. 97 si riflette nella organizzazione dei pubblici uffici, v. Corte cost. 23 marzo 2007, n. 104, secondo cui l'imparzialità è «*valore essenziale cui deve uniformarsi l'organizzazione dei pubblici uffici*», pur essendo molto ampia la discrezionalità riconosciuta al legislatore nelle scelte relative all'organizzazione, sindacabile tuttavia «*per arbitrarietà o manifesta irragionevolezza*» (Corte cost. 19 ottobre 2001, n. 336, nello stesso senso v. sentt. nn. 141/1999, 34/1999, 63/1998). Corte cost. 19 febbraio 1999, n. 34: «*in materia di organizzazione dei pubblici uffici, nell'osservanza dei limiti segnati dai principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, spetta al legislatore, statale e regionale, un ampio margine di discrezionalità, il cui esercizio può essere sottoposto a censura solo allorquando si dimostri la palese arbitrarietà o la manifesta irragionevolezza della scelta compiuta*» (sentenze nn. 135/1998, 63/1998, 40/1998, 320/1997, 153/1997, 59/1997 e 63/1995). Tale principio trova applicazione anche con riferimento alla composizione delle commissioni di concorso, a partire da Corte cost. 15 ottobre 1990, n. 453 secondo cui «*affinché sia rispettato il principio di imparzialità dell'amministrazione, il carattere esclusivamente tecnico del giudizio delle commissioni nei concorsi pubblici deve risultare salvaguardato da ogni rischio di deviazione verso interessi di parte o comunque diversi dall'obiettivo di selezionare i migliori, e ciò postula che le commissioni di concorso siano composte – se non esclusivamente – quanto meno in prevalenza da membri "tecnici"*». Costituisce espressione dei medesimi principi, lo stesso principio del concorso pubblico quale «*canale di accesso pressoché esclusivo nei ruoli delle pubbliche amministrazioni*» (Corte cost. 23 luglio 2013, n. 227). Secondo la giurisprudenza della Corte la facoltà del legislatore di introdurre deroghe al principio generale del concorso pubblico deve essere delimitata in modo rigoroso «*potendo tali deroghe essere considerate legittime solo quando siano funzionali esse stesse al buon andamento dell'amministrazione e ove ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle; le norme volte a tutelare l'affidamento dei lavoratori non soddisfano questi requisiti*» (Corte cost. 12 maggio 2017, n. 110; 12 aprile 2012, n. 90; n. 195, nn. 150 e 100/2010, n. 293/2009).

dizionali del sistema del diritto amministrativo, acquistano via via, insieme a molti altri, rango costituzionale, e vengono a formare, appunto, lo statuto costituzionale dell'amministrazione come funzione⁸.

Questa formazione avviene progressivamente nei diversi sistemi, ma si intensifica negli ultimi anni, nella giurisprudenza delle Corti nazionali e nella giurisprudenza delle Corti europee; e, di recente, particolare spessore riceve dalla Corte di Strasburgo, segnatamente sul versante delle garanzie procedurali e processuali⁹.

Ma c'è un altro versante sul quale il fenomeno della costituzionalizzazione dell'amministrazione (o meglio del rapporto tra amministrazione e Costituzione) si presenta. Si tratta della *posizione costituzionale dell'amministrazione* (come funzione di governo) nei confronti delle altre funzioni di governo e dei rispettivi apparati organizzativi. E segnatamente nei confronti del potere politico¹⁰: se alla

⁸Tra essi, il principio dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi (peraltro, ormai consolidato nei principi della Carte dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, art. 41); Corte cost. 5 novembre 2010, n. 310: «*l'obbligo di motivare i provvedimenti amministrativi è diretto a realizzare la conoscibilità, e quindi la trasparenza, dell'azione amministrativa. Esso è radicato negli artt. 97 e 113 Cost., in quanto, da un lato, costituisce corollario dei principi di buon andamento e d'imparzialità dell'amministrazione e, dall'altro, consente al destinatario del provvedimento, che ritenga lesa una propria situazione giuridica, di far valere la relativa tutela giurisdizionale*». Escludere l'applicazione della l. n. 241/1990 e quindi anche dell'art. 3 della medesima legge, continua la Corte, comporta l'elusione dei «*principi di pubblicità e di trasparenza dell'azione amministrativa, pure affermati dall'art. 1, comma 1, della legge n. 241 del 1990, ai quali va riconosciuto il valore di principi generali, diretti ad attuare sia i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione (art. 97, primo comma, Cost.), sia la tutela di altri interessi costituzionalmente protetti, come il diritto di difesa nei confronti della stessa amministrazione*» (artt. 24 e 113 Cost.; sul principio di pubblicità, sentenza n. 104 del 2006, punto 3.2 del Considerato in diritto). E resta altresì vanificata l'esigenza di conoscibilità dell'azione amministrativa, «*anch'essa intrinseca ai principi di buon andamento e d'imparzialità, esigenza che si realizza proprio attraverso la motivazione, in quanto strumento volto ad esternare le ragioni e il procedimento logico seguiti dall'autorità amministrativa*». Il principio del «giusto procedimento», a sua volta, viene ormai riconosciuto come principio di valore costituzionale, dopo iniziali incertezze: Corte cost. 30 aprile 2015, n. 71: «*bisogna, innanzitutto, ricordare che il principio del "giusto procedimento" (in virtù del quale i soggetti privati dovrebbero poter esporre le proprie ragioni, e in particolare prima che vengano adottati provvedimenti limitativi dei loro diritti), non può dirsi assistito in assoluto da garanzia costituzionale (sentenze nn. 312, 210 e 57 del 1995, 103 del 1993 e 23 del 1978; ordinanza n. 503 del 1987). Questa constatazione non sminuisce certo la portata che tale principio ha assunto nel nostro ordinamento, specie dopo l'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241 ... e successive modifiche, in base alla quale "il destinatario dell'atto deve essere informato dell'avvio del procedimento, avere la possibilità di intervenire a propria difesa, ottenere un provvedimento motivato, adire un giudice" (sentenza n. 104 del 2007)*».

⁹V. sul punto, ampiamente, A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale*, Torino, 2016.

¹⁰La questione fu posta da noi, con ampiezza di argomentazioni, ma nella consapevolezza della intrinseca difficoltà di risolverla, anche per le considerazioni che seguono, da L. CARLASSARE,

funzione di amministrazione è data una posizione propria, ovvero se essa sia confusa nell'ambito delle funzioni di governo dell'Esecutivo, riservate alla competenza e alla responsabilità degli organi politici, il Governo della Repubblica (art. 92 ss. Cost.), in Francia il Presidente della Repubblica (art. 5 ss.) e il Governo (art. 20 ss.). Nelle complesse organizzazioni che fanno capo all'Esecutivo, sono dislocati gli uffici amministrativi, quelli direttamente deputati all'esercizio dell'amministrazione, i «funzionari» di cui all'art. 97; e sono correlati agli organi politici, secondo diversi modelli di relazione, dalla «dipendenza» proclamata dalla Costituzione francese (art. 20), a un ambito riservato di competenze e responsabilità affermato dalla Costituzione italiana (art. 97).

Si tratta di un aspetto (direi del principale aspetto) del problema del rapporto tra politica ed amministrazione; del quale altro aspetto è quello del rapporto tra amministrazione e legislazione, la c.d. amministrazione per legge, e quindi quello della c.d. riserva di amministrazione¹¹.

Sul punto, il nostro sistema positivo si differenzia notevolmente da quello degli altri Paesi dell'area, e segnatamente dall'ordinamento francese. Sia per effetto della più incisiva norma di cui all'art. 97, comma 3 (norma che non si rinviene nelle altre Costituzioni) che prescrive siano determinate, negli ordinamenti degli uffici le sfere di competenza e le responsabilità proprie dei «funzionari», sia per il netto orientamento della nostra legislazione (in dichiarata attuazione di detta norma costituzionale), a partire dal d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, nel senso di una distinzione o separazione tra le funzioni di amministrazione a carattere provvedimentale, e quelle a carattere generale, e programmatico, con diversa imputazione di competenza (tra uffici amministrativi, i «funzionari» di cui all'art. 97, e organi politici o di governo).

