

**Consiglio nazionale forense - Scuola superiore dell'Avvocatura
IX Congresso giuridico-forense per l'aggiornamento professionale**

Roma, Complesso monumentale di S. Spirito in Sassia

20-21-22 marzo 2014

***Buon andamento dei pubblici uffici e garanzie costituzionali
degli interessi coinvolti***

Vincenzo Caputi Jambrenghi

*già ordinario di Diritto amministrativo
nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro*

Sommario: 1. *La vicenda del buon andamento nella Costituzione.* - 2 *Non efficienza organizzativa ma utilità per interessi esterni all'organizzazione.* - 3. *Esegesi dell'art. 97, co. 1 e 2, Cost.* - 4. *La complessità nell'organizzazione pubblica. Teoria di Falzea.* - 5. *I "compiti di benessere" e la norma di cui all'art. 97, co. 1. Garanzia ut e garanzia ne.* - 6. *I livelli essenziali delle prestazioni amministrative concernenti i civili e sociali.* - 7. *Limiti alla tutela procedimentale e giurisdizionale degli interessi coinvolti da atti a contenuto normativo o generale.* - 8. *Buon andamento e organizzazione dei pubblici uffici su schemi privatistici: i risultati pretesi non mutano.*

1. *La vicenda del buon andamento nella Costituzione.*

Il principio secondo il quale la Costituzione repubblicana doveva impegnare il legislatore dell'Amministrazione pubblica e quest'ultima direttamente ad un determinato *self restraint* a vantaggio dei cittadini ha stentato, in un primo tempo, a farsi spazio nella seconda Sottocommissione -prima Sezione- dell'Assemblea costituente.

Tuttavia, l'intervento di Mortati, che fungeva da relatore sui "rapporti di pubblico impiego" è servito ad accantonare le esitazioni: è necessario difendere in Costituzione l'indipendenza dei funzionari pubblici dai partiti politici («*Lo sforzo di una Costituzione democratica, oggi che al potere si alternano i partiti, deve tendere a garantire una certa indipendenza ai funzionari dello Stato, per avere un'amministrazione obiettiva della cosa pubblica e non un'amministrazione dei partiti. A tale proposito, la Costituzione di Weimar stabiliva che i funzionari erano a servizio della collettività e non dei singoli partiti*»); inoltre, è necessario inverare il principio già affermato della prima Sottocommissione («*I pubblici impiegati siano responsabili dei danni che per dolo o colpa cagionino ai terzi nell'esercizio delle funzioni o del loro servizio, e che lo Stato e gli altri enti pubblici siano responsabili in via sussidiaria. Questo principio è stato approvato, ma rimane il problema di creare un'organizzazione che giovi a precisare la responsabilità dei pubblici impiegati. Attualmente non si sa mai su chi deve ricadere la responsabilità di determinati atti, perché il principio della responsabilità dei funzionari è affermato teoricamente, ma in pratica è di assai difficile attuazione. Si potrebbe in proposito pensare di costituire*

un ordinamento amministrativo, per il quale la responsabilità in determinati settori della pubblica Amministrazione, sia affidata a dati funzionari e capi servizio. Sono queste le due esigenze che, a suo avviso, potrebbero costituire materia per norme di carattere costituzionale»).

Ne è derivata una norma densa di contenuto precettivo, che si rintraccia nella formula che, al termine di una discussione difficile per le implicazioni politiche che sottintendeva e per le difficoltà tecniche in essa insite, si legge negli artt. 97 e 98 della Costituzione.

1 co.: *«I pubblici uffici sono organizzati **secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento** e l'imparzialità dell'amministrazione».*

2 co.: *«Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari».*

3 co.: *«Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge».*

Infine, la norma collocata nel primo comma del successivo art. 98 (*«I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione»*) conclude il lavoro dell'Assemblea costituente (che ha mediato tra collettività e Stato), dando l'ultimo tocco ad un quadro obiettivamente meritevole di consenso quanto, oggi, di studio approfondito.

2. Non efficienza organizzativa ma utilità per interessi esterni all'organizzazione.

La dottrina si è impegnata, nel tentativo di sciogliere l'enigma del buon andamento (collegato o no con l'imparzialità), a sottolineare che per buon andamento non si può intendere l'esigenza dell'efficienza organizzativa della p.A., bensì l'efficienza che *«serve interessi ad essa esterni»* -gli interessi della collettività-, per la stessa ragione per cui l'art. 98 Cost. pone i pubblici impiegati *«al servizio*

*esclusivo della Nazione»*¹, l'opinione a lungo prevalente ha anzitutto collegato più o meno strettamente buon andamento e imparzialità della pubblica Amministrazione.

Questo convincimento, che talora nella giurisprudenza della suprema Corte sembra prospettarsi come endiadi "buon andamento od imparzialità", tende a negare soprattutto ogni valore specifico al principio di buon andamento, tradotto anziché nella sua stessa lingua, in quella dell'efficacia, dell'efficienza, dell'economicità, o, meno da lontano, in quella della buona amministrazione di cui all'art. 41 della Carta di Nizza (ormai all'art. 298 del T.U.E.).

Addirittura tutta o quasi la "recente normativa" a partire dalla l. 241 del 1990, «*pressata dalla congiuntura non favorevole, sviluppa le varie anime del buon andamento: e, dunque, non solo il leale procedimento, la sua durata, l'autotutela, l'obbligo di motivazione, l'accesso, ma anche l'autorizzazione generale, il silenzio assenso, la dia, la scia*»².

