

La posizione istituzionale dell'amministrazione pubblica e la Costituzione*

di Nino Longobardi

12 maggio 2017

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I principi di fondo di un'amministrazione di tipo liberale: subordinazione, separazione. – 3. Dettati costituzionali e complessità della posizione istituzionale dell'amministrazione pubblica. – 4. La separazione fra politica e amministrazione. Gli artt. 97 e 98 Cost. – 5. La complessità della posizione dell'amministrazione pubblica nella Costituzione italiana e l'esigenza di ricercare in essa indicazioni sugli assetti dell'amministrazione. – 6. L'amministrazione ministeriale e gli enti pubblici. – 7. Il ruolo assegnato alla legge dall'art. 97 c. 2 Cost. connotato dai principi di buon andamento ed imparzialità. – 8. Attuazione della separazione fra politica e amministrazione e politicizzazione dell'amministrazione. Il disegno costituzionale ed il suo primo presupposto.

1. Premessa

Quali “punti fermi” in merito alla collocazione istituzionale dell'amministrazione pubblica è possibile trarre dai principi e dalle norme della Costituzione? Ne risulta indicato un modello stabile, “puro” di amministrazione? Impedito o consentito l'affermarsi di una relativa indipendenza dell'amministrazione?

Queste domande sono divenute di grande attualità a seguito dell'emersione del fenomeno delle autorità amministrative indipendenti, che è ormai comune agli ordinamenti dell'Europa continentale.

Si è trattato non più, come per il passato, di meri organi e uffici con funzioni di giudizio di ambito circoscritto e spesso solo temporanei, dotati di indipendenza al fine di sottrarli al rischio di influenze esterne (organi consultivi, di controllo, commissioni di concorso ad impieghi, commissioni di gara, ecc.), bensì di strutture amministrative, anche molto complesse, chiamate con continuità alla regolazione di settori di grande rilievo sociale in posizione di relativa indipendenza dall'autorità politica, sottratte, in particolare, ai poteri di indirizzo e conformativi del Governo¹.

Al suo apparire, l'espressione autorità amministrativa indipendente ha rappresentato una sorta di ossimoro. La tradizione continentale colloca infatti l'insieme dell'amministrazione sotto la direzione del Governo.

La chiusura dogmatica in nome della prassi politico-amministrativa derivante dalla tradizione² è stata sposata da larga parte dei primi commentatori, ma si è rivelata ben

*Relazione al Convegno su «Politica e Amministrazione», L'Aquila 3 maggio 2017.

¹ Al riguardo, v. N. LONGOBARDI, «Amministrazioni indipendenti» e posizione istituzionale dell'amministrazione pubblica (1993), ora in ID., *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, II ed., Torino 2009, p. 43 ss.

² Per l'impostazione metodologicamente corretta, v. L. MENGONI, *Problemi e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 57, le cui indicazioni di metodo sono state da me condivise nell'approccio al tema delle autorità amministrative indipendenti (v. N. LONGOBARDI, *Le «amministrazioni indipendenti». Profili introduttivi* (1988), ora in ID., *Autorità*

presto una risposta non adeguata alle intervenute trasformazioni dell'amministrazione pubblica e del diritto che la regola. In queste trasformazioni un posto di rilievo spetta proprio alle autorità amministrative indipendenti³.

Riconosciute le evidenti esigenze, indicate soprattutto dal diritto sovranazionale, alle quali risponde il nuovo modello delle autorità, a partire da quella di assicurare la credibilità internazionale dei mercati, si è dovuto guardare con "occhi nuovi" ai principi ed alle norme costituzionali⁴.

2. I principi di fondo di un'amministrazione di tipo liberale: subordinazione, separazione.

Nel "modello occidentale di amministrazione" sono individuabili due "costanti" che costituiscono i principi di fondo di un'amministrazione di tipo liberale: subordinazione, separazione. Inteso il sistema amministrativo come un "sistema di relazioni", i principi attorno ai quali esso si organizza riguardano in primo luogo la subordinazione delle "istanze amministrative" alle "istanze politiche" e la separazione tra istanze politiche e istanze amministrative⁵.

Questa teorica risponde alla dialettica dei principi. Se il principio democratico postula infatti la subordinazione dell'amministrazione alla politica, il principio liberale richiede la separazione dell'amministrazione dalla politica al fine di impedire la confusione delle due sfere, a garanzia anzitutto delle libertà individuali⁶.

amministrative indipendenti e sistema, cit., p. 40). «La dogmatica» - ha osservato Mengoni - «non è in grado di produrre nuovo sapere, di sviluppare autonomamente (per mezzo di semplici trasformazioni logiche) nuove possibilità di soluzione immanenti al sistema normativo; tende piuttosto a sostituire al sistema normativo il proprio sistema di concetti, e quindi a modellare la realtà giuridica, immersa nel movimento della storia, sul "già conosciuto"».

³ Al riguardo, v. ora N. LONGOBARDI, (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione*, Torino, 2016.