Questa impostazione del nostro diritto positivo evidenzia una posizione costituzionale dell'amministrazione distinta dalle altre funzioni rapportabili all'Esecutivo, e dei relativi apparati organizzativi (tra uffici professionali da una parte, ed organi politici o di governo dall'altra). Impostazione che a sua volta ha acquisito rango costituzionale, essendo stata riconosciuta come quella conforme a Costituzione e attuativa dei principi di cui all'art. 97¹².

Amministrazione e potere politico, Padova, 1974. Ma v. le acute osservazioni di M. NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in *Manuale di diritto pubblico*, cit., part. pp. 703 ss.; A.M. SANDULLI, *Governo e pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966.

¹¹ S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007; D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996; G.U. RESCIGNO, *Leggi provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi provvedimento costituzionalmente illegittime*, in *Dir. pubbl.*, 2007; ID., *Variazioni sulle leggi provvedimento*, in *Giur. cost.*, 2008; F. CINTIOLI, *La riserva di amministrazione e le materie trasversali*, *ivi*, dove ampi riferimenti. V. già, G. MORBIDELLI, *Note sulla riserva di procedimento amministrativo*, in *Studi Piga*, Milano, 1992.

¹² Il principio di separazione tra funzioni di indirizzo politico e funzioni di gestione ammini-

In ordine alla posizione dell'amministrazione (come funzione di governo ma anche come apparato di uffici) nei confronti del potere politico, si deve tenere presente che, pur nel differente assetto della normativa costituzionale rispettiva, il potere politico (il Governo, l'Esecutivo), nel nostro tipo di Stato, democratico costituzionale, risponde del funzionamento dell'amministrazione (del modo d'agire, dei risultati raggiunti), nei confronti del Parlamento, e nei confronti della collettività (dell'elettorato). E, invero, i programmi politici (quelli delle forze politiche che si presentano all'elettorato, i programmi di governo presentati al Parlamento) in larga misura hanno ad oggetto *fatti di amministrazione*. Perciò, qualunque relazione tra politica e amministrazione si segua nel sistema positivo, una netta separazione tra gli uffici amministrativi dagli organi politici (o una sorta di indipendenza secondo altro modello che si va facendo strada) non può essere predicata e dà luogo, comunque (come nel caso delle c.d. Autorità indipendenti) a non facili problemi di inquadramento costituzionale. Mentre è del tutto differente, com'è noto, la posizione della giurisdizione nei confronti del potere politico, funzione alla quale è garantita l'indipendenza (e perciò il Governo non può essere chiamato a rispondere dei singoli fatti di giurisdizione, o degli orientamenti della giurisprudenza, ecc.)¹³.

Si pone tuttavia il problema di assicurare, pur in questa inevitabile connes-

strativa viene riconosciuto come principio costituzionale ai sensi dell'art. 97. Secondo la Corte «*la separazione tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo e funzioni di gestione amministrativa, costituisce un principio di carattere generale, che trova il suo fondamento nell'art. 97 Cost. ... Al principio di imparzialità sancito dall'art. 97 Cost. si accompagna, come "natural[e] corollari[o]", la separazione "tra politica e amministrazione, tra l'azione del 'governo' – che, nelle democrazie parlamentari, è normalmente legata agli interessi di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza – e l'azione dell' 'amministrazione' – che, nell'attuazione dell'indirizzo politico della maggioranza, è vincolata invece ad agire senza distinzione di parti politiche, al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obbiettivate dall'ordinamento"*» (sentenza n. 453 del 1990)» (da ult., Corte cost. 3 maggio 2013, n. 81). Corte cost. n. 304/2010: «*la giurisprudenza costituzionale è ormai costante nel ritenere che debba essere assicurata una chiara distinzione tra funzioni politiche e funzioni amministrative di tipo dirigenziale, al fine di assicurare, in particolare, la piena attuazione dei principi costituzionali di buon andamento e di imparzialità dell'azione della pubblica amministrazione ... deve essere assicurata ... tra l'attività svolta dai Ministri, con il supporto degli uffici di diretta collaborazione, e quella esercitata dagli organi burocratici, cui spetta la funzione di amministrazione attiva*». Secondo la Corte è l'imparzialità dell'azione amministrativa il precetto «*che è alla base della stessa distinzione funzionale dei compiti tra organi politici e burocratici e cioè tra l'azione di governo – che è normalmente legata alle impostazioni di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza – e l'azione dell'amministrazione, la quale, nell'attuazione dell'indirizzo politico della maggioranza, è vincolata, invece, ad agire senza distinzioni di parti politiche e dunque al "servizio esclusivo della Nazione" (art. 98 Cost.), al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obbiettivate dall'ordinamento*» (sent. nn. 104 e 103/2007; nello stesso senso si v. anche n. 161/2008).

¹³ Vorrei richiamare il non recente studio, di F. BASSI (che ricordiamo con rimpianto), *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, 1969; S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, in *Manuale di diritto pubblico*, cit.

sione dell'amministrazione col potere politico, che l'esercizio dell'amministrazione (per definizione imparziale) sia indenne da influenze svianti del potere politico (per definizione parziale, segnatamente nei sistemi democratici, nei quali le forze di governo sono prescelte dalla maggioranza dell'elettorato, in contrapposizione ad altre parti dell'elettorato). E da ciò, dunque, l'esigenza di individuare una posizione connotata, se non separata, dell'amministrazione rispetto al potere politico.

Una posizione, dunque, dai risvolti sempre perplessi, stretta come è, tra due opposte esigenze, quella di rendere indenne l'esercizio dell'amministrazione, nel concreto, dall'ingerenza del potere politico (che potrebbe sviarne l'imparzialità), e quella di assicurare al potere politico che deve risponderne di fronte alla collettività, il controllo, almeno in certa misura, dell'amministrazione.

3. Diritto pubblico e diritto privato

Si è accennato allo statuto costituzionale dell'amministrazione (come funzione di governo) che si va formando nella giurisprudenza delle Corti.

Si tratta della costituzionalizzazione di principi della parte generale del diritto amministrativo, come ramo del diritto pubblico, che attengono perciò, sul piano organizzativo, a figure soggettive di diritto pubblico (pubbliche amministrazioni, enti pubblici) differenziate dalle organizzazioni di diritto comune (associazioni, fondazioni, società), e sul piano funzionale, alle attività amministrative di diritto pubblico (regolamenti, procedimenti amministrativi, provvedimenti, ecc.), disciplinate mediante norme di diritto pubblico, perciò tutte cogenti, inderogabili, poste nell'interesse generale e non dei soggetti agenti.

Questo assetto ci viene dalla tradizione consolidata dello Stato moderno, nei nostri sistemi, c.d. a diritto amministrativo, come assetto normativo tipico dell'amministrazione; nel quale, com'è noto, il diritto privato fu ridotto, via via, ad una posizione del tutto marginale nella disciplina dell'amministrazione.

Sul punto, occorre però considerare, in una prospettiva di sviluppo dei nostri stessi sistemi positivi, che non costituisce vincolo costituzionale che la pubblica amministrazione debba necessariamente svolgersi, nel suo agire, mediante moduli di azione di diritto pubblico (procedimenti amministrativi, provvedimenti, accordi di diritto pubblico, ecc.); e nessuna preclusione è stabilita sul piano costituzionale acché l'amministrazione si svolga secondo moduli di diritto privato, laddove questi risultino idonei, sul piano tecnico (cioè capaci in ordine alla produzione degli effetti) allo svolgimento dei compiti di pubblica amministrazione, quelli intesi alla cura concreta degli interessi della collettività. Purché i principi costituzionali siano rispettati; cioè, con riguardo al nostro sistema costituzionale,

che l'azione (anche secondo moduli privatistici) si svolga in modo ragionevole, proporzionale, ecc. (imparzialità), che gli uffici siano organizzati e disciplinati in ordine all'esercizio delle loro competenze, in modo da assicurarne il buon andamento, che il pubblico danaro (che è patrimonio della collettività) non venga sperperato e la relativa spesa sia adeguatamente controllata, che agli uffici tutti i cittadini possano accedere in condizioni di eguaglianza, ecc.; principi tutti stabiliti dalla Costituzione o ricavabili da altri principi in essa contenuti, ovvero, guardando al modello francese, desunti da quelli riconosciuti come fondamentali dalle leggi della Repubblica. Essi, come tali, non ostano ad essere applicati mediante moduli privatistici, laddove i moduli privatistici siano tecnicamente idonei alla produzione degli effetti cui l'amministrazione è intesa, e siano integrati da istituti che garantiscano modalità di agire conformi a quei principi.