Vero è, invece, che in ordine all'art. 97, norma sulla funzione amministrativa, «*è possibile ... un controllo di costituzionalità delle leggi che*

¹ Cfr. C. PINELLI, *Il buon andamento dei pubblici uffici e la supposta tensione con l'imparzialità. Un'indagine sulla recente giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2010, I, p. 719.

Sulla perdurante tendenza a rifinire il buon andamento della pubblica Amministrazione alle buone prassi, si esprime la Corte di cassazione civile, Sez. III, con sentenza 28 settembre 2010, n. 20340, che riconduce l'obbligo di forma scritta nei contratti della p.A. «*ai principi di buon andamento od imparzialità dell'Amministrazione sanciti nella Carta costituzionale (art. 97)*».

Invero, osserva la Corte suprema: «*La forma scritta (r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, art. 17 l. c. St.) ad substantiam è invero considerata strumento di garanzia del regolare svolgimento dell'attività amministrativa, sia nell'interesse del cittadino, costituendo remora ad arbitri, sia nell'interesse della stessa pubblica Amministrazione, rispondendo all'esigenza di identificare con precisione l'obbligazione assunta e il contenuto negoziale dell'atto e, specularmente, di rendere possibile l'espletamento dell'indispensabile funzione di controllo da parte dell'autorità tutoria*».

Nessuna osservazione in ordine alla rilevanza della norma generale sulla forma scritta, degli atti contrattuali specialmente, della pubblica Amministrazione (cfr. F. LEDDA, *Elogio della forma descritta da un anticonformista*, in F. LEDDA, *Scritti giuridici*, Padova, 2002, p. 549), tuttavia l'osservanza di una norma di regio decreto inserita nell'ordinamento amministrativo circa un secolo fa e tuttora pienamente vigente se ricondotta al principio di buon andamento, trascinerrebbe con sé tutte le normazioni di diritto amministrativo impositive di un comportamento determinato per gli uffici pubblici competente.

La conseguente dilatazione del significato di buon andamento comprova che non è in questa direzione che il principio trova la sua sostanza nell'ordinamento amministrativo.

² Cfr. A. CERRI, *Imparzialità e buon andamento della p.A.*, in *Diritto on line*, 2013: «*Il buon andamento e l'imparzialità dell'Amministrazione sono principi tendenzialmente solidali, nel senso che la migliore garanzia dell'uno, in genere, giova anche alla tutela dell'altra*».

Tuttavia, l'a. riconosce che: «*Non mancano, peraltro, ipotesi di mancata coincidenza, regolate secondo valutazioni discrezionali del legislatore*».

disciplinano la p.A. Riemerge l'idea di una riserva di amministrazione insindacabile in sede giurisdizionale»³.

3. *Esegesi dell'art. 97, co. 1 e 2, Cost.*

Premesse le considerazioni sulla nozione di buon andamento della pubblica Amministrazione che possono individuarsi, spesso con molta circospezione, a seguito delle elaborazioni della più recente dottrina costituzionalistica, non resta che affrontare l'interpretazione dell'art. 97, co. 1 nel tentativo concretamente ed immediatamente utile alla costruzione del complesso sistema di garanzie che connota la nostra Costituzione quando si occupa di pubblica Amministrazione e di atti amministrativi.

La norma di cui all'art. 97, co. 1 affronta un problema di complessità perché si riferisce ad un'organizzazione; gli uffici pubblici sono collocati ed operano in un'organizzazione non solo grande nelle sue dimensioni, ma attraversata da innumerevoli interrelazioni interne e con altre organizzazioni anche non propriamente pubbliche, di interesse pubblico e privato, dell'Unione europea e di altri Stati.

Anche il co. 2, nel distinguere le componenti di questa organizzazione (l'«ordinamento degli uffici» ha per contenuto l'«organizzazione degli uffici amministrativi»), configura una situazione complessa alla cui costituzione

³ Cfr. A. CERRI, *Imparzialità*, cit., loc. cit.: «Sembra invero, che alcuni criteri di buon andamento possano discendere dalla ragionevolezza/razionalità, quale, ad es., un necessario compito per ogni ufficio (C. cost., 7.3.1962, n. 14; C. cost., 4.12.1968, n. 123; C. cost., 22.11.2011, n. 325), la necessità di piante organiche fissate con criteri di aderenza alle attività da svolgere e connesse qualifiche funzionali (C. cost., 19.6.1991, n. 313 e 314; C. cost., 15.12.1995, n. 527 e 528; C. cost., 17.10.1996, n. 362; C. cost., 5.1.2011, n. 7, ecc.), il divieto di assunzione in soprannumero (C. cost., 7.5.1982, n. 86; C. cost., 24.5.1993, n. 250; C. cost., 8.3.2000, n. 75). Alcune qualità del servizio possono essere, inoltre, preminenti rispetto ad altre alla stregua del sistema giuridico complessivo e della coscienza sociale (l'ottima cura del malato, nel servizio sanitario, ad es.). Altri fattori di buon andamento trovano, ancora, precisa tutela in norme giuridiche. In questi casi, la valutazione diretta del giudice può essere giustificata. Già la comparazione, peraltro, delle qualità con i costi richiede scelte (salva la garanzia del nucleo essenziale) riservate al legislatore (ad. es., C. cost., 28.1.1991, n. 51; C. cost., 5.6.2007, n. 193; C. cost., 20.7.2011, n. 248); e discrezionale è anche la comparazione di diverse qualità quando nessuna sia indiscutibilmente prioritaria. Gli strumenti del controllo giudiziale sono settoriali, episodici, vincolati ad uno stile di ragionamento rigido, non adatti a valutazioni globali (cfr., per queste ed altre obiezioni, Easterbrook, F.H., *Foreword: The Court and the Economic System*, in *The Supreme Court 1983 Term*, 4 ss.)».

concorrono le “sfere di competenza”, le “attribuzioni” e le “responsabilità proprie dei funzionari”: le prime due determinazioni del costituente, che coincidono con il farsi dell’ordinamento, sono essenziali -specialmente la seconda, quella avente ad oggetto le attribuzioni- alla configurazione stessa di un’Amministrazione pubblica con i suoi uffici strategicamente ideati, quando una legge li renda destinatari di attribuzioni specifiche per l’esercizio di funzioni amministrative espresse attraverso atti e comportamenti e della sfera delle competenze distinte secondo criteri di funzionalità ed efficacia.