⁴ L'esigenza di «prestare orecchio al sottile mutamento della cultura e della percezione dei bisogni sociali, attraverso cui tutti noi dobbiamo leggere la Costituzione, trovandola naturalmente sempre diversa da tempo a tempo», è stata ben sottolineata da G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione nella Costituzione. Riflessioni e indicazioni di riforma*, Milano 1995, p. 15.

⁵ G. TIMSIT, *Le modèle occidental d'administration*, in ID., *Théorie de l'administration*, Paris, 1986, p. 289 ss. Sul sistema amministrativo come "sistema di relazioni", v. G. TIMSIT, *Modèles, structures et stratégies de l'administration*, in *Théorie de l'administration*, cit., p. 217 ss. I principi costanti di un'amministrazione di tipo liberale: subordinazione, separazione, si applicano - sempre non come principi assoluti, ma come principi di fondo - anche alle altre relazioni fondamentali in cui può essere decomposto il complesso amministrativo, vale a dire alle relazioni tra istanze amministrative, da un canto, e istanze economiche, sociali e amministrative dall'altro. Sulla teorica di Timsit, che fornisce strumenti di grande utilità per analizzare le trasformazioni dell'amministrazione, v. più ampiamente N. LONGOBARDI, *"Amministrazioni indipendenti" e posizione istituzionale*, cit. partic. p. 58 ss.

⁶ Sul principio democratico ed il principio liberale e la dialettica fra essi nella Costituzione italiana, v. N. LONGOBARDI, *Il sistema politico-amministrativo e la riforma mancata*, Torino 1999, p. 2 s. e *passim*. La dialettica è propria dei regimi detti in senso lato liberali, nei quali solo è conseguentemente possibile l'affermazione di autorità amministrative indipendenti, in considerazione della presenza di spazi amministrativi sufficientemente aperti. «Non vi sono invece» - ha osservato F. MODERNE, *Etude comparée*, in *Les Autorités administratives indépendantes*, a cura di C.A. COLLIARD e G. TIMSIT, Paris, 1988, p. 186 ss., p. 189 - «possibilità di sviluppo per istituzioni di questo tipo quando gli spazi amministrativi siano "chiusi", organizzati e controllati in modo rigido. Così, nei regimi socialisti e nei regimi dittatoriali classici i principi istituzionali - nei primi in particolare quello del

La difficile coesistenza dei principi di subordinazione e separazione - variamente tradotti in disposizioni costituzionali e legislative all'interno dei singoli ordinamenti - provoca un costante stato di tensione per l'amministrazione. Non può, pertanto, stupire l'affermazione che «*il n'existe guère de modèle pur ni stable d'administration, mais des Etats et des administrations qui se construisent et se déforment, au travers des crises qui les secouent...*»⁷.

Vi è in ciò un risvolto positivo. Consiste nell'elasticità del sistema amministrativo, aperto ad esigenze in parte contraddittorie, senza che un punto di equilibrio possa dirsi fissato una volta per tutte.

3. Dettati costituzionali e complessità della posizione istituzionale dell'amministrazione pubblica.

Le considerazioni che precedono inducono ad attenuare la contrapposizione fra sistemi riconducibili ad un comune modello occidentale ed agevolano la lettura dei dettati costituzionali sull'amministrazione, che non deve arrestarsi ad una singola, ancorché apparentemente univoca, disposizione. Ad esempio, l'art. 20 della Costituzione francese prevede: «Il Governo determina e dirige la politica nazionale. Dispone dell'amministrazione e delle forze armate»; l'art. 97 della Costituzione spagnola del 1978 stabilisce che il Governo «dirige la politica interna ed estera, l'amministrazione civile e militare».

Anche tralasciando che la formula contenuta nell'art. 20 della Costituzione francese del 1958 è stata subito giudicata infelice ed eccessiva⁸, va sottolineato che la complessità della posizione dell'amministrazione riaffiora anche in un ordinamento costituzionale come quello francese, nel quale la subordinazione dell'amministrazione al Governo è affermata in modo rigido e scarsa attenzione è stata dedicata all'amministrazione dal costituente.

La Costituzione francese stabilisce, infatti, all'art. 34 numerose riserve di legge, tra le quali vanno qui segnalate quelle in tema di garanzie fondamentali riconosciute ai funzionari dello Stato e di istituzione di categorie di enti pubblici, al fine di sottrarre tali materie all'arbitrio del Governo.

La tradizione francese della "*fonction publique*", la cui protezione è indicata dalla Costituzione, risulta consolidata dagli statuti legislativi e, con il prestigio e l'autonomia dei "*Grands corps*" dello Stato, viene non a caso ritenuta, in senso atecnico ovviamente, una "fonte" dell'indipendenza riconosciuta ad un gran numero di autorità di più recente istituzione.

“centralismo democratico” - precludono ogni spazio all'affermazione di autorità amministrative indipendenti». Per la critica dello studio di Moderne che muove dalla distinzione tra “spazi amministrativi aperti” e “spazi amministrativi chiusi”, v. N. LONGOBARDI, “*Amministrazioni indipendenti*”, cit., p. 44 ss.