Laddove singole manifestazioni dell'azione amministrativa seguano moduli autoritativi (necessitano dell'autorità come capacità di produrre gli effetti; provvedimenti ablatori, sanzionatori, ordini di polizia, ecc.), la nostra Costituzione impone la predeterminazione legislativa del potere (art. 23); e in questi casi moduli di azione privatistici, tecnicamente non idonei alla produzione degli effetti, sono necessariamente sostituiti da moduli di azione di diritto pubblico (l'esercizio del potere come potere imperativo, l'amministrazione che opera *sous un régime de puissance publique*)¹⁴.

Si deve tuttavia aggiungere che nell'assetto dei rapporti con le pubbliche amministrazioni retti dal diritto pubblico, risalta il profilo della tutela dei terzi, anche se non diretti destinatari dell'esercizio del potere ma portatori di interessi qualificati (i nostri interessi legittimi), circa gli effetti che l'esercizio del potere va a produrre (e la platea dei portatori di tali interessi, come interessi tutelati, varia e si estende con il progredire della giurisprudenza).

Questo dato indubbiamente qualifica detti rapporti e costituisce un elemento rilevante di differenziazione rispetto ai rapporti di diritto privato, pur arricchiti nell'esperienza più recente dal rilievo di elementi di solidarietà sociale e di interesse generale (integrazione di clausole negoziali da parte di fonti esterne, legislative, di regolazione; rilevanza attribuita a determinati *status*, il contraente debole, i consumatori, i risparmiatori, la cui tutela può dar luogo alla previsione di nullità speciali del regolamento contrattuale, ecc.)¹⁵. Il profilo della tutela dei terzi, che è ineludibile nell'azione amministrativa, ove questa si svolga nelle forme privatistiche, rende quindi necessario l'inserimento in esse di istituti che rendano possibile la rilevanza

¹⁴ Sul punto, part. G. VEDEL, P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, Paris, 1984 (intorno alla teoria delle «*bases constitutionnelles du droit administratif*», p. 55 ss.; v. anche, l'importante *Preface* alla VII edizione del *Manuale*).

¹⁵ A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016; dove ampi riferimenti alla dottrina privatistica, p. 371 ss.

giuridica, appunto, della tutela dei terzi. Si pensi ai procedimenti di conferimento degli incarichi dirigenziali (da noi sottratti a disciplina pubblicistica) o ai procedimenti per l'aggiudicazione dei contratti pubblici (da noi ascritti a disciplina pubblicistica, a differenza di altri ordinamenti come quello tedesco)¹⁶.

Il diritto privato in tempi recenti ha esteso di molto la sua rilevanza nei nostri sistemi amministrativi, come in una sorta di ribaltamento della «grande pubblicizzazione» all'origine dei nostri stessi sistemi. La previsione di organizzazioni pubbliche in forma privatistica (fondazioni, associazioni, società per azioni), interi settori di normazione positiva che passano dal diritto pubblico al diritto privato (come da noi, il pubblico impiego), l'affermazione del principio che l'amministrazione «nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente» (art. 1, com-

¹⁶ Il conferimento di incarichi dirigenziali, sulla base della disciplina del pubblico impiego «privatizzato» (d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e succ. modif.) è ascritto agli atti c.d. datoriali di diritto privato. Cionondimeno, avviene secondo un procedimento controllabile dal giudice a tutela dei terzi (aspiranti al posto che si ritengano ingiustamente pretermessi) secondo tecniche (di controllo di esercizio del potere, in tal caso, potere «privato») del tutto simili a quelle proprie del giudizio amministrativo. Cass. civ., sez. lav., 24 settembre 2015, n. 18972: «*In tema di impiego pubblico privatizzato, gli atti di conferimento di incarichi dirigenziali rivestono la natura di determinazioni negoziali cui devono applicarsi i criteri generali di correttezza e buona fede, alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 cost., che obbligano la p.a. a valutazioni comparative motivate, senza alcun automatismo della scelta, che resta rimessa alla discrezionalità del datore di lavoro, cui corrisponde una posizione di interesse legittimo degli aspiranti all'incarico tutelabile ai sensi dell'art. 2907 c.c., anche in forma risarcitoria.*».

Sui c.d. poteri privati (o autorità private: M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977), E. DEL PRATO, *I regolamenti privati*, Milano, 1988.

Il procedimento c.d. «di evidenza pubblica» (su cui già, limpidamente, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, p. 677 ss.) attraverso il quale l'amministrazione addiviene alla aggiudicazione del contratto, da noi è tradizionalmente costruito come procedimento amministrativo, i cui atti sono impugnabili davanti al giudice amministrativo a tutela dei terzi (aspiranti alla aggiudicazione del contratto), come atti *détachables* dal contratto (che tale resta), secondo il modello inaugurato in Francia dall'*arrêt Martin* (1904). Nel diritto tedesco, i contratti pubblici restano soggetti alla giurisdizione ordinaria, anche per quanto attiene alla fase della formazione (nella quale si pone il problema della tutela dei terzi) pur con alcune variazioni procedurali. Sul punto, v. E. SCHMIDT-ASSMAN, *Mutamento della funzione della giustizia amministrativa tedesca. Spunti per alcune riflessioni*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania* in *Quaderni dir. proc. amm.*, Milano, 2017; M. CARRÀ, *Atipicità del diritto di azione ed effettività della tutela nel processo amministrativo tedesco*, in D. SORACE (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, Firenze, 2010; F. CORTESE, F. SECCHI, *Appalti pubblici comunitari e sistema di tutela nell'ordinamento tedesco*, in G. GRECO (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2010. Tale diversità di regimi nei nostri ordinamenti, in una materia ormai regolata, quasi interamente, dal diritto europeo, e perciò tendenzialmente omogenei, è prova della intercambiabilità, in certi limiti, tra diritto pubblico e diritto privato, nella disciplina dell'azione amministrativa, nonché tra l'una e l'altra giurisdizione, purché siano assicurate certe garanzie a tutela dei terzi.

ma 1-*bis*, l. n. 241/1990), e così via, stanno delineando un assetto giuridico dell'amministrazione via via differenziato rispetto al passato. Tuttavia, il fenomeno è appena agli inizi; e allo stato, il diritto comune, ordinario, dell'amministrazione, resta il diritto amministrativo come ramo del diritto pubblico. L'antica affermazione di *Cammeo* (pronunciata in esito al fenomeno della «grande pubblicizzazione»), che il diritto amministrativo è il diritto comune, ordinario, dell'amministrazione, salvo eccezioni espressamente disposte, resta, allo stato, ancora valida, nonostante l'assenza, sul punto, di vincoli costituzionali¹⁷.

Si riscontra invero, una sorta di neutralità della Costituzione circa la disciplina giuridica dell'amministrazione, purché sia assicurato il rispetto dei principi costituzionali. Ma il predominio del diritto amministrativo è tuttavia consolidato nella tradizione (dal momento stesso della formazione dello Stato moderno) e fortemente ancorato all'esistenza di un giudice speciale per le controversie con le pubbliche amministrazioni (le controversie di diritto pubblico) che deriva dall'antico principio della separazione dei poteri (sottrazione di tali controversie al giudice comune) e nei sistemi vigenti (da noi e in Francia) ha acquisito base costituzionale. La presenza di due ordini giurisdizionali, l'uno per le controversie di diritto comune, l'altro per le controversie di diritto pubblico, è un dato che traduce sul piano giurisdizionale (e allo stesso tempo lo supporta) il dato della duplicità dell'ordine giuridico sostanziale (la *summa divisio* tra diritto pubblico e diritto privato, di antica e sempre rinnovata concezione)¹⁸.

Se l'amministrazione secondo il diritto privato non pone in quanto tale problemi di legittimità costituzionale, non sussistendo preclusioni di principio sul punto, problemi si pongono sul piano applicativo, laddove si rende necessario garantire la conformità delle forme privatistiche ai principi costituzionali tradizionalmente costruiti intorno alle forme pubblicistiche.