Si tratta -come ognuno vede- di momenti costitutivi della funzione amministrativa, senza uno dei quali, in particolare quello delle attribuzioni di compiti di funzione pubblica, non si potrebbe procedere all’articolazione delle competenze degli organi amministrativi, né, già in astratto, si giustificerebbe la stessa azione amministrativa.

Al contrario, il regime delle responsabilità -la terza determinazione dei costituenti- è frutto di un’esigenza di garanzia di legalità che si riferisce alla patologia della funzione amministrativa già esercitata o della quale, nonostante la sua doverosità, sia stato omissso l’esercizio da parte di uffici già dotati di attribuzioni *ex lege* ed inseriti nel regime delle competenze amministrative.

Si conferma, dunque, in questa prima osservazione di norme e fenomeni che concernono il dato fenomenico e l’intero esercizio successivo della funzione amministrativa, una caratteristica di complessività del reale che le regole costituzionali relative al buon andamento della pubblica Amministrazione affrontano con decisione nell’intento di dominarla e adeguatamente volgerla verso l’interesse dei cittadini.

Se si pensi al regime giuridico dell’attribuzione di compiti di funzione pubblica, subito si percepisce che si tratta non di una mera iniziativa di organizzazione, ma di una vera e propria regolazione dei rapporti tra soggetti affidatari di attribuzioni, risorse, beni, compiti e competenze, che si definiscono uffici pubblici, uffici della pubblica Amministrazione istituiti nell’interesse alieno, dunque per l’esercizio della funzione ad essi affidata, e i destinatari che possono/devono beneficiare dell’attività amministrativa.

È, quello amministrativo, un ordinamento derivato dall’ordinamento

giuridico generale, ma tra i più rilevanti, per molti studiosi il più rilevante tra quelli derivati nell'ordine pubblico dei rapporti e degli interessi e nell'organizzazione pubblica e privata complessiva nella quale tutta la comunità vive.

Osserva Grossi, con riferimento alle prime manifestazioni della civiltà industriale, in particolare in Germania, che: «*Per la prima volta, a livello del diritto, si parla di organizzazione, una realtà sgradita all'individualismo economico moderno, fondato sul soggetto e sui suoi rapporti individuali, mentre organizzazione significa un necessario coordinamento di individui e rapporti, che può portare anche al loro pesante sacrificio*»⁴.

4. *La complessità nell'organizzazione pubblica. Teoria di Falzea.*

In una sua opera ineguagliabile⁵, Angelo Falzea analizza la teoria della complessità che dalla speculazione matematica statunitense di Weaver (1947) è dilagata in biologia (scienza della materia e della vita) con la costruzione scientifica dell'*organismo* (insieme complesso vitale, come risultante dall'interazione delle sue parti); quindi nell'informatica, in particolare nella cibernetica, scienza della complessità per antonomasia, nell'etologia mentale, nella scienza della progettazione economica, nell'epistemologia genetica, nella cosmologia e nella sociologia (Niklas Luhmann).

La complessità, nelle scienze sociali, propone costantemente due verifiche di base:

la prima ha ad oggetto l'uomo, come individuo e come facente parte di formazioni interindividuali, che appartiene alla sfera della realtà spirituale nella quale si possono rintracciare «*i caratteri propri di tutte le specie del reale ... dalla vita materiale, alla vita animata, alla vita spirituale*». A siffatta suddivisione empirica della realtà partecipano l'uomo e le società umane, condividendo le rispettive complessità «*sicché la complessità umana-individuale, sociale, globale-costituisce la più complessa delle complessità dell'intero mondo reale. La complessità*

⁴ Cfr. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Bari, 2007, p. 229; opera dedicata "ai discepoli brasiliani e messicani" e pubblicata nella Collana *Fare l'Europa* contemporaneamente da cinque editori: Beck, tedesco, Blackwell, di Oxford, Critica, di Barcellona, Laterza, di Bari, e du Senil, di Parigi.

⁵ Cfr. A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007.

è insieme fisica, organica, animata, spirituale».

Non è, dunque, la molteplicità a costituire la complessità perché alla molteplicità può mancare l'organicità, *«l'unificazione organica che è condizione essenziale della formazione dell'insieme e della sua produttività».*

La seconda verifica ha un oggetto più ampio.

Nelle società umane ricorrono caratteri che rivelano fenomeni complessi: (a) pluralità di individui e formazioni tra loro interagenti ed organizzate in funzione di un principio attivo unitario; (b) siffatte formazioni o pluralità informali sono esposte ai fattori antisociali del disordine, compensati sovente da fattori correttivi di ordine creativo, prodotti dalla comune esperienza e cultura.

Il principio che guida la formazione complessa non può, dunque, identificarsi se non nell'interesse dell'insieme nella sua capacità di autotradursi in valore sociale.