⁷ G. TMSIT, *Le modèle occidental*, cit., p. 332.

⁸ È questa l'autorevole opinione di G. BURDEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris 1966, p. 485, il quale - rilevato che per la prima volta si dice in un testo costituzionale francese che l'amministrazione è a disposizione del Governo - afferma che la terminologia impiegata va certamente oltre il pensiero dei costituenti perché, giuridicamente, l'amministrazione non è subordinata se non alla legge.

Nella Costituzione spagnola, d'altro canto, l'amministrazione, che trova separata considerazione rispetto al Governo, è chiamata a servire «con obiettività gli interessi generali», «in piena conformità con la legge e con il diritto» (art. 103 c. 1), mentre l'organizzazione dell'amministrazione statale è rimessa alla legge (art. 103 c. 2), che è tenuta a regolare «lo statuto dei pubblici funzionari» assicurando le garanzie preordinate a salvaguardarne l'imparziale esercizio delle funzioni, nonché l'accesso alle funzioni pubbliche secondo criteri di merito e capacità (art. 103, c. 3)⁹.

4. La separazione fra politica e amministrazione. Gli artt. 97 e 98 Cost.

L'esigenza di separazione fra politica e amministrazione è affermata con forza dalla Costituzione italiana. Gli artt. 97 e 98 di essa sono posti a presidio di un valore sostanziato da una tradizione di pensiero liberale che risale all'indomani dell'unità d'Italia, di un'esigenza antica, che affonda le sue radici nella garanzia dei diritti individuali. Nell'indistinzione tra Governo e amministrazione già Arcoleo, ad esempio, ravvisava la perdurante vigenza "sotto forme rappresentative" d' "un governo assoluto"¹⁰. L'esigenza in questione, oltre che costituzionalizzata, risulta particolarmente rafforzata poiché chiama in causa uno dei più essenziali tra i principi fondamentali della Costituzione, quello posto dall'art. 2 Cost., secondo il quale «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità».

Con la riserva di legge disposta dall'art. 97 c. 2 (già c. 1) la Costituzione assegna un ruolo centrale alla legge nell'organizzazione dell'amministrazione pubblica («i pubblici uffici») vincolandola doppiamente, ovvero a porre discipline efficienti e funzionali («buon andamento») e che al contempo «assicurino» «l'imparzialità dell'amministrazione».

⁹ Al riguardo, v. già N. LONGOBARDI, «*Amministrazioni indipendenti*», cit., p. 54 ss., ove viene considerata anche la Carta fondamentale della Germania federale che, all'art. 33, prevede una garanzia istituzionale dell'impiego pubblico professionale al fine di assicurare la neutralità dei pubblici funzionari. E' stato osservato – da F. MODERNE, *L'administration dans le débat politique en Espagne*, in *Administration et politique en Europe*, a cura di C. DEBBASH, Paris, 1983, p. 177 ss., p. 185 – che dalla Costituzione spagnola del 1978 si evince l'idea di un'istituzionalizzazione dell'amministrazione pubblica di natura tale da attenuare lo stato di dipendenza nel quale si trova l'amministrazione in rapporto al potere politico: all' "amministrazione", presentata dal testo costituzionale come un concetto separato da quello di "governo", i costituenti, con una serie di disposizioni, hanno probabilmente conferito i mezzi per allentare l'influenza governativa. Sicura influenza ha avuto al riguardo la Costituzionale italiana. Per la comparazione con la normativa costituzionale italiana sull'amministrazione e per indicazioni di dottrina, v. N. M. SANDULLI, *Il governo della Spagna democratica: riflessioni introduttive*, in *Costituzione e struttura del governo*, Ricerca del CNR diretta da E. Spagna Musso, Padova, 1982, p. 437 ss., partic. p. 452 ss.

¹⁰ *Il gabinetto nei governi parlamentari*, Napoli 1881, p. 64. Sulla rivendicazione dell'imparzialità nell'amministrazione ad opera degli studiosi liberali dopo l'unità d'Italia, cfr. S. SPAVENTA, *La giustizia nell'amministrazione. Discorso pronunciato all'Associazione Costituzionale Romana nell'adunanza del 21 marzo 1879*, Torino 1949; M. MINGHETTI, *I partiti politici e la ingerenza loro nella giustizia e nella amministrazione*, Bologna 1881; G. ARCOLEO, *Il gabinetto*, cit.; P. TURIELLO, *Governo e governati in Italia*, Bologna 1882; E. PRESUTTI, *Lo Stato parlamentare e i suoi impiegati amministrativi*, Napoli 1889. Per altre indicazioni v. G. TALAMO (a cura di), *Antologia degli scritti politici dei liberali italiani*, Bologna 1981.