Se in via di principio, le organizzazioni pubbliche possono assumere forme privatistiche, associazioni, fondazioni, società per azioni; se le funzioni amministrative possono svolgersi secondo moduli negoziali, ove questi siano idonei alla produzione degli effetti, anziché (in tutto o in parte) secondo il diritto pubblico, si pongono problemi specifici ed applicativi, in ordine all'individuazione, ad esempio, di principi costituzionali che si estendano alle organizzazioni pubbliche in

¹⁷ Per cui, nei rapporti «fra individuo e Stato», il diritto privato «non può apparire come regolatore di quei rapporti, se non in via eccezionale», ché essi «debbono presumersi regolati dal diritto pubblico» (F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960 (ma, 1911-1914) p. 51 ss.

¹⁸ Da ult., E. SCHMIDT ASSMANN, «*Quod ad statum rei Romanae spectat*». *Riflessioni sulla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, Roma, Università La Sapienza, 2017. Un quadro di insieme nel mio *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011 ed *ivi*, la prefazione di N. IRTI. Più di recente, con impostazione parzialmente diversa, A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale*, cit.

forma privatistica (gestioni finanziarie, gestione del personale, assunzioni, responsabilità degli amministratori, ecc.), nonché all'azione amministrativa secondo moduli negoziali (imparzialità e trasparenza delle scelte, tutela di terzi, ecc.), e fino a che punto si estendano; visto che la funzione di amministrazione è sempre funzione servente gli interessi della collettività, qualunque forma essa assuma, e i soggetti che la esercitano, non operano mai nell'interesse proprio (ciò che è addirittura punito come delitto), ma sempre nell'interesse altrui, della collettività; ciò che in ogni caso comporta una «curvatura» degli istituti privatistici a servire scopi che non sarebbero loro propri. Insomma, la strumentazione privatistica dell'amministrazione, in sé non preclusa sul piano costituzionale, pone problemi di adattamento degli istituti (come si accennava a proposito della tutela dei terzi), concepiti in ordine all'operare di soggetti in posizione di autonomia (nel loro proprio interesse) una volta trasferiti in capo a soggetti che per definizione sono chiamati ad operare nell'interesse della collettività.

4. *Diversi assetti costituzionali circa la «posizione» dell'amministrazione*

Sui due versanti del profilo costituzionale dell'amministrazione, i sistemi costituzionali dei diversi Paesi dell'area si presentano con alcune (in qualche caso rilevanti) differenziazioni.

Invero, sul primo versante, quello dello statuto costituzionale dell'amministrazione, pur nella differenza dei testi costituzionali, la giurisprudenza delle Corti si è adeguata ad una serie di principi comuni, più o meno estesi e incisivi, tuttavia sempre orientati alle garanzie procedimentali, alla necessaria partecipazione dei soggetti interessati in ordine all'assunzione delle decisioni che li riguardano, agli obblighi di motivazione, al rispetto dei principi di imparzialità e ragionevolezza, alla eguaglianza dei cittadini davanti alle prestazioni pubbliche, e così via; e nella giurisprudenza europea è anche emersa l'esigenza che almeno in determinati settori sia garantita l'indipendenza degli organi amministrativi nell'esercizio delle funzioni salvo solo il controllo della giurisdizione¹⁹.

¹⁹ La Corte di giustizia, in diverse pronunce ha affermato il principio della indipendenza delle autorità di regolazione. Da ult., (26 luglio 2017, C-560/15) la Corte ha chiarito che in forza del carattere di indipendenza che è proprio delle Autorità di regolazione – nella specie si trattava dell'AGCOM – il Ministero dello Sviluppo Economico italiano non poteva sospendere né annullare una procedura indetta dall'Autorità intesa alla selezione dell'assegnazione di radiofrequenze digitali, il c.d. «*beauty contest*». Secondo la Corte «*gli Stati membri devono garantire l'indipendenza delle ANR perché queste possano esercitare i loro poteri in modo imparziale, trasparente e tempestivo*». A tal fine, il legislatore dell'Unione ha «*inteso rafforzare l'indipendenza delle ANR per garanti-*

Mentre sull'altro versante, quello della posizione costituzionale dell'amministrazione a fronte delle altre funzioni di governo, e segnatamente del potere politico, emergono profonde differenze nei diversi sistemi; e segnatamente tra il sistema francese e il nostro, laddove nell'uno, l'amministrazione, pur dotata di uno statuto costituzionale proprio come funzione, resta confusa nelle funzioni di governo proprie dell'Esecutivo, mentre nell'altro, l'amministrazione, sia come complesso di uffici che come funzione, assume una connotazione propria, differenziata dalla politica (dalle funzioni politiche e di governo) sino a predicarne la separazione e in qualche caso l'indipendenza.

Nell'ordinamento francese, da tempo la dottrina è impegnata intorno al tema della «costituzionalizzazione» del diritto amministrativo, e nella ricerca delle sue «basi costituzionali». Ma il problema della posizione costituzionale dell'amministrazione nei confronti del potere politico non appare trattato con la medesima attenzione che nella nostra dottrina, essendo ancora dominante l'idea della subordinazione dell'amministrazione al potere politico; o piuttosto, l'idea che la funzione di amministrazione è confusa tra quelle proprie dell'Esecutivo. Che, sulla base della Costituzione francese, non si possa concepire un «*pouvoir administratif*» separato dal rapporto di subordinazione verso il Governo, è affermazione pacifica in dottrina²⁰.

La Costituzione francese, come è noto, afferma che il Governo dispone dell'amministrazione e della forza armata (art. 20) ed assicura l'esecuzione delle leggi (art. 21), mentre riserva al potere regolamentare del Governo tutte le materie non espressamente riservate alla legge. Ciò ha fatto ritenere ad autorevole dottrina che proprio in ciò sia il fondamento costituzionale dell'amministrazione, come *exercice de puissance publique*, che trova nella responsabilità del Governo di eseguire le leggi, e soprattutto, nella potestà regolamentare «autonoma» del Governo, la sua fonte²¹. È alla nozione di *pouvoir exécutif doté des prérogatives de puissance publique*, risalente ai fondamenti della storia repubblicana, che il sistema amministrativo è correlato. L'investitura costituzionale del Governo, di assicurare l'esecuzione delle leggi, estesa nella Costituzione della V Repubblica alla titolarità del potere regolamentare generale, si traduce nell'af-

re un'applicazione più efficace del quadro normativo, accrescere la loro autorità ed assicurare una maggiore prevedibilità delle loro decisioni». V. 3 dicembre 2009, C-424/07, Commissione/Germania; 17 settembre 2015, C-85/14, KPN; 19 ottobre 2016, C-424/15, Ormaetxea Garai e Lorenzo Almendros; 28 luglio 2016, C-240/15, Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

²⁰ Per tutti, v. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, I, Paris, 1998, p. 188 ss. Ciò non esclude ovviamente la considerazione del peso, a volte dominante, dell'amministrazione sulle decisioni del Governo (C. DEBBASCH, *L'administration au pouvoir*, Paris, 1969).

²¹ G. VEDEL, P. DELVOLVE, *Droit administratif*, cit.; ma già, G. VEDEL, *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, in EDCE, 1954.

fermazione della riserva al Governo, e quindi agli uffici che ne dipendono, sotto la sua responsabilità, della titolarità di tutte le funzioni di amministrazione, tranne quelle che le leggi affidano alla competenza delle *collectivités territoriales*, garantite in Costituzione dal principio di *libre administration*²².

La definizione dell'amministrazione come *exercice de puissance publique* è espressione di questa identificazione dell'amministrazione con il potere esecutivo. Invero, nella Costituzione della V Repubblica, si verifica un rafforzamento rilevante della posizione costituzionale del Governo e del Presidente della Repubblica, segnatamente in ordine all'esercizio dell'amministrazione. E l'attribuzione al Governo della potestà regolamentare generale (e quindi la capacità del Governo di stabilire autonomamente in certi limiti, la disciplina stessa dell'amministrazione, gli scopi da perseguire in concreto) induce parte della dottrina ad affermare che l'amministrazione non possa essere concepita come attività di esecuzione delle leggi. D'altra parte, questa stessa riserva del potere regolamentare costituirebbe propriamente la base costituzionale dell'amministrazione: come *exercice de puissance publique* secondo un regime giuridico particolare, derogatorio rispetto al diritto comune, formato di prerogative e di *sujétions*, il diritto amministrativo appunto, e soggetta al controllo di un giudice distinto da un giudice comune²³.