Le regole sociali di relazione, dunque, **anzitutto di organizzazione**, integrano progressivamente una cultura sociale: qualunque sia la definizione che le si voglia dedicare, anche se in sede soltanto critica, la cultura sociale, in quanto cultura generale, con tutti i suoi aspetti negativi, quelli della tendenza all'appiattimento delle opinioni, della frequente insensibilità per le nuove proposte, anche se provenienti dal suo interno, è fatalmente l'unica interlocutrice dello sviluppo: non tanto nell'assetto fenomenico di quest'ultimo, quanto in quello più profondo e durevole, dunque essenziale, di conquista civile ottenuta durante il percorso dell'incivilimento umano.

Ma se l'osservazione della vita di tanti esseri, che si svolge all'interno di singole società politiche determinate nello spazio e nel tempo, rivela una tendenza inarrestabile al miglioramento, concetto che, presentando una genericità eccessiva, può forse tradursi in un concetto meno ampio anche se non ancora preciso, dunque controvertibile, che è quello di benessere (materiale e morale, del singolo e come gruppo), deve presupporre l'utilità, anzi la necessità di una valutazione costante che preceda o almeno accompagni l'intero fenomeno della ricerca del benessere, al livello dell'individuo, come al livello della comunità nella quale si svolge, insieme a quella degli altri individui, la sua (personale e autonoma) vita.

Sono queste valutazioni le più rilevanti e direttamente influenti

sull'esistenza di ciascuno, perché appunto caratterizzano, attraverso la posizione di tracciati ideali -si direbbero itinerari consigliati- e zeppe di confine, queste difficili da spostare per procurarsi maggior spazio ideale, il fenomeno sociale dello **sviluppo** in un'epoca data della storia e nell'attualità della vita umana.

5. *I "compiti del benessere" e la norma di cui all'art. 97, co. 1. Garanzia ut e garanzia ne.*

Dunque, i "pubblici uffici" sono anzitutto quelli della pubblica Amministrazione in quanto la rubrica del titolo III è intestata al "governo" e quella della sezione II alla "pubblica Amministrazione".

Di pubblici uffici legislativi si è già trattato e quanto a quelli giudiziari sono disciplinati dal titolo IV immediatamente successivo a quello dedicato al Governo.

Essi sono "organizzati secondo disposizioni di legge", dunque opera in materia non una riserva assoluta, bensì soltanto relativa di legge: si tratta, a mio avviso sommessamente, di una scelta del tutto condivisibile, che ha del resto contribuito a fondare anche nella Costituzione la riserva di amministrazione⁶.

Dunque, il regolamento governativo di riordino di un settore di pubblici uffici dovrà rispettare i principi recati dalle varie leggi già vigenti, massime quelli dettati in materia finanziaria.

L'organizzazione di ciascun ufficio prevedrà, evidentemente, un numero di addetti, cioè una pianta organica, soprattutto dei compiti specifici, una finalità, una serie di risultati da raggiungere mediante l'esercizio di una competenza territoriale e funzionale delimitata come "misura del potere" all'interno della norma di legge attributiva del potere in favore di quell'ufficio.

Questo è sommariamente il contenuto dell'intervento normativo sull'ufficio in occasione della sua prima strutturazione, come del resto nelle occasioni di

⁶ È necessario tener conto dell'insegnamento di A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario dell'istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, p. 129: «Le norme che formano l'ordinamento amministrativo, come un ordinamento avente una propria specificità, in particolare nei confronti dell'ordinamento generale, devono provenire, e devono provenire tutte, dall'Amministrazione, e non da un altro soggetto ordinante: in particolare, non possono provenire dal legislatore, come costruttore dell'ordinamento generale».

eventuali riforme organizzative.

Ora, ciò che più rileva nella norma è lo stretto legame che ivi è previsto tra il primo apparire, nel rispetto di modalità organizzative imposte di un pubblico ufficio e la finalità che la norma stessa modella sul suo corpo esattamente come per imporre una condizione essenziale alla stessa attività di organizzazione dell'ufficio pubblico: questo, infatti, non può venire in essere se non a condizione «*che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*».

Tralasciando qui l'imparzialità, è in ordine al buon andamento che la Costituzione offre dunque (“in modo che”) una garanzia: e la offre esattamente ai destinatari dell'attività che l'ufficio ad istituirsi dovrà esprimere in loro favore.

Non c'è spazio per un'interpretazione più restrittiva della previsione costituzionale sul buon andamento: assicurare il buon andamento non può risolversi nel rispetto dell'orario d'ufficio, del numero previsto per i dipendenti, delle regole di correttezza (“galateo sociale”) verso gli utenti dell'ufficio stesso, ecc.

La Costituzione sarebbe stata universalmente derisa, anziché lodata, qualora avesse esposto al suo livello di fonte del diritto, il massimo livello nel diritto scritto, norme di rilevanza del tutto circoscritta che soltanto un regolamento, forse una legge specifica, ma persino una circolare ministeriale potrebbe propriamente contenere.

Ciò che mediante il controllo legale dell'organizzazione dei singoli uffici amministrativi al loro primo impianto o in occasione della loro riforma si vuole ottenere non è un risultato utile alla “macchina” amministrativa, ma al suo contrapposto mondo dei destinatari della sua azione: è in loro favore che opera la garanzia costituzionale di buon andamento dell'Amministrazione e ciò può ormai intendersi nel senso delle funzioni e dei servizi tesi ad assicurare quel benessere il cui grado cresce nel tempo con l'evoluzione dei bisogni avvertita dall'uomo contemporaneo, che se non può prescindere dallo Stato, tuttavia può pretendere l'attenzione massima possibile dei suoi uffici amministrativi verso una ragionevole ma sollecita attuazione dei livelli di benessere che maturano e si affinano nel tempo, parallelamente alla crescita dei retrostanti bisogni.