Una prima guida nell'applicazione dei principi di buon andamento ed imparzialità è fornita al legislatore dalle regole costituzionali che prevedono l'accesso ai pubblici uffici mediante concorso, il divieto di promozione se non per anzianità dei funzionari pubblici membri del Parlamento, la possibilità di vietare per legge l'iscrizione ai partiti politici di magistrati, militari, funzionari ed agenti di polizia e diplomatici. Il comma 3 (già comma 2) dell'art. 97, secondo cui nell'ordinamento degli uffici sono determinate «le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari», evoca l'esigenza di statuti predefiniti dei funzionari pubblici quali componenti della disciplina organizzativa, volti in primo luogo a garantire l'esercizio imparziale delle funzioni, secondo, del resto, la tradizione costituzionale comune dei Paesi dell'Europa continentale¹¹.

L'obiettivo perseguito dalla disciplina costituzionale si riassume nel principio sancito dall'art. 98 c. 1: «I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione». L'amministrazione pubblica ha, pertanto, anche quando è strumento di attuazione delle politiche governative, un ruolo autonomo in diretto collegamento con la società per la realizzazione delle «finalità pubbliche obiettivate dall'ordinamento»¹². Il rapporto con il Governo è di natura "istituzionale", non di natura politica¹³. Ciò esclude in linea di principio la designazione agli incarichi dirigenziali pubblici e la permanenza in essi secondo criteri di c.d. fiduciarità politica.

5. La complessità della posizione dell'amministrazione pubblica nella Costituzione italiana e l'esigenza di ricercare in essa indicazioni sugli assetti dell'amministrazione.

Anche ad un primo e parziale esame risulta evidente, come si è appena notato, che «La Costituzione repubblicana ha introdotto in modo consapevole, nella nostra storia giuridica, il problema della separazione dell'amministrazione dal Governo, e della tutela di essa contro l'azione del Governo, quale organo politico»¹⁴.

¹¹ Il superamento dei tradizionali principi di gerarchia e competenza viene pressochè generalmente ritenuto come indicato dall'art. 97, c. 3 (già c. 2) Cost. Esattamente si sostiene che la disposizione implichi anche il superamento dell'anonimato dell'amministrazione. Cfr. ad es. G. DI GASPARE, *Organizzazione amministrativa*, in *Dig. discipl. pubbl.*, 1985, p. 10 ss. e G. CORSO, *Le norme costituzionali sull'organizzazione*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione nella Costituzione. Riflessioni e indicazioni di riforma*, Milano 1995, p. 26 s. Al di là di ciò non si è riusciti, però, ad attribuire alla disposizione in questione un preciso significato, per il condizionamento esercitato dal significato tecnico dei termini di competenza, attribuzione e responsabilità. Come suggerito dall'espressione «sfere di competenza», i termini in questione appaiono però utilizzati in modo atecnico e sostanzialmente voler indicare l'esigenza di statuti predefiniti dei funzionari quali componenti della disciplina organizzativa.

¹² L'espressione tra virgolette è ripresa da Corte cost. sent. n. 1 del 1999, che si riferisce al nostro ordinamento come «ordinamento democratico che affida all'azione dell'amministrazione, separata nettamente da quella di governo (*politica* per definizione), il perseguimento delle finalità pubbliche obiettivate dall'ordinamento».

¹³ Cfr. S. CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, in ID., *Corso di diritto amministrativo*, III ed., Milano, 2009, p. 7.

¹⁴ Così, molto chiaramente, M. S. GIANNINI, *Parlamento e Amministrazione*, in *Amm. civ.*, 1961, p. 145 ss., ripubblicato in *Scritti vari di diritto pubblico e privato*, Milano 1969, p. 1 ss., p. 27.

Al di là di ciò, quali indicazioni offre la Costituzione in ordine agli assetti dell'amministrazione pubblica?

Senza altro emerge da essa la complessità della posizione dell'amministrazione, ciò che è stato ben colto da Mario Nigro. «I costituenti» - ha argomentato - «formarono i loro modelli prendendo a paragone le strutture dello Stato liberale, cioè guardando dietro di loro, al passato; ciononostante, essi anticiparono in un certo senso il futuro». Ciò «perché i problemi dello Stato liberale sono in fondo i problemi dello Stato democratico e di quello sociale: i problemi del rapporto fra esigenza di dipendenza politica dell'amministrazione ed esigenza di autocefalia ed autoresponsabilità di essa e quelli del rapporto fra accentramento e pluralismo»¹⁵.

Nella nostra Costituzione scritta - ha osservato Nigro - non è rinvenibile un modello stabile, "puro" di amministrazione-organizzazione amministrativa, ma ne troviamo «tre, o, se si preferisce, ne troviamo uno che consta di tre parti disomogenee». Vi è il modello di amministrazione come «apparato servente» del Governo (art. 95), l'idea dell'amministrazione come apparato a sé, regolato direttamente dalla legge (artt. 97 e 98), il disegno di una amministrazione autonomistica e comunitaria (art. 5, Titolo V). Né è possibile stabilire aprioristicamente gerarchie, dal momento che ciascuno dei "modelli", da una parte, «ha radici ben conficcate nella storia», dall'altra, «si presenta come sviluppo di esigenze parimenti essenziali della nostra Costituzione: il principio personalista, il garantismo giuridico, l'eguaglianza sostanziale, ecc». Essi sono destinati a coesistere e le tensioni che derivano dalla loro diversità e conflittualità sono «per la Costituzione eventi non patologici, ma fisiologici (almeno entro certi limiti)». «Ricependo in sé istanze dissimili o addirittura divergenti ... la Costituzione ha, realisticamente, accolto una concezione dialettica, anzi drammatica dell'amministrazione»¹⁶.