Questa ricostruzione delle basi costituzionali dell'amministrazione, dovuta soprattutto a *Veдел* ma ancorata alla tradizione costituzionale francese, e strettamente connessa al principio fondamentale della separazione dei poteri e della conseguente separazione delle funzioni amministrative dalle giudiziarie, è stata particolarmente criticata in dottrina²⁴, in base all'osservazione che la Costituzione non contiene alcuna definizione dell'amministrazione come *exercice de puissance publique*; e che in fatto, l'amministrazione soltanto per una parte delle sue manifestazioni consiste in tale forma di attività, essendo numerose e praticamente importanti le manifestazioni dell'azione amministrativa secondo il diritto privato (*gestion privée*), che peraltro, com'è noto si intensificano nell'esperienza più recente.

Resta il fatto che l'amministrazione non compare nella Costituzione francese come funzione differenziata nell'ambito del potere esecutivo, che dell'amministrazione, appunto, dispone, per l'esecuzione delle sue politiche. Le funzioni di amministrazione sono inquadrare tra le funzioni proprie del Governo e dei suoi agenti; mentre non è dato rinvenire l'affermazione di una posizione costituzio-

²² V. le precise osservazioni di P. DELVOLVÉ, *La constitutionnalisation*, cit., p. 411 ss.

²³ Ancora, G. VEDEL, P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, Preface e tutto il primo capitolo.

²⁴ Part. C. EISENMANN, *La théorie des «bases constitutionnelles du droit administratif»*, in RDP, 1972, cui risponde VEDEL nella Prefazione, cit., (1980).

nale dell'amministrazione, né dal punto di vista organico (come apparato di uffici) né dal punto di vista funzionale (come attività, esercizio di *puissance publique*, o comunque ascrivibili al settore dei *services publics*) differenziate rispetto a quelle del Governo, nella sua competenza generale circa l'esecuzione delle leggi e nella sua responsabilità generale circa il funzionamento dei «servizi».

Tuttavia, pur in questo assetto costituzionale, la giurisprudenza del *Conseil Constitutionnel* ha elaborato una serie di principi, di rango costituzionale, trasformando come si accennava, il c.d. *bloc de légalité*, tradizionalmente applicato alla funzione amministrativa, in *bloc de constitutionnalité* e perciò dando all'amministrazione (nel suo esercizio, come funzione) uno statuto costituzionale proprio. Ciò porta a distinguere (come da noi, invero) nell'ambito delle funzioni che all'Esecutivo fanno capo, quelle di amministrazione da quelle di governo, o propriamente politiche. È proprio dalla presenza di questo statuto costituzionale dell'amministrazione che necessariamente deriva la distinzione funzionale tra funzioni di amministrazione e funzioni politiche o di governo (*acte administratif* e *acte du gouvernement*), nell'ambito delle attività dell'Esecutivo, anche in un sistema che pur non conosce una specifica connotazione dell'amministrazione rispetto al potere politico²⁵. Ché lo statuto costituzionale investe le attività di amministrazione, non tutte le attività di governo, ciò che necessariamente comporta la distinzione di queste ultime dalle prime.

Tra i principi che vanno a formare lo statuto costituzionale dell'amministrazione (ma la dottrina francese non usa questa espressione), circa i quali si rinvia alle compiute trattazioni della dottrina francese²⁶, emergono, il principio del diritto della difesa, il principio della continuità dei servizi pubblici, il principio della eguaglianza dei cittadini a fronte dell'esercizio dei servizi pubblici, i principi di azionabilità delle pretese dei cittadini nei confronti dell'amministrazione, il principio di responsabilità della stessa per i danni prodotti, e così via. In Francia tuttavia, assai più incisivamente che da noi, costituisce regola insuperabile di valore costituzionale, risalente ai principi fondamentali riconosciuti *par les lois de la République*, che l'amministrazione sia sottoposta alla direzione e al controllo del Governo, ciò che dà luogo a rilevanti problemi di ordine costituzionale, circa la posizione delle c.d. Autorità indipendenti, le quali, come autorità ammi-

²⁵ Che il regime proprio della funzione amministrativa non si estenda a tutti gli atti del Governo, è affermazione pacifica anche nella dottrina francese. V. ancora, G. VEDEL, P. DELVOLLE, *op. cit.*, dove la definizione dell'amministrazione, come «*l'ensemble des activités, du Gouvernement et des autorités décentralisées étrangères à la conduite des relations internationales et aux rapports entre les pouvoirs publics et s'exerçant sous un régime de puissance publique*» (p. 38).

²⁶ Ampia rassegna in T. LARZUL, *Droit constitutionnel de l'administration*, in *Juris classeur, Administratif*, 1997, fasc. 1452; B. STIRN, *Le sources constitutionnelles du droit administratif*, in *LGDJ, Systemes*, 2006.

nistrative (e non giurisdizionali), in principio sono soggette al controllo del Governo (e al potere regolamentare del Governo) oltre che al controllo della giurisdizione.

La posizione costituzionale dell'amministrazione consta anche, ovviamente, del rapporto con la giurisdizione. Che l'amministrazione sia soggetta alla giurisdizione e che perciò i suoi atti, in quanto lesivi di situazioni protette, siano soggetti al controllo della giurisdizione, si può considerare affermazione pacifica nei nostri sistemi costituzionali. E in quelli (diciamo così) della tradizione francese, vige il principio della dualità delle giurisdizioni e della competenza di un giudice speciale (il giudice amministrativo) in ordine alle controversie con le pubbliche amministrazioni (l'identificazione delle quali dà luogo spesso a dubbi e quindi a contrasti giurisprudenziali); principio che nella tradizione francese, si collega, e ne costituisce corollario, a quello, risalente alla Rivoluzione, della separazione dei poteri e quindi della separazione delle autorità amministrative dalle giudiziarie²⁷.

La nostra Costituzione in più norme afferma espressamente la duplicità delle giurisdizioni, e la competenza della giurisdizione amministrativa, in ordine alle controversie con le pubbliche amministrazioni a tutela degli interessi legittimi (la tutela dei diritti resta di competenza dell'autorità giudiziaria, ma la distinzione tra le due categorie di situazioni protette spesso risulta assai perplessa e dà luogo a molteplici contrasti giurisprudenziali). Chiarissima fu la volontà del Costituente, di tener fermo il sistema dualistico in vigore, e di tener ferma la centralità che in detto sistema aveva (ed ha tuttora) il Consiglio di Stato²⁸. Mentre nella Costituzione francese (quella vigente della V Repubblica, ma anche le precedenti) della giurisdizione amministrativa non vi è traccia (e tanto meno del Consiglio di Stato, pur così importante, direi dominante, in quell'ordinamento). Ma alla costituzionalizzazione della giurisdizione amministrativa ha provveduto il *Conseil Constitutionnel* (è uno dei principali aspetti dell'ope-

²⁷ «L'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur les quelles ne peuvent empiéter sui le législateur sui le Gouvernement» (Cons. Costit, n. 80 – 119 DC); ed essa, aggiunge P. DELVOLVÉ, “*bénéficie par là même aux justiciables*”, cui sono assicurate due *sortes de garanties* (che derivano dall'art. 16 della *Declaration* del 1789, ed hanno assunto valore costituzionale): da una parte, il diritto al ricorso avverso gli atti amministrativi; d'altra parte, una volta ottenuto in sede giurisdizionale l'annullamento dell'atto lesivo, che questo non possa successivamente essere «validato» dal legislatore (*ivi*, le citazioni della giurisprudenza del *Conseil*). Insomma, una riserva di giurisdizione, anche da noi costantemente affermata (qualche piccola notazione sul punto, avevo affacciato in *In margine al caso E: sui limiti della funzione legislativa*, in *Pol. dir.*, 2009).

²⁸ Sulla formazione delle norme costituzionali relative alla giustizia amministrativa, nei lavori dell'Assemblea Costituente, v., per un quadro di insieme, V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2012.

razione di costituzionalizzazione del diritto amministrativo, sottolineato dalla dottrina) con alcune importanti sentenze (23 gennaio 1987, n. 86/224; n. 85261; n. 80119); affermando che l'attribuzione alla giurisdizione amministrativa del contenzioso relativo agli atti amministrativi (*recours pour excès de pouvoir*) è principio fondamentale riconosciuto dalle leggi della Repubblica, connesso a quello della separazione dei poteri, e perciò essa non può essere soppressa dal legislatore né la sua competenza derogata, se non in virtù di particolari esigenze della migliore amministrazione della giustizia, come in virtù di connessione tra giurisdizioni diverse (e della giurisdizione amministrativa, come si ricordava, deve essere garantita l'indipendenza da parte del legislatore, estendendosi ad essa la prescrizione costituzionale di cui all'art. 64 circa l'indipendenza dell'autorità giudiziaria).