Ai compiti di benessere intitolava il Sandulli la sezione terza (“I compiti”) della parte terza (“L'azione della p.A.”) del secondo volume del suo Manuale di

diritto amministrativo, oggetto di isolate critiche indecorose, irriflesse e insincere verso un vero e proprio trattato del diritto amministrativo dalla sua origine nel primo Regno d'Italia fino al 1989 (edizione XV, postuma).

Qui si osserva il compito di organizzazione ed erogazione dell'attività di tutela della salute, interesse della collettività e fondamentale diritto dell'individuo (art. 32 Cost.), la protezione, la sicurezza e l'assistenza sociale; la previdenza sociale, l'edilizia residenziale pubblica (ERP), che sostanzia il servizio casa e che ha fatto del popolo italiano in pochi decenni il maggior proprietario esclusivo di casa d'abitazione; la tutela del lavoro, la vigilanza sui rapporti relativi, l'attività di collocamento, quindi la pubblica istruzione, che presenta un onere finanziario non inferiore assai spesso a quello della sanità, la tutela del patrimonio culturale e dell'ambiente, la ricerca scientifica; teatro, cinema, sport e turismo, tutela della libertà di culto e rapporti concordatari con gli enti ecclesiastici della Chiesa cattolica e delle altre confessioni religiose; finalmente gli interventi della pubblica Amministrazione nell'economia, con le relative programmazioni coinvolgenti soprattutto le Regioni; agricoltura e foreste, industria, commercio e artigianato attraverso le Camere di commercio, fiere e mercati, il commercio estero, l'organizzazione della tutela costiera e del soccorso in mare; la pesca; il grande settore strategico dei trasporti e delle opere pubbliche; le partecipazioni statali, la coesione tra i vari territorio nazionali; l'amministrazione talora speciale per il Mezzogiorno per il superamento dell'economia duale che caratterizzava il nostro mercato interno, con evidenti danni generali; la tutela del risparmio e la vigilanza bancaria e sulle s.p.a. quotate in borsa, sulla borsa valori in generale, sulle imprese d'interesse nazionale, sui loro consorzi, sulle assicurazioni, sulle misure, le genuinità del prodotti e i metalli preziosi; il coordinamento delle attività economiche private, soprattutto del commercio, fino ai mercati generali, e dell'industria, fino alla proliferazione, ormai in disarmo, delle industrie di Stato; le incentivazioni alle attività private, consentite dalla disciplina comunitaria, le provviste per le industrie in difficoltà, il sostegno per i lavoratori delle imprese in crisi (cassa integrazione) e altre specifiche attività tendenti a garantire il benessere della persona.

Si tratta di una garanzia espressa dalla norma costituzionale nella direzione

stringente di un'attività da compiere, in favore del benessere e dello sviluppo della persona, da parte di ogni ufficio amministrativo: dunque, una garanzia *ut*, tipica dell'ordinamento amministrativo, questa volta inserita nel tessuto costituzionale.

Affinché si possa favorire la crescita economica, il benessere fisico, economico e sociale dei singoli è consentito organizzare pubblici uffici amministrativi, anche nuovi, anche costosi, ma nella precisa condizione che essi rispondano all'esigenza per la quale sono stati programmati.

Nell'ordinamento di diritto comune, viceversa, la garanzia offerta dall'ordinamento generale ai singoli cittadini è una garanzia *ne*: a nessuno è dato turbare l'esercizio dell'autonomia privata negoziale, l'autoregolazione lecita dei propri interessi, i patti contrattuali.

Se ciò accada, l'ordinamento generale ha forza e voce per il ripristino delle precedenti condizioni in favore del garantito, che otterrà tutela dal giudice ordinario, anche possessoria, *ne cives ad arma veniant: spoliatus ante omnia restituendus*.

6. *I livelli essenziali delle prestazioni amministrative concernenti i diritti civili e sociali.*

Le garanzie previste dall'ordinamento per riempire di contenuto, con riferimento ai casi concreti, il concetto stesso di buon andamento possono essere rintracciate anzitutto in un'altra garanzia costituzionale *ut*, questa volta legata all'esercizio della funzione legislativa statale.

Prevede, infatti, la norma nuova di cui all'art. 117 Cost., che si deve alla l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3 che (co. 2): «*Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: (omissis) m) determinazione dei livelli essenziali delle **prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale***».

L'innovazione, per altri aspetti vista come la premessa alla marginalizzazione, rispetto a servizi pubblici anche essenziali, dei territori più deboli economicamente, meno ricchi, non amministrati a dovere implica tuttavia un dovere amministrativo di garanzia di una somministrazione di prestazioni

amministrative a precisarsi soltanto per la loro quantità, in relazione all'utenza, ma già ben diversamente prima che l'erogazione abbia luogo.

In realtà, come osserva Ferrara, *«nel normale gioco dialettico del procedimento amministrativo c'è spazio per molte voci, e il rispetto delle norme volte ad assicurare il carattere plurale del procedimento amministrativo è oggi, a mio avviso, esattamente ricondotto al principio costituzionale di garanzia dei "livelli essenziali delle prestazioni", di cui all'art. 117, secondo comma, lettera m) Cost.»*⁷.