Solo in senso traslato, però, può parlarsi di modelli di amministrazione posti dalla Costituzione, giacché questa indica piuttosto le esigenze da soddisfare, dalle quali occorre partire per la definizione della modellistica istituzionale.

Il silenzio costituzionale sui concreti assetti organizzativi è da ritenere positivo. Ne deriva, però, anche il bisogno di ricercare nella Costituzione altre utili indicazioni sugli assetti dell'amministrazione pubblica.

6. L'amministrazione ministeriale e gli enti pubblici.

Vi è certo nella Costituzione una scontata recezione dell'amministrazione ministeriale.

Già dalle norme, contenute nell'art. 95, dedicate al Governo e all'amministrazione ministeriale, può trarsi tuttavia, ove non facciano velo una tradizione ed una prassi politico-amministrativa risalenti, che l'amministrazione non deve essere necessariamente subordinata al Governo. Infatti:

¹⁵ *La pubblica amministrazione fra costituzione e formale e costituzione materiale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1985, pp. 162 ss., 171.

¹⁶ M. NIGRO, *La pubblica amministrazione*, cit., p. 163 ss.; nello stesso senso cfr. M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti*, (*dir. amm.*), in *Enc. giur.*, IV, 1996. Sulla compresenza di modelli diversi, anzi opposti, di amministrazione nella Costituzione, v. già S. CASSESE, *Il sistema amministrativo*, italiano, Bologna, 1983, p. 57 ss., il quale ha espresso tuttavia un giudizio negativo sulla normativa costituzionale in tema di amministrazione pubblica.

- estensione, attribuzioni ed organizzazione dell'amministrazione ministeriale sono rimesse alla legge;
- il Presidente del Consiglio, oltre che a dirigere la politica generale del Governo, è chiamato a mantenere l'unità di indirizzo politico ed amministrativo. Non si tratta, però, di un indirizzo totalitario, bensì di un indirizzo che ha la medesima estensione dell'amministrazione ministeriale, come si deduce dagli strumenti indicati dalla Costituzione nella promozione e nel coordinamento dell'attività dei Ministri;
- il principio di responsabilità ministeriale è sì recepito in Costituzione e nel modo più tradizionale, ma limitato all'organizzazione ministeriale in senso stretto: «I ministri sono responsabili ... individualmente *degli atti dei loro dicasteri*».

Va sottolineato che i connotati tradizionali dell'amministrazione ministeriale risultano molto attenuati dalla disciplina posta dagli artt. 97 e 98 Cost., disposizioni di carattere generale che indicano una amministrazione (anche ministeriale) diversa da quella ereditata dal passato¹⁷.

Soprattutto, come si è appena osservato, dalla disciplina dedicata al Governo e all'amministrazione ministeriale deriva che la formula della "strumentalità" e "manovrabilità" degli enti pubblici e la riconduzione necessaria di essi alla responsabilità di un singolo ministro o del presidente del Consiglio non ha fondamento costituzionale¹⁸, benchè un tale fondamento sia spesso dato per scontato¹⁹. Né può ritenersi che ciò sia frutto di casualità. Ai Costituenti era infatti ben presente il carattere plurale della pubblica amministrazione, già articolata in una serie di enti a livello nazionale (v., del resto, l'impiego nell'art. 97 c. 4, Cost. dell'espressione «pubbliche amministrazioni»). Non è stata tuttavia avvertita la necessità di costituzionalizzare la loro riconduzione alla responsabilità ministeriale.

La questione risulta così rimessa alla legge secondo le indicazioni discendenti dai principi di buon andamento ed imparzialità. Viene però chiamato in causa anche il canone fondamentale di organizzazione individuato dall'art. 5 Cost. nel «più ampio decentramento amministrativo».

Le indicazioni costituzionali dovrebbero, pertanto, indurre a riconsiderare la posizione degli enti pubblici rispetto all'amministrazione ministeriale, dal momento che "istituti di ingerenza" variamente configurati dalle norme ed ancor più dalla prassi politico-amministrativa avallata dalla giurisprudenza rendono i medesimi enti solo formalmente autonomi realizzando un decentramento assai più formale (conferimento di personalità giuridica distinta) che sostanziale, secondo un assetto che è per lo più

¹⁷ V. retro, § 4.