Quindi, in ordine all'indipendenza della funzione giurisdizionale dal potere politico, i nostri ordinamenti costituzionali non danno luogo a dubbi; e sul punto, la giurisprudenza della Corte EDU è fermissima, come è noto²⁹.

Mentre, resta del tutto incerta la posizione dell'amministrazione nei confronti del potere politico.

5. Modelli del rapporto «tra politica e amministrazione»

Sul punto, l'assetto costituzionale della Repubblica italiana appare notevolmente diverso, pur provenienti entrambe da una matrice comune; perché la Costituzione italiana espressamente afferma principi concernenti l'amministrazione, già presenti nella nostra tradizione, dando ad essi valore costituzionale (che poi saranno svolti dalla giurisprudenza della Corte). Principi che una volta scritti in Costituzione, ed espressamente rivolti alle funzioni di amministrazione come distinte nell'ambito delle funzioni di governo, introducono una distinzione in questo ambito, che da noi (a differenza che in Francia) acquista rango costituzionale.

²⁹ Sul punto, si v. CEDU 26 ottobre 1984: «L'imparzialità del giudice ex art. 6, 1° comma, della convenzione europea dei diritti dell'uomo va intesa sia in senso soggettivo che oggettivo; nella prima accezione ci si riferisce al "foro interiore" del magistrato, ritenuto imparziale fino a prova contraria; nella seconda prospettiva vengono in considerazione quelle condizioni esteriori, anche semplici "apparenze" che debbono assicurare una giustizia imparziale». Nello stesso senso, più di recente, CEDU, 6 aprile 2010: «ai fini del rispetto del diritto all'equo processo deve essere assicurata l'imparzialità soggettiva ed oggettiva del giudice»; CEDU 10 gennaio 2017: «the Court has consistently held that the personal impartiality of a judge must be presumed until there is proof to the contrary ... The principle that a tribunal shall be presumed to be free of personal prejudice or partiality is long-established in the case-law of the Court».

L'art. 95, laddove afferma la responsabilità dei ministri, collegiale in ordine agli atti del Consiglio dei ministri, ma individuale in ordine agli atti dei rispettivi «dicasteri», riecheggia la tradizionale posizione dell'amministrazione collocata nell'ambito dell'Esecutivo e confusa nelle funzioni degli organi politici; ma l'art. 97 innova, appunto, a fronte di questa concezione tradizionale, laddove imputa ai «funzionari» sfere di competenza e responsabilità proprie. E in virtù di quest'ultima norma, nell'assetto dell'amministrazione in rapporto al potere politico, si va delineando da noi, un modello di amministrazione come separata dal potere politico e segnata dal Governo.

Si delineano nei rapporti tra politica e amministrazione diversi modelli teorici.

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

In questo modello, gli organi politici, oltre alle funzioni di indirizzo, o di direzione, e di controllo sull'andamento dell'amministrazione, sono direttamente titolari anche di funzioni amministrative puntuali, in ordine all'adozione di atti produttivi di effetti. E in ordine al funzionamento complessivo degli uffici e ai diversi compiti attribuiti ai funzionari, nonché in ordine all'adozione di atti puntuali affidata alla competenza degli uffici subordinati, agli organi politici è riservato il potere gerarchico nelle sue varie forme (potere di direzione, di ordine, di avocazione, di annullamento degli atti, ecc.), che condiziona fortemente l'attività degli uffici subordinati e consente agli organi politici stessi sempre di risponderne, anche laddove non hanno direttamente responsabilità nell'adozione degli atti³⁰.

Mentre, in ordine alle altre forme dell'organizzazione pubblica, diverse dai ministeri e dagli apparati di uffici dipendenti dagli Esecutivi (anche a livello regionale e locale), gli enti pubblici, le aziende, agli organi politici spettano poteri

³⁰ Sulla «gerarchia» nella sua significazione, vorrei dire pura, originaria, occorre tenere presente la sistemazione della meno recente dottrina (invero, si tratta di un concetto risalente al vecchio ordine dell'amministrazione). Per tutti, O. RANELLETTI, *L'organizzazione della pubblica amministrazione nello Stato italiano*, Padova, 1935, p. 3 ss.; A DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, I, Padova, 1931; L. ARCIDIACONO, *Gerarchia amministrativa*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989; L. ELIA, *Problemi costituzionali dell'amministrazione centrale*, Milano, 1966 (per il profilo critico); G. MARONGIU, *Gerarchia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969; L. CARLASARE, *Amministrazione e potere politico*, cit. pone in luce, in cospicue pagine, la connessione del rapporto gerarchico con un determinato assetto dei rapporti tra amministrazione e potere politico (*grasso modo*, secondo il primo dei modelli che ho delineato), part. p. 48 ss., p. 178 ss.

di indirizzo, di controllo («vigilanza») che consentono ad essi, anche in questi casi, di rispondere dell'andamento dell'amministrazione³¹.

In capo agli organi politici, in questo modello, opera il principio di distinzione, per cui laddove il ministro (ad esempio) opera come soggetto amministrativo è sottoposto allo statuto della funzione amministrativa, *ivi* comprese le responsabilità civili, penali e amministrative (da noi, la responsabilità per danno erariale) connesse all'esercizio della funzione, e i suoi atti sono impugnabili in sede giurisdizionale. Laddove lo stesso ministro (la stessa persona fisica) opera come organo politico, mediante, ad esempio, dichiarazioni al Parlamento o all'opinione pubblica, l'indicazione di programmi d'azione, o più specificamente la determinazione di indirizzi diretti agli uffici, o di budget o di piani operativi, ecc., i suoi atti producono effetti sul piano politico (anche in ordine alla responsabilità).

Il secondo modello nei rapporti tra politica e amministrazione è stato introdotto da noi dalle riforme degli anni '90 che hanno spostato il pendolo del (sempre oscillante) rapporto «tra politica e amministrazione», dal modello di cui all'art. 95 (ministri «responsabili ... individualmente degli atti di loro dicasteri»), al modello di cui all'art. 97 («sfere di competenza», «attribuzioni», «responsabilità proprie dei funzionari», assicurate nell'ordinamento degli uffici). Norma quest'ultima che in maniera più incisiva che in ogni altra Costituzione europea, afferma il principio che l'esercizio dell'amministrazione debba essere riservato ai «funzionari» (da intendere come il personale professionale preposto agli uffici); un'amministrazione autocefala, come fu detto; rilevando qualche contraddizione tra le due norme: due modelli alternativi, appunto³².

Lo spostamento del «pendolo» (dovuto com'è noto a fattori strettamente politici, connessi ai mutati orientamenti dell'opinione pubblica) ha condotto al superamento del modello della distinzione meramente funzionale e all'introduzione di un modello che possiamo denominare della distinzione strutturale (o della «separazione»), che si può configurare come modello teorico del rapporto (ma non si può trascurare il dato che esso è seguito solo da noi, nell'ambito dei Paesi

³¹ Sulla posizione organizzativa degli enti pubblici, a partire dal noto saggio di G. MIELE, *La distinzione fra ente pubblico e ente privato*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1987 (che aveva rilevato nel rapporto organizzativo con lo Stato il carattere distintivo degli enti pubblici); V. OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, 1959; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, p. 173 ss.; G. GUARINO, *Enti pubblici strumentali, sistema delle partecipazioni statali, enti regionali*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962; *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di V. CERULLI IRELLI, G. MORBIDELLI, Torino, 1994.