7. *Limiti alla tutela procedimentale e giurisdizionale degli interessi coinvolti da atti a contenuto normativo o generale.*

Gli atti a contenuto generale e i regolamenti, atti normativi, mediante i quali lo Stato, le Regioni e gli altri enti pubblici anche non territoriali (ad es., un Consorzio di bonifica, un'azienda comunale) programmano e pianificano la loro attività non sono soggetti all'obbligo della motivazione di cui all'art. 3, l. 241/1990; al contrario, proprio gli atti *«concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi e il personale»* devono essere motivati come tutti gli altri atti e provvedimenti della p.A.

Anche dall'ambito della partecipazione dei cittadini al procedimento amministrativo, resta *«l'attività della p.A, diretta all'emanazione di atti (art. 13, l. 241/1990) normativi, amministrativi generali, di pianificazione e programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione»*.

Eppure, se non tutelabili nel procedimento della loro formazione, gli interessi protetti coinvolti in atti rilevanti e di portata non certo irrilevante sono giustiziabili ai sensi dell'art. 113 Cost., che non ammette eccezioni di sorta rispetto ad una *«tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi sempre ammessa contro gli atti della p.A.»*.

Né completa la mappa della protezione "contro" il Governo della Repubblica

⁷ Cfr. R. FERRARA, *L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche Amministrazioni*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2010, p. 387.

E quanto alla supposta degradazione della legittimità alla mera irregolarità di cui all'art. 21-octies, l. 241/1990, lo stesso a. riconosce che il Consiglio di Stato ha escluso la stessa ipotesi (Cons. Stato, Sez. V, 23 gennaio 2008, n. 143, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, p. 188).

e tutti gli atti della p.A. il co. 2: *«Tale tutela giurisdizionale può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti».*

Dunque, è ammissibile la domanda sulle modalità mediante le quali l'interesse legittimo al buon andamento della p.A. possa dirsi tutelabile in concreto dinanzi ai regolamenti ed agli atti generali.

Secondo una dottrina, di recente riproposta in versione più completa, *«è soprattutto nel momento della pianificazione/programmazione che si fissano, in qualche modo, le regole del gioco, di quello stesso gioco che sarà poi condotto, quasi in forma di dialogo competitivo, fra i soggetti pubblici ed i privati allorché si debba pervenire ad una decisione concreta ... anche quando si tratti di accordi c.d. organizzativi, ossia in tutti quei casi (molteplici ed in via di espansione) nei quali, con accordi di programma o comunque con altri moduli della programmazione negoziata, si mettano in campo scelte ed opzioni di "piccola" programmazione, oppure si proceda ad attivare moduli di programmazione intermedia, tali da costituire, secondo il modello tradizionale della "cascata", sia un momento esecutivo di una programmazione già elaborata ad un livello più alto, sia base e presupposto di un ulteriore e, più basso, livello di pianificazione»*⁸.

Il giudice amministrativo in via di principio può offrire al cittadino una tutela molto relativa contro atti generali che, entrando nella riserva di amministrazione, potrebbero essere impugnati con l'atto applicativo se l'atto generale sia anche normativo; o direttamente, se contengano una statuizione immediatamente lesiva per una o più (o, ancora, una categoria individuata di) persone, in sede civile potrebbero essere disapplicati, ma in realtà non può dirsi che contro atti del genere (ad es. di localizzazione di una discarica, delle fondamenta di un grande ponte, di un tunnel), che secondo i loro destinatari sono forieri di danni alle persone, alla loro salute, all'economia familiare o delle imprese della zona, vi sia in concreto una tradizione di interventi giurisdizionali abbastanza decisi in senso favorevole alle parti ricorrenti, in quanto il giudice soltanto raramente può vedere la base di uno scrutinio processuale utile, costituita dalla premessa dell'illegittimità-non corrispondenza a canoni valutati con

⁸ Cfr. R. FERRARA, *L'interesse pubblico*, cit., p. 376.

discrezionalità tecnica della scelta sospinta nel giudizio amministrativo, tanto per ottenerne l'annullamento quanto il dovuto risarcimento del danno.

Ma, secondo la dottrina già citata, *«Un sindacato più forte, capace di saldare insieme le ragioni della legalità formale e quelle della buona amministrazione, potrebbe legittimamente prendere le mosse da quello che sembra ormai essere, a tutti gli effetti, un fondamentale principio costituzionale, in quanto affermato dall'art. 117, secondo comma, lett. m), Cost., circa la garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni, principio che sicuramente involge, in primo luogo, lo scrutinio di costituzionalità delle leggi, ma al quale lo stesso giudizio amministrativo non dovrebbe rivelarsi insensibile ogniqualvolta l'attività di pianificazione e di programmazione dei servizi sociali contribuisca ad alterare la regola della "parità delle armi" e, pertanto, il suo logico corollario costituito dal rispetto del principio di garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni»*⁹.

Questi livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, co. 2, lett. m) della Costituzione sono fonte di tre norme di rilievo non certo scarso¹⁰.

Infatti, ai sensi dell'art. 29, l. 241/1990, *«gli obblighi per la pubblica Amministrazione di garantire (altra garanzia ut) la partecipazione dell'interessato al procedimento, di individuarne un responsabile, di concluderlo entro il termine prefissato e di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa, nonché quelle relative alla durata massima dei procedimenti» «attengono altresì ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione»*.

Pari dignità viene attribuita dal co. 2-ter alle norme sulla dichiarazione d'inizio attività, sul silenzio-assenso e sulla conferenza di servizi (salvo integrazioni più restrittive deliberate dalla Conferenza unificata Stato-Regioni,

⁹ Cfr. R. FERRARA, *L'interesse pubblico*, cit., loc. cit., p. 378.