¹⁸ Così già N. LONGOBARDI, *Il sistema*, cit., p. 125. In passato aveva esattamente osservato G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, Milano 1977, p. 308 s., che «la formula della "strumentalità" e "manovrabilità" degli enti» è valida se riferita al rapporto tra enti e legislatore. «La formula stessa tuttavia è fonte di equivoci, anzi di errori, qualora venga riferita al rapporto tra l'ente e la pubblica amministrazione. Questo rapporto non è univoco, è disciplinato dalla legge, con riferimento a singoli enti o categorie di enti, nei modi più vari, che comprendono le ipotesi dell'autonomia, della semiindipendenza, della dipendenza e che solo rarissimamente si lasciano configurare come piena manovrabilità».

¹⁹ Così ad es. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, VII ed., Torino 2015, p. 155 s.

disfunzionale e fonte di confusione di responsabilità²⁰. Assai autorevolmente, del resto, il fondamento costituzionale generale delle autorità amministrative indipendenti è stato ravvisato nel principio del decentramento (funzionale) posto dall'art. 5 Cost²¹.

7. Il ruolo assegnato alla legge dall'art. 97 c. 2 Cost. connotato dai principi di buon andamento ed imparzialità.

Con la riserva di legge disposta dall'art. 97 c. 2 – lo si è già evidenziato – la Costituzione assegna un ruolo centrale alla legge nell'organizzazione dell'amministrazione pubblica vincolandola doppiamente, a porre discipline efficienti e funzionali ("buon andamento") e che «assicurino» «l'imparzialità dell'amministrazione».

Questa disposizione costituzionale, che responsabilizza e vincola lo stesso legislatore nel porre mano all'organizzazione pubblica, non appare essere stata ben compresa nella sua portata e nelle sue potenzialità di applicazione.

Il dettato costituzionale ha suscitato la sterile ed in parte falsa questione di stabilire quali siano i "pubblici uffici" da organizzare per legge ai sensi dell'art. 97 c. 2. In modo piuttosto improbabile, dal comma successivo a quello appena citato, che nell'"ordinamento degli uffici" impone di determinare le "sfere di competenza", la Corte costituzionale (sent. n. 14 del 1962) ha desunto che i pubblici uffici da regolare con legge sono gli organi, in quanto uffici con competenza esterna. A questa interpretazione si è allineata la dottrina ritenendo che la legge deve disciplinare i pubblici uffici che sono organi, nonché gli enti che di organi sono composti. Non è necessaria invece per l'istituzione e la disciplina di meri uffici, destinatari di compiti, ma non di competenze, quali un compito istruttorio, un ufficio di ragioneria, una commissione di concorso, una commissione di studio, ecc. (Così, M. S. Giannini)²².

Il ruolo assegnato alla legge dall'art. 97 c. 2 Cost., ridotto alla questione di uffici da istituire e disciplinare con legge (gli organi) o con regolamento (tutti gli altri), ne è uscito travisato.

In primo luogo, la disposizione costituzionale, va osservato, non richiede che la legge necessariamente istituisca e disciplini gli uffici che sono organi. I "pubblici uffici" devono essere infatti organizzati non dalla legge, bensì "secondo disposizioni di legge", ciò che palesemente non è la medesima cosa.

²⁰ Al riguardo, v. N. LONGOBARDI, *Il sistema*, cit., pp. 77 s e 82 s.

²¹ A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze 1997, p. 52 s. Sulle amministrazioni indipendenti come indicanti «la crisi del modello statocentrico sul versante della precedente relazione di strumentalità» cfr. G. DI GASPARE, *Organizzazione amministrativa*, cit., p. 13. Il fondamento costituzionale delle autorità va tuttavia ravvisato in primo luogo negli art. 97 e 98 Cost., benchè possa essere rinvenuto anche in altre disposizioni costituzionali. Al riguardo, v. N. LONGOBARDI, *Le autorità amministrative indipendenti laboratori di un nuovo diritto amministrativo*, in ID., *Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 103 ss.

²² La questione e la soluzione data ad essa sono ben riassunte da G. CORSO, *Manuale*, cit., p. 156 ss. Questo autore non manca di rilevare che, attribuendo un significato tecnico alle espressioni contenute nel comma 3 dell'art. 97, si va incontro alle incongruenze di "attribuzioni" che «seguono le competenze mentre dovrebbero precederle» e di responsabilità attribuite ai funzionari benchè tale materia esuli dalla disciplina degli uffici. I termini contenuti nel comma 3 citato appaiono tuttavia utilizzati in modo atecnico e sostanzialmente voler indicare l'esigenza di statuti predefiniti dei funzionari quali componenti della disciplina organizzativa. V. *retro* § 4.

D'altro canto, il ruolo indicato dalla Costituzione alla legge, quello di assicurare, attraverso idonee regole organizzative, il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione nel suo insieme ("i pubblici uffici"), non può essere arbitrariamente limitato ai soli uffici che sono formalmente anche organi con competenze esterne.

Ci si avvede così che una corretta lettura dell'art. 97 c. 2 Cost. colloca in prevalenza la legge del Parlamento e conseguentemente il principio di legalità nell'ambito della definizione dei modelli organizzativi e dei modelli generali d'azione dell'amministrazione.