³² M. NIGRO, *La pubblica amministrazione tra Costituzione formale e Costituzione materiale*, in *Studi Bachelet*, II, Milano, 1987. Sull'art. 97 vedi l'ampio ed esauritivo commento di C. PINELLI, in *Commentario alla Costituzione*, G. BRANCA, A. PIZZORUSSO, *La pubblica amministrazione*, Roma-Bologna, 1994; R. CARANTA, in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, II, Torino, 2006.

dell'area). Come è noto, si tratta di ciò che, con normativa di carattere generale (artt. 4, 14, d.lgs. n. 165/2001; v. già, art. 3, d.lgs. n. 80/1998; art. 3, d.lgs. n. 29/1993; per gli enti locali, art. 107, T.U. enti locali, d.lgs. n. 267/2000) la titolarità di tutte le funzioni amministrative c.d. di gestione, contratti, provvedimenti amministrativi di ogni specie (espropriazioni, concessioni, autorizzazioni, ecc.) a carattere puntuale, concorsi ed esami, accordi amministrativi, provvedimenti in materia di personale, ecc., è stata trasferita in capo ai dirigenti, cioè a uffici attribuiti alla titolarità di personale professionale, collocati al livello alto della scala burocratica, e in determinati casi anche ad uffici di livello inferiore (art. 109, comma 2, T.U. enti locali, d.lgs. n. 267/2000). Restano nella titolarità degli organi politici, al di là, com'è ovvio, delle funzioni propriamente politiche o di governo, tra le funzioni amministrative, quelle relative all'adozione degli atti di programmazione e degli atti amministrativi generali (come i piani urbanistici, i piani del commercio, ecc.). E resta la normazione mediante atti regolamentari, che sul piano formale, com'è noto, sono atti amministrativi anch'essi, impugnabili davanti al giudice amministrativo. Tra gli atti a carattere puntuale, restano nella titolarità di organi politici i c.d. atti di alta amministrazione (di cui si dirà), caratterizzati da lata discrezionalità, tali da coinvolgere «motivi politici», ovvero compresi (come ad esempio le nomine dei funzionari agli uffici apicali) nella funzione di direzione politica dell'amministrazione.

Questo modello, ormai consolidato da noi, modifica incisivamente l'assetto dei rapporti interni nell'ambito degli uffici ministeriali (nell'organizzazione dello Stato, ma similmente nelle altre organizzazioni pubbliche), privando l'organo politico di vertice (il ministro) dei poteri gerarchici prima caratterizzanti la sua posizione (una volta che gli uffici dirigenziali acquisiscono un ambito di competenze proprie e agiscono in una sfera di responsabilità propria), il potere di ordine, il potere di avocazione, il potere di sostituzione (se non in particolari casi determinati dalla legge), ecc. La posizione di supremazia del ministro e la sua responsabilità politica circa l'amministrazione, nel settore di competenza (ineludibile anche ai sensi dell'art. 95) si traduce nella titolarità del potere direttivo o di indirizzo, che assume varie forme e manifestazioni nell'ambito della nostra legislazione positiva, tuttavia non sempre adeguatamente esercitato. Il potere direttivo vincola l'attività degli uffici subordinati limitatamente ai metodi, ai criteri, agli obiettivi, da perseguire nell'attività degli uffici, ma non in ordine al merito delle decisioni, di cui essi restano responsabili (salve conseguenze di carattere disciplinare o relative allo svolgimento delle carriere)³³.

³³ Cfr. d.lgs. cit. n. 165/2001, art. 14, laddove preclude al ministro di revocare, riformare, riservare o avocare a sé, atti di competenza dei dirigenti (affidati ai relativi uffici, in virtù dell'attribuzione generale di competenza in ordine a tutti gli atti di gestione: art. 4, comma 2), salva nomina di commissario *ad acta* in caso di protratta inerzia o di gravi inosservanze delle direttive generali,

6. La direzione politica dell'amministrazione

La direzione politica dell'amministrazione (che costituisce il necessario contrappunto della separazione strutturale delle competenze) si manifesta ancora (e più incisivamente) nella disponibilità (che resta in capo all'organo politico) del rapporto di ufficio dei dirigenti (nomine, revoche, conferme, ecc.), per regola a termine, e in determinati casi coincidente con il mandato politico dell'organo di vertice (c.d. *spoils system*). Sul punto, la Corte ha fissato principi intesi a limitare, e ancorare a criteri obiettivi, le decisioni politiche in ordine alla posizione dei dirigenti nella titolarità degli uffici, per metterli al riparo da eccessivi condizionamenti della «politica» e assicurare la necessaria continuità dell'azione amministrativa o, per dirla alla francese, la continuità dei servizi pubblici³⁴. Principi che sono applicazione dei più generali principi, fissati in Costituzione, del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione.

La scelta dei titolari degli uffici, la valutazione delle loro prestazioni, al fine della permanenza negli uffici stessi, costituisce responsabilità propria degli organi politici, nell'ambito di ciascun ente di governo, come strumento essenziale per garantire il buon andamento dell'amministrazione, assicurarne il funzio-

dandone comunicazione al Presidente del Consiglio dei Ministri. Superato il modello della gerarchia nelle relazioni verticali tra uffici, resta il potere di direzione e la successiva attività di verifica e controllo (sul punto, assai prima che il modello della separazione venisse introdotto, v. le puntuali osservazioni di L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, cit., part. p. 165 ss. in ordine all'assetto gerarchico degli uffici e alle implicazioni prodotte dal suo eventuale superamento). Sulla direzione, come modello delle relazioni tra uffici sempre da tenere presente la classica sistemazione di G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, 1969, in *La democrazia come problema*, vol. I, Bologna, 1994.

³⁴La giurisprudenza della Corte costituzionale è costante (da ult., sent. 24 gennaio 2017, n. 15) nel ritenere che i meccanismi di decadenza automatica dagli incarichi dirigenziali, c.d. *spoils system*, sono compatibili con l'art. 97 Cost. «esclusivamente ove riferiti ad addetti ad uffici di diretta collaborazione con l'organo di governo (sentenza n. 304 del 2010) o a figure apicali, quali quelle contemplate dall'art. 19, comma 3, del d.lgs. n. 165 del 2001 (sentenza n. 34 del 2010)», circa le quali appare necessario uno stretto collegamento (e un rapporto di fiducia) con l'organo di vertice. Per il rimanente personale dirigenziale, i meccanismi di decadenza automatica, o meramente discrezionale, sono ritenuti incompatibili con l'art. 97 Cost. (sentt. nn. 228 e 124/2011, 224/2010, 104 e 103/2007). Tale incompatibilità è stata ribadita (sentt. nn. 246/2011, 81/2010 e 161/2008) anche in riferimento agli incarichi conferiti a dirigenti esterni all'amministrazione (art. 19, comma 5-ter) e ai dirigenti *ex art. 19, comma 6* (non in possesso di qualifica dirigenziale ma assunti, con contratto a termine).

In dette pronunce viene evidenziato dalla Corte che la decadenza automatica, viola altresì, in carenza di idonee garanzie procedimentali, i principi costituzionali di buon andamento e imparzialità e, in particolare, il principio di continuità dell'azione amministrativa che è strettamente correlato a quello di buon andamento (per tutte si v. Corte cost. 23 marzo 2017, n. 104, v. anche Corte cost. 24 gennaio 2017, n. 15).

namento in conformità degli indirizzi impartiti. Questa funzione acquista maggiore rilevanza nel modello di amministrazione fondato sulla «separazione» tra organi politici e uffici amministrativi, e costituisce il necessario compimento (manifestazione) del potere di indirizzo politico amministrativo. Mentre, nel modello dell'amministrazione «indipendente» si configura diversamente, che gli organi di vertice (le c.d. Autorità) vengono sì designati dal potere politico (Governo, Parlamento), come s'è detto, ma attraverso meccanismi che pongono «al riparo» le nomine dal (solo) indirizzo di maggioranza; mentre agli uffici dirigenziali interni i «funzionari» vengono designati per decisione delle stesse Autorità³⁵.