Cfr., sul buon andamento quale principio a carattere funzionale nelle sue varie applicazioni che si direbbero indirette ai rapporti conteziosi tra Amministrazione e cittadini, M. R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, Report annuale 2011 Italia, in *Ius publicum*, 2011, p. 1-34.

¹⁰ Come riformulato dall'art. 19, l. 11 febbraio 2005, n. 15, ma con successive modifiche proprio dei co. 2-bis, 2-ter, 2-quater e 2-quinqies dello stesso art. 29, apportate dall'art. 10, co. 1, lett. b), l. 18 giugno 2009, n. 26; e, quanto al riferimento alla Conferenza di servizi nel co. 2-ter dell'art. 29, esso è stato inserito dall'art. 49, co. 4, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. in l. 30 luglio 2010, n. 122.

autonomie locali).

Anche nell'ordinamento regionale, secondo il co. 2-quater, non possono stabilirsi «*garanzie inferiori a quelle assicurate ai privati dalle disposizioni*» già viste, anzi è consentito «*prevedere livelli ulteriori di tutela*».

Infine, le Regioni a statuto speciale e le due Province autonome «*adeguano la propria legislazione alle disposizioni del presente articolo, secondo i rispettivi statuti e le relative norme di attuazione*» (co. 2-quinquies).

Come ognuno vede, i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti in tutto il territorio nazionale - e che sono anzitutto quelli attinenti al diritto alla salute e all'istruzione - non sono rimasti privi di riscontro legislativo in tutta una serie di casi connessi alle nuove disposizioni sul procedimento amministrativo, casi che investono il buon andamento generalmente in quanto strumenti di tutela di interessi pretensivi, dunque proiettati verso il benessere come interpretato dal cittadino istante e come doverosamente attuato dall'organo amministrativo destinatario dell'istanza: ma consultando sempre la partecipazione degli interessati al particolare procedimento amministrativo, emanando l'atto nel termine di garanzia previsto dalle norme, consentendo l'accesso ai documenti della p.A., utilizzando silenzio-assenso e la Conferenza di servizi, non subendo discriminazioni, almeno normative, in altre Regioni o Province autonome.

Non è l'essenza del buon andamento, ma è larga parte del suo armamentario: con il rispetto di quelle norme di garanzia, si dovrebbe ottenere "presto e bene" un provvedimento partecipato, il migliore che sia possibile nel rispetto dell'ordinamento.

Questa conquista è forse attualmente il punto più avanzato nell'ordinamento amministrativo per la tutela procedimentale ed eventualmente anche e pienamente giurisdizionale dell'interesse protetto al buon andamento degli uffici pubblici intanto costituiti in quanto idonei ad ottenere, per i cittadini destinatari della loro attività, il maggior benessere che sia in concreto possibile assicurare.

8. *Buon andamento e organizzazione dei pubblici uffici su schemi privatistici: i*

risultati pretesi non mutano.

Secondo ancor recenti contributi dottrinali, l'efficacia del principio di buon andamento può essere analizzata anche prescindendo dalle modalità di esercizio tipiche della funzione pubblica per adottare schemi di impostazione privatistica.

In realtà, *«il perseguimento dell'efficienza e dell'efficacia nelle strutture pubbliche non può porsi in contrasto con il principio di legalità, il quale rappresenta un limite invalicabile per le scelte gestionali della dirigenza pubblica. La sua considerazione, dunque, impone che il risultato amministrativo, assunto peraltro a parametro di valutazione dell'operato dei manager pubblici, sia colto nell'ambito di una logica che evidentemente indirizza l'azione non solo verso il rispetto delle regole comportamentali e dei modelli procedimentali posti a garanzia dei diversi soggetti con i quali l'Amministrazione entra in contatto nell'espletamento della sua azione, ma anche dell'effettivo conseguimento di una utilitas, unico fattore, in un ordinamento ispirato anche al principio di sussidiarietà, a legittimare l'esistenza di soggetti muniti di poteri a rilevanza pubblica»¹¹.*

Correttamente si è osservato da ultimo che la natura giuridica e non tecnica aziendale delle norme sull'organizzazione di pubblici uffici consente di *«assicurare che l'organizzazione stessa sia modellata in guisa da garantire i principi cui l'Amministrazione, attraverso la sua attività, deve corrispondere. In questo modo risulta possibile ... correggere ... eventuali aspetti di non corrispondenza dell'organizzazione a quei principi, ossia di non attitudine di assetti organizzativi alla realizzazione di quanto necessario per l'osservanza dei principi stessi, alla luce di valutazioni per certi versi prognostiche ma suscettibili di essere fondate anche sull'esperienza e su ragionevoli indici presuntivi»¹².*

¹¹ Cfr. M. R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, cit., loc. cit., p. 25, con i riferimenti giurisprudenziali ivi indicati.