Con il tramonto dell'amministrazione legalitario-burocratica, per evidente sfaldamento del principio di legalità, già sostanziato dai caratteri di generalità e astrattezza della legge e dalla tendenziale neutralità ad essa così conferita, nonché dei tradizionali concetti di gerarchia e competenza, implicanti la spersonalizzazione del personale burocratico, parzialmente ripudiati dalla Costituzione²³, i principi di "buon andamento" e di "imparzialità", di cui all'art. 97 Cost., acquisiscono necessariamente nuovi significati, dischiudendo potenzialità presenti nella disciplina costituzionale²⁴.

Il "buon andamento" non può essere assorbito nella legalità, risolversi nell'aderenza – per lo più formalistica – a discipline normative, né l' "imparzialità" può essere più svalutata a secondaria regola d'azione significativa divieto di arbitrarie discriminazioni nell'esercizio di poteri discrezionali.

Più difficile ed ampio rispetto al passato risulta, quindi, il ruolo assegnato dalla Costituzione al legislatore, che è chiamato, attraverso la definizione di regole organizzativo-procedurali ad assicurare in primo luogo la difesa dei diritti fondamentali dei cittadini; affinché l'amministrazione sia sottomessa al diritto e non ad una legalità meramente formale²⁵.

È compito essenziale della legge quello di proteggere l'amministrazione e difenderne l'autonomo ruolo nei confronti del Governo realizzando così la separazione tra politica e amministrazione richiesta con forza dalla Costituzione.

Le tradizionali forme di realizzazione della separazione-distinzione tra politica e amministrazione – garanzie giuridiche per i pubblici funzionari, disciplina legislativa in funzione di limite al Governo, concorso pubblico, ecc. – concepite all'interno del modello legalitario-burocratico di amministrazione, benchè dotate di perdurante

²³ V. retro n. 11.

²⁴ Cfr. G. DI GASPARE, *Organizzazione amministrativa*, cit., p. 11. Sul principio di buon andamento cfr. A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento dell'amministrazione*, Padova 1979; S. STAMMATI, *Il buon andamento dell'amministrazione: una rilettura e principi per un ripensamento*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, III, Milano 1988, p. 794 ss.; A. SATTA, *Il principio di buon andamento della pubblica amministrazione della giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e Società*, 1988, p. 53 ss.; G. D'ALESSIO, *Il buon andamento dei pubblici uffici*, Ancona 1993.

Sul principio di imparzialità cfr. U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova 1965; S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano 1970; A. CERRI, *Imparzialità e indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova 1972.

²⁵ Cfr. sulla valenza attuale del principio di legalità, dedotta, sulla base di esperienze straniere, anche dall'impossibilità per la legge di indirizzare l'amministrazione, S. CASSESE, *Le basi*, cit. p. 429 ss. Sul nuovo atteggiarsi del principio di legalità, come discendente dalla Costituzione, nella quale la P.A. non può più essere considerata apparato di servizio, cfr. G. MANONGIU, *Funzione amministrativa e ordinamento democratico*, in *La democrazia come problema*, Bologna 1994, p. 460, nonché F. S. SEVERI, *Amministrazioni indipendenti, agenzie, autorità: nuove (o vecchie) formule organizzative per la pubblica amministrazione*, in ID. (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti: aspetti problematici*, Milano 1998, p. 107 ss.

validità, sono oggi insufficienti e certamente non esauriscono il contenuto prescrittivo dei principi costituzionali di buon andamento e di imparzialità.

Nel mutato contesto, pertanto, gli artt. 97 e 98 Cost. e, almeno in parte, anche l'art. 5 Cost., offrono certamente uno spazio per amministrazioni in posizione di relativa indipendenza rispetto all'autorità politica, sottratte in particolare all'indirizzo governativo²⁶.

Anche nell'istituire e disciplinare autorità amministrative indipendenti, che non trovano «diretto riscontro nella nostra Costituzione»²⁷, si impone tuttavia al legislatore di assicurare «il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione». La riserva di legge in materia di organizzazione dei pubblici uffici è, infatti, sostanziata da questi canoni e, come è noto, il momento organizzatorio determina anche, indirizzandola, la successiva attività.

È opportuno sottolineare che dello strumento autorità amministrativa indipendente può essere fatto un uso improprio o che comunque può risultare non giustificato. Infatti, la creazione di un'autorità indipendente può costituire un espediente di fuga dalla responsabilità politica, quale si realizza scaricando scelte difficili o costose in termini di consenso su un organo qualificato come indipendente; inoltre, può consentire di allargare la sfera amministrativa a scapito del giudice, incidendo, così, sulla tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive.

È appena il caso di osservare, infine, che i principi di buon andamento ed imparzialità, se in linea generale impongono la separazione fra politica e amministrazione, richiedono applicazioni differenziate in relazione alle diverse funzioni. Da queste vanno tratte le indicazioni di carattere organizzativo e procedurale, essendo tali profili «accessori e conseguenti a quelli sostanziali» relativi alle funzioni. Rilevano, però, anche la concezione ed i modi di esercizio delle funzioni²⁸.