Il rapporto d'ufficio è quello che lega il singolo funzionario (che in determinati casi può non essere un dipendente della pubblica amministrazione) all'ufficio cui è preposto per un determinato periodo di tempo, con correlativa imputazione della responsabilità dell'azione complessiva e dei singoli atti di competenza dell'ufficio stesso³⁶. All'autorità politica spetta anzitutto il potere di nomina dei funzionari alla titolarità degli uffici apicali dell'amministrazione di pertinenza, secondo di diversi ordinamenti degli enti di governo, restando la nomina agli uffici subordinati per regola nella competenza dei dirigenti preposti gli uffici apicali (art. 19, d.lgs. n. 165/2001). Il rapporto di ufficio può essere a termine, cioè previsto dalla legge o dal contratto, ovvero a tempo indeterminato, per alcune categorie di uffici, come ad esempio le Prefetture (d.lgs. n. 130/2000) e per alcuni uffici tra quelli apicali ha una durata corrispondente a quella del mandato dell'organo politico nominante (c.d. *spoils system*). In ogni caso, nell'esercizio del potere di nomina occorre da parte dell'organo politico valutare l'opportunità se confermare il precedente titolare. Questa valutazione deve avvenire secondo criteri oggettivi, tenendo conto cioè dei risultati della precedente gestione, come puntualmente stabilito dalla Corte costituzionale vincolando la scelta delle autorità politiche (se confermare o meno il dirigente uscente nella funzione), sempre relazionata alla valutazione dell'attività del dirigente³⁷. La conferma invero, di-

³⁵ Secondo due modelli, la nomina da parte dei Presidenti delle Camere di intesa tra loro (come nel caso dei membri dell'AGCM: art. 10, comma 2, l. 10 ottobre 1990, n. 287) e la nomina da parte del Governo sottoposta a parere vincolante delle competenti Commissioni parlamentari adottati a maggioranza di due terzi, il che significa con il consenso di almeno una parte dell'opposizione (come nel caso delle Autorità di cui alla l. 14 novembre 1981, n. 485).

³⁶ Sul «rapporto di ufficio» come istituto distinto dal rapporto di servizio e centrale nella teoria dell'organizzazione, v. ancora la sistemazione di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, cit. p. 247 ss.

³⁷ Corte cost. n. 104/2017: «la decisione dell'organo politico relativa alla cessazione anticipata dall'incarico deve avvenire in seguito all'accertamento dei risultati conseguiti e rispettare il principio del giusto procedimento, poiché il perseguimento dell'interesse connesso alla scelta delle persone più idonee all'esercizio della funzione pubblica deve avvenire indipendentemente da ogni considerazione per gli orientamenti politici» (v. anche n. 304/2010 e da ult. n. 15/2017).

viene la regola, salva valutazione negativa circa il precedente operato.

Il c.d. *spoils system*, come modello di cessazione del rapporto di ufficio, è da ritenere invero illegittimo in via di principio, potendo essere ammesso solo per quegli uffici la cui azione si traduce a sua volta nella programmazione e nell'indirizzo dell'azione delle strutture sottoposte, deputate all'indirizzo dell'amministrazione puntuale; in un'azione perciò strettamente connessa rispetto all'attività politica nell'attuazione dell'indirizzo³⁸.

Gli uffici sottoposti a *spoils system* sono i «diretti collaboratori dell'organo politico individuati *intuitu personae* vale a dire con una modalità che mira a rafforzare la coesione tra l'organo politico che fissa le linee generali dell'azione amministrativa e gli organi di vertice dell'apparato burocratico ai quali compete di attuare il programma per consentire il buon andamento dell'attività di direzione dell'ente» (Corte cost. n. 104/2007 cit.). Quindi, sono fissati ben precisi limiti alla possibilità per il legislatore (statale e regionale) di estendere tale sistema di cessazione del rapporto d'ufficio (e che mettono in dubbio la legittimità costituzionale almeno di parte della legislazione vigente).

Si rende invero, necessario, perché il sistema possa funzionare correttamente, che operino nelle diverse Amministrazioni, sistemi di valutazione (affidati ad organi imparziali) dell'operato dei dirigenti ai quali ancorare la scelta circa le nuove nomine, ovvero la conferma delle precedenti. E occorre altresì, perché le singole valutazioni obiettive possano essere effettuate, che il potere di indirizzo po-

³⁸ La Corte costituzionale (n. 233/2006) ha stabilito la legittimità costituzionale dei meccanismi di decadenza automatica per gli incarichi dirigenziali di livello generale «apicale» in quanto caratterizzati dal conferimento diretto da parte degli organi politici a soggetti prescelti «*intuitu personae ... scelti anche ... al di fuori dell'apparato amministrativo ...*» affermando che «... questa modalità di conferimento ... mira palesemente a rafforzare la coesione tra l'organo politico regionale (che indica le linee generali dell'azione amministrativa e conferisce gli incarichi in esame) e gli organi di vertice dell'apparato burocratico (ai quali tali incarichi sono conferiti ed ai quali compete di attuare il programma indicato), per consentire il buon andamento dell'attività di direzione dell'ente (art. 97 Cost.)». Secondo la Corte a tale schema rimangono «*invece, estranei gli incarichi dirigenziali di livello "non generale", non conferiti direttamente dal vertice politico e quindi non legati ad esso dallo stesso grado di contiguità che connota gli incarichi apicali*». Con la più recente giurisprudenza, la Corte ha imposto limiti stringenti, sottolineando che la decisione dell'organo politico relativa alla cessazione anticipata dall'incarico del dirigente deve rispettare «*il principio del giusto procedimento. La dipendenza funzionale del dirigente non può diventare dipendenza politica. Il dirigente è sottoposto alle direttive del vertice politico e al suo giudizio, ed in seguito a questo può essere allontanato. Ma non può essere messo in condizioni di precarietà che consentano la decadenza senza la garanzia del giusto procedimento*» (104/2007; 103/2007). Da ult., con la sent. n. 15/2017 la Corte ha ribadito che i meccanismi di decadenza automatica dagli incarichi dirigenziali, c.d. *spoils system*, sono compatibili con l'art. 97 Cost. «*esclusivamente ove riferiti ad addetti ad uffici di diretta collaborazione con l'organo di governo (sentenza n. 304 del 2010) o a figure apicali, quali quelle contemplate dall'art. 19, comma 3, del d.lgs. n. 165 del 2001 (sentenza n. 34 del 2010)*».

litico amministrativo venga puntualmente esercitato in modo da poter valutare in rapporto alle prescrizioni stabilite dai singoli atti di indirizzo, l'operato del dirigente. In assenza di ciò l'esercizio del potere di nomina diviene casuale o arbitrario, ovvero ancorato a criteri di appartenenza politica e perciò illegittimo.

7. La responsabilità politica del Governo circa l'amministrazione e la «question» delle Autorità amministrative indipendenti

La posizione costituzionale dell'amministrazione, s'è visto, presenta una connotazione propria nell'ordinamento italiano, che non presenta nell'ordinamento francese. Ma il fatto che, in entrambi gli ordinamenti, si sia venuto formando uno statuto costituzionale delle funzioni amministrative, necessariamente produce una connotazione propria di dette funzioni nell'ambito di quelle dell'Esecutivo, cioè rispetto alle funzioni politiche o di governo.

Mentre, sul versante dell'organizzazione, cioè nei rapporti tra organi e uffici nell'ambito dell'Esecutivo, la separazione strutturale – gli uffici dirigenziali trasformati a tutti gli effetti in organi con competenza esterna, operanti sulla base degli indirizzi degli organi di governo, ma sottratti al potere gerarchico di questi ultimi (del ministro, nell'organizzazione dello Stato) – è carattere proprio del nostro ordinamento costituzionale.

Nell'ordinamento francese, la connotazione propria delle funzioni di amministrazione, retta da un proprio statuto, resta nell'ambito di una distinzione meramente funzionale. Gli organi politici operano secondo diversi statuti giuridici, laddove esercitano funzioni amministrative ovvero funzioni politiche o di governo. E laddove determinate funzioni amministrative sono attribuite alla competenza di organi, nell'ambito della complessa organizzazione dell'Esecutivo, diversi dai ministri o dagli altri organi politici (funzionari e agenti, prefetti, ecc.) questi sono soggetti al potere gerarchico dei primi, che assumono quindi piena responsabilità dei relativi atti. In ciò si traduce l'affermazione costituzionale che il Governo dispone dell'amministrazione, oltre che della forza armata, e che alla responsabilità del Governo è pienamente attribuito il compito di assicurare l'esecuzione delle leggi (e degli stessi regolamenti che il Governo emana nelle materie di sua competenza) e la continuità dei servizi pubblici³⁹.

Nel primo modello, tipicamente italiano, agli organi politici è riservato il potere di indirizzo (nelle sue varie forme); nel secondo modello, francese, resta in

³⁹ V. già i noti *Arrêts*, Heyriès (1918), Labonne (1919), in *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 2017, p. 207 ss. Sul punto, P. DELVOLVÉ, *La constitutionnalisation*, cit., p. 397 ss.