¹² Cfr. G. TACCOGNA, *La disciplina dell'organizzazione amministrativa. Lezioni*, Milano, 2014, p. 10. Il quale osserva: *«Ovviamente non è solo la coerenza delle regole di organizzazione e del conseguente assetto degli apparati, rispetto ai principi ed alle previsioni di legge, a poter garantire (di per sé) la legittimazione democratica, la legittimità dell'azione amministrativa e la sua aderenza all'interesse pubblico. Sono infatti ben possibili e concretamente riscontrabili pure forme di devianza nell'ambito di apparati riscontrabili in modo adeguato. Tuttavia si tratta in ogni caso di una prima forma di garanzia rilevante, che risulta peraltro affiancata da un'ampia serie di ulteriori strumenti di tutela dei valori fondamentali dell'ordinamento; questi vanno dalla giustiziabilità ed annullabilità*

Premessa la distinzione di base tra scelte relative all'attribuzione e delimitazione dei poteri e scelte che ineriscono invece al modo di esercizio dei poteri o all'organizzazione della p.A. e premessa la considerazione che le prime, incidendo sull'autonomia della p.A. rispetto all'ordinamento generale, sono rigidamente assoggettate al principio di legalità, mentre per le seconde questo assoggettamento non è necessario¹³; se questo è vero, non può dubitarsi che, una volta assunta, con maggiore aderenza alla realtà giuridico-sociale da conoscere, la natura prevalentemente tecnica e non politica delle attività della pubblica Amministrazione aventi ad oggetto proprio l'organizzazione, è possibile considerare la rilevanza costituzionale attribuita all'organizzazione degli uffici amministrativi, coperta da garanzia di risultato nel segno del benessere alla stregua dell'emersione continua di regole economiche e tecniche per l'esercizio del potere di organizzazione.

Tuttavia, com'è stato osservato, seguendo questo percorso *«si traccia anche il confine oltre il quale la legge, come espressione della sovranità, non può andare¹⁴: la regola prescelta deve essere infatti una regola tecnico-economica, altrimenti il riferimento all'efficienza perderebbe ogni rilievo giuridico. Le conseguenze di questa impostazione sono dunque rilevantissime anche con riferimento al principio di legalità (secondo Forsthoff, quando «la specifica conoscenza tecnica acquisisce preminenza nei confronti della legittimazione popolare democratica, i tradizionali elementi strutturali della nostra costituzione perdono rilievo»¹⁵): la legge deve scegliere la regola tecnica (che così diviene anche giuridica) più idonea ad assicurare il buon andamento, rinviando ad essa e non ponendo direttamente una disciplina specifica o dettagliata; la scelta politica (e quindi democratica) resta, ma non si fa essa stessa immediatamente regola dell'organizzazione, dovendo necessariamente rinviare a tal fine ad una disciplina tecnica (la quale, in ultima analisi, limita*

degli atti dell'Amministrazione a varie forme di responsabilità nelle quali i titolari dei pubblici uffici possono incorrere sul piano civile, amministrativo e penale».

¹³ A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 111 e *passim*.

¹⁴ Cfr. Corte cost. 11 dicembre 1989, n. 531, in *Foro it.*, 1990, I, 776.

¹⁵ Cfr. E. FORSTHOFF, *Trasformazioni strutturali della democrazia moderna* (1964), ora in A. MANGIA, *L'ultimo Forsthoff*, Padova, 1995, p. 158.

l'ingerenza politica nell'organizzazione»¹⁶.

Non che essendo “tecnica” la scelta organizzativa effettuata in base alla legge non sia giustificabile anzitutto in sede di scrutinio di costituzionalità: con il mezzo della ragionevolezza o dell'idoneità rispetto agli scopi prefissati la Corte ha spesso annullato norme di legge organizzative visibilmente inadeguate ad offrire la garanzia *ut* che l'art. 97 della Costituzione pretende, quale che sia l'origine ed il criterio ispiratore del pubblico ufficio particolare. Il compito di benessere giustifica la stessa sussistenza dell'ufficio e deve ritenersi pertanto indifferente il modulo della sua costituzione nel rispetto della riserva relativa di legge¹⁷.

Si vuol dire che uffici amministrativi sostanzialmente immersi, soltanto o prevalentemente, nei rapporti economici (società in mano pubblica, partecipazioni statali, ecc.) sono certamente più esposti alla richiesta quotidiana proveniente dal sistema affinché essi raggiungano un risultato concreto a vantaggio diretto dei cittadini o della finanza pubblica nel tempo minore che sia possibile.

Si può, dunque, concludere che la struttura dell'organizzazione del pubblico ufficio -ispirata a criteri privatistici o tradizionalmente amministrativistici- non influenza punto l'assetto costituzionale dello svolgimento dei compiti di benessere affidati dall'esigenza a quell'ufficio: con atti formali o con comportamenti dell'Amministrazione idonei a chiarire la specifica individuazione del compito, la sua ampiezza e l'obbligatorietà del risultato da raggiungere nell'interesse della comunità che con gli effetti degli atti e comportamenti di quel pubblico ufficio si misurerà, potendo vantare in suo favore la garanzia costituzionale del buon andamento.

¹⁶ Così P. CERBO, *Il potere di organizzazione della pubblica Amministrazione fra legalità e autonomia*, saggio derivato dalla comunicazione presentata dall'a. al LIII Convegno di Scienze dell'amministrazione (Varenna, 20-27 settembre 2007), *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*.

¹⁷ Per le attività “tecniche” di notevole complessità, il legislatore non può dettare una disciplina in sé compiuta: cfr. Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2014, secondo cui le scelte terapeutiche non possono essere specificate dal legislatore, i loro limiti e le loro condizioni.

Ma nella più generale pronuncia 30 ottobre 1997, n. 320, in *Giur. cost.*, 1997, p. 260, la Corte sostiene che: «*nelle scelte relative alla costituzione e all'organizzazione dei pubblici uffici ... spetta al legislatore ... un ampio spazio di discrezionalità, peraltro da esercitare in conformità ai principi di buon andamento e di imparzialità della pubblica Amministrazione e restando naturalmente salvo il sindacato di costituzionalità su questo margine di apprezzamento, sotto i profili della ragionevolezza e della non arbitrarietà delle scelte*».