²⁶ Al riguardo, v. N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema*, cit., p. 103 ss. e *passim*.

²⁷ Così, V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, V ed., Torino 2016, p. 82.

²⁸ Sul rilievo centrale delle funzioni cfr. M. S. GIANNINI, *In principio sono le funzioni*, in *Amm. civ.*, 1955, p. 7, il quale ha sottolineato con forza che i profili organizzativi e procedurali sono «accessori e conseguenti a quelli sostanziali» relativi alle funzioni. Sul principio di «correlazione necessaria» tra tipo di funzione e tipo di organizzazione, v. G. GUARINO, *Sull'utilizzazione di modelli differenziati nell'organizzazione pubblica*, cit., p. 7 e *passim*.

Sull'ampiezza di prospettiva secondo cui occorre guardare all'organizzazione amministrativa e per il valore determinante del momento organizzatorio sotto molteplici profili cfr. N. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano 1966 e G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova 1968. Entrambi gli autori hanno evidenziato, in particolare, che nella disciplina dei procedimenti deve vedersi un fenomeno di organizzazione. V. più ampiamente N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema*, cit., p. 161 ss. Sul mutamento della concezione delle funzioni amministrative e dei modi del loro esercizio, v. *ivi*, p. 90 ss., nonché sempre *ivi*, p. 243 ss. con riguardo al «modello regolativo-giustiziale» proprio delle autorità amministrative indipendenti. V. anche da ultimo N. LONGOBARDI, *Il diritto amministrativo in trasformazione*, cit. Per la critica del ricorso ad autorità atipiche qualificate come indipendenti, in particolare con riguardo all'ANAC, sulla quale viene scaricata (in contrasto con il principio di buon andamento) un'ampia responsabilità di carattere politico, tipicamente governativa, v. N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, ora in *Dir. e proc. amm.*, 2017, p. 15 ss.

8. Attuazione della separazione fra politica e amministrazione e politicizzazione dell'amministrazione. Il disegno costituzionale ed il suo primo presupposto.

Nel 1961 Massimo Severo Giannini, nel rilevare che la Costituzione ha posto il problema della separazione dell'amministrazione dal Governo e della tutela di essa contro l'azione del Governo, quale organo politico, ha espresso il convincimento che le disposizioni costituzionali erano state «malamente o malissimamente attuate»²⁹.

E' assai probabile che oggi avrebbe attenuato un simile giudizio sul passato per riservarlo a quanto avvenuto dopo, se avesse potuto assistere agli interventi normativi abbattutisi da oltre un ventennio sull'amministrazione pubblica nel segno di una sua crescente politicizzazione. Era allora, infatti, impensabile che la "lottizzazione" potesse essere estesa al cuore dello Stato, all'amministrazione ministeriale, provocando con l'irragionevole moltiplicazione delle posizioni dirigenziali un progressivo generale scadimento della dirigenza, in primo luogo sotto il profilo dell'etica della funzione pubblica.

Questi giudizi – anche relativamente al più recente indirizzo diretto a rendere totale l'asservimento della dirigenza pubblica – sono stati più volte motivati e non è questa la sede per esporli o argomentarli ulteriormente³⁰.

Preme qui indicare qual è il necessario punto di partenza, ove si voglia mutare registro e seguire la Costituzione. Il disegno costituzionale presuppone un Parlamento autorevole, che non può essere tale se non è autenticamente rappresentativo, in grado di proteggere l'amministrazione ed i suoi funzionari dalla politica di parte, anche, quindi, dal Governo, assicurandone un ruolo autonomo.

I più – anche se non sempre in modo disinteressato – giudicheranno inattuale e irrealistico un simile disegno. Non è però forse per caso che lo scadimento dell'istituzione parlamentare, per il procurato venir meno di una sua reale rappresentatività, e la sempre più spinta politicizzazione dell'amministrazione – ad onta degli sbandierati obiettivi efficientistici addotti a giustificazione degli interventi normativi - siano andati di pari passo con il crescente declino del nostro Paese.

²⁹ V. *retro*, n. 14.

³⁰ N. LONGOBARDI, *Il sistema politico-amministrativo*, cit., p. 153 ss.; ID., *A dieci anni dalla legge n. 241 del 1990. Sulle implicazioni tra organizzazione ed attività amministrativa*, *Cons. St.* 2001, II, p. 1545 ss.; ID., *L'innovazione istituzionale: grandi disegni o vere riforme?*, in *Lexitalia.it* 2002; ID., *La riforma "pienamente" della dirigenza pubblica tra interventi normativi e concreta applicazione*, in *Scritti per Giorgio Berti*, II, Napoli 2005, p. 1385 ss.; ID., *La legge sul procedimento amministrativo tra ostacoli e ambiguità*, in *Dir. e proc. amm.*, 2011, p. 705 ss.; ID., *La legge n. 124 del 2015: i procedimenti amministrativi e il problema della semplificazione*, in *Giustamm.it*, n. 4/2